

IL COMODATO DI CASA FAMILIARE IN ITALIA: UN RAPPORTO
PRECARIO

THE BAILMENT OF FAMILY HOUSE IN ITALY: A PRECARIOUS
RELATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 397 - 416

Fecha entrega: 8/09/2015
Fecha aceptación: 15/10/2015

Dr. PIETRO VIRGADAMO
Investigador de Derecho Civil
Universidad Lumsa
pietrovirgadamo@lumsa.it

RESUMEN: Lo studio approfondisce la figura del comodato di casa familiare nel diritto italiano. Dopo una ricostruzione dello stato delle arti, viene sostenuta la tesi, in contrasto con le posizioni della più attuale giurisprudenza italiana, del carattere precario del rapporto, in quanto non sorretto da alcun termine implicito di durata. Ne consegue la possibilità per il comodante di recedere *ad nutum* dal contratto.

PALABRAS CLAVE: comodato; casa familiare; precario; recesso; bilanciamento degli interessi.

ABSTRACT: The study investigates the bailment of family house in Italian legally system. After an illustration of doctrine and case law about the subject, is supported the idea, in contrast with the position of most actual Italian jurisprudence, of the precarious character of the relation, because of the lack of an implicit term of duration. The possibility for the bailer of receding from the relation is the result.

KEY WORDS: bailment; family house; precarious; recess; interests balancing.

SUMARIO: I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI E INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA: LA DEFINIZIONE DEL PROFILO TEMPORALE DEL RAPPORTO E DEL CONSEGUENTE REGIME DI RECEDIBILITÀ DEL COMODANTE - II. IL COMODATO DI CASA FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.- III IL COMODATO DI CASA FAMILIARE NELLA DOTTRINA ITALIANA.- IV LA POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE DEL 2014.- V PROFILI DI CRITICITÀ DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE.- VI UNA DIVERSA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: IL COMODATO DI CASA FAMILIARE COME PRECARIO E LA CONSEGUENTE LIBERA RECEDIBILITÀ DA PARTE DEL COMODANTE.- VII COMODATO DI CASA FAMILIARE E SEPARAZIONE CONSENSUALE, PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE, NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA AVVOCATI.

I. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI ED INDIVIDUAZIONE DEL PROBLEMA: LA DEFINIZIONE DEL PROFILO TEMPORALE DEL RAPPORTO E DEL CONSEGUENTE REGIME DI RECEDIBILITÀ DEL COMODANTE.

Il problema affrontato in queste pagine riguarda anzitutto il contratto di comodato e solo secondariamente l'istituto dell'assegnazione della casa familiare¹.

Si tratta di comprendere se il comodato avente ad oggetto il godimento della casa adibita a residenza familiare sia un rapporto a termine, ovvero senza determinazione di durata, cioè precario².

Per rispondere a tale domanda, è necessario sciogliere un quesito: se l'uso consistente nell'adibizione del bene a residenza della famiglia sia idoneo veicolare un termine implicito di durata del rapporto; se, cioè, il fatto stesso che il suddetto bene sia "destinato" a tale uso connoti temporalmente detto rapporto, come ammesso dall'art. 1810 c.c.

Ai sensi della citata disposizione, infatti, il comodato è senza determinazione di durata (c.d. precario) là dove non sia stato convenuto un termine nè questo risulti dall'uso "a cui la cosa doveva essere destinata".

¹ Sull'argomento v., anzitutto, i contributi monografici di FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004; ID., *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 143 ss. Per una sintesi, GIACOBBE, G. □ VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, tomo 2, "Separazione personale e divorzio", in *Trattato di diritto civile*, coord. da R. SACCO, Utet, Torino, 2011, p. 288 ss.

² Per una panoramica, VIRGADAMO, P.: *La filiazione. Questioni processuali*, Milano, 2010, p. 279 ss.

Il corno della questione, pertanto, è comprendere se “destinare”, in senso lato, l’immobile a residenza della famiglia corrisponda ad un uso che contenga in sé un termine implicito di durata.

Se così fosse, si applicherebbe la regola posta dall’art. 1809 c.c., secondo la quale il comodante non può esigere la restituzione del bene prima che esso sia stato utilizzato conformemente all’uso pattuito, se non nell’ipotesi di “urgente ed impreveduto bisogno”; se così non fosse, invece, si farebbe applicazione dell’art. 1810 c.c., che consente al comodante di ottenere la restituzione del bene a semplice richiesta (*recesso ad nutum*).

Le riflessioni che seguiranno, dopo una ricostruzione dello stato delle arti in materia, sono finalizzate a sostenere fermamente la seconda delle alternative prospettate, tenuto conto che, a parere di chi scrive, l’eventuale assegnazione della casa, in un procedimento di crisi genitoriale ai sensi dell’art. 337 *sexies* c.c., non muta i termini della questione.

II. IL COMODATO DI CASA FAMILIARE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA.

La giurisprudenza italiana si è a lungo occupata del tema in esame, con particolare riguardo all’ipotesi di assegnazione della casa familiare goduta in comodato nei procedimenti relativi alla crisi genitoriale. In assenza di una normativa specifica di riferimento, si è anche prospettato di applicare analogicamente le disposizioni sulla locazione³; tesi, questa ormai abbandonata tenuto conto, tra l’altro, della diversità funzionale dei due rapporti, gratuito l’uno (comodato) e oneroso l’altro (locazione)⁴.

Secondo una diversa impostazione, potrebbe farsi a meno di ogni pretesa applicazione analogica della disciplina locatizia, attribuendo al provvedimento assegnativo una forza di “concentrazione” del titolo (proprio del comodatario) in capo all’assegnatario⁵.

Si è, viceversa, da altre parti sostenuto che il provvedimento assegnativo “sostituisce” l’originario titolo rappresentato dal comodato; che il termine vi sarebbe, individuandosi nella cessazione delle esigenze abitative della famiglia; che, per l’effetto, il rapporto non è precario e il comodante non ha

³ Cass., 17 luglio 1996, n. 6458, in *Foro it.*, 1997, I, p. 205; Cass., 4 marzo 1998, n. 2407, in *Mass. Giust. civ.*, 1998.

⁴ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 193.

⁵ Cfr. Cass., 26 gennaio 1995 n. 929, in *Dir. fam. pers.*, 1995, I, p. 1990; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10258, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 591.

facoltà di recedere *ad nutum*⁶.

Altri giudici hanno invece ritenuto che, così ragionando —ammettendo cioè l'assegnabilità dell'immobile al genitore non comodatario, ma affidatario della prole— si snaturi la caratteristica tipica del contratto, che è *intuitus personae*, oltre a prodursi una “proroga dell'occupazione nonostante il mutamento delle originarie condizini a fronte delle quali fu iniziato il rapporto”⁷.

La complessità della questione ha indotto ad un primo pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno anzitutto affermato la possibilità di assegnare al genitore affidatario della prole la casa goduta in comodato dall'altro.

La Suprema Corte ha poi in quell'occasione ritenuto che, ove il comodato di casa familiare sia stato stipulato senza termine preciso di durata, si imprime comunque sul bene un vincolo di destinazione alle esigenze abitative della famiglia idoneo a conferire all'uso il carattere implicito della durata del rapporto, onde l'impossibilità di recedere *ad nutum* da parte del comodante. Nè il vincolo suddetto potrebbe considerarsi, secondo la Cassazione, caducato per il sopravvenire della crisi coniugale, prescindendo quella destinazione, nella sua oggettività, dalla effettiva composizione, al momento della stipula del contratto, della comunità domestica, ma essendo essa semmai finalizzata a soddisfare, nel senso più ampio, ogni esigenza abitativa dettata dalla solidarietà familiare, che con la crisi medesima non viene meno⁸.

La posizione espressa dalle Sezioni Unite nel 2004 ha avuto largo seguito nella giurisprudenza successiva⁹.

In senso contrario, si pone —diremmo isolatamente— una decisione del

⁶ Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 18.

⁷ Trib. Napoli, 15 ottobre 1997, in *Giur. napoletana*, 1998, p. 48.

⁸ Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603.

⁹ Cass., 14 febbraio 2012, n. 2103. La decisione si pone sul solco di Cass., 18 giugno 2008, n. 16559; Cass., 6 giugno 2006, n. 13260; Cass., 13 febbraio 2006, n. 3072. Nello stesso senso, v. Cass., 28 febbraio 2011, n. 4917, in *Studium iuris*, 2011, p. 681, secondo la quale, nonostante l'interruzione della convivenza tra coniugi a seguito della crisi del loro rapporto, il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento del bene immobile di sua proprietà al coniuge affidatario della prole, il quale sia assegnatario della casa familiare, per l'uso previsto nel contratto, eccezion fatta per l'ipotesi in cui sopravvenga un urgente ed impreveduto bisogno del comodante stesso, che legittima una richiesta di restituzione dell'immobile da parte di costui *ex art. 1809, comma 2, c.c.* In senso conforme v. ancora Cass., 2 ottobre 2012, n. 16769, in *I Contratti*, 2013, p. 261 ss., con nota di PASSARELLA A.: “Concessione in comodato di immobile con vincolo di destinazione a casa familiare”.

2010 della Cassazione¹⁰, secondo la quale il comodato precario è contraddistinto dal fatto che la determinazione del termine di efficacia del vincolo è rimessa in via potestativa alla sola volontà del comodante, che può manifestarla *ad nutum* con la mera richiesta di restituzione del bene, non avendo rilievo la circostanza che l'immobile risulta adibito a casa familiare e che sia stato assegnato, in sede di separazione tra i coniugi, all'affidatario dei figli. Per tale ragione è stata cassata la sentenza che aveva rigettato la domanda di restituzione di un immobile concesso in comodato dai genitori al figlio, immobile rimasto nella disponibilità della nuora dopo la separazione, ritenendosi che la legittimità di tale pretesa fosse subordinata alla sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno rilevante *ex art. 1809, comma 2, c.c.*

III. IL COMODATO DI CASA FAMILIARE DELLA DOTTRINA ITALIANA.

Le soluzioni accolte dalle Sezioni Unite del 2004 sono state sottoposte ad approfondite critiche da parte degli studiosi.

Si è osservato, anzitutto, che la pronuncia aderisce ad un'idea di famiglia "entificata", oggi ampiamente superata¹¹. Nella stessa ottica, si è puntualmente rilevato che, ragionando come le Sezioni Unite, si produce una censurabile disomogeneità disciplinare tra l'ipotesi di casa familiare goduta in comodato durante la fase fisiologica del rapporto di coppia e quella di casa familiare goduta in comodato durante la crisi di tale rapporto: solamente nel primo caso, e non nel secondo, infatti, si potrebbe applicare l'art. 1810 c.c., con recedibilità *ad nutum* da parte del comodante, là dove, nell'ipotesi di patologia del suddetto rapporto, il godimento dell'immobile non potrebbe tornare potestativamente al comodante, finché perdura la c.d. destinazione

¹⁰ Cass., 7 luglio 2010, n. 15986, in *Guida al dir.*, 2010, f. 33, p. 63, con nota di DOSI, G.: "L'individuazione del contratto come precario penalizza la linea interpretativa familiaristica". La pronuncia è andata incontro alle critiche della dottrina per una evidente carenza motivazionale. Cfr. GIACOBBE, G. – VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, tomo 2, "Separazione personale e divorzio", cit., p. 292, nota 270: "sembra doveroso sottolineare che, mentre la sentenza n. 13603 del 2004 è stata emessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per superare un contrasto di giurisprudenza, ed è caratterizzata da un'ampia ed articolata motivazione, la sentenza n. 15986 del 2010 non si è posta il problema del precedente delle Sezioni Unite ed è pervenuta alla indicata conclusione con una estremamente succinta motivazione. A riguardo va segnalato l'art. 374, comma 3, c.p.c., così come sostituito dalla riforma del 2006, che testualmente dispone: 'se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso'".

¹¹ FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 190.

familiare¹².

Per non parlare dei problemi probatori che l'impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite del 2004 comporterebbe, nella riferita ottica, dovendosi fornire la *probatio diabolica* della effettiva intenzione di dare e ricevere il bene al fine specifico di destinarlo a casa familiare: la rilevanza a livello squisitamente soggettivo delle intenzioni delle parti¹³, con conseguente impossibilità per il giudice di indagarle, unitamente all'usuale assenza di prove documentali da cui trarla¹⁴, renderebbe tale dimostrazione difficilmente raggiungibile.

Infine, le Sezioni Unite definiscono la casa familiare come un bene sottoposto ad un "vincolo di destinazione", dizione, questa, ritenuta discutibile anche a motivo della natura personale e non già reale del diritto abitativo, desumibile, tra l'altro, dal suo regime di opponibilità, basato ancor oggi, secondo la migliore ricostruzione, sull'art. 1599 c.c.¹⁵.

Posti i suddetti rilievi critici, la dottrina si è orientata verso diverse ricostruzioni del fenomeno.

Un autorevole studioso ha affermato che, nel caso di abitazione goduta in comodato, vi è un'impossibilità di diritto all'assegnazione, considerata l'essenzialità dell'*intuitus personae* all'interno del contratto medesimo, che verrebbe tradito dall'attribuzione a terzi non prescelti dal comodante del godimento dell'immobile¹⁶.

Altro attento Autore ha sostenuto che l'assegnazione della casa in comodato svolge una funzione comunque rientrante all'interno dell'obbligo di mantenimento previsto dall'art. 148 c.c., onde il comodante, che sia un ascendente dei figli nel cui interesse l'assegnazione è avvenuta, non può dolersi di quest'ultima, che corrisponderebbe, tutto sommato,

¹² FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 191.

¹³ Cfr. TARUFFO, G.: *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU e F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, II, 2, I, Giuffrè, Milano, 1992, p. 136 ss.

¹⁴ RICHICHI, R.: "Eccezione di dolo generale e diritto di famiglia", in *L'eccezione di dolo generale*, coord. da L. GAROFALO, Cedam, Padova, 2006, 323.

¹⁵ Cfr. VIRGADAMO, P.: "L'opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e l'affidamento condiviso", in *La regolamentazione dell'affidamento condiviso nella filiazione legittima e naturale*, coord. da E. BRUSCHI e R. ROSSANO, Pubblicazioni Italiane, Taranto, 2008, p. 222 ss.

¹⁶ GABRIELLI, G.: "I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia", in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 137; OBERTO, G.: "Famiglia e rapporti patrimoniali", Giuffrè, Milano, 2002, p. 583; BARBIERA, L.: *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 61.

all'adempimento di un obbligo su di esso gravante *ex lege*¹⁷.

Altra dottrina, poi, ha fatto richiamo all'eccezione generale di dolo, al fine di giustificare l'inapplicabilità, nell'ipotesi in esame, dell'art. 1810 c.c. e del conseguente recesso *ad nutum* del comodante¹⁸.

Tutte le soluzioni adombrate, però, prestano il fianco ad alcuni rilievi critici.

Sicuramente ciò vale per l'ultima, tenuto conto che l'eccezione generale di dolo, dagli incerti confini contenutistici, rischia di “divenire un contenitore con cui giustificare, nella fase esecutiva del contratto, l'ingiustificabile”, cioè l'impossibilità totale, da parte del comodante, nel caso che ci occupa, di esercitare il recesso, in spregio alla normativa codicistica¹⁹.

Nondimeno, è quantomeno parziale la seconda proposta, attagliandosi esclusivamente all'ipotesi di comodato concesso da un ascendente; essa è peraltro discutibile anche sotto il profilo teorico, se è vero che l'obbligo di cui all'art. 148, comma 1, c.c. fa prevalente riferimento ad una contribuzione di natura economica, consistente nella corresponsione di una somma di denaro²⁰, sostituibile da altra prestazione solamente tramite il meccanismo delle obbligazioni alternative, le quali, com'è noto, non tollerano una sostituzione giudiziale nella scelta rimessa all'obbligato²¹.

La medesima dottrina ritiene altresì criticabile la prima impostazione, affermando che l'*intuitus personae* che caratterizza il contratto di comodato non sarebbe tradito dall'assegnazione, influenzando questa sul rapporto e non già sull'atto, che rimarrebbe invariato²².

Più recenti studi hanno posto l'accento sul concetto di causa in concreto.

Rileva un Autore che che “le ragioni del comodante non possono prescindere, in ogni caso, da un bilanciamento con gli interessi patrimoniali del comodatario, tutte le volte in cui la richiesta di restituzione immediata del bene appaia in contrasto con la regola di correttezza *in executivis* (art. 1375

¹⁷ GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, 2015, p.

¹⁸ RICHICHI, R.: “Eccezione di dolo generale e diritto di famiglia”, cit., p. 322 s.

¹⁹ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 207.

²⁰ TRABUCCHI, A.: “Diritti e doveri dei coniugi”, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, coord. da L. CARRARO – G. OPPO – A. TRABUCCHI, *sub* art. 148 c.c., I, 1, Giuffrè, Milano, 1977, p. 277.

²¹ Ancora FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 210, il quale evidenzia che il nonno sarebbe eccessivamente penalizzato, dovendo subire l'imposizione della scelta giudiziale circa le modalità di adempimento del suo obbligo.

²² FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 203.

c.c.)”²³.

In particolare riguardo al comodato avente ad oggetto la casa familiare, si osserva, da parte della dottrina citata, che è “centrale la ricostruzione della causa concreta dalla quale si evince con certezza l’effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante”²⁴. Secondo l’Autore, essendo l’interesse patrimoniale del comodatario strumentale alla realizzazione di un interesse superindividuale o familiare, avente rilevanza esistenziale, in special modo della prole, il contratto di comodato diverrebbe strumento di esercizio della responsabilità genitoriale, onde la sua efficacia viene legata al perdurare dell’interesse familiare indicato.

La citata dottrina, peraltro, estende il ragionamento ad ipotesi diverse, nelle quali l’interesse familiare non è condiviso dal comodante, il quale non è consapevole del fatto che l’immobile sarebbe stato adibito dal comodatario a residenza della famiglia²⁵.

In relazione alla citata fattispecie, l’Autore osserva che gli interessi, pur non condivisi dal comodante, possono prevalere anche sulla causa espressa del negozio, “ove lo esiga la particolare natura di essi”, nell’ottica di un bilanciamento degli stessi effettuato in sede interpretativa ed integrativa del contratto *ex artt.* 1366 e 1374 c.c. Il rilievo causale dei valori in gioco sarebbe bensì indiretto, ma condurrebbe comunque, per il tramite del procedimento equitativo e della tecnica del bilanciamento ad esso sotteso, a dare prevalenza all’interesse della prole minore così come al legittimo affidamento del comodante in ordine al rilascio dell’immobile. Se ne conclude che “l’applicazione dei principi di buona fede e di equità potrà determinare la fissazione giudiziale di un congruo termine (in relazione alle circostanze del caso concreto) entro il quale il comodatario dovrà lasciare l’immobile; in tal modo verrà assicurata la possibilità di trovare un’altra sistemazione abitativa

²³ SCAGLIONE, F.: *Il comodato*, in *Il Codice Civile. Commentario*, coord. da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 162. Vedi già le osservazioni di CIPRIANI, N.: *Il comodato*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, coord. da P. PERLINGIERI, Esi, Napoli, 2005, p. 382 e, più in generale, PERLINGIERI, P.: “Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti”, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Esi, Napoli, 2003, p. 441 ss.

²⁴ Nello stesso senso, Cass., 11 agosto, 2010, n. 18619, in *Riv. not.*, 2011, p. 411 ss., con nota di ANDREOLA, E.: “Casa familiare tra comodato e assegnazione”; in *Fam. dir.*, 2011, p. 121 ss., con nota di MAGLI, C.: “Comodato e casa familiare: la limitazione della portata applicativa della decisione delle sezioni unite nella prospettiva delle successive pronunce di legittimità”.

²⁵ Per una esemplificazione, v. Cass., 13 febbraio 2007, n. 3179.

alla famiglia, nell'interesse predominante dei figli minori"²⁶.

Come si avrà modo di constatare, il rilievo attribuito al profilo causale, giustamente enfatizzato dalla dottrina da ultimo ricordata, caratterizzerà la più recente ed autorevole evoluzione giurisprudenziale.

IV. LA POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE DEL 2014.

Sul dibattito sono recentemente intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁷, le quali hanno affermato che il coniuge affidatario della prole minorenni, o maggiorenne non autosufficiente, che sia assegnatario della casa familiare, può opporre al comodante, che chieda il rilascio dell'immobile in questione, l'esistenza di un provvedimento di assegnazione, pronunciato in un giudizio di separazione o di divorzio, solamente se tra il comodante e almeno uno dei coniugi — salva la concentrazione del rapporto in capo all'assegnatario, benchè diverso — il contratto in precedenza insorto prevedesse la destinazione del bene a casa familiare. In tale evenienza, il rapporto, riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 c.c., si costituisce per un uso determinato ed ha — mancando una espressa indicazione della sua scadenza — una durata determinabile *per relationem*, con applicazione delle regole che disciplinano la destinazione della casa familiare, indipendentemente, dunque, dal verificarsi di una crisi coniugale, ed è pertanto destinato a persistere o a venir meno con la sopravvivenza o il dissolversi delle necessità familiari (nella specie, relative a figli minori) che avevano fondato l'assegnazione dell'immobile.

Le Sezioni Unite precisano che il coniuge separato, convivente con la prole minorenni o maggiorenne non autosufficiente ed assegnatario dell'abitazione già attribuita in comodato, il quale opponga alla richiesta di rilascio del comodante l'esistenza di una destinazione del bene a casa familiare, deve dimostrare che tale era la pattuizione attributiva del diritto personale di godimento, mentre spetta a chi invoca la cessazione del comodato provare il sopraggiungere del termine fissato *per relationem* e, dunque, l'avvenuto dissolversi delle esigenze connesse all'uso familiare che lo stesso bene è destinato a soddisfare.

Infine, l'importante pronuncia citata afferma che, ai sensi dell'art. 1809,

²⁶ SCAGLIONE, F.: *Il comodato*, cit., p. 162 ss.; in tal senso v. già FREZZA, G.: "Dal prestito d'uso al comodato nuziale", in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1144 ss.

²⁷ Cass., sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Guida al dir.*, 2014, 42, p. 20; in *Dir. giust.*, 30 settembre 2014, con nota di FANELLI, A.: "Casa familiare in comodato ed interessi protetti: quando il proprietario ha diritto alla restituzione".

secondo comma, c.c., il bisogno che giustifica la richiesta del comodante di restituzione del bene non deve essere grave ma imprevisto e, pertanto, sopravvenuto rispetto al momento della stipula del contratto di comodato. Esso deve essere altresì urgente, non rilevando bisogni non attuali, né concreti o solo astrattamente ipotizzabili. Ne deriva che non solo la necessità di un uso diretto, ma anche il sopravvenire d'un imprevisto deterioramento della condizione economica del comodante — che giustifichi la restituzione del bene ai fini della sua vendita o di una redditizia locazione— consente di porre fine al comodato, ancorché la sua destinazione sia quella di casa familiare. Rimane ferma, in tal caso, la necessità per il giudice di effettuare il controllo di proporzionalità e adeguatezza nella comparazione tra le particolari esigenze di tutela della prole e il contrapposto bisogno del comodante.

V. PROFILI DI CRITICITÀ DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE.

Deve salutarsi con favore la corretta sottolieatura, da parte delle Sezioni Unite, del concetto di causa. Essa dovrebbe mettere al riparo dalla fantasia di ipotizzare astrattamente un comodato a tempo (connesso all'uso familiare) nelle ipotesi in cui il comodante sia ad esempio una società, onde sarebbe assai arduo ricavare l'esistenza di una comune intenzione delle parti di adibire la casa all'uso suddetto. Va tuttavia rilevato in senso critico che la pronuncia appare lacunosa, in quanto non si attarda a distinguere, in linea di principio, le ipotesi di comodante ascendente da quella di terzo estraneo.

Ciò posto, per il resto la citata pronuncia presta il fianco ad una nutrita serie di critiche difficilmente superabili.

Anzitutto, non si comprende come l'esigenza abitativa familiare potrebbe sorreggere un termine implicito di durata del rapporto, dato che così non è per l'esigenza abitativa *non familiare ma individuale*²⁸. Invero, l'esigenza familiare può intendersi come una mera estensione soggettiva dell'esigenza abitativa *sic et simpliciter*.

Dunque, come mai la Cassazione, nell'ipotesi di esigenza abitativa familiare,

²⁸ Tutte le volte nelle quali la giurisprudenza riscontra la presenza di un termine di durata del rapporto, lo fa perché il caso concreto è connotato da particolarità ulteriori rispetto al mero uso abitativo. Di contro, là dove all'uso abitativo non si connettano clausole di effettiva, e non già apparente, determinazione temporale, il rapporto viene configurato senza determinazione di durata. Sarebbe solamente apparente la determinazione di tempo, ove connessa alla clausola «fino a quando i comodatari non abbiano reperito un altro alloggio» (così Cass., 22 marzo 1994, n. 2750, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2517), essendo il relativo evento del tutto incontrollabile ed imprevedibile.

configura un rapporto a tempo, là dove, nel caso di esigenze individuali, ma parimenti abitative, non fa lo stesso?

Proprio qui sta il corno della questione e si svela il sottile e velato ragionamento, sottostante a quello più apparente, che i Supremi giudici in effetti conducono ma non disvelano.

La risposta alla domanda formulata è infatti solamente una: perché si legge nel “familiare”, in modo inconfessato ed implicito, “esigenza dei figli non autonomi”, la quale, però, non è —*rectius*: non è detto che sia stata— oggetto dell’intenzione del comodante al momento della stipula del contratto. Egli, piuttosto, ben avrebbe potuto intendere le “esigenze familiari”, alle quali desiderava “vincolare” il bene, in modo assolutamente più lato, come, ad esempio, quelle dei figli anche a seguito della raggiunta autosufficienza economica, o della nuora quale familiare, o dell’ascendente convivente o di altri ancora.

Quelle citate non sono forse esigenze familiari? Evidentemente sì. Possiamo dire allora che anche in tali casi il comodato sarebbe a tempo e il comodante non dovrebbe poter revocare *ad nutum*? Evidentemente no.

L’esempio vuol aiutare a comprendere che le esigenze familiari non sono solamente quelle dei figli non autosufficienti, ma qualcosa di molto più lato, di talmente più lato che non appaiono idonee a sorreggere un uso determinato nel tempo²⁹.

Perché dovrebbe, *dulcis in fundo*, l’esigenza familiare scomparire “come per magia” una volta raggiunta la maggiore età o l’indipendenza economica della prole? Forse raggiunta tale indipendenza non vi è più esigenza abitativa della famiglia da tutelare? Il vero è allora —e qui si rivela la sincera posizione della Corte— che, raggiunta la suddetta indipendenza, viene meno il presupposto *non del comodato, ma dell’assegnazione ex art. 337 sexies c.c.* (interesse dei figli).

In tal modo si comprende come la Cassazione confonda, senza attardarsi su tale fraintendimento, il profilo causale del comodato con la funzione normativa dell’assegnazione disegnata dal legislatore o, meglio, appiattisca la prima sulla seconda, in spregio alla labialmente dichiarata rilevanza della

²⁹ Inoltre: se la destinazione familiare è un uso che sorregge un termine implicito bisognerebbe rispondere alla domanda: cos’è la famiglia? È quella nucleare? O quella allargata? Come tutelare le esigenze abitative di eventuali parenti collaterali o affini conviventi? E quelle dei figli naturali della sola nuora del comodante, magari avuti con altro *partner*, entrati a far parte della compagine familiare prima della crisi? E quelle di eventuali nonni, bisnonni, nipoti o pronipoti conviventi? Il ragionamento della Corte condurrebbe, all’evidenza, a risposte paradossali.

causa in concreto del negozio.

Peraltro, il rilievo attribuito all'elemento causale dalle Sezioni Unite si mostra meramente formale sotto il profilo probatorio. L'intenzione in concreto delle parti è infatti usualmente ricavata dalla giurisprudenza dal fatto stesso dell'utilizzo della casa come residenza della famiglia, sicchè sarà difficile, se non inverosimile, riuscire a dimostrare una eventuale volontà contraria delle parti (quantomeno del comodante) in sede di costituzione del rapporto e di un utilizzo difforme da parte del comodatario. Anzi, tale utilizzo difforme, da inadempimento contrattuale quale è, diverrebbe, paradossalmente, elemento probatorio di una volontà negoziale ad esso conforme.

Non andrebbe poi dimenticato che, se vi è un dubbio ermeneutico, il contratto a titolo gratuito, come quello che ci occupa, deve essere interpretato nel senso meno gravoso per l'obbligato (art. 1371 c.c.), che, nella specie, significa configurare il medesimo contratto come precario. Orbene, non sembra potersi negare che, nell'ipotesi di generica "destinazione abitativa familiare", vi sia quantomeno il dubbio circa la sussistenza di un termine effettivamente in grado di definire temporalmente il rapporto³⁰.

Tutto ciò, a tacer del fatto che si scoraggia in concreto l'uso del contratto di comodato, il quale, viceversa, in tempi di crisi economica e di elevata disoccupazione giovanile, risulta per il genitore strumento molto appetibile al fine di assicurare un'abitazione al figlio e alla sua famiglia.

Vi è poi una considerazione, che appartiene all'ordine dell'assiologia, la quale stride con la conclusione sposata dalle Sezioni Unite.

Si giustifica, tradizionalmente, la ricostruzione del comodato come "a tempo", con conseguente non recedibilità *ad nutum* da parte del comodante, sulla base del bilanciamento degli interessi proprietari di quest'ultimo con quelli della prole, per concludere nel senso della cedevolezza dei primi e della prevalenza dei secondi. Tuttavia, in tal modo, si commette un insanabile errore metodologico, che attiene all'essenza stessa del bilanciamento dei valori che l'interprete deve operare: si bilanciano due interessi (quello del comodante e quello della prole non autosufficiente) tra loro del tutto disconnessi dal punto di vista giuridico. Il comodante, infatti, non è, in quanto tale, legato da alcun rapporto con la suddetta prole, nè di tipo

³⁰ La sua natura di comodato a tempo non potrebbe, peraltro, giammai presumersi, se è vero, come ammonisce la giurisprudenza più recente, che i vincoli particolarmente gravosi (come, si ritiene che sia la durata determinata del rapporto e la conseguente non recedibilità *ad nutum* da parte del concedente) per il comodante devono essere sempre positivamente provati. Cfr. Cass., 21 novembre 2014, n. 24838, in www.ilforoitaliano.it.

contrattuale, nè, in astratto, discendente direttamente dalla legge. Il bilanciamento, tuttavia, può e deve operare solamente tra interessi tra loro giuridicamente connessi (ad esempio, l'interesse del proprietario e quello del conduttore, legati tra loro dal contratto di locazione; quelli del padre e quelli del figlio, legati dalla responsabilità genitoriale; quelli del paziente e quelli del medico, legati dal contratto di ospitalità, quelli del danneggiato e quelli del danneggiante, legati dall'illecito aquiliano fonte di vincolo giuridico, ecc.). Interessi tra loro del tutto indipendenti, come quelli in questione, non possono *ab origine* essere bilanciati, per mancanza, volendo usare un'immagine figurata, della "bilancia" sui quali porli, ossia del rapporto giuridico che lega i soggetti portatori e che "innesca", per dir così, la stessa attività di bilanciamento.

Ragionando come fa la Suprema Corte —ponendo in bilanciamento, cioè, interessi e valori tra loro giuridicamente disconnessi— si potrebbe arrivare a conseguenze paradossali: assegnare *ex art. 337 sexies c.c.* la casa illecitamente occupata dalla famiglia alla moglie e madre della prole affidataria, casa appartenente ad un soggetto totalmente estraneo ai rapporti familiari, il quale sarebbe, non solo semplice vittima dello spoglio, ma addirittura impossibilitato ad agire per riottenere il godimento dell'immobile, dovendo il suo interesse patrimoniale "cedere" rispetto a quello esistenziale della prole anzidetta.

Tuttavia, la critica più radicale all'impostazione seguita dal Supremo collegio attiene allo stesso concetto istituzionale di comodato a tempo, che la Cassazione finisce con il tradire.

Com'è noto, tale è il rapporto caratterizzato da un termine, che, come tradizionalmente si insegna, deve essere quantomeno *certus an*, pur se *incertus quando*³¹.

Tuttavia, il "termine" considerato dalla Suprema Corte □ cioè quello costituito dalla raggiunta indipendenza economica della prole e, con essa, dalla cessazione della sua esigenza abitativa legata alla casa familiare □ non è evento affatto certo, (purtroppo) nemmeno nell'*an*, a voler rigorosamente ragionare, tenendo presente l'attuale realtà socio-economica: onde esso, a ben vedere, termine non è.

Ma vi è di più: ove anche l'evento considerato fosse *certus an*, non per questo costituirebbe un termine, nel senso particolare che questa espressione assume in seno agli artt. 1809 e 1810 c.c.

³¹ GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2015, p. 940 ss.

Se si riflette bene, rifuggendo da facili semplificazioni, infatti, il “termine” di cui si discute non è tale solamente se è certo che l’evento dedotto si verificherà, lo è se è altresì, in qualche misura, prevedibile l’arco temporale entro il quale ciò accadrà.

Che il c.d. termine cui alludono gli articoli in esame abbia la riferita peculiarità (prevedibilità dell’arco temporale di verifica) si evince, d’altronde, dalla stessa formulazione dell’art. 1809 c.c. In esso si legge che il comodatario è obbligato a restituire la cosa “alla scadenza del termine convenuto o, *in mancanza di termine*, quando se ne è servito in conformità del contratto”. Il corsivo aggiunto vuole sottolineare che, già nell’ottica del legislatore e nella lettera della legge, il termine o è “convenuto” o, tecnicamente, non è termine affatto.

Quello che si desume dall’uso cui il bene è “destinato”, pertanto, non è propriamente termine, nel senso istituzionale della parola: quest’ultimo può anche essere *incertus quando* (la morte ne è l’esempio paradigmatico), mentre il nostro non può esserlo (onde lo si indicherà tra virgolette nel prosieguo). Ciò è tanto vero che l’art. 1810 c.c., da parte sua, è rubricato “*Comodato senza determinazione di durata*”, e non “senza termine”, proprio perchè un termine, nel mero significato istituzionale della parola, se del tutto *incertus quando*, non sarebbe in grado di determinare, in senso pregnante, la durata del rapporto.

Basti osservare sinotticamente alcune rilevanti decisioni della giurisprudenza di legittimità per rendersi conto della bontà di questa conclusione, giurisprudenza che, in tema di comodato, distingue nettamente tra usi che implicano un “termine” finale del rapporto cui si riferiscono ed usi che non lo implicano.

Nel primo insieme rientrano, ad esempio, l’uso consistente nell’effettuazione del raccolto³² o nella fruizione di un’abitazione per il tempo necessario allo svolgimento degli studi universitari³³: attività necessariamente temporanee o addirittura stagionali.

Nel secondo insieme rientra, invece, ad esempio, l’uso consistente nello svolgimento, all’interno dell’immobile oggetto del diritto di godimento, di una data attività commerciale³⁴, come l’attività di ristorazione³⁵. Non implica

³² Cass., 18 novembre 2014, n. 24468, in *Guida al dir.*, 2014, 49-50, p. 24.

³³ Cass., 18 novembre 2014, n. 24468, cit.

³⁴ Cass., 18 novembre 2014, n. 24468, cit.: “l’apposizione al comodato d’un termine derivante ‘dall’uso cui la cosa è destinata’ non può invece ravvisarsi nel solo fatto che nell’immobile si svolge una determinata attività, commerciale o di altro tipo: per la semplice ragione che tale attività potrebbe non avere alcun termine prevedibile, nel qual caso il comodato sarebbe di fatto *sine die*. Conclusione, quest’ultima, che snaturerebbe la causa del

un “termine” finale nemmeno l’attribuzione del godimento di un immobile “sino a che non sia trovata altra sistemazione”³⁶, evento, all’evidenza, del tutto incontrollabile.

Dall’analisi delle motivazioni delle sentenze citate, si evince che non tutti gli usi implicano un “termine” finale di durata, ma solamente quelli che necessariamente sono destinati a terminare (evento *certus an*) e a terminare in un momento, se non precisamente determinato, quanto meno situabile in un arco di tempo controllabile (evento *incertus quando* con assoluta precisione, ma, si direbbe, *certus quando* come periodo limitato di tempo): il tempo del

contratto (il ‘prestito ad uso’ degli antichi) ed esproprierebbe di fatto il comodante. Esistono infatti attività il cui svolgimento è necessariamente espressione d’un termine implicito di durata del comodato (esigenze temporanee, occupazioni stagionali, necessità transeunti); ed attività che non sono soggette ad alcun termine di durata. Solo il primo tipo di attività, se svolte nell’immobile dato in comodato, consentono di ritenere che quest’ultimo sia soggetto ad un termine implicito. La Corte d’appello ha dunque confuso il termine del comodato col termine dell’attività che si svolge nell’immobile dato in comodato, ritenendo che il fatto stesso che nell’immobile si svolga una attività commerciale ancori la durata del comodato alla cessazione di quell’attività”.

³⁵ Cass., 8 ottobre 1997, n. 9775, in *Banca dati Jius Explorer*: “passando adesso al settimo motivo, la Corte d’appello, per respingere la pretesa del Palomba di rimanere, nonostante la richiesta di riconsegna, nella detenzione dei locali, protraendola indefinitamente fin quando eserciterà, in conformità del contratto (art. 1809 c.c.), l’attività di ristorazione, ha affermato, seguendo l’indirizzo di Cass. 26 marzo 1971 n. 897, che, in mancanza di particolari prescrizioni di durata, l’uso corrispondente alla generica destinazione dell’immobile si configura come indeterminato e continuativo, inidoneo a sorreggere un termine finale, con la conseguenza che, in tali ipotesi, la concessione deve intendersi a tempo parimenti indeterminato e cioè a titolo precario, onde la revocabilità ‘*ad nutum*’ da parte del comodante, a norma dell’art. 1810 c.c.”.

³⁶ Cass., 25 giugno 2013, n. 15887, in *Banca dati Jus Explorer*: “resta da esaminare l’ultima doglianza, articolata sotto il profilo della violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1803, 1809 e 1219 c.c., secondo cui la Corte territoriale avrebbe errato nel rigettare la domanda di risarcimento dei danni proposta dalla SAB trascurando che il contratto concluso oralmente, secondo la stessa prospettazione della Z., doveva durare ‘sino a che non fosse stata trovata altra sistemazione’ per cui la proprietaria non poteva chiedere la restituzione del bene sino a che la SAB si fosse servita del bene per tale uso. La doglianza è infondata. Ed invero, premesso che, come ha rilevato la Corte di merito, la società ricorrente non ha fornito la prova del proprio assunto, giova aggiungere che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il termine finale del comodato in tanto può, a norma dell’art. 1810 c.c., risultare dall’uso cui la cosa doveva essere destinata, in quanto tale uso abbia in sé connaturata una durata predeterminata nel tempo, mentre in mancanza di particolari prescrizioni di durata, in mancanza cioè di elementi certi ed oggettivi che consentano *ab origine* di prestabilire la durata, analogamente a quanto è avvenuto nella vicenda in esame, l’uso corrispondente alla generica destinazione dell’immobile si configura come indeterminato e continuativo, inidoneo a sorreggere un termine finale, con la conseguenza che, in tali ipotesi, la concessione deve intendersi a tempo parimenti indeterminato e cioè a titolo precario, onde la revocabilità ‘*ad nutum*’ da parte del comodante, a norma dell’art. 1810 c.c. (sul punto v. Sez. Un. 3168/2011, Cass. n. 5907/2011, Cass. n. 9775/2007)”.

raccolto, il tempo degli studi universitari, ecc.

In altre parole, si potrebbe dire che il “termine” cui si riferiscono gli artt. 1809 e 1810 c.c. deve essere altresì *certus quando*, anche se, in questo caso, si allude ad una certezza non cronometrica, ma dotata di un *controllabile* margine di elasticità.

Per tornare agli esempi fatti: il raccolto potrà durare un giorno in più o in meno del previsto, ma non andrà senz'altro oltre una determinata stagione; gli studi universitari del figlio hanno una loro durata regolare (ad esempio, cinque anni), corrispondente più o meno a quella del Corso di laurea. Se, nel secondo dei riportati esempi, si interpretasse l'uso nel senso che esso può durare, insieme al diritto di godimento cui si riferisce, per tutto il tempo che il figlio impiegherà per laurearsi, anche se si trattasse di decenni, è evidente che non potrà più parlarsi di “termine” *ex* artt. 1809-1810 c.c., in quanto assolutamente imprevedibile e incontrollabile nel “quando”, se non addirittura nell'*an*.

In definitiva, sembra che il legislatore, differenziando il precario dal comodato “a tempo”, abbia inteso distinguere i due sulla base di una clausola in grado di conferire al rapporto certezza e controllabilità: se tali caratteri non si riscontrano nel caso concreto, discutere di comodato con determinazione di durata — cioè contrapposto al precario — è del tutto irragionevole. D'altronde, se è vero che il “termine” deve risultare dall'uso cui la cosa è destinata — così si esprime l'art. 1810 c.c. — delle due l'una: o esso è individuabile in un momento inserito in un arco di tempo definibile *a priori*, ovvero praticamente ogni uso (o quasi) sarebbe idoneo a sottenderlo, onde l'inutilità pratica di distinguere tra comodato a tempo e precario.

Deve allora ritenersi ampiamente censurabile anche la decisione della Suprema Corte, che recentemente ha definito il comodato “vita natural durante” come rapporto a tempo, con conseguente non recedibilità *ad nutum* da parte del comodante³⁷. Il rapporto dovrebbe viceversa inquadrarsi, anche in questo caso, nello schema del precario, essendo, almeno in astratto, del tutto imprevedibile l'arco temporale entro il quale si verificherà la morte del comodatario. D'altronde, la “pericolosità” anche di tale soluzione adottata dalla Cassazione, siccome fonte di notevoli aporie sistematiche, è stata ben evidenziata in dottrina: “invero, la durata della locazione, ai sensi dell'art. 1573 c.c., non può eccedere i trenta anni e quando essa eccede il novennio ed abbia ad oggetto beni immobili, occorre provvedere alla trascrizione (art. 2643 c.c. n. 8); per di più l'eventuale costituzione di un diritto di abitazione sarebbe assoggettata al formalismo dello scritto ad substantiam e, parimenti, alla

³⁷ Cass., 18 marzo 2014, n. 6203.

formalità della trascrizione (art. 2643 c.c. n. 4). In questo contesto, la praticabilità di un comodato immobiliare vita natural durante verbalmente perfezionabile non può certo non definirsi pericolosamente stridente. Non sembra inoltre che si siano tenute presenti le conseguenze a livello sistematico di una statuizione nel senso della opponibilità del contratto agli aventi causa dal comodante, divenendo per tale via possibile ciò che non sarebbe in tema di locazione ultranovennale, soggetta a trascrizione, essendo attingibile una situazione di opponibilità simile a quella che si avrebbe nell'ipotesi in cui fosse stata perfezionata una donazione del diritto di abitazione (come tale perfezionata per atto pubblico e soggetta a trascrizione)³⁸.

VI. UNA DIVERSA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: IL COMODATO DI CASA FAMILIARE COME PRECARIO E LA CONSEGUENTE LIBERA RECEDIBILITÀ DA PARTE DEL COMODANTE.

Se la ricostruzione proposta dalle Sezioni Unite del 2014 riguardo alla configurazione del comodato di casa familiare come rapporto a tempo non è soddisfacente, si impone una diversa configurazione del fenomeno, che può sinteticamente così delinearsi.

Sembra possibile assegnare il godimento della casa familiare ai sensi dell'art. 337 *sexies* c.c. solamente se può evincersi dall'interpretazione dello schema contrattuale che l'assegnatario è già parte del rapporto originario, altrimenti verificandosi un caso di impossibilità giuridica all'assegnazione. Essa, infatti, tradirebbe irrimediabilmente il carattere *intuitus personae* che connota il negozio in esame.

Nell'ipotesi in parola, il provvedimento assegnativo non determinerebbe alcuna “deviazione” o “concentrazione” del godimento dell'immobile — termini spesso in voga nelle pronunce giudiziali, ma impropri, o quantomeno sibillini — ma semplicemente una esclusione *ope iudicis* del non assegnatario dal godimento medesimo. Per l'effetto, il comodante sarà libero di recedere *ad nutum* dal contratto, potendosi solamente ricorrere, come suggerito dalla dottrina più sensibile³⁹, all'assegnazione di un termine congruo ai sensi dell'art. 1183, comma 1, c.c., al fine di consentire all'assegnatario il reperimento di altra idonea sistemazione.

³⁸ CIANNI, P.: “Contratto di comodato vita natural durante”, in *Pareri di diritto civile*, coord. da M.R. SAN GIORGIO, Giuffrè, Milano, 2014, p. 270 s.

³⁹ FREZZA, G: *Mantenimento diretto e affidamento condiviso*, cit., p. 212 ss.

VII. COMODATO DI CASA FAMILIARE E SEPARAZIONE CONSENSUALE, PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE, NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA AVVOCATI.

Si comprende che di assegnazione potrà parlarsi solamente là dove possa operare l'art. 337 *sexies* c.c.

Così non è nell'ipotesi di separazione consensuale, ove la fonte attributiva del diritto abitativo è un accordo tra le parti e non già il decreto di omologa che, com'è noto, secondo la migliore opinione, di esso rappresenta solo una *condicio iuris* di efficacia⁴⁰.

Essendo fonte del diritto abitativo l'accordo di separazione tra i due genitori, delle due l'una: o ambedue erano comodatari *ab origine*, ed allora sarà ammissibile che essi condordino un godimento del bene esclusivo da parte di uno; ovvero era comodatario uno solo di essi, onde sarà impossibile attribuire validamente il godimento all'altro senza il consenso del comodante, pena la violazione del divieto di cui all'art. 1804 c.c.⁴¹.

Medesime conclusioni, e per le medesime ragioni, valgono in riferimento ad un ipotetico accordo di mediazione — o di negoziazione assistita⁴² — all'interno del quale il genitore comodatario pensi di attribuire il godimento della casa familiare all'altro estraneo al comodato.

In tutte e tre le ipotesi considerate — separazione consensuale, accordo di

⁴⁰ Cfr., tra gli altri, GIACOBBE, G. — VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, tomo 2, "Separazione personale e divorzio", cit., p. 204 ss., ove riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

⁴¹ Pare orientarsi diversamente parte della giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Modena, 26 aprile 2004, in *Arch. locaz.*, 2004, p. 352; Pret. Pordenone, 23 dicembre 1998, *ivi*, 1999, p. 846; v. in argomento Cass., 25 maggio 1989, n. 2524, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1633), la quale sembra ammettere implicitamente la costituzione di un diritto di godimento in capo al coniuge non comodatario in sede di accordo di separazione consensuale, purchè risulti provata la destinazione della casa a residenza della famiglia. Tuttavia, è da dire che non è certo lo scopo familiare a determinare la persona del comodatario, onde la violazione del citato art. 1804 c.c.

⁴² Qualche dubbio potrebbe residuare riguardo a tale fattispecie. Infatti, l'art. 12, comma 3, d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014 n. 162 (per un primo commento v. DOSI, G.: *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 79 ss.), riferendosi appunto all'accordo di negoziazione assistita relativo a procedimenti di separazione personale dei coniugi e di divorzio (e assimilati) prevede che esso "tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1", i suddetti procedimenti. Tuttavia, è evidente che l'espressione "tiene luogo" non può essere intesa come "ha gli stessi effetti", sempre e comunque, ma nel senso di "sostituisce", ovviamente nei limiti del possibile. E, nel caso che ci occupa, tale sostituzione possibile non sarebbe di certo, dato che l'attribuzione del godimento della casa al familiare al non comodatario costituirebbe a sua volta un comodato che, in rapporto a quello originario, si configurerebbe quale subcontratto, secondo quanto sopra osservato, inammissibile.

mediazione, negoziazione assistita— il motivo per cui non si può effettuare alcuna attribuzione del godimento è dato dal fatto che tale potere è, *ex art. 337 sexies c.c.*, prerogativa del giudice, il quale soltanto può tecnicamente “assegnare” l’immobile ad un soggetto terzo rispetto al titolare del diritto di godimento originario sullo stesso, per un potere eccezionalmente conferitogli dalla legge.

D'altronde, anche il titolare di un ben più pregnante diritto di usufrutto potrebbe costituire diritti personali di godimento solamente per una durata ben definita, onde sarebbe contraddittorio ammettere che il comodatario possa farlo stabilendo una sua incommensurabile estensione temporale pari alle esigenze abitative della famiglia o dei figli.

L'unica cosa che si potrebbe ammettere — beninteso, come chiarito, solamente se il genitore che si intende beneficiare è già parte del contratto originario di comodato— è una *rinunzia abdicativa* di tipo contrattuale (in un contesto di separazione consensuale, di accordo di mediazione, di negoziazione assistita) al proprio diritto da parte di uno dei comodatari, ad indiretto vantaggio dell'altro, in seno ad una vicenda verosimilmente transattiva.

ÍNDICE