

Civile Ord. Sez. 3 Num. 26541 Anno 2021

Presidente: SESTINI DANILO

Relatore: IANNELLO EMILIO

Data pubblicazione: 30/09/2021

### ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 14292/2019 R.G. proposto da  
Schiesaro Elena, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Ida Grimaldi e  
Ugo Sardo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in  
Roma, via Ildebrando Goiran, n. 23;

- *ricorrente* -

contro

Bracesco Terenzio, rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea Tirondola,  
con domicilio eletto in Roma, Via Abruzzi, n. 25, presso lo studio  
dell'Avv. Ugo Scuro;

- *controricorrente* -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Venezia, n. 1030/2019

depositata il 19 marzo 2019;

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 27 maggio 2021 dal Consigliere Emilio Iannello.

### **FATTI DI CAUSA**

1. Con sentenza n. 1030/2019 del 19 marzo 2019 la Corte di appello di Venezia, in riforma della sentenza di primo grado ed in conseguente accoglimento della domanda avanzata da Terenzio Bracesco contro Elena Schiesaro — avendo ritenuto cessato, alla prevista scadenza del 1° ottobre 2014, il contratto di comodato di immobile stipulato sei mesi prima tra Terenzio Bracesco ed il figlio Giulio, coniuge della Schiesaro — ha condannato quest'ultima (che lo deteneva quale casa familiare assegnatale nel successivo giudizio di separazione e poi in quello di divorzio) al rilascio del bene in favore di Terenzio Bracesco, oltre che al pagamento, in favore dello stesso, della somma di € 300 al mese dalla domanda al rilascio, oltre interessi legali dalla sentenza al saldo.

«Superati i primi due motivi di gravame, relativi al contestato abuso del diritto, espressione utilizzata dal tribunale nei confronti della condotta di Bracesco Terenzio» (questo testualmente *l'incipit* della parte motiva della sentenza), la corte lagunare ha ritenuto costituire «ragione più liquida» per l'accoglimento del gravame quella proposta con il terzo motivo con il quale il Bracesco si doleva della violazione dell'art. 1809 cod. civ. e della costante giurisprudenza di legittimità in materia di assegnazione della casa familiare di proprietà di terzi e vincolata da comodato a termine non correlato alle esigenze familiari.

«Vero è, infatti, — si osserva in sentenza — che Schiesaro Elena era assegnataria della ex casa coniugale di via Abensberg 27/c, in quanto i figli minori, affidati congiuntamente ai genitori, avevano abitazione prevalente presso la madre, ma su detto immobile, ... incontestatamente di proprietà di Bracesco Terenzio, gravava un

5

comodato a titolo gratuito della durata di mesi 6, sottoscritto dal padre Terenzio in favore del figlio Giulio - ex marito della Schiesaro - davanti al notaio in data 1/4/2014.

«Il comodato, dunque, veniva a scadere il 1° ottobre ed era stato concesso a Bracesco Giulio espressamente "affinché il comodatario possa servirsi del bene ed utilizzarlo a suo piacimento, salva la natura, la sostanza della cosa stessa e la sua naturale destinazione": altrimenti detto, il comodato, costituito prima della presentazione, da parte di Giulio, della domanda di separazione giudiziale in data 9/6/2014, non menzionava le esigenze familiari, né le considerava in alcun modo, essendo esso finalizzato esclusivamente, come precisato nell'atto, alle necessità di Bracesco Giulio».

2. Avverso detta sentenza Elena Schiesaro propone ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, cui resiste Terenzio Bracesco, depositando controricorso.

Non sono state depositate conclusioni dal Pubblico Ministero.

Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ..

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ., in relazione agli artt. 2697, 1803 e 1809 cod. civ..

Sostiene, in sintesi, che dal complesso delle emergenze probatorie relative in particolare al comportamento delle parti, preesistente ma anche successivo al contratto di comodato, emergeva la concorde volontà e intenzione delle parti di imprimere all'immobile un vincolo di destinazione della casa alle esigenze familiari e che, peraltro, in tal senso avrebbe potuto valorizzarsi anche quanto scritto nel contratto medesimo, in particolare nell'art. 2, ove, se da un lato è previsto, come rimarcato in sentenza, che «la consegna degli

immobili viene effettuata dal comodante affinché il comodatario possa servirsi del bene ed utilizzarlo a suo piacimento», dall'altro è fatta comunque «salva la natura, la sostanza della cosa stessa e la sua naturale destinazione».

Assume che tale «naturale destinazione» poteva univocamente evincersi da quella che all'immobile era stata impressa prima degli atti negoziali del 2014 e dalla cronologia degli eventi che li avevano preceduti e seguiti.

Rimarca in tal senso che:

— il trasferimento della proprietà dell'immobile ed il susseguente contratto di comodato stipulato tra padre e figlio Bracesco (nel 2014) erano intervenuti in epoca di molto successiva alla data in cui i coniugi Bracesco-Schiesaro avevano ivi stabilito la residenza familiare, cioè dal 10/9/2010;

— ivi essa odierna ricorrente, assieme ai figli, aveva continuato a mantenere la residenza senza soluzione di continuità, sia in costanza di matrimonio, sia dopo lo scioglimento del vincolo coniugale;

— il trasferimento della proprietà dell'immobile, prima, da Giulio Bracesco al padre e la concessione in comodato, subito dopo, da parte del secondo al primo, ebbero luogo, nel 2014, all'insaputa della Schiesaro, in coincidenza della sopravveniente crisi della famiglia Bracesco/Schiesaro e nell'imminenza del deposito del ricorso per separazione giudiziale da parte di Giulio Bracesco.

Afferma che il complessivo contesto nel quale i contratti erano stati stipulati e la natura dei rapporti tra tutte le parti erano tali da far emergere la volontà di utilizzare in modo strumentale atti leciti al fine di eludere il preesistente vincolo di destinazione alle esigenze del nucleo familiare e della prole e di escludere la Schiesaro e i figli dalla detenzione qualificata dell'immobile.

Indica come sintomatico di malafede il silenzio tenuto dai Bracesco, padre e figlio, durante tutto il procedimento di separazione,



sulle attività negoziali che avevano portato al comodato, sino al procedimento di divorzio, ove veniva per la prima volta prospettata la questione.

Evidenzia che l'ordinanza presidenziale in sede di separazione è successiva alla data indicata in contratto come scadenza del comodato; tanto più lo è la sentenza di separazione; che nemmeno al momento del deposito del ricorso per ottenere il divorzio, in data 28/1/2016, Giulio Bracesco aveva accennato alla scadenza del comodato, sollevando la questione per la prima volta solo nel giugno 2016, e che, nonostante ciò, veniva confermata, dall'ordinanza presidenziale, l'assegnazione della casa familiare alla Schiesaro, così cristallizzandosi — assume — con un ulteriore vincolo, la destinazione del bene alle necessità familiari.

2. Con il secondo motivo la ricorrente deduce, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 1803, 1809, 337-ter e 337-sexies cod. civ. e 6, comma 6, legge div., per avere la corte d'appello erroneamente limitato il rapporto al comodatario Giulio Bracesco, senza estenderlo ai componenti del nucleo familiare con lui conviventi sin da epoca precedente l'atto, e per non aver rilevato la conservazione del vincolo di destinazione familiare, preesistente al comodato, e l'estensione del titolo di detentore qualificato alla moglie del comodatario e ai figli conviventi, a seguito della «cristallizzazione» di tale vincolo di destinazione per effetto dei provvedimenti giudiziari di assegnazione dell'abitazione familiare nei procedimenti di separazione, prima, e di divorzio, poi.

Sostiene che, in dipendenza della rilevanza costituzionale del diritto all'abitazione, il vincolo di destinazione impresso sin dall'origine alla casa familiare, a tutela degli interessi della famiglia, va considerato prevalente rispetto a quello delle parti originarie del contratto di comodato, tanto più quando, come nel caso di specie,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

questo sia intervenuto in un momento successivo rispetto a quello in cui il nucleo familiare aveva destinato l'abitazione a casa familiare e lo stesso bene era pacificamente di proprietà esclusiva di uno dei coniugi.

3. Con il terzo motivo la ricorrente deduce, con riferimento all'art. 360, comma primo, num. 5, cod. proc. civ., omesso esame dei seguenti fatti che afferma essere decisivi per il giudizio ed essere stati oggetto di discussione tra le parti:

— il momento di emersione del vincolo di destinazione dell'immobile come casa familiare alla data del 10/9/2010;

— la proprietà del bene immobile, da parte del coniuge Giulio Bracesco, all'epoca di stabilimento della residenza familiare, in data 10/9/2010;

— l'epoca di «apertura» della crisi coniugale (introdotta con lettera del 14/3/2014 del legale della Schiesaro al marito) e la contemporanea adozione, da parte del marito, di atti dispositivi del bene immobile (17/3/2014 trasferimento della proprietà al padre e 1/4/2014 contratto di comodato tra padre e figlio) in vista del deposito del ricorso per separazione giudiziale, da lui effettuato due mesi dopo, il 9/6/2014;

— l'adozione di tali atti dispositivi, da parte di Giulio Bracesco, all'insaputa della moglie e la permanenza ininterrotta di quest'ultima e dei figli a lei affidati nella casa familiare;

— l'assenza di contestazioni o rilievi circa il comodato, da parte del comodante Terenzio Bracesco, verso l'odierna ricorrente, dapprima nel corso del procedimento di separazione, conclusosi con sentenza del 30/1/2015, e sino all'instaurazione del procedimento di divorzio il 18/1/2016;

— la contestazione, da parte del comodante, dello spirare (alla data del 1/10/2014) del termine del comodato e la richiesta di rilascio



dell'immobile manifestate soltanto in data 16/9/2016, quasi due anni dopo la presunta scadenza e dopo che, sia in sede di separazione, sia in sede di divorzio, l'abitazione familiare era stata assegnata alla Schiesaro, senza alcuna opposizione;

— la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale nei registri immobiliari, così da risultare opponibile al terzo acquirente dell'immobile, anche oltre i nove anni;

— la circostanza, anch'essa (in tesi) sintomatica della mancanza di correttezza e buona fede, che il preliminare di compravendita tra Terenzio Bracesco e un terzo era stato stipulato solamente in data 20/8/2015;

— l'assenza di un grave, imprevedibile e urgente bisogno del comodante di vendere l'immobile libero da vincolo di comodato.

Afferma che, alla luce di tali fatti, gli atti posti in essere dai Bracesco, padre e figlio, sarebbero dovuti apparire preordinati e finalizzati all'attuazione concordata di una comune linea ostruzionistica ai provvedimenti che, di lì a poco, sarebbero stati emanati nell'ambito del giudizio di separazione, ed allo scopo di aggirarli.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360, comma primo, num. 4, cod. proc. civ., violazione e falsa applicazione degli artt. 337-ter e 337-sexies cod. civ., 6, comma 6, legge div., nonché degli artt. 2043 e 2056 cod. civ., in combinato disposto con gli artt. 1223, 1226 e 2697 cod. civ., in relazione alla condanna al risarcimento del danno per l'illegittima occupazione dell'immobile *de quo*.

Sostiene che, per effetto dei provvedimenti di assegnazione della casa familiare, mai revocati, la sua detenzione dell'immobile non poteva essere considerata *sine titulo*.

Soggiunge che, peraltro, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il danno conseguente al mancato godimento dell'immobile va

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

allegato e provato e non può essere considerato *in re ipsa*.

5. Appare fondato e di rilievo assorbente il terzo motivo di ricorso.

5.1. Il contesto fattuale agevolmente desumibile dalle circostanze descritte in ricorso — la cui allegazione nella presente sede deve ritenersi osservante degli oneri di specificità imposti dall'art. 366 n. 6 cod. proc. civ. e più in generale dal paradigma censorio modellato per costante interpretazione sulla previsione di cui all'art. 360, comma primo, num. 5, cod. proc. civ. (Cass. Sez. U. 07/04/2014, nn. 8053-8054) — appare potenzialmente idoneo a condurre ad una diversa ricostruzione della disciplina applicabile alla fattispecie.

La cronologia degli atti e il rapporto di stretta parentela tra le parti rendono, infatti, evidente un collegamento negoziale tra l'alienazione in permuta dell'immobile, dal figlio in favore del padre, e la successiva stipula di comodato, sul medesimo immobile, a parti invertite.

La pratica utilità di tale complessiva operazione negoziale non altrimenti può percepirsi se non in funzione chiaramente elusiva del rischio che la già manifestatasi crisi coniugale, e la prevedibile assegnazione della casa familiare al coniuge in sede di giudizio di separazione e poi di divorzio, ne facessero perdere disponibilità e godimento all'originario proprietario.

Per conseguenza la previsione prima, in detto contesto, di un termine di durata del comodato, e l'esercizio da parte del comodante del conseguente diritto al rilascio del bene (peraltro dopo che la detenzione si era comunque protratta per quasi due anni dopo la sua scadenza), ben potrebbero leggersi come strumentali a tale preordinato obiettivo.

Si profila, dunque, un intento elusivo riconducibile ad ipotesi di abuso del diritto, la cui valutazione è esplicitamente quanto immotivatamente tralasciata in sentenza attraverso un improprio richiamo al principio della ragione più liquida.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale





5.2. Converrà in proposito rammentare che a tale opzione motivazionale può accedersi in quanto la questione ritenuta di più agevole soluzione, ancorché logicamente subordinata, renda non necessario l'esame delle altre perché «assorbite», ossia perché, in ipotesi, tendenti al medesimo risultato pratico (assorbimento proprio, per difetto di interesse della parte stessa che quella questione aveva prospettato) o perché comunque inidonee a condurre ad un esito diverso per la prevalenza, in ogni caso, dell'esito cui conduce la questione cui si è data priorità nella trattazione (assorbimento improprio) (cfr. Cass. Sez. U. n. 9936 del 08/05/2014, che ha ritenuto ragione più liquida l'accoglimento del secondo motivo di ricorso, relativo alla infondatezza nel merito della pretesa risarcitoria, rispetto alla pregiudiziale questione di giurisdizione posta dal primo motivo; v. anche *ex aliis* Cass. 28/05/2014, n. 12002).

Deve essere però ben chiaro ed esplicito il motivo per il quale si è scelto di tralasciare l'esame, altrimenti prioritario, di questioni pregiudiziali o preliminari, onde non vi sia dubbio sul fatto che tali questioni sono state ritenute assorbite e non sono state, invece, neppure implicitamente rigettate.

Tali condizioni certamente non sussistono nel caso di specie, avendo la corte veneta puramente e semplicemente scelto di non affrontare il tema, pur ritualmente proposto, dell'abuso del diritto, che certamente avrebbe potuto condurre a una diversa qualificazione della fattispecie (e sul cui esame, dunque, l'appellata non aveva certo perso interesse), senza dare di ciò alcuna spiegazione.

5.3. Un esame della fattispecie nella prospettiva non esaminata ben potrebbe, invero, giustificare il diniego di copertura giuridica dell'obiettivo perseguito dal comodante.

Come questa Corte ha già in passato evidenziato, (v. Cass. 18/09/2009, n. 20106), gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto — ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale — sono i

seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede.

Come conseguenza di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva.

E nella formula della mancanza di tutela sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata (così, in motivazione, Cass. n. 20106 del 2009, cit.).

Ebbene, tale canone valutativo ben può attagliarsi alla vicenda, quale emergente dai fatti in questione, erroneamente obliterati dal



giudice *a quo*, segnatamente nel rapporto tra comodante ed effettiva controparte del comodato, da identificarsi nella ex coniuge del formale comodatario, per gli effetti che discendono da provvedimento di assegnazione della casa familiare e che come noto consistono nel «concentrare» sulla prima i diritti a questo spettanti (v. Cass. Sez. U. n. 20448 del 29/09/2014; Cass. Sez. U. n. 13603 del 21/07/2004; Cass. n. 2627 del 07/02/2006).

5.4. Sotto altro ma convergente profilo appare altresì rilevante, nel senso di poter condurre a diversa ricostruzione del rapporto in questione e del regime ad esso applicabile, la circostanza, anch'essa fondatamente dedotta come oggetto di omesso esame, che i provvedimenti di assegnazione della casa familiari risalgano a data successiva alla scadenza del termine pattuito tra padre e figlio del contratto di comodato, e che gli stessi abbiano avuto attuazione per quasi due anni senza che né il coniuge separato né il di lui padre abbiano mai opposto non solo la scadenza del contratto di comodato, ma nemmeno l'esistenza stessa del contratto.

Tale circostanza ben potrebbe quanto meno essere vagliata quale indice della volontà di prescindere da quel termine e correlare la durata del contratto all'uso cui lo stesso è di fatto destinato.

5.5. Sono dunque, quelli indicati in ricorso, fatti decisivi la cui totale obliterazione nella ricostruzione della fattispecie rende in effetti del tutto inappagante la qualificazione operata in sentenza ed espone la stessa al denunciato vizio di cui all'art. 360, comma primo, num. 5, cod. proc. civ..

6. In accoglimento, dunque, del terzo motivo, assorbiti i rimanenti, la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio al giudice *a quo* anche per le spese del presente giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

accoglie il terzo motivo di ricorso, nei termini di cui in motivazione; dichiara assorbiti i rimanenti; cassa la sentenza in relazione al motivo

5

**accolto**; rinvia alla Corte di appello di Venezia in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 27 maggio 2021.

Il Presidente

(Danilo Sestini)  
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
Il Funzionario Giudiziario  
Francesco CATANIA