



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO GIURIDICO**

**Dottorato di Ricerca
XXVII ciclo**

**“Persona, impresa, lavoro
dal diritto interno
al diritto internazionale”**

**“IL DIRITTO DI ABITAZIONE”
S.S.D. : IUS / 01**

**Coordinatore
CHIAR.MO
Prof. Francesco Paolo Traisci**

**Tutor
CHIAR.MO
Prof. Massimo Nuzzo**

**Candidato
Avv. Silvio Iannoto
Matricola 146119**

ANNO ACCADEMICO 2014 / 2015

INDICE

PRIMO CAPITOLO IL DIRITTO DI ABITAZIONE

PREMESSA

1. CENNI STORICI.....	PAG. 6
.2 NOZIONE E FUNZIONE.....	PAG. 9
1.3 PRESUPPOSTI OGGETTIVI.....	PAG. 10
1.3.1 LE ADDIZIONI ALL'IMMOBILE.....	PAG. 12
1.4. PRESUPPOSTI SOGGETTIVI.....	PAG 16
1.4.1L' AMBITO DELLA FAMIGLIA.....	PAG. 21
1.4.2 DIRITTO DI ABITAZIONE E COMUNIONE LEGALE DEI BENI.....	PAG. 23
1.5 I MODI COSTITUZIONE.....	PAG.26
1.6 IL DIVIETO DI CESSIONE.....	PAG. 34
1.6.1 IL PRINCIPIO DI TIPICITA' ED IL NUMERUS CLAUSUS DEI DIRITTI REALI.....	PAG. 37
1.6.2 INDEROGABILITA' DEL DIVIETO.....	PAG. 41
1. 6.3 INTERVENTO CONGIUNTO DEL PROPRIETARIO E DELL'HABITATOR IN SEDE DI ALIENAZIONE DEL BENE.....	PAG. 45

1.7. TRASCRIZIONE.....	PAG. 49
1.8.L'IPOTECABILITA' DEL DIRITTO DI ABITAZIONE.....	PAG.51
1.9 ESTINZIONE DEL DIRITTO.....	PAG.59
1.9.1 LA RINUNCIA IN GENERE.....	PAG.61
1.9.2 LA RINUNCIA AL DIRITTO DI ABITAZIONE.....	PAG.67

II CAPITOLO

IL DIRITTO DI ABITAZIONE SPETTANTE AL CONIUGE SUPERSTITE

2.1 NATURA DEL DIRITTO DI ABITAZIONE A FAVORE DEL CONIUGE SUPERSTITE	PAG. 70
2.2 ASPETTI OGGETTIVI.....	.PAG. 73/75/77
2,3 ASPETTI SOGGETTIVI.....	PAG.80
2.7 SUCCESSIONE LEGITTIMA E NECESSARIA.....	PAG.93
2.8 CAUSE ESTINTIVE.....	PAG.96
2.9 TRASCRIZIONE	PAG.98
2.10 CONFLITTO CON I DIRITTI ISCRITTI	PAG.102

Premessa metodologica

Il presente lavoro si prefigge la finalità di analizzare taluni aspetti legati al diritto reale di abitazione, con speciale riferimento al divieto di cessione del predetto diritto previsto dall'articolo 1024 del codice civile. Tale problematica, inoltre, è strettamente connessa anche ad altri aspetti pratici, quali l'ipotecabilità e l'espropriabilità del predetto diritto reale.

In particolare è apparso opportuno approfondire preliminarmente taluni profili di carattere generale riguardanti il diritto di abitazione, nei limiti in cui essi fossero funzionali alla ricostruzione che si è tentato di proporre.

A tal fine, sono stati affrontati alcuni aspetti, quali la natura giuridica e i presupposti soggettivi ed oggettivi, in quanto ritenuti propedeutici al prosieguo della trattazione.

1. CENNI STORICI

Il diritto di abitazione, così come si riscontra in genere per gli altri diritti reali conosciuti nel nostro ordinamento giuridico, deriva dalla tradizione romana e romanistica. Il predetto diritto dunque formò fin da epoca antica, non solo in Roma, ma anche nelle province¹, oggetto frequente di legato².

Pertanto si ammetteva che taluno potesse abitare una casa per tutta la propria vita e fruendo di tutela *erga omnes*, ma tale possibilità si riconduceva ad altri tipi di diritti reali, ossia all' *usus* o all'*usus fructus*.

Fin dall'età repubblicana era conosciuto l'*usus domus*, l'uso di una casa di abitazione, che si riteneva appunto conferire al titolare la facoltà di abitare.

I giuristi a partire da Quinto Mucio, si adoperarono ad estendere, in via d'interpretazione, la sfera delle persone, a cui si poteva consentire di abitare insieme con il beneficiario³: si giunse ad ammettere in quella sfera un ospite estraneo, se ne escluse rigidamente il locatario che pagasse un canone.

¹ Come emerge dai papiri greco – egizi.

² ARANGIO – RUIZ, Istituzioni di diritto romano, Napoli, 1927, pag. 222

³ che nella pratica era per lo più il marito o la moglie del *de cuius* del disponente.

La pratica offrì successivamente altre forme di lasciti, sulla cui portata i giuristi furono chiamati a pronunciarsi, in ispecie il legato dell'habitor e quello del del domus usus fructus habitandi causa⁴. Nel legato dell' habitatio essi avvisarono niente altro che la costituzione di un usus.

Riguardo invece al legato del domus usus fructus habitandi causa le valutazioni furono diverse, giacchè, mentre i giuristi della scuola proculeiana , seguiti poi da Ulpiano, lo assimilarono ancora senz'altro alla costituzione di un usus. I Sabiniani, e poi sicuramente Marcello, lo considerarono un autentico legato di usufrutto avente per oggetto una casa di abitazione, il che significava che il legatario aveva un più ampio godimento, compresa la possibilità di dare in locazione la casa.

I giustinianeî, nel risolvere la dubitatio degli antichi, decisero che il legato dell' habitatio e quello dell'usufrutto di una casa habitandi causa non davano luogo né ad un usus, né ad un usus fructus, bensì ad un quasi proprium aliquod ius, a un diritto autonomo chiamato ormai tecnicamente habitatio. L'habitatio assunse, per opera di Giustiniano⁵, una portata diversa dall'usus di una casa, in quanto l'habitor ottenne espressamente il potere di locare e non fu più esposto al rischio di perdere il proprio diritto in seguito alla propria capitis deminutio o la non usus.

D' altro canto, si ammise che l'habitatio potesse venire costituita non solo mediante legato, che era l'unica ipotesi contemplata dai

⁴ G. PUGLIESE, Enc. Del Diritto, Abitazione e uso, diritto romano, pag. 55.

⁵ BONFANTE, Istituzioni di diritto romano, Torino 1957, 340.

classici, ma anche mediante atti inter vivos, allo stesso modo dell'uso e dell'usufrutto.

Il diritto di abitazione conserva nel nostro diritto presso a poco gli stessi caratteri che aveva acquisito nella storia del diritto romano e che la compilazione giustiniana aveva fissato.

Il diritto intermedio avrebbe potuto risentire dell'influenza dei diritti di uso (Nutzungsrechte)⁶ conosciuti dai popoli germanici, ma concretamente tale influenza non ci fu, cosicchè, al momento della codificazione, non solo i legislatori francesi del 1804 e poi quelli italiani dei codici preunitari e del codice del 1865, ma anche quelli austriaci del 1811 e, in larga misura, quelli tedeschi del 1900 seguirono i modelli romani custoditi dalla tradizione del diritto comune.

Nel codice civile del Regno d'Italia, promulgato con r.d. 25 giugno 1865, n.2358, il diritto di abitazione è limitato "a ciò che è necessario all'abitazione di quello a cui fu concesso e della sua famiglia" (articolo 524) e non si può "né cedere né affittare" (articolo 529).

Con caratteristiche pressoché uguali il diritto di abitazione è disciplinato nel codice civile approvato con r.d. 16 marzo 1942, n.262 (articolo 1022), disciplina modificata dalla riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n.151) e dalla normativa sul divorzio (art.6 l. 6 marzo 1987, n.74).

⁶ G.PUGLIESE, pag. 56.

1.2 NOZIONE E FUNZIONE

Il diritto di abitazione è un diritto reale tipico di godimento che consiste nell' utilizzazione di una casa quale alloggio limitatamente ai bisogni del titolare e della sua famiglia⁷.

Sulla natura giuridica del diritto di abitazione la dottrina è divisa. Alcuni Autori⁸, difatti, ritengono che il diritto di abitazione sia una sottocategoria del diritto di uso (articolo 1021 del codice civile), la cui autonoma considerazione normativa si giustifica in ragione delle peculiarità che la contraddistingue, rispetto alla figura generale. Altri Autori, invece, sostengono che i due diritti siano autonomi, ponendo in evidenza le particolarità del diritto di abitazione. Tali particolarità, infatti, non consentono di configurare il diritto di abitazione in termini di *species* del diritto di uso⁹. Difatti i

⁷ Una parte della dottrina ritiene che il diritto di abitazione sia una sottospecie del diritto d'uso su tutti DE MARTINO, Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione, in Comm. Scialoja – Branca, sub artt. 978 – 1026, Bologna – Roma, 1978, 354.

⁸ Per tutti, BARBERO, L'usufrutto e i diritti affini, Milano, 1952, 50; DE MARTINO, Usufrutto uso abitazione, in Comm. Scialoja – Branca, 4 ed., Bologna – Roma, 1978, 354; Bianca C.M., Diritto civile, VI, La proprietà, Milano, 1999, 633; Palermo, L'usufrutto. L'uso. L'abitazione, in Tratt. Rescigno, VIII, 2, 2 ed., Torino, 2002, 160, nt. 4.

⁹ Per tutti ORLANDO CASCIO, voce Abitazione, in Enc. Dir., I, Milano, 1958, 94 ss.; Pugliese Usufrutto uso e abitazione, in Tratt. Vassalli, 2 ed., Torino, 1972, 834; Basso, Il diritto di abitazione, Milano, 2007, 18; Tuccillo, Le differenze del diritto di abitazione rispetto al diritto di uso, in Usufrutto, uso abitazione, a cura di Bonilini, II, Torino, 2010, 1741 ss.

presupposti oggettivi e soggettivi del diritto di abitazione differiscono rispetto ai presupposti del diritto di uso.

1.3. PRESUPPOSTI OGGETTIVI

Oggetto del diritto, di cui all' articolo 1022 del codice civile, può essere esclusivamente un immobile idoneo ad essere abitato, con esclusione, quindi, di tutti gli edifici che non possono essere funzionalmente destinati ad alloggio.

L' habitator può servirsi dell'edificio solo per abitarci, senza poterlo adibire, come l'utente, a scopi diversi, ad esempio a magazzino, a deposito o all'esercizio di una professione¹⁰.

Tuttavia è bene precisare che l'utilizzazione a scopo abitativo non esclude che il titolare del diritto possa esercitare all'interno dell'immobile anche un'attività professionale purchè la stessa non alteri la funzione primaria della casa¹¹.

Dunque l' habitator può legittimamente impartire nella casa lezioni private a singoli o pochi allievi, in circostanze tali da dover escludere che l'immobile sia stato parzialmente destinato a scuola privata¹². La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che l'abitazione non comprende soltanto i vani abitabili ma si estende a tutto ciò che

¹⁰ Sul punto, COPPOLA, L'oggetto del diritto di abitazione, in Usufrutto, uso abitazione, a cura di Bonilini, cit., 1843 ss.

¹¹ BIGLIAZZI GERI, Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. Cicu – Messineo, Milano, 1979, 303; GALLO, Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. Bessone, VII, 2, Torino, 2001, 77.

¹² T. Monza, 10 febbraio 1965, in *Monitore tribunali*, 1965, 862.

concorre ad integrare la casa, sotto forma di accessorio¹³ o pertinenza¹⁴.

Il godimento consentito all' habitator è rapportato, dall'articolo 1022 c.c., ai bisogni personali e familiari del medesimo. La dottrina prevalente ritiene, dunque, che il diritto di abitazione costituito su un immobile deve intendersi implicitamente ristretto alla sola porzione della casa sufficiente a soddisfare le esigenze abitative dei soggetti indicati.

La parte eccedente resterà esclusa dal diritto di abitazione dell'immobile e resterà nel godimento del proprietario¹⁵. I bisogni dell'habitator, che rappresentano, per la dottrina maggioritaria, il limite quantitativo del diritto¹⁶ del diritto, si identificano con le

¹³ Cass., 17 aprile 1981, n. 2335, in *Mass. Giur. it.* 1981. In senso più restrittivo De Martino, *op. cit.*, 324, secondo il quale, rispetto agli accessori, occorre, in primo luogo, aver riguardo al titolo costitutivo del diritto e, in secondo luogo, accertare se il loro uso sia necessario ai bisogni del titolare del diritto.

¹⁴ Il diritto di abitazione riguarda anche i balconi, le verande, i giardini, le cantine, le rimesse.

¹⁵ PUGLIESE, *op. cit.*, 845; BASSO, *op. cit.*, 311; CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, 181; TUCCILLO, *op. cit.*, 1748 s. In senso contrario, a favore dell'esclusività del diritto di abitazione, PALERMO, *op. cit.*, 161; LUPO, I bisogni dell'habitator e della sua famiglia, in *Usufrutto, uso abitazione*, a cura di Bonilini, *cit.*, 1808 ss., 1815 ss.

¹⁶ ORLANDO CASCIO, *op. cit.*, 97; PUGLIESE, *op. cit.*, 834 e 845; BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 313; PLAIA, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Digesto civ.*, XIX, Torino, 1999, 291; CATERINA, *op. cit.*, 181; BONILINI, *Il diritto reale di abitazione*, in *Usufrutto, uso abitazione*, a cura di Bonilini, *cit.*, 1731, nt.1. In senso contrario PALERMO, *op. cit.*, 160 s., secondo il quale, nel diritto di abitazione, il bisogno non è il limite, ma il modo in cui il legislatore ha delineato il contenuto tipico del diritto su un bene caratterizzato dalla destinazione di tipo abitativo che esso possiede. Nello stesso senso di recente LUPO, *op. cit.*, 1807 ss. e 1811 ss., la quale ravvisa nei bisogni il presupposto del diritto di abitazione.

esigenze dell'uomo che vive secondo abitudini medie¹⁷, le quali devono essere determinate volta per volta, in relazione al singolo caso concreto.

1.3.1 DIRITTO DI ABITAZIONE E ADDIZIONI ALL'IMMOBILE

L' habitator può operare sull' immobile, oggetto del diritto di abitazione, delle addizioni, così come evidenziato in una recente pronunzia della Suprema Corte¹⁸. Tuttavia le predette addizioni non dovranno alterare la destinazione economica della res.

In tale ipotesi difatti si applica l'articolo 986 del codice civile in materia di usufrutto¹⁹.

Per addizioni, dunque, devono intendersi tutte le opere che comportano un miglioramento dell'immobile ad esempio: il miglioramento della rete elettrica, la ristrutturazione di alcuni vani dell'immobile²⁰, l'aggiunta di ornamenti.

Le addizioni possono essere separabili e non separabili. Le prime possono essere rimosse dall'habitor, qualora il proprietario non desideri tenerle. In base all'articolo 986, comma 2 del codice civile dunque il proprietario potrà esercitare lo *ius tollendi*.

¹⁷ PUGLIESE, op. cit., 845; CORAPI, op. cit., 19009 s.

¹⁸ Cass., Sez. II, 29 dicembre 2011, n. 29763.

¹⁹ Grazie al rinvio operato dall'articolo 1026 del codice civile, in tema di diritto di abitazione, il quale stabilisce che: " *le disposizioni relative all'usufrutto si applicano, in quanto compatibili, all'uso e all'abitazione*";

²⁰ Bianca, Diritto Civile, Vol. VI, La proprietà, Milano, 1999, p.601, il quale osserva come le addizioni possano consistere in pertinenze (art.817, comma 2, del codice civile), oppure anche nell'unione di cose mobili accessorie.

Secondo un orientamento dottrinale, condizione per l'esercizio dello *ius tollendi*, indipendentemente dalla richiesta del proprietario di ritenerle, è che le addizioni siano separabili non in senso fisico e materiale, ma in senso economico e funzionale²¹.

La dottrina²² ha qualificato come addizioni non separabili, ad esempio, l'impianto di vigneti su un fondo seminativo, come anche le cose incorporate, in coesione organica, nel suolo e divenute immobili per natura, come ad esempio gli alberi²³.

Una parte della dottrina ritiene che, condizione per l'esercizio dello *ius tollendi*, indipendentemente dalla richiesta del proprietario di ritenerle, è che le addizioni apportate all'immobile siano separabili non in senso fisico e materiale, ma in senso economico e funzionale. Si desume ciò dalla subordinazione dello *ius tollendi* medesimo alla possibilità che con il suo esercizio concreto non venga arrecato nocumento al bene in usufrutto²⁴.

Il nocumento non consiste semplicemente nella diminuzione del valore della res o della sua produttività, poiché l'addizione non costituisce un motivo di paralisi dal lato funzionale, oppure una deturpazione dal punto di vista estetico²⁵, avviene normalmente che

²¹ BARBERO, L'usufrutto e i diritti affini, cit., 343

²² Caterina, Usufrutto, uso, abitazione, superficie, cit. p. 91; Barbero, L'usufrutto e i diritti affini, p. 543; De Martino, Dell'usufrutto, dell'uso e dell'Abitazione, cit., p. 214; Pugliese, Usufrutto, Uso, Abitazione, 2 ed., in Tratt. dir. civ. it., diretto da Vassalli, Torino, 1972, p. 635.

²³ Bigliuzzi Geri, Usufrutto uso e abitazione, cit. p. 152 (sullo *ius tollendi* p. 134); Palermo, L'usufrutto, in Tratt. Dir. priv., diretto da Rescigno, 2 ed., vol. 8, Proprietà, II, Torino, 2002, p. 122.

²⁴ Musolino, Diritto di abitazione e addizioni all'immobile, Riv. Not., Vol. LXVI, 3, 2012, p. 663.

²⁵ In questi casi, giuridicamente, anziché di un diritto, è fonte già di per sé stessa di responsabilità.

l'averla eseguita apporti un aumento al valore del bene, ed il toglierla invece cagioni una diminuzione.

Pure il documento dunque deve essere inteso alla stregua di un criterio funzionale, e, in conclusione, si devono ritenere inseparabili le addizioni che, una volta tolte, pregiudicherebbero sostanzialmente²⁶ la funzionalità del bene.

L'articolo 986, secondo comma del codice civile stabilisce che il proprietario deve corrispondere all'usufruttario (o all'habitor nel caso in cui abbia costituito sull'immobile un diritto di abitazione) “un'indennità pari alla minor somma tra l'importo della spesa e il valore delle addizioni al tempo della riconsegna”.

Secondo la giurisprudenza l'indennizzo costituisce la conseguenza dell'avvenuta esecuzione delle addizioni, salva la fattispecie di rinuncia espressa e specifica da parte dell'usufruttuario, per cui non si può presumere alcun animo di liberalità nel comportamento posto in essere dal titolare del diritto reale limitato²⁷.

L'indennizzo stabilito per le addizioni separabili viene quantificato in una somma pari a quella minore fra l'importo della spesa e il valore dell'addizione, secondo quanto stabilito dall'articolo 986, secondo comma, in base al rinvio ex articolo 1026 del codice civile.

²⁶ Non soltanto diminuirebbero.

²⁷ Cass., 11 novembre 1961, n. 2640, in Rep. Giust. civ., 1961, voce Usufrutto, n.1, la quale precisa, con riferimento al diritto di usufrutto, che il comportamento del titolare della servitù personale vale di per sé, autonomamente, e non tende a porre in essere alcun particolare rapporto giuridico con il nudo proprietario: quest'ultimo risente in via mediata le conseguenze dell'iniziativa altrui.

La predetta indennità appare dovuta anche nel caso in cui le addizioni non comportino un miglioramento dell'immobile²⁸. Per quanto riguarda, invece, le addizioni non separabili l'indennità è dovuta solamente nel caso in cui queste comportino un miglioramento sussistente al momento della restituzione, così come stabilito dal terzo comma dell'articolo 986 del codice civile, il quale richiama a sua volta l'articolo 985 c.c.

Il diritto all'indennità, dunque, diviene esercitabile solo al momento della cessazione della servitù personale²⁹, e, quindi come conferma la recente pronuncia del 2011, il momento al quale occorre fare riferimento per la valutazione delle addizioni operate è quello della consegna del bene al proprietario.

²⁸ Cass., 23 aprile 1958, n.1351.

²⁹ Cass., 21 ottobre 1980, n.5651.

1.4 PRESUPPOSTI SOGGETTIVI

E' diffuso, in dottrina e giurisprudenza, la convinzione che il diritto di abitazione, a differenza del diritto di uso, possa spettare esclusivamente alle persone fisiche.

Difatti il diritto di abitazione è volto a soddisfare solamente i bisogni umani³⁰. Pertanto l'esclusione delle persone giuridiche si fonda, essenzialmente, sulla considerazione che il diritto di abitazione deve essere posto in relazione con le esigenze fondamentali, costituzionalmente rilevanti, dell'essere umano, unico portatore dell'interesse dell'abitazione stessa. Tuttavia alcuni Autori ritengono che il diritto di abitazione possa essere costituito anche a favore di persone giuridiche. L'abitazione non deve essere considerato solamente come il ricovero per l'individuo, bensì quale “ centro di vita, nonché di sviluppo della personalità, riferibile al soggetto che ne è titolare , sia questo persona fisica, giuridica od organizzazione di diritto privato³¹”.

³⁰ ORLANDO CASCIO, voce Abitazione, in ED, I, Milano, 1958, 97; PUGLIESE, op. cit., 834; BIGLIAZZI GERI op. cit. 306; BIANCA C. M., op. cit., 634; CATERINA, op. cit., 184; SPOTTI, il soggetto del diritto di abitazione, in Usufrutto, uso abitazione, a cura di Bonilini, cit., 1803 ss. Nello stesso senso Cass., 18 agosto 1953, n. 2769, in Giust. Civ., 1953, I, 2818.

³¹ PALERMO, op. cit., 162.

Nell'attuale realtà sociale, secondo alcuni Autori, vi sono persone giuridiche, ad esempio enti, i quali necessitano di disporre di case di abitazione per soddisfare l'interesse dei loro assistiti ad avere un luogo dove alloggiare in un ambiente di tipo familiare, e che perciò sono portatori proprio di quel tipo di bisogno che può essere soddisfatto attraverso il diritto di abitazione³².

Il titolare del diritto non può far abitare la casa dai suoi familiari mentre egli abita stabilmente altrove³³. Quanto alla valutazione dei suddetti bisogni, bisogna fare riferimento all'articolo 1021 c.c., ultimo comma, secondo cui tali bisogni devono essere rapportati alla condizione sociale del titolare del diritto. Tale criterio di valutazione, tuttavia, deve essere interpretato tenendo conto del progresso tecnico e dei moderni orientamenti sociali³⁴.

Il diritto di abitazione è anche un diritto immobiliare. Qualsiasi immobile, anche se non destinato ad alloggio, può formare oggetto del diritto di cui trattasi, piuttosto che di un semplice diritto d'uso. Bisogna, quindi, interpretare la volontà del costituente o delle parti contraenti e, in caso di dubbio, deve prevalere il criterio oggettivo desunto dalla idoneità dell'immobile a soddisfare le normali esigenze di vita domestica e di alloggio familiare.

Elemento di rilievo è costituito anche dal modo come è esercitato il possesso³⁵.

³² BASSO, op. cit., 44; LUPO, op. cit., 1818.

³³ ORLANDO CASCIO, op. cit., 96.

³⁴ PESCATORE, ALBANO, GRECO, Della Proprietà, in Comm. Cod. civ., III, Torino, 1968, 276.

³⁵ A. PALERMO, G. PALERMO, Usufrutto, Uso, Abitazione, in Giur. sist. Bigiavi, Torino, 1978, 591.

E' esclusa la possibilità di trarne dei frutti: quanto ai frutti naturali, dalla natura stessa del bene e, quanto a quelli civili, dalla inammissibilità di un godimento indiretto³⁶.

Il diritto di abitazione può essere costituito anche a favore di più persone, per quote indivise³⁷. Ciascun partecipante potrà utilizzare l'immobile per la sua parte, nei limiti della propria quota, determinata sulla base dei bisogni suoi e della sua famiglia.

Qualora non sia possibile la divisione del godimento tra i diversi contitolari del diritto, la dottrina ritiene che l'intero immobile venga assegnato ad uno solo dei partecipanti alla comunione. Tuttavia il titolare del diritto, al quale verrà assegnato l'immobile, dovrà versare, a favore degli altri contitolari, un corrispettivo. Il predetto corrispettivo potrà assumere anche la forma di un canone periodico o di una somma di capitale³⁸.

In quest'ultima ipotesi si realizza una forma di trasferimento del diritto di abitazione, che sfugge, propter necessitatem, al divieto di cui all'articolo 1024 del codice civile³⁹.

³⁶ Bigliuzzi Geri, Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. Cicuti, Messineo, XI, I, Milano, 1979, 313.

³⁷ PUGLIESE, op. cit., 826; BIGLIAZZI GERI, op. cit., 314; BASSO, op. cit., 53; In senso conforme, Cass., 18 luglio 1980, n. 4706, in Rep. Giust. Civ., 1980

³⁸ PUGLIESE, op. cit., 830; BASSO, op. cit., 61.

³⁹ PUGLIESE, op. cit., 829; DOSSETTI, L'intrasferibilità del diritto di abitazione, in Usufrutto, uso e abitazione, a cura di Bonilini, cit., 1759 ss., 1770.

Una particolare ipotesi di diritto di abitazione è quello che può essere giudizialmente concesso in sede di separazione (art. 155 quater codice civile) o in sede di divorzio (art.6, legge 1 dicembre 1979, n.898).

Il primo comma dell'articolo 155 quater prevede che, in caso di separazione personale dei coniugi, " il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643".

Nonostante la legge 8 febbraio 2006, n.54 abbia introdotto possibilità di trascrivere il provvedimento di assegnazione della casa familiare, la dottrina⁴⁰ e la giurisprudenza⁴¹ prevalenti ritengono che il diritto avente ad oggetto la casa familiare non abbia natura di diritto reale, bensì di diritto personale di godimento, in quanto la trascrizione ai sensi dell'articolo 2643 del codice civile è prevista non solo per la

⁴⁰ L. Genghini, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2010, p.217.

⁴¹ Cass. S.U. 21 luglio 2004, n.13603, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2004, p.799, con nota di W.Finelli, in *Corr.giur.*, 2004, p.1439, con nota di E.Quadri; Cass. 3 marzo 2006, 4719, in *Mass.Giur.It.*, 2006; Cass. 8 aprile 2003, n.5455, in *vita not.*, 2003, p.884.

costituzione ed il trasferimento di diritti reali, ma anche per la costituzione di diritti obbligatori⁴².

⁴² tuttavia anche prima della recente novella, la possibilità di trascrivere il provvedimento giudiziale di assegnazione era già stata riconosciuta dalla Corte Cost. 27 luglio 1989, n.454, in CED Cassazione, 1989, la quale aveva giudicato “ costituzionalmente illegittimo l’articolo 155, 4° comma, del Codice Civile, nella parte in cui non prevede la trascrizione del provvedimento di assegnazione della abitazione della casa familiare al coniuge affidatario della prole, ai fini della opponibilità ai terzi”.

1.4.1 AMBITO DELLA FAMIGLIA

L'articolo 1023 del codice civile indica le persone che concorrono a formare l'ambito della famiglia, al quale è rapportato il limite dei bisogni previsti dall'articolo 1022 del codice civile.

Rientrano nell'ambito della famiglia, alla luce dei principi costituzionali e di quelli contenuti nel nuovo diritto di famiglia : il coniuge che non sia separato, tutti i figli sposati e non, i minori in affidamento preadottivo, e per la dottrina maggioritaria anche il *convivente more uxorio*⁴³ ed altri eventuali componenti della famiglia di fatto⁴⁴.

Tale orientamento dottrinale, inoltre, ritiene che nella nozione di famiglia possano rientrare anche i genitori, i fratelli e gli affini in linea retta ai quali l'habitor debba gli alimenti⁴⁵. La condizione principale per rientrare nell'ambito della famiglia è la convivenza. Difatti gli stessi figli ed il coniuge cessano di appartenere al nucleo familiare, qualora venga meno la convivenza o non siano più a carico della stessa⁴⁶.

La Suprema Corte ha, inoltre, precisato che la famiglia presa in considerazione nell'articolo 1023 del codice civile è quella del

⁴³ Bigliuzzi Geri, Usufrutto, uso e abitazione, in EG, Roma, 1994, 11; Pugliese, usufrutto uso e abitazione, in Tratt. Vassalli, 2 ed., Torino, 1972, 848; Gallo, Usufrutto, uso e abitazione, in Tratt. Bessone, VII, 2, Torino, 2001, 75.

⁴⁴ Trimarchi, Uso, in ED, XLV, Milano, 1992, 928.

⁴⁵ Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, Diritto Civile, II, Diritti reali, Torino, 1988, 229.

⁴⁶ Pugliese, Abitazione e uso, in NN. D.I., I, Torino, 1957, 61.

titolare del diritto di abitazione e non quella del suo dante causa per atto tra vivi o mortis causa⁴⁷.

⁴⁷ Cass. 9 giugno 1987, n. 5044, in Mass. Giur. it., 1987.

1.4.2 DIRITTO DI ABITAZIONE E COMUNIONE LEGALE DEI BENI

In dottrina è discusso se il diritto di abitazione possa cadere in comunione legale. Una parte della dottrina esclude la predetta ipotesi, in considerazione della natura strettamente personale del diritto di abitazione⁴⁸.

Un altro autore, invece, sostiene che il diritto di abitazione possa cadere in comunione legale dei beni, ma unicamente nei rapporti interni tra i coniugi, stante in divieto di cessione previsto dall'articolo 1024 del codice civile⁴⁹.

Tale tesi basa fundamentalmente sul carattere non imperativo dell'articolo 1024 c.c., ammettendo l'efficacia dell'atto di disposizione nei limiti del rapporto interno tra cedente e cessionario. La dottrina prevalente⁵⁰, tuttavia, ammette che anche il diritto di abitazione possa costituire oggetto della comunione legale, non solo nei rapporti interni tra i coniugi, ma anche nei rapporti esterni, pur conservando la sua natura e disciplina. In primis l'ambito familiare

⁴⁸ Di Transo, *Comunione legale*, 2 ed., Napoli, 1999, p.36.

⁴⁹ Comporti, *Gli acquisti in regime di comunione legale*, in *Riv. Not.*, 1979, I, 72 ss.

⁵⁰ Santarcangelo, *la volontaria giurisdizione, nell'attività negoziale*, IV, *Regime Patrimoniale della Famiglia*, Milano, 1989, 238; Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, 893; Verger, *L'oggetto della comunione legale: i componenti e gli estranei*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2000, p.158; Auletta, *La comunione legale :oggetto*, in *I rapporti patrimoniali fra i coniugi*, a cura di Auletta, III, Torino, 2011, p.283-297-298; Galasso, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, I, Bologna-Roma, 2003, 201; Oberto, *La comunione legale tra i coniugi*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu – Messineo – Mengoni, I, Milano, 2010, p.512-513.

del godimento di questo diritto si presta bene alla sua caduta in comunione⁵¹.

In caso, poi, di acquisto di tale diritto da parte di un coniuge in regime di comunione legale, non si attua un trasferimento di quota del diritto stesso in favore dell'altro coniuge, non essendo pertinente il richiamo all'articolo 1024 del codice civile. Inoltre, decisiva conferma di tale conclusione si trae dalla lettura dell'articolo 179, primo comma, lettera a, del codice civile, il quale stabilisce che sono beni personali quelli "di cui prima del matrimonio il coniuge era proprietario, o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento"⁵².

Dunque i diritti reali in re aliena, tra questi anche il diritto di abitazione, rientrano nell'oggetto della comunione legale se acquistati successivamente al matrimonio, e ciò sia nei rapporti interni che nei rapporti esterni.

Pertanto essendo ammissibile l'attribuzione per via negoziale del diritto in esame in favore di una pluralità di soggetti relativamente ad un unico bene, la differenza tra questa fattispecie e quella dell'acquisto in comunione risiede solo nella fonte del diritto. Nel primo caso, l'autonomia privata; nel secondo, la legge⁵³.

Secondo quanto sostenuto dall'orientamento prevalente il diritto di abitazione cade in comunione legale, qualora ricorrano i presupposti previsti dall'articolo 179 del codice civile.

⁵¹ Auletta, op. cit., 283.

⁵² Finocchiaro, op. cit., 893.

⁵³ Articolo 177, comma 1, lett. a, codice civile.

Una volta ammessa la caduta in comunione del diritto di abitazione, è da escludere che uno dei coniugi possa legittimamente rinunziarvi senza il consenso dell'altro coniuge⁵⁴.

La rinunzia al diritto di abitazione, difatti, configura, determinando l'estinzione del diritto in esame, un atto eccedente l'ordinaria amministrazione, il quale, ai sensi dell'articolo 180 del codice civile, deve essere compiuto congiuntamente da entrambi i coniugi. Un'eventuale rinunzia posta in essere da un solo coniuge, tuttavia, non sarebbe nulla, ma solo annullabile, su domanda dell'altro coniuge, entro il termine fissato dall'articolo 184 del codice civile.

⁵⁴ Bellinvia, Diritto di abitazione, Studi e Materiali, CNN, p. 1113.

1.5 I MODI DI COSTITUZIONE

La costituzione volontaria del diritto di abitazione può avvenire per atto tra vivi o per testamento.

Per quanto riguarda il contenuto del contratto costitutivo il diritto di uso e di abitazione, la giurisprudenza ha avuto occasione di chiarire che “ la predeterminazione del contenuto e della durata del diritto di uso non configura requisito essenziale del contratto avente ad oggetto la costituzione del medesimo diritto, atteso che tali elementi, in difetto di previsione delle parti, vanno determinati secondo la disciplina dettata dagli articoli 979 e 981 del codice civile in materia di usufrutto, applicabili in forza del rinvio disposto dall’articolo 1026 del codice civile”⁵⁵.

La costituzione negoziale, essendo a titolo derivativo, richiede la legittimazione del costituente. “Legittimato è quel soggetto, che si trova in un dato rapporto con un diritto, da quale può essere fatto derivare un’abitazione”⁵⁶.

⁵⁵ App. Genova, 13 gennaio 2005, in Rep. Giur. it., 2005,Usufrutto,n.5.

⁵⁶ Pugliese,op. cit., 59.

Dunque è legittimato a costituire un diritto di abitazione non solo il proprietario, ma anche l'usufruttuario dell'immobile da abitare⁵⁷.

Il contratto costitutivo di un diritto di abitazione esige, inoltre, la forma scritta a pena di nullità⁵⁸ ed è soggetto a trascrizione ai sensi dell'articolo 2643, n.4, del codice civile.

I contratti tipici idonei a costituire un diritto di uso o di abitazione sono gli stessi contratti ad effetti reali utilizzabili per costituzione dell'usufrutto, ad esempio: donazione e costituzione di dote, nonché contratti onerosi, quali la compravendita, rendita vitalizia, permuta, società⁵⁹.

E' possibile anche costituire il diritto di abitazione attraverso un contratto a favore di terzo ai sensi dell'articolo 1411 del codice civile ed è ammessa anche la possibilità di acquistare il predetto diritto per sé e, dopo la morte del primo acquirente, per altre persone viventi le acquistano da subito un'aspettativa del diritto. Tale aspettativa diviene irrevocabile con l'accettazione. Appare, invece, fortemente dubbia la possibilità di utilizzare lo schema negoziale del

⁵⁷ Anche il proprietario superficiario potrebbe costituire un diritto di abitazione sull'immobile costruito al di sopra del terreno (VEDERE CON NOTAIO)

⁵⁸ Cass., 21 maggio 1990, n.4562, in Arch. Civ., 1990, p.102; Cass., 6 ottobre 1998, n.9909, in Mass. Giur. it., 1998.

⁵⁹ Quando, anziché la proprietà o l'usufrutto di un bene se ne conferisca la semplice abitazione, che nella specie non consentirà la percezione dei frutti.

contratto per persona da nominare (articolo 1401 del codice civile). Infatti, attraverso l'electio amici, l'acquirente potrebbe sostituire a sé un altro soggetto le cui condizioni personali incidono sulla durata del diritto di godimento e le cui condizioni familiari incidono sull'esercizio del diritto medesimo e sulla sua estensione (articolo 1022 del codice civile).

E' possibile che due o più persone congiuntamente acquistino a titolo oneroso il diritto di abitazione e convengano che ciascuno di essi acquisti la quota dell'altro che possa premorigli e ferma anche la possibilità di più habitatores successivi, la dottrina si è interrogata circa la possibilità di costituzione del nostro diritto mediante riserva. Infatti, secondo alcuni la riserva si risolve in un doppio negozio, l'uno di trasferimento del diritto di piena proprietà e l'altro di ritrasferimento del diritto di piena di piena proprietà e l'altro del diritto parziario; con violazione dell'articolo 1024 c.c. in caso di diritto di abitazione. La dottrina prevalente⁶⁰, tuttavia, ha ricostruito la fattispecie in termini unitari cosicchè nessun ostacolo si pone a che l'alienante scinda il proprio diritto di piena nei due diritti che lo

⁶⁰ Per tutti Pgliese, 1972, 201.

compongono e, trattenendosi il diritto parziario di abitazione, alieni la sola nuda proprietà.

E così, a titolo oneroso, il diritto di abitazione potrà costituirsi mediante il contratto di vendita, permuta, di transazione, di divisione, di rendita perpetua e vitalizia, datio in solutum, contratto di società ed anche mediante contratto con obbligazioni del solo proponente ai sensi dell'articolo 1333 del codice civile. Nessun ostacolo a che il diritto venga costituito per contratto a titolo gratuito, con la sola precisazione che, in tal caso, qualora i beneficiari siano più di uno, sarà legittimo il patto di accrescimento a favore dell'ultimo superstite mentre resta vietato il diritto di abitazione successivo (articolo 796 del codice civile).

Secondo la più recente dottrina anche l'atto unilaterale inter vivos è idoneo a costituire il diritto reale, così come certamente idoneo appare anche il verbale di separazione consensuale, tant'è che, in relazione a tale fattispecie, è stata persino prevista un'esenzione tributaria.

Naturalmente, a tal proposito, si pone il problema della revocabilità del consenso e della mancata omologazione ma occorre comunque

osservare che il relativo provvedimento da parte del Tribunale ha una diversa finalità a seconda che sia diretta nei confronti delle clausole che disciplinano i rapporti fra i coniugi ovvero nei confronti delle clausole riguardanti la prole. Nel primo caso, infatti, il Tribunale deve limitarsi a controllare la legittimità del provvedimento e la spontaneità del consenso e quindi la mancanza di omologazione non può tradursi nella caducazione degli accordi patrimoniali (estranei alla prole) intervenuti fra le parti, data la sufficienza della forma scritta per la costituzione del nostro diritto e tenuto presente il principio di conversione dell'atto nullo (a cui ai nostri fini, potrebbe assimilarsi il patto non omologato) ai sensi dell'articolo 1424.

Né, al contrario, potrebbe invocarsi un collegamento negoziale fra tutti i negozi stipulati in sede di separazione dato che tale osservazione implica e presuppone la soluzione in senso positivo dell'interrogativo circa la natura negoziale del consenso espresso in sede di separazione.

Per gli stessi motivi nessun ostacolo si pone alla costituzione del diritto di abitazione mediante il ricorso e la successiva sentenza di

divorzio. I dubbi iniziano invece a sorgere quando si passa a valutare se il contratto costitutivo debba essere solo tipico, oppure possa essere anche atipico, ossia innominato, dato che la dottrina ritiene necessario il “ parallelismo” tra la tipicità del diritto e l’oggetto del contratto e la tipicità del contratto stesso. Non pare tuttavia che possa negarsi l’idoneità di contratti atipici alla genesi di un diritto reale, stante il sempre crescente favore legislativo e tributario per i negozi assunti, per esempio, in sede di separazione o di divorzio, in sede di regolamentazione “parasuccessoria” dei patrimoni, in sede di stipula di contratti di assistenza; ciò senza dimenticare il recepimento del trust nel nostro Ordinamento operato con la Legge 16.10.1989, n.364.

Per testamento i diritti di uso e di abitazione si costituiscono tramite una disposizione a titolo particolare.

Nel caso in cui il legato sia disposto a favore di più soggetti senza determinazione di quote o in quote uguali, si ammette, come vedremo anche nel secondo capitolo, l’accrescimento della quota degli altri partecipanti, nei limiti dei bisogni di ciascuno di essi e della sua famiglia, sia nell’ipotesi del mancato acquisto(ex art.675

del codice civile) sia nel caso in cui il diritto di uno dei collegatari venga successivamente meno, in applicazione dell'articolo 678,2° comma del codice civile, che prevedendo l'accrescimento per il legato di usufrutto, si ritiene compreso tra le norme alle quali si riferisce il generale rinvio previsto dall'articolo 1026 del codice civile⁶¹.

Il diritto di abitazione può nascere anche a seguito di un provvedimento giudiziale, a seguito della pronuncia di una sentenza emanata ai sensi dell'articolo 2932 del codice civile, sulla base di un preesistente obbligo di costituzione del diritto, rimasto inadempito⁶².

A titolo originario il diritto di abitazione, come il diritto di uso, può essere acquistato per usucapione⁶³.

Nelle applicazioni giurisprudenziali si registra il riconoscimento dell'acquisto per usucapione del diritto di uso degli spazi destinati a

⁶¹ Pugliese, op. cit., p. 839; Musolino, Il diritto di uso dalla disciplina del codice alle figure di più recente emersione, in Riv. Notariato, 2007, 1334; Basso, Il diritto di abitazione, Milano, 2007, p. 354.

⁶² Pugliese, op. cit., 60.

⁶³ Trimarchi, voce Uso, in Enc. Dir., XLV, Milano, 1992, p. 924. L'acquisto attraverso il possesso in buona fede non è applicabile al diritto di abitazione, poiché è previsto solo per le cose mobili non registrate. Il diritto di abitazione, invece, può essere costituito solamente su beni immobili.

parcheggio, realizzati ai sensi dell'articolo 41 sexies l. urb.⁶⁴ E del diritto di abitazione sulla casa del convivente more uxorio⁶⁵. Per espressa previsione normativa (articolo 1153,3° comma del codice civile) il diritto di uso può, come l'usufrutto, essere acquistato a titolo originario anche in virtù del possesso di buona fede acquisito a non domino e con titolo idoneo.

Tale acquisto ovviamente è escluso in caso di diritto di abitazione, attesa la natura necessariamente immobiliare dei beni che ne costituiscono l'oggetto.

⁶⁴ Cass., 7 giugno 2002, n.8262, in Giust. Civ., 2003, I, p.117; Cass., 15 novembre 2002, n.16053, in Giur.it., 2003, 2040.

⁶⁵ Trib. Torino, 28 febbraio 2002, in *Famiglia*, 2003, p.571; Trib. Torino, 14 marzo 2002, in *Giur.it.*, 2002, p.1664; Trib. Saluzzo, 26 marzo 2009, in *Giur. di Merito*, 2009, p.2468.

1.6 *IL DIVIETO DI CESSIONE*

Già sotto il codice del 1865 parte della dottrina riteneva come il divieto di alienazione e di locazione disciplinato dall'articolo 528 fosse derogabile, in quanto “ il principio dell'inalienabilità del diritto d'uso e di quello di abitazione non è stabilito dalla legge per ragioni di pubblico interesse , bensì per motivi di privato interesse, onde è dato alle parti di derogare al medesimo.

Ed infatti, se l'articolo 528 del codice civile dichiara che i diritti d'uso e d'abitazione non si possono cedere né affittare, non dichiara in alcun modo irrito il patto col quale se ne ammette l'alienazione o l'affitto; quindi se il divieto della legge trova la sua applicazione nel silenzio di chi ha costituito il diritto d'uso in favore altrui, non è applicabile allorchè nell'atto di costituzione si è altrimenti disposto⁶⁶.

Il divieto di alienazione del diritto di abitazione è espressamente sancito dall'articolo 1024 del codice civile, il quale stabilisce che “ i diritti di uso e di abitazione non si possono cedere o dare in locazione⁶⁷ .

⁶⁶ Ricci, voce Abitazione e uso, in Nuovo Dig.It.,I,Torino,1937,38,# 40; Pacifici Mazzoni, Istituzioni di diritto civile italiano, III, Firenze,1884, 369.

⁶⁷ Dall'esistenza del divieto, parte della dottrina fa derivare la nullità del contratto di vendita del diritto di abitazione per mancanza dei suoi requisiti essenziali per impossibilità giuridica dell'oggetto. In tal senso Rubino, la compravendita,in Tratt. Cicu – Messineo,II,Milano,1962,88; C.M. Bianca, la vendita e la permuta,I,in Tratt. Vassalli,Torino,1993,p.126; Per Altri autori,invece, gli atti che contravvengono al divieto debbono ritenersi nulli, ma per difetto di legittimazione e la nullità è da intendersi come assoluta, operando sia nei confronti delle parti sia nei confronti del proprietario. Il proprietario,dunque, potrà far cessare in qualsiasi momento l'esercizio del diritto da parte del

In dottrina e giurisprudenza, tuttavia, come già detto in precedenza è discussa la possibilità di derogare al divieto disciplinato dall'articolo 1024 del codice civile.

Una parte della dottrina⁶⁸, infatti, e parte della giurisprudenza⁶⁹ sostengono che il predetto articolo abbia una natura dispositiva. Dunque, secondo tale orientamento, il divieto di cui all'articolo 1024 del codice civile sarebbe derogabile attraverso il consenso comune del nudo proprietario e del titolare del diritto di abitazione, i quali intervengono congiuntamente in atto.

L'articolo 1024 c.c., quindi, non viene considerata come una norma di ordine pubblico, bensì come una norma posta a tutela di interessi privati ed attinente a diritti patrimoniali disponibili. La stessa Suprema Corte afferma che “è consentito al nudo proprietario derogare al divieto di cedere o dare in locazione il diritto di abitazione sancito dall'articolo 1024 del codice civile”⁷⁰. I giudici di Piazza Cavour⁷¹ ricordano come il suddetto divieto trovi fondamento in ragioni storiche ed economiche collegate al carattere

cessionario, in tal senso: Pugliese, op. cit., 832; Quaranta – Preden, Superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione, in Commentario De Martino, Roma, 1972, p. 574 e ss.

⁶⁸ C.M. Bianca, La proprietà, Milano, 1999, p. 630; Palermo, op. cit., 572; Genghini, I diritti reali, Padova, 2010, p. 456.

⁶⁹ Cass. 2 marzo 2006, n. 4599; Cass. 31 luglio 1989, n. 3565; Cass. 10 marzo 1964, n. 518; Cass. 13 settembre 1963, n. 2502; tuttavia è bene precisare che la giurisprudenza che viene solitamente citata per l'ammissione del patto di derogabilità all'articolo 1024 del codice civile si è occupata in realtà di fattispecie relative al diritto di uso e, quanto al diritto di abitazione, al solo caso del patto di derogabilità dell'articolo 1024 c.c. relativo alla locazione (e non alla cessione del diritto).

⁷⁰ Cass. 25 marzo 1960, n. 637, in Foro it., 1960, I, 756; Cass. 2 marzo 2006, n. 2006, in Arch. Locazioni, 2006, p. 530; Cass. 26 febbraio 2008, n. 5034, in Giur. it., 2008, p. 2472.

⁷¹ Cass. 18 ottobre 1961, n. 2217:” con la conseguenza che il nudo proprietario e l'habitor possono convenire di derogare al divieto, ed il relativo negozio è perfettamente valido ed operante in quanto riflette un diritto di cui i titolari possono validamente disporre”.

alimentare dell' istituto, mirato a procurare ad una determinata persona un mezzo di sostentamento.

Pertanto tale divieto non è stabilito per ragioni d'interesse pubblico, ma per la tutela del diritto del nudo proprietario.

Tale deroga finirebbe, tuttavia, per contrastare non solo con il principio di tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, ma andrebbe ad incidere anche sull'ipotecabilità dell'immobile gravato dal diritto di abitazione

1.6.1 TIPICITA' E NUMERUS CLAUSUS DEI DIRITTI REALI

In dottrina è discusso il problema della tipicità dei diritti reali. Ci si è chiesto, difatti, se i privati possano dar vita a schemi giuridici volti a limitare il diritto di proprietà al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore.

Le ragioni del numero chiuso dei diritti reali si trovano già nel diritto romano, il quale considerava con sfavore gli istituti che potessero limitare l'esercizio del diritto di proprietà, riducendone il valore economico e rendendone poco agevole la circolazione⁷².

Nel periodo della codificazione napoleonica il principio era giustificato anche dal bisogno di impedire ogni ostacolo allo sfruttamento produttivo se fosse concesso ai privati di dar vita a schemi giuridici volti a limitare il diritto di proprietà al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore.

In realtà queste ragioni non si ritrovano con la stessa intensità nell'epoca attuale, ed è perciò che una parte, sia pure minoritaria della dottrina, tenta di giustificare l'ammissibilità di diritti reali atipici.

Non si nega, peraltro, che e l'economia attuale presenta nuove esigenze, e la dottrina e la giurisprudenza hanno perciò ammesso, sia pure nei limiti dell'attuale diritto positivo, nuove figure quali le

⁷² Gazzoni, Manuale di diritto privato, cit., p. 238.

convenzioni urbanistiche, le servitù reciproche, la proprietà temporanea, la multiproprietà.

Una parte minoritaria della dottrina⁷³ tenta di superare il principio del numero chiuso dei diritti reali basandosi principalmente su tre argomenti.

Si rileva che nessuna norma, in primis, direttamente proibisca la costituzione di diritti reali fuori dai casi previsti dall'ordinamento. In secondo luogo si afferma che il principio dell'autonomia contrattuale, di cui all'articolo 1322 del codice civile, non è circoscritto ai soli contratti obbligatori, ma è riferibile anche ai contratti aventi ad oggetto diritti reali, senza alcun limite.

Tale orientamento dottrinale, inoltre, richiama l'articolo 42, secondo comma Cost., il quale, affermando che la legge riconosce e garantisce la proprietà privata, determinandone i limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale, e vuole in concreto consentire la creazione di diritti reali atipici, con il solo limite di non ridurre a mera formalità la titolarità del diritto di proprietà.

Sono state anche indicate dalla dottrina alcune ipotesi di diritti atipici, che in concreto, sussistono (ad esempio la multiproprietà)⁷⁴.

Tuttavia in dottrina⁷⁵ ed in giurisprudenza prevale nettamente la tesi della tipicità dei diritti reali, la quale afferma che il dogma del numero chiuso dei diritti reali è tuttora profondamente radicato

⁷³ Costanza, Il contratto atipico, p. 124 e ss; Caselli, La multiproprietà, in Trojani, Tipicità e numero chiuso dei diritti reali e cessione di cubatura, Vita Not., 1990, p. 283; Di Paolo, Trasferimento di cubatura d'area e numero chiuso dei diritti reali, in Riv. Not., 1975, p. 547 e ss.

⁷⁴ Capozzi, Dei singoli contratti, cit., p. 29 e ss.

⁷⁵ Comporti, Contributo allo studio del diritto reale, cit., p. 290 e ss.; Bigliuzzi Geri, op., cit. p. 44.

anche se sono venute meno le antiche motivazioni in ordine alla necessità di non gravare la proprietà fondiaria di pesi e limiti. Si guarda piuttosto alla tutela dei terzi, ai quali incombe il dovere di astensione in presenza di un diritto reale, dovere che può essere imposto solamente utilizzando modelli tipizzati, ad evitare una moltiplicazione delle ipotesi concrete.

I terzi, inoltre, devono poter valutare, in sede di circolazione del bene, l'esistenza di pesi e vincoli che, in quanto di natura reale, sono opponibili erga omnes.

Anche sotto questo aspetto, solo la preventiva tipizzazione è motivo di tranquillità.

Senza contare, poi, che il divieto di dar vita a schemi reali atipici potrebbe desumersi positivamente dall'articolo 1372 secondo comma del codice civile a mente del quale il contratto non produce effetti rispetto ai terzi (e, come si è detto, i diritti reali sono opponibili erga omnes) se non nei casi previsti dalla legge⁷⁶.

Si replica, poi, in tal modo, agli argomenti della teoria affermatrice. Quanto all'inesistenza di una normativa che prevede il divieto di costituzione è stato risposto, in particolare dalla Cassazione⁷⁷, che la norma esiste e si ritrova, precisamente, nell'articolo 832 ove è affermato che i limiti al diritto del proprietario devono essere stabiliti dall'ordinamento giuridico.

Quanto all'argomento basato sul principio dell'autonomia dei privati, si può dire che l'articolo 1322 del codice civile ammette i contratti

⁷⁶ Gazzoni, op., cit. 238.

⁷⁷ Cass. 26 marzo 1968, n. 944.

atipici se meritevoli di tutela, ma non fa alcun riferimento all'oggetto il quale può essere soltanto quello che l'ordinamento giuridico consente con l'esclusione, pertanto, di diritti reali atipici⁷⁸,

Quanto all'argomento fondato sull'articolo 42, secondo comma della costituzione, si può replicare che questa norma rimette al legislatore il compito di fissare i limiti al diritto di proprietà e, come si è detto ampiamente, l'ordinamento non ammette diritti reali al di fuori di quelli espressamente previsti dall'ordinamento.

Anzi, si può aggiungere che, sia pure limitatamente ai diritti immobiliari, il legislatore prevede la trascrizione in ipotesi tassativamente stabilite e fra queste sono comprese soltanto i diritti reali tipici (art. 2643 nn. 1,2, e 4).

Nè si può invocare l'articolo 2645 del codice civile che prevede "altri atti soggetti a trascrizione" perchè questa norma rende trascrivibili atti che producono gli stessi effetti degli atti tassativamente indicati, ma non deroga certo al principio secondo il quale l'oggetto di questi atti deve essere pur sempre costituito da diritti reali previsti dall'ordinamento.

La multiproprietà non è un diritto reale atipico come è stato autorevolmente affermato⁷⁹, ma si tratta di una quota di proprietà,

⁷⁸ La preventiva tipizzazione dei diritti reali limitati risponde ad un duplice ordine di esigenze: quella, che si potrebbe definire "storica" perché nata in un periodo in cui la proprietà fondiaria costituiva il cuore stesso del sistema privatistico e degli scambi, consistente nel non gravare il diritto di proprietà di pesi, vincoli e limiti, e di non comprimere la facoltà al di fuori delle ipotesi previste dalla legge; e quella volta a consentire ai terzi di valutare, in sede di circolazione dei beni, l'esistenza di pesi e vincoli che, in quanto di natura reale, sono opponibili erga omnes, come conseguente maggiore tranquillità del commercio giuridico. Per tutti Gazzoni, op. cit., p.238; C.M. Bianca, op. cit., 134; Bigliuzzi Geri, op. cit., 44 e ss.; Natucci, La tipicità dei diritti reali, II ed., Padova, 1988, p.31 e ss., il quale attribuisce al principio del numero chiuso dei diritti reali rilevanza costituzionale.

ossia di un istituto tradizionale espressamente disciplinato dal codice civile.

Si può dunque concludere che, allo stato della nostra legislazione, non possono costituire oggetto di negozi giuridici diritti reali non previsti dal nostro ordinamento.

⁷⁹ Santoro – Passarelli, Multiproprietà e comproprietà, in Riv. Trim. diri. e proc. civ., 1984, I, p. 19 e ss; sull'argomento anche Capozzi, op., cit. 29 e ss.

1.6.2 L'INDEROGABILITA' DEL DIVIETO

L'orientamento consolidato della giurisprudenza e di parte della dottrina⁸⁰, illustrato in precedenza, non è condiviso dalla dottrina maggioritaria.

Altri autori⁸¹, infatti, escludono per diverse ragioni che tale divieto possa essere derogato.

In primo luogo viene sottolineata la notevole rilevanza che assume per il proprietario la persona dell'habitor, con il quale potrebbe anche dover convivere. Il trasferimento del diritto potrebbe portare all'assunzione della titolarità del diritto in capo a persona non gradita al proprietario⁸².

Inoltre il predetto orientamento dottrinale evidenzia la diretta incidenza del titolare del diritto sul suo contenuto, intuitu personae, il quale deve essere commisurato ai bisogni personali dell' habitator e della loro famiglia (articolo 1021 del codice civile).

E' evidente come la derogabilità del divieto, di cui all'articolo, 1024 del c.c., pur valido ed efficace trasformerebbe il diritto di abitazione in un diverso diritto reale⁸³.

⁸⁰ Seppur autorevole.

⁸¹ Orlando Cascio, voce Abitazione, in Enc.dir., I, Milano, 1958, 101; C.N.N studio n.2344 del 1999 – Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni, Caccavale – Ruotolo, in Notariato, 2001, p.205.

⁸² Basso, Il diritto di abitazione è ipotecabile e pignorabile? Un dogma, in www.personaedanno.it

⁸³ Bigliuzzi Geri, op. cit., 941; Palermo, op. cit., 149, per il quale il divieto di disporre è assoluto (tale cioè da coprire tutte le forme, non solo di trasferimento del diritto, ma anche di cessione in tutto o in parte del suo esercizio) e inderogabile (non superabile cioè dal contrario accordo delle parti, in quanto caratteristico del tipo di situazione disciplinata dalla norma.

Un' ipotetica alienazione del diritto di abitazione comporterebbe una modifica del suo contenuto in quanto il diritto verrebbe commisurato al fabbisogno personale familiare del cessionario e non più del cedente⁸⁴.

Si è sostenuto che l'esistenza di una "clausola di cedibilità del diritto può servire, in sede di interpretazione, ad accertare che le parti hanno voluto in realtà costituire un diverso diritto di natura reale⁸⁵ (usufrutto) od obbligatoria (comodato, locazione), ovvero che avessero voluto costituire un diritto diverso, qualora avessero conosciuto la causa della nullità"⁸⁶.

La suddetta conclusione è, tuttavia, suscettibile d'interpretazione in base alla qualificazione reale o obbligatoria del diverso diritto che verrebbe originato da una pattuizione che violi il divieto posto dall'articolo 1024 del codice civile.

Nell'ambito della prima opzione, qualora si ipotizzi la sussistenza di un diritto reale che si avvicini all'usufrutto, per quel che concerne la trasferibilità, ma se ne differenzi, quanto al contenuto ci si scontra ancora una volta con il principio di tipicità dei diritti reali. Il nostro ordinamento, difatti, non prevede la possibilità di costituire diritti reali atipici⁸⁷.

⁸⁴ Tutto ciò si porrebbe in netto contrasto con l'intento di conservazione dell'identità sostanziale del diritto.

⁸⁵ Orlando Cascio, op. cit., 101; Bigliazzi Geri op. cit., 303.

⁸⁶ Orlando Cascio, op. cit., 102.

⁸⁷ Caas. 18 ottobre 1961, n. 2217, in Foro it., 1962, I, 59 nota di Branca, il quale ritiene che sia concepibile un usufrutto atipico, sebbene rientrante nello stesso genus dell'usufrutto, caratterizzato da minori facoltà rispetto a quelle normali dell'usufruttuario, ma che non cambiano il volto del diritto, "poiché sono di natura, alla lunga, puramente quantitativa".

La legittimità del patto che autorizzi il trasferimento del diritto equivarrebbe alla configurabilità di un diritto reale che, si discosterebbe in maniera significativa dal contenuto tipico del diritto di abitazione, senza essere nemmeno riconducibile ad un'altra figura tipica.

Pertanto non è infondato ritenere che il patto di cessione del diritto di abitazione contrasti con il principio di tipicità e con il principio del *numerus clausus*

I predetti principi non tutelano solamente i rapporti tra i privati, ma sono volti a circoscrivere le modalità attraverso le quali il diritto di proprietà possa essere compreso, “ al fine di garantire il razionale sfruttamento dei beni e la certezza dei traffici giuridici, così da assumere una valenza certamente superindividuale di tipo pubblicistico”⁸⁸.

Ciò non significa che tutte le possibili deroghe ad uno schema legale di un diritto reale comportino una violazione del principio di tipicità. Tale ipotesi si verifica solo qualora la volontà manifestata dalle parti alteri gli aspetti caratterizzanti del diritto.

⁸⁸ Caccavale – Ruotolo, op. cit., p. 4.

1.6.3 L'INTERVENTO CONGIUNTO DEL PROPRIETARIO E DELL'HABITATOR IN SEDE DI ALIENAZIONE DEL BENE

Merita di essere valutata la fattispecie nella quale proprietario e habitator intervengano entrambi nell'atto di disposizione della piena proprietà del cespite interessato.

Bisogna premettere che il diritto di abitazione, al pari di qualsiasi altro diritto reale di godimento, può essere dismesso per rinuncia da parte del titolare: identificandosi la sua funzione nell'assolvere ai bisogni abitativi dell'habitor, questi, venuto meno il proprio interesse ad abitare la casa sulla quale vanta il diritto, può senz'altro rinunciarvi, con la conseguenza che il diritto reale parziario si estingue, consolidandosi con la proprietà.

L'atto di alienazione della piena proprietà come libera dal diritto di abitazione, nel quale intervengano congiuntamente il proprietario e l'habitor (oltre che l'avente causa), può interpretarsi quale trasferimento della proprietà da parte del suo titolare con contestuale implicita rinuncia del diritto di abitazione da parte dell'habitor medesimo.

Analogamente deve ritenersi legittimo l'atto con il quale l'abitazione venga acquistata da un altro soggetto, qualora vi partecipino, in via congiunta, proprietario e titolare del diritto di abitazione, potendosi l'atto stesso configurare come costituzione da parte del proprietario di un nuovo diritto di abitazione a favore del

terzo, e contestuale implicita rinuncia a quello proprio, da parte dell'attuale habitator.

Con specifico riferimento all'ipotesi in cui proprietario e habitator intervengano entrambi nell'atto di disposizione, sembra anche possibile compiere un ulteriore passo in avanti, così da ammettersi che possa aver luogo un trasferimento congiunto della proprietà e dell'abitazione.

La fattispecie del trasferimento, ciascuno per i propri diritti, da parte del proprietario e del titolare del concorrente diritto reale viene pacificamente accolta, e di frequente attuata, per i diritti di usufrutto e di superficie, in cui rispettivamente, “ l'usufruttuario e il nudo proprietario e il superficiario e il proprietario del suolo alienano ciascuno il proprio diritto alla medesima persona contro il corrispettivo di un prezzo”⁸⁹.

Nei paragrafi precedenti, con riferimento alla cedibilità del diritto di abitazione, la dottrina maggioritaria ha evidenziato come tale questione coinvolga diversi interessi.

⁸⁹ Rubino, op. cit., 76, nt. 1 bis, che da tale ricostruzione fa derivare importanti effetti di carattere fiscale: “se l'usufruttuario (o il superficiario) vende il suo diritto al nudo proprietario (o al proprietario del suolo), o viceversa, l'imposta dovuta è quella di trasferimento, e non quella di consolidazione, perché la consolidazione è una conseguenza di quel trasferimento, che in via logica lo presuppone già avverato, anche se cronologicamente i due effetti sono contemporanei: se l'usufruttuario o il superficiario dichiara di rinunciare al suo diritto contro il corrispettivo di un prezzo, anche questa in realtà è una vendita e non una vera rinuncia (abdicativa). Se l'usufruttuario o il superficiario rinuncia senza corrispettivo al suo diritto (rinuncia abdicativa), e in seguito a ciò il proprietario aliena la piena proprietà a un terzo, è dovuta anzitutto l'imposta di consolidazione, dal proprietario, e poi l'imposta di trasferimento della piena proprietà. Se tutto avviene col medesimo atto, la questione è solo d'interpretazione della volontà: cioè si tratta di stabilire se l'usufruttuario ha voluto rinunciare senza compenso al suo diritto in favore del proprietario, o se ha voluto vendere anch'egli il suo diritto al medesimo compratore: ad ognuna di queste interpretazioni corrisponde il diverso regime fiscale”.

In primo luogo interessi privati e precisamente quelli del proprietario dell'immobile⁹⁰; in secondo luogo gli interessi connessi con la tipicità dei diritti reali, che per la loro rilevanza pubblicistica si pongono quale limite all'autonomia negoziale dei privati. Ebbene, appare fuori dubbio, che nell'ipotesi in cui intervengano sia il proprietario che l'habitor nell'atto di disposizione, nessuno degli interessi, sopra descritti, possa essere leso.

In particolare l'interesse connesso alla tipicità dei diritti reali e del numerus clausus non verrebbe leso, in quanto il terzo avente causa acquista, non già il preesistente diritto di abitazione, che in funzione del nuovo titolare muterebbe nel proprio contenuto, bensì la piena proprietà del cespite priva del gravame del diritto reale di abitazione.

Appare possibile quindi che l'habitor rinunci al proprio diritto di abitazione e permetta al proprietario di costituire, successivamente alla predetta rinuncia, un nuovo diritto di abitazione o di costituire un qualsiasi altro diritto reale di godimento.

In presenza di un atto a cui partecipino proprietario e habitor spetta all'interprete accertare l'effettiva volontà delle parti, così di addivenire alla concreta determinazione negoziale dei contraenti. Detta qualificazione potrà risentire in maniera determinante dell'orientamento al quale l'interprete aderisca in tema di ricostruzione di rinuncia in generale.

⁹⁰ Tali interessi sono pienamente disponibili da parte dello stesso proprietario.

Nella prospettiva che ne condivide la natura di negozio unilaterale meramente abdicativo, insuscettibile di supportare qualsiasi controprestazione a favore del suo autore, e tale da non poter assumere in nessun caso la natura di contratto oneroso, potrà rilevarsi decisiva l'indagine in ordine alla destinazione del corrispettivo dell'alienazione.

In tal modo difficilmente potrà negarsi che l'atto configuri una cessione congiunta da parte del proprietario e dell'habitor in favore del terzo, ove anche l'habitor benefici del corrispettivo posto a carico del cessionario.

1.7 LA TRASCRIZIONE

Il legislatore prevede la trascrizione dei contratti che costituiscono o modificano il diritto di uso sopra i beni immobili ed il diritto di abitazione (art.2643, n.4 del codice civile, ma non prevede la trascrizione dei contratti che trasferiscono tali diritti (altrimenti previsti al n.2 dell'articolo 2643).

Il motivo di quanto detto è dovuto alla non possibilità di cedere il predetto diritto di abitazione.

Tuttavia come detto nei precedenti paragrafi la Cassazione⁹¹ ha più volte affermato che il divieto posto dall'articolo 1024 del codice civile non è stabilito per ordine per ragioni di pubblico interesse, ma esclusivamente per la tutela del diritto del nudo proprietario. Alle parti perciò, come detto in precedenza tale ipotesi è negata dalla dottrina prevalente, sarebbe consentito di derogare al divieto rendendo il diritto di uso e di abitazione disponibile.

Qualora si seguisse tale ipotesi il diritto di abitazione sarebbe trascrivibile ai sensi dell'articolo 2645 del codice civile.

Appare più giusto utilizzare lo strumento direttamente previsto dalla legge.

L'articolo 2643 al numero 5 dispone che si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione “gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti”, vale a dire la rinuncia ai diritti reali. La rinuncia contenuta nella predetta norma non comprende,

⁹¹ Per tutte, Cass. n. 970 del 1975.

come ha osservato la dottrina⁹², soltanto la rinunzia unilaterale di cui si è parlato, ma anche la rinunzia operata a mezzo di un contratto estintivo.

⁹² Capozzi, Successioni e donazioni, I, Milano, 1987, p.204.

1.8 IL DIRITTO DI ABITAZIONE E L'IPOTECA

Maggiori questioni ha sollevato l'esclusione del diritto d'abitazione dal novero dei diritti ipotecabili.

L'inattitudine del predetto diritto ad essere oggetto d'iscrizione ipotecaria deve essere necessariamente vagliata alla luce della sua disciplina ed in particolare dal divieto posto dall'articolo 1024 del codice civile⁹³.

Tale divieto costituisce a sua volta il fondamento dell'esclusione del diritto d'abitazione (e d'uso) dall'elenco dei diritti ipotecabili *ex art.* 2810 cod. civ.

La realizzazione della causa di garanzia, infatti, implica che la situazione sostanziale dedotta quale oggetto dell'ipoteca sia alienabile, non potendo immaginarsi una vendita forzata del diritto ove di questo non possa normalmente disporre il titolare.

⁹³ FRAGALI, voce *Ipoteca (diritto privato)*, op. cit., p. 788. D'altronde il divieto di cessione del diritto d'abitazione corrisponde a quanto già sancito dal Code Napoleon all'art. 631 e dal Codice del 1865 all'art. 528. Il divieto di cui all'art. 1024 citato conduce parte della dottrina a ritenere che il contratto di vendita del diritto d'abitazione sarebbe nullo a causa dell'impossibilità giuridica del suo oggetto. Cfr. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 88; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, Torino, 1993, p. 126; GRECO – COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 18. La nullità di un negozio di trasferimento di questo genere è invece argomentata in base al difetto di legittimazione del cedente dal PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da F. Vassalli, Torino, 1972, p. 832; nello stesso senso, QUARANTA – PREDEN, *Superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione*, in *Commentario* a cura di De Martino, Roma, 1972, pp. 574-575. Si veda sul punto anche CARDARELLI, voce *Usufrutto, uso e abitazione*, I. *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991. In giurisprudenza si veda Cass. 20 dicembre 1946, n. 1387, in *Rep. Foro it.*, 1946, voce *Abitazione*; Cass. 29 luglio 1947, n. 1236, in *Giur. It.*, 1947-1948, voce *Uso*, n. 2; Cass. 9 ottobre 1954, n. 3500, in *Foro it., Mass.*, 1954, n. 699; Cass. 18 agosto 1953, n. 2769, in *Foro it., Mass.*, 1953, n. 528.

Probabilmente a ciò è legata anche la precisazione posta dall'art. 2810 n. 1) cod. civ., per cui sono ipotecabili gli immobili “che sono in commercio”.

L'ammissibilità dell'iscrizione ipotecaria sul diritto d'abitazione postula il riconoscimento della sua trasferibilità: è dunque necessaria un'analisi della portata del divieto di cessione di tale diritto posto dall'art. 1024 cod. civ.

Già sotto l'impero del codice del 1865, la dottrina⁹⁴ si pronunciò in senso positivo circa la derogabilità del divieto allora sancito dall'art. 528, utilizzando argomentazioni successivamente riprese anche sotto l'impero del codice vigente da parte della dottrina⁹⁵ e soprattutto dalla giurisprudenza⁹⁶.

Come accennato, infatti, tale divieto è posto al fine di tutelare la posizione del proprietario dell'immobile, e dunque a presidio di interessi di natura privatistica: la regola sarebbe quindi applicabile ove non sia diversamente disposto dal titolo costitutivo, mentre con l'accordo di proprietario ed *habitor* potrebbe prevedersi una più o

⁹⁴ RICCI, voce *Abitazione e uso*, in *Nuovo Dig. It.*, I, Torino, 1937, p. 13; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Firenze, 1884, p. 370. In senso contrario si espresse il BORSARI, *Commentario del codice civile*, II, Torino, 1872, pp. 482 e ss., per il quale la derogabilità doveva ritenersi ammissibile solo quanto al divieto di locazione.

⁹⁵ G. PALERMO, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* Fondata da Bigiavi, Torino, 1978, pp. 572 e ss.

⁹⁶ Cass. 25 marzo 1960, n. 637, in *Giust. Civ.*, 1960, I, p. 1163; Cass. 18 ottobre 1961, n. 2217, in *Foro it.*, 1962, I, 59; Cass. 13 settembre 1963, n. 2502, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 2292; Cass. 10 marzo 1964, n. 518, in *Foro it.*, 1964, I, 964; Cass. 31 luglio 1989, n. 3565, in *Giust. Civ., Mass.*, 1989. La giurisprudenza più risalente era invece nel senso dell'inderogabilità del divieto: si veda Cass. 20 dicembre 1946, n. 1387, in *Foro it., Rep.*, 1946, voce *Abitazione*; Cass. 29 luglio 1947, n. 1236, in *Giur. It., Rep.*, 1947 – 48, voce *Uso*, n. 2; Cass. 18 agosto 1953, n. 2769, in *Foro it., Mass.*, 1953, n. 528.

meno libera cedibilità, grazie al consenso della parte che la disciplina codicistica mira a tutelare.

Alla luce di tali premesse, può osservarsi quanto segue.

Trasferibilità del diritto e sua ipotecabilità, come detto, costituiscono due aspetti fortemente correlati fra loro, al fine della realizzazione della concreta funzione di garanzia perseguita dalle parti⁹⁷.

Al fine di vagliare l'ipotecabilità del diritto reale d'abitazione, appare opportuno distinguere a seconda che si faccia riferimento all'iscrizione d'ipoteca sul solo diritto d'abitazione ovvero sulla piena proprietà, come gravata dal medesimo, previo consenso congiunto di nudo proprietario ed *habitor*.

La seconda ipotesi è quella che sembrerebbe porre meno questioni: la cessione della piena proprietà, ovvero la costituzione d'ipoteca su di essa, non costituisce violazione del divieto di cessione *ex art.* 1024, ma è consentita dal principio di elasticità del dominio: d'altro canto, oggetto del negozio in tal caso è la piena proprietà e non il diritto d'abitazione.

Non appare dubitabile infatti che la sequela procedimentale prospettata dai fautori della tesi positiva implichi una serie di fasi (rinuncia al diritto d'abitazione/espandersi della nuda proprietà in piena proprietà/iscrizione d'ipoteca da parte del pieno proprietario)

⁹⁷ E' stato peraltro esattamente osservato che il principio presenta delle eccezioni, come nel caso degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, soggetti al divieto di alienazione di cui all'art. 35 della legge n. 865 del 1971, per i quali si ammette in dottrina l'iscrizione d'ipoteca, in conseguenza del disposto di legge che non vieta il trasferimento a seguito di esecuzione forzata. Si veda sul punto RAITI, *Costituzione d'ipoteca su alloggi in aree P.E.E.P.*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e materiali*, 1, Milano, 1986, pp. 362 e ss.

perfettamente legittime, così come il risultato che ne deriva: l'iscrizione dell'ipoteca sulla piena proprietà.

Ovviamente sarà necessario che la rinuncia al diritto d'abitazione sia precedente al negozio d'assenso all'iscrizione ipotecaria, costituendone un presupposto logico e giuridico.

Quanto alla prima ipotesi, la questione trova soluzione in base all'accoglimento, o meno, della posizione dottrinale e giurisprudenziale per cui il consenso da parte del nudo proprietario legittimi il trasferimento del proprio diritto da parte del solo *habitor*.

Il contenuto tipico del diritto d'abitazione è invece dato dalla circostanza che esso sia parametrato a detti bisogni, nella loro caratteristica variabilità: la valutazione economica riguardante l'ammontare della *deminutio* delle facoltà del proprietario è un fattore esterno al contenuto giuridico del diritto.

Proprio l'impossibilità di ponderare *ex ante* l'ampiezza del contenuto del diritto potrebbe spingere, invece, a ritenere che sia ammissibile il suo trasferimento: previa la prestazione del proprio consenso, il nudo proprietario subirà, nell'un caso come nell'altro, l'alea che il contenuto del diritto possa mutare.

La valutazione economica della convenienza dell'operazione sarà rimessa al nudo proprietario medesimo, ma si tratta di aspetti riguardo cui non è dato al giurista di pronunciarsi.

L'interesse di natura pubblicistica emergerebbe invece ove si utilizzasse il patto di cedibilità del diritto d'abitazione al fine di

comprimere *sine die* la posizione del nudo proprietario, secondo la medesima *ratio* che informa il divieto di usufrutto successivo.

In merito, però, occorre osservare come, anche in assenza di specifica pattuizione per cui la durata del diritto d'abitazione sia parametrata a quella del diritto originariamente costituito, a tale conclusione dovrebbe ugualmente giungersi in virtù del rinvio operato dall'art. 1026 cod. civ., per cui, come noto, “*le disposizioni relative all’usufrutto si applicano, in quanto compatibili, all’uso e all’abitazione*”: la durata del diritto d'abitazione sarà, dunque, parametrata alla vita del primo titolare.

In base a tale *iter*, dovrebbe dunque giungersi alla conclusione che il diritto d'abitazione sia ipotecabile, il che peraltro incrinerebbe l'impostazione che ritiene che l'elenco dei diritti su cui è iscrivibile ipoteca in base all'art. 2810 cod. civ. sia tassativo.

La disciplina applicabile alla fattispecie dovrebbe essere quella propria dell'ipoteca iscritta sul diritto d'usufrutto di cui all'art. 2814 cod. civ., stante il rinvio operato dall'art. 1026 sopra menzionato.

Da un punto di vista pratico, è stato osservato⁹⁸ come le soluzioni in esame incontrino l'ostacolo della struttura della nota di trascrizione e di iscrizione, così come preimpostata a seguito della meccanizzazione dei Registri Immobiliari operata dalla legge 27 febbraio 1985, n. 52, come modificata dalla legge 20 giugno 1996, n. 323.

⁹⁸ CACCAVALE – RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, op. cit., pp. 5-6.

Il diritto d'abitazione, infatti, risulta tra i diritti suscettibili di trascrizione ma non tra i diritti suscettibili di iscrizione ipotecaria.

In merito, sembrerebbe corretto ritenere che l'ostacolo, pur non indifferente, non possa risultare preclusivo dell'attuazione delle conclusioni cui si è giunti.⁹⁹

L' intransferibilità di un diritto reale viene ad incidere anche sulla valutazione del legislatore in ordine all' ipotecabilità del medesimo. La non assoggettabilità ad ipoteca non è conseguenza necessaria dell'inalienabilità, e in diversi casi, pur essendo prevista l'intransferibilità del diritto, non si esclude che il diritto stesso possa essere ipotecato¹⁰⁰.

Tuttavia, qualora l'intransferibilità sia connessa, come nel caso dell'abitazione alla natura del diritto, e dunque all'esigenza di preservarne l'identità, che sarebbe invece compromessa dalla circolazione del diritto, le medesime ragioni che valgono ad escluderne l'alienabilità assumono valore determinante anche al fine di escluderne l'assoggettabilità ad ipoteca¹⁰¹.

⁹⁹ Con riferimento al sistema tavolare, si veda PICCOLI, *Parere sulla postergabilità del diritto d'abitazione rispetto al diritto d'ipoteca nel sistema tavolare*, in FALQUI MASSIDDA, *Il sistema tavolare italiano e la trascrizione*, Rovereto, 1988, p. 399 e ss., il quale prospetta la possibilità di postergazione del diritto d'abitazione rispetto all'ipoteca. Detta teoria non è però d'aiuto con riferimento al sistema pubblicitario a base personale tipico del nostro ordinamento, in cui la postergazione è ammessa solo tra gradi di iscrizioni ipotecarie (art. 2843 cod. civ.).

¹⁰⁰ Raiti, *Costituzione di ipoteca su alloggi in aree P.E.E.P.*, in C.N.N., *Studi e Materiali*, I, Milano, 1986, p. 362 e ss. E' il caso, ad esempio, degli alloggi di edilizia residenziale soggetti al divieto di alienazione ex articolo 35 della legge 865 del 1971, per i quali, tuttavia non si esclude l'ipotecabilità, giacché in tali casi il divieto di alienazione concerne l'atto negoziale e non il trasferimento a seguito di esecuzione e rappresentando l'ipoteca un atto preparatorio rispetto all'esecuzione, se ne ammette l'ipotecabilità.

¹⁰¹ Boero, *Le ipoteche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e diritto commerciale*, diretta da Bigiavi, Torino, 1999, p. 219; Gorla – Zanelli, *Del Pegno – Delle ipoteche*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1992, p. 228.

E' pacifico l'orientamento¹⁰² secondo il quale il diritto di abitazione, come quello d'uso e il diritto di servitù, non può essere oggetto di ipoteca in quanto non è ricompreso nell'elencazione dell'articolo 2810 del codice civile.

L'ipotecabilità di tale diritto non è prevista nemmeno da leggi speciali. Pertanto deve ritenersi che il diritto di abitazione sia inidoneo ad essere oggetto d'ipoteca anche a causa del suo carattere inalienabile¹⁰³.

Il punto consiste nell'esaminare se le conclusioni cui si era pervenuti precedentemente con riguardo alla cedibilità congiunta del diritto di proprietà e del diritto di abitazione possano riguardare in qualche modo anche la concessione d'ipoteca.

In primo luogo occorre segnalare l'incongruenza che intercorre tra l'affermazione dell'assoluta non ipotecabilità del diritto in esame e la tesi, sostenuta dalla Suprema Corte, della legittimità della

¹⁰² Rubino, L'ipoteca immobiliare e mobiliare, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1956, p. 103 e 104; Tamburrino, Della tutela dei diritti (delle ipoteche, libro VI, tomo III, in Commentario, Torino, 1976, p. 75 e 76; Chianale, Ipoteca, voce, in Dig. Disc. Priv. - sez. civile, X, Torino, 1993, p. 164; Ravazzoni, Le Ipotecche, in Trattato Rescigno, 20, Torino, 1985, p. 16.

¹⁰³ Gorla - Zanelli, op. cit., 228 : " E' ovvio che l'ipoteca, come garanzia dell'azione esecutiva per la vendita forzata, può colpire soltanto quei beni che possono essere oggetto di tale azione esecutiva, e cioè quei beni che possono essere venduti, poiché solo ove è possibile quell'azione può esservi la relativa garanzia. L'alienabilità e l'ipotecabilità vanno di pari passo". Nello stesso senso Fragali, Ipoteca (diritto privato), voce in Enc. Dir., XXII, Milano, 1972, p. 788, secondo il quale: " l'uso e l'abitazione sono costituiti esclusivamente per la soddisfazione dei bisogni di un soggetto determinato e dei suoi familiari (articolo 1021 e 1022 c.c.), quindi intuitu personae, e perciò inalienabili (articolo 1024 c.c.). L'aggiudicazione a seguito di espropriazione di un creditore ipotecario contrasterebbe questa loro qualità"; Mariani, Della ipoteca immobiliare, Milano, 1958, p. 47: " fra i beni che non possono essere ipotecati sono da ricomprendere il diritto di abitazione e quello d'uso perché essendo diritti personali non cedibili (articolo 1024 c.c.) non possono essere oggetto di ipoteca", in quanto "manca in essi la possibilità di essere alienati, requisito necessario per fare raggiungere le finalità dell'ipoteca (l'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, articolo 2808 del codice civile)".

cessione ove preceduta da un patto autorizzativo fra proprietario e habitator.

Seguendo la predetta impostazione bisognerebbe anche ammettersi che il diritto di abitazione possa essere concesso in garanzia ipotecaria quando il proprietario vi abbia preventivamente assentito o, nel caso in cui avendone autorizzato l'alienazione, abbia comunque assentito a che il diritto possa essere trasmesso a terzi. Qualora, invece, si neghi la legittimità del patto che autorizza la cessione e, in generale, il compimento di atti di disposizione del diritto in questione, bisognerebbe valutare l'ipotesi nella quale sia il proprietario sia l'habitator concedano ipoteca a garanzia del medesimo debito.

Coerentemente con l'opinione espressa in ordine all'alienazione congiunta dei predetti diritti, anche ora sembra si possa prospettare la conclusione della piena legittimità dell'atto di disposizione al vaglio e della susseguente iscrizione che sulla base fosse compiuta¹⁰⁴

¹⁰⁴ Falqui Massidda, Il sistema tabolare italiano e la trascrizione, Rovereto, 1988, 116 e ss. secondo il quale: “ le limitazioni di disponibilità del diritto di abitazione (e di uso) si riferiscono allo stesso solo quando è considerato come diritto a sé, non quando è collegato ad un bene nella sua interezza”.

1.9 LE CAUSE DI ESTINZIONE

In assenza di un'apposita disciplina relativa all'estinzione del diritto di abitazione, il rinvio operato dall'articolo 1026 del codice civile rende applicabili, in quanto compatibili, le norme dettate dagli articoli 979 e 1014 del codice civile, in materia di usufrutto. Il diritto di abitazione si estingue, solitamente, in seguito ai medesimi atti o fatti che determinano l'estinzione del diritto di usufrutto. Precisamente il diritto di abitazione viene meno, in primis, per la morte del titolare (o per la scadenza del termine convenuto dalle parti che si verifichi prima della morte).

In secondo luogo per il decorso del trentennio, qualora il diritto risulti costituito in capo ad una persona giuridica, la quale, come si è detto in precedenza può essere anche titolare di un diritto di abitazione¹⁰⁵.

Il diritto di abitazione viene meno anche per lo scioglimento o l'estinzione dell'ente, che si verifichino prima della scadenza del trentennio.

Tale diritto può estinguersi anche per prescrizione per non uso ventennale¹⁰⁶; per consolidazione¹⁰⁷ e per il perimento della cosa. In

¹⁰⁵ Palermo, L'usufrutto. L'uso. L'abitazione, in Tratt. Rescigno, VIII, 2, 2° ed., Torino, 2002, 162; Basso, op. cit., 43 e ss.

¹⁰⁶ Cass., 15 novembre 2002, n. 16053, in Giur. it., 2003, 2040, in materia di uso degli spazi destinati al parcheggio; App. Bari, 30 agosto 1950, in Rep. Foro It., 1951, Abitazione ed uso, n. 10, in tema di abitazione.

¹⁰⁷ Basso, op. cit., 405; Musolino, op. cit., 1337.

applicazione dell'articolo 1015, 1° comma del codice civile, l'estinzione dei diritti di uso e di abitazione può essere anche pronunciata dal giudice a seguito di gravi abusi del diritto posti in essere dal soggetto che ne è titolare.

Modi di estinzione comuni a tutti i diritti reali e applicabili anche al diritto di abitazione è la rinuncia abdicativa¹⁰⁸.

¹⁰⁸ La rinuncia abdicativa è soggetta alla forma scritta a pena di nullità e a trascrizione se relativa ad un diritto reale immobiliare.

1.9.1 LA RINUNCIA IN GENERE

La rinuncia, pur in mancanza di una disciplina generale contenuta nel codice civile, è stata oggetto di molteplici riflessioni dottrinali. Essa viene generalmente ricostruita come negozio giuridico unilaterale mediante il quale l'autore dismette una situazione giuridica di cui è titolare¹⁰⁹. Effetto essenziale della rinuncia è dunque soltanto l'abdicazione da parte del soggetto della situazione giuridica. Autorevole dottrina¹¹⁰ ha sostenuto, al riguardo, la necessità di tenere distinte la perdita del diritto dalla estinzione del

¹⁰⁹ MACIOCE, Rinuncia (dir. priv.), in Enc. dir., XL, 1989, Milano, p. 923 e ss.; Cfr. COVIELLO, Manuale di diritto civile. Parte generale, Milano, 1929, p. 324, secondo il quale la rinuncia «importa l'estinzione del diritto»; ROMANO SALV., Autonomia privata (Appunti), Milano, 1957, p. 88, secondo il quale la rinuncia determina «la estinzione o, quanto meno, il distacco dal rinunciante di un diritto o di un vantaggio giuridico»; SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 2002, p. 218; ATZERI, Delle rinunzie secondo il codice civile italiano, Torino, 1910, p. 1, per il quale la rinuncia è «la dismissione di un diritto, che si verifica per effetto della unilaterale volontà del titolare»; BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, in Tratt. Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1960, p. 299. Contra, L. BOZZI, La negoziabilità degli atti di rinuncia, Milano, 2008, p. 49 ss., secondo la quale la rinuncia (in particolare ai diritti reali) costituirebbe un atto di autonomia «debole», riconducibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto piuttosto che del negozio giuridico. Secondo l'Autrice, infatti, la volontà del soggetto riguarderebbe unicamente l'atto ed il suo effetto primario (la dismissione del diritto), non invece gli effetti ulteriori (consolidazione, accrescimento, acquisto in capo allo Stato) che sono previsti inderogabilmente dalla legge. Il rinunciante sarebbe «impotente» rispetto a questi ultimi, non potendo la sua volontà determinare il nuovo assetto di interessi, a differenza di quanto accade nel negozio giuridico (inteso quale atto di autonomia «forte»). Per una valutazione delle motivazioni economiche, in una prospettiva strategica, che possono indurre alla rinuncia cfr. MASTROIACOVO, La rilevanza delle vicende abdicative nella disciplina sostanziale dei tributi, Torino, 2012, p. 3 ss

¹¹⁰ PERLINGIERI, Appunti sulla rinuncia, in Riv. not., 1968, p. 348, secondo il quale «L'effetto essenziale e costante che caratterizza la rinuncia è la perdita del diritto da parte del soggetto rinunciante, mentre l'estinzione dello stesso è effetto secondario, riflesso, eventuale. Rinunciare non vuol dire estinguere il diritto, ance se, normalmente, il diritto in occasione della dismissione si estingue; rinunciare vuol dire solo dismettere il diritto, escluderlo dal proprio patrimonio». Nello stesso senso cfr. MACIOCE, Rinuncia, cit., p. 924 ss., per il quale «la rinuncia, estinguendo il legame di titolarità del soggetto con il diritto, produce indubbiamente la separazione del diritto stesso dal soggetto. [...] Da un punto di vista più generale, il venir meno del soggetto può dar luogo a diverse conseguenze giuridiche, importando ora il semplice mutamento del soggetto, rimanendo inalterata la struttura del rapporto, ora invece l'estinzione del rapporto giuridico per il venir meno della pluralità dei soggetti»

medesimo. Effetto essenziale della rinuncia sarebbe solo la dismissione del diritto dalla propria sfera giuridica mentre la estinzione di esso avrebbe carattere solo eventuale. Tale assunto troverebbe conferma in quelle ipotesi (nel proseguo analizzate) in cui alla rinuncia non consegue l'estinzione del diritto, ma l'acquisto in capo ad altri soggetti, ovvero ancora in quelle fattispecie in cui, nonostante l'intervenuta rinuncia, il diritto sopravvive per la sussistenza dell'interesse di un altro soggetto¹¹¹. Gli ulteriori effetti, estintivi o modificativi del rapporto, che possono anche incidere sui terzi, sono conseguenze solo riflesse¹¹² del negozio rinunziativo, non direttamente ricollegabili all'intento negoziale e non correlate al contenuto causale dell'atto¹¹³. Occorre precisare, a questo punto,

¹¹¹ Si fa l'esempio dell'art. 2814 c.c., secondo il quale "se la cessazione dell'usufrutto si verifica per rinuncia *...+ l'ipoteca perdura fino a che non si verifichi l'evento che avrebbe altrimenti prodotto l'estinzione dell'usufrutto".

¹¹² Sulla distinzione tra effetto essenziale (che caratterizza la fattispecie), effetto riflesso (che non trova causa nella fattispecie, ma nell'effetto essenziale) ed effetto secondario (che è eventuale ed accidentale) cfr. PERLINGIERI, Appunti sulla rinuncia, cit., p. 345 ss.; Per la distinzione tra effetto diretto, effetto riflesso e conseguenze ulteriori del negozio cfr. DONISI, Il problema dei negozi giuridici unilaterali, Napoli, 1972, p. 71 ss.

¹¹³ Secondo PIRAS, La rinuncia nel diritto privato, Napoli, 1940, p. 164, nella rinuncia «si ha sempre la vera e propria estinzione di una data posizione giuridica che non si trasferisce ad altri o che, se si sia poi eventualmente acquistata da altri, lo è in via originaria ed è certamente diversa da quella nella sua struttura». Cfr. anche MACIOCE, Rinuncia, cit., p. 926; AMMENDOLA, La rinuncia nei suoi vari aspetti, in Amm. it., 1993, 5, p. 762 ss; BARBERO, Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia, in Giur. it., 1953, IV, 89; GIAMPICCOLO, La dichiarazione recettizia, Milano, 1959, p. 86, il quale afferma che «L'effetto proprio di quest'atto consiste nell'estinzione di un diritto del rinunciante; e questo effetto si consuma ed esaurisce nella sfera stessa del dichiarante. Il diritto non si perde dal soggetto per trasferirsi ad altri, ma si perde perché si estingue in lui. Seppure dunque l'atto può produrre un effetto per i terzi, tale effetto non è in diretta relazione causale con la dichiarazione di rinuncia, ma ne costituisce soltanto una conseguenza riflessa e mediata»; ATZERI, Delle rinunzie secondo il codice civile italiano, cit., p. 37, secondo il quale «La rinuncia non fa che creare le condizioni esterne che, secondo il nostro ordinamento giuridico, rendono ad altri possibile l'acquisto del diritto dismesso: ma – quando tali condizioni sorgono – l'acquisto del diritto, dismesso per parte d'altri, si verifica in forza del diritto, che all'acquirente stesso può competere, o direttamente, in virtù della legge, come si verifica per il diritto di accrescimento; - o in virtù del negozio giuridico stesso, che costituisce il titolo del diritto dismesso, come si verifica nel caso di una sostituzione testamentaria»; MASTROIACOVO, La rilevanza delle

che la rinuncia di cui si discorre è unicamente quella cd. abdicativa. Laddove il negozio in esame sia inserito in un contratto sinallagmatico perderebbe la sua natura e la sua causa propria. Esso troverebbe giustificazione nella controprestazione e non potrebbe considerarsi autentica rinuncia, quanto piuttosto un negozio dispositivo (cd. rinuncia traslativa)¹¹⁴. Si ribadisce che l'intento del rinunziante è unicamente la dismissione della situazione giuridica. Se collocato in una logica di scambio lo stesso non sarebbe più tale. Si è autorevolmente osservato, in proposito, che «non si rinuncia là dove la perdita del diritto si giustifica nell'ambito di altro effetto, o perché parte di un effetto (negoziale) più ampio, o perché inscindibilmente e funzionalmente legato ad altro effetto (negoziale)»¹¹⁵. Diretta conseguenza di tale assunto è la natura unilaterale del negozio abdicativo¹¹⁶. Si tratta di una facoltà che

vicende abdicative, cit., p. 47 ss., secondo la quale «stante la natura unilaterale della rinuncia, la volontà del rinunziante si esprime attraverso la dismissione del diritto e ad essa rimane limitata anche in termini di effetti del negozio giuridico; l'effetto indiretto, eventualmente di arricchimento, dipende sì dalla "volontà aliena", ma solo in termini di "causa efficiente" e non di effetto, il quale discenderà integralmente dalla regolamentazione legislativa della fattispecie determinatasi».

¹¹⁴ Cfr. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, 3, p. 1316, per il quale «il vantaggio altrui, come si è detto, potrà costituire al più un risultato indiretto della rinuncia, ma, se diventa la causa stessa del negozio che si pone in essere, inevitabilmente si realizza un diverso schema negoziale, che nulla ha più in comune con la rinuncia»; L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, cit., p. 7, per la quale «l'atto di spogliarsi volontariamente di un proprio diritto può essere inserito in uno schema più ampio e avvenire in cambio di un corrispettivo: in questo caso la rinuncia si configura come una sorta di controprestazione, sia pure a carattere negativo. Appare tuttavia altrettanto evidente che in una simile ipotesi il soggetto non abdica affatto al suo diritto e che pertanto il suo atto non può certamente qualificarsi come di rinuncia, o per lo meno non di rinuncia "abdicativa"».

¹¹⁵ PERLINGIERI, op. cit., p. 356 ss.

¹¹⁶ MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 934 ss.; SICCHIERO, *Rinuncia*, in Dig. disc. priv., XVII, Torino, 1998, p. 654; ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, cit., p. 36; BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in Tratt. Cicu-Messineo, XI, t. 3, Milano, 1984, p. 137; BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., p. 1316; CARIOTA

competete unicamente al titolare della situazione giuridica oggetto di dismissione. Non è richiesto il consenso di alcun altro soggetto. Come detto, se inserita in un più ampio contesto contrattuale, non sarebbe una autentica rinuncia. Parte della dottrina¹¹⁷ ha sostenuto che il negozio in esame potrebbe assumere natura contrattuale muovendo dalla constatazione che il rinunziante potrebbe rinunciare accordandosi con il soggetto che di quella rinuncia indirettamente beneficia. Si è replicato¹¹⁸, tuttavia, che sussisterebbe, in tal caso, una sproporzione tra l'interesse sotteso alla rinuncia ed il mezzo negoziale adoperato, in contrasto col principio di economia dei mezzi giuridici. La dichiarazione del beneficiario indiretto, infatti, nulla aggiungerebbe alla fattispecie¹¹⁹. L'effetto per lui favorevole si produrrebbe comunque, a prescindere dalla sua volontà, quale

FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1962, p. 136 ss.; BARBERO, Rivendicazione di premio di lotteria e carattere giuridico della rinuncia, cit., 89. In giurisprudenza cfr. Cass. 20 dicembre 1974, n. 4382, in Giust. civ., 1975, I, p. 744; Cass. 22 marzo 1962, n. 592, in Rep. foro it., 1962, voce Rinuncia in genere, n. 1; Cass. 24 ottobre 1961, n. 2355, in Rep. foro it., 1961, voce Rinuncia in genere, n. 3; Cass. 26 giugno 1961, n. 1531, in Rep. foro it., 1961, voce Rinuncia in genere, n. 8; Cass. 6 maggio 1955, n. 1272, in Giur. it., I, 1, 1957, 604

¹¹⁷ CARIOTA FERRARA, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, cit., p. 145 ss. Secondo GIANOLA, Atto gratuito, atto liberale, Milano, 2002, p. 388, invece, l'atto abdicativo avrebbe di per sé natura unilaterale, ad eccezione delle rinunzie che comportano il trasferimento della proprietà su beni immobili (es. quella del comproprietario, su cui infra), per le quale sarebbe necessaria l'accettazione del soggetto avvantaggiato.

¹¹⁸ PERLINGIERI, op. cit., p. 366 ss

¹¹⁹ Secondo TORRENTE, La donazione, in Tratt. Cicu-Messineo, XXII, Milano, 1956, p. 217, «se l'ordinamento giuridico ha, come deve essere, la sua economia logica, e se *...+ i due effetti voluti, l'estinzione e la sua ripercussione nella sfera giuridica altrui si producono in forza della sola dichiarazione del titolare del diritto soggettivo, la eventuale dichiarazione dell'altro soggetto è priva di giuridica efficienza, ha un valore di mero fatto, altro non esprimendo se non il gradimento della persona che la formula»; Cfr. anche BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, cit., p. 301, secondo il quale «se oggetto della rinuncia è un diritto con soggetto passivo indeterminato (...), allora una cooperazione del soggetto passivo del rapporto non è più nemmeno concepibile; e non c'è ragione di distinguere, con riguardo al motivo del negozio, di per sé irrilevante, secondo che la rinuncia avvenga senza, o con, l'intento di favorire quella persona determinata, a vantaggio della quale la dismissione produce oggettivamente il suo effetto, posto che l'effetto permane identico qualunque intenzione possa nutrire il rinunziante».

effetto di legge (o almeno quale conseguenza ordinamentale dell'atto). La forma contrattuale sarebbe dunque più apparente che reale. Con riferimento alla causa, si è ritenuto in dottrina che la rinuncia, quale negozio dispositivo che non importa attribuzione patrimoniale, è un negozio causale e non astratto¹²⁰. Parte della dottrina ha affermato che la rinuncia esprimerebbe di per sé un interesse meritevole di tutela, coincidente con la dismissione della situazione giuridica, che a sua volta costituisce la massima espressione del potere di disposizione che compete al titolare di essa. Sarebbe necessario, tuttavia, che il soggetto agisca al solo fine di raggiungere l'effetto tipico della rinuncia, ovverosia la perdita del diritto, e che «il perseguimento di tale scopo presenti, in sé o nel complesso assetto negoziale, quegli elementi di giustificazione economico-sociale che l'ordinamento consente di realizzare attraverso il negozio di rinuncia»¹²¹. Per contro, altra dottrina ha ritenuto che l'atto in esame sarebbe incompatibile con la disciplina propria della causa. Il legislatore, infatti, non avrebbe imposto alcun controllo su tale atto di autonomia privata, per il quale non si porrebbe né un problema di valutarne la tipicità, né la necessità di accertarne la funzione economico-sociale, stante l'assenza di un rapporto di relazione tra soggetti diversi. Risulta invece condivisa l'idea che il negozio in esame avrebbe carattere neutro o incolore,

¹²⁰ Sul negozio astratto si veda SCALISI, *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, p. 52 ss.; TROISI, *Negozio giuridico, negozio astratto*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990; SACCO, *Negozio astratto, negozio giuridico (circolazione del modello), nullità e annullabilità*, Torino, 1995; BETTI, *Astrazione (Negozio astratto)*, in *Nov. dig. it.*, I, 2, Torino, 1968, p. 1469 ss.

¹²¹ MACIOCE, *op. ult. cit*

non potendosi ricondurre né alla categoria dell'onerosità né a quella della gratuità, stante il suo effetto meramente abdicativo¹²². In tema di forma del negozio in esame, preme in questo contesto unicamente ricordare le disposizioni di cui agli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c., le quali rispettivamente prescrivono la forma scritta e la trascrizione degli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari.

¹²² MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 24 ss.; OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 293; MACIOCE, *Rinuncia*, cit., p. 929; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 224.

1.9.2 LA RINUNCIA AL DIRITTO DI ABITAZIONE

Il diritto di abitazione¹²³, quale diritto patrimoniale disponibile¹²⁴, appare suscettibile di rinuncia abdicativa. Anche in questo caso vale il richiamo agli artt. 1350, n. 5 e 2643, n. 5, c.c., dettati in tema di forma scritta e trascrizione¹²⁵. La dottrina¹²⁶ è concorde nel ritenere che il diritto in questione si estingua in virtù delle stesse cause previste per l'usufrutto, tra cui si annovera ovviamente anche la rinuncia. In tal senso depone l'art. 1026 c.c., il quale estende ad esso le norme relative all'usufrutto, in quanto compatibili¹²⁷.

¹²³ Con riferimento al diritto di abitazione non sembra mutare il discorso circa la rinunziabilità a seconda che si tratti del diritto reale di cui all'art. 1022 c.c. ovvero del diritto spettante al coniuge superstite ai sensi dell'art. 540, comma 2, c.c. Si veda, inoltre, per una particolare fattispecie: BOGGIALI, Vendita della nuda proprietà e del diritto di abitazione con riserva di usufrutto a favore dell'alienante, rinuncia al diritto di abitazione e costituzione del co-usufrutto, quesito n. 651-2008/C, in Studi e materiali del C.N.N., 2009, 1, p. 382 ss.

¹²⁴ La natura del disponibile del diritto di abitazione sembra trovare conferma anche nell'interesse meramente privatistico sotteso al divieto di cessione, in quanto tale derogabile secondo la giurisprudenza. Sul punto cfr. CACCAVALE-RUOTOLO, Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni, studio n. 2344, approvato dalla Commissione Studi il 22 giugno 1999, in Studi e materiali, 1998-2000, I, Milano, 2001, p. 590 ss.

¹²⁵ In tema di trascrizione della rinuncia, secondo GAZZONI, La trascrizione degli atti e delle sentenze, cit., p. 266, essa non sarebbe necessaria per i diritti di uso ed abitazione. Ciò in quanti gli stessi sono incredibili e non sarebbe ipotizzabile un conflitto tra proprietario e terzi aventi causa, cessionari del diritto. Occorre tuttavia osservare che il divieto di cessione è ritenuto derogabile dalla giurisprudenza, non ritenendosi principio di ordine pubblico (Cass. 31 luglio 1989, n. 3565, in Mass. giust. civ., 1989, p. 849). In tal caso tornerebbe utile la disciplina della trascrizione. Si consideri, inoltre, che secondo MAIORCA, Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili, cit., p. 119, la trascrizione andrebbe comunque curata per adempiere all'obbligo fiscale.

¹²⁶ PUGLIESE, op. cit., p. 854; BIGLIAZZI GERI, Usufrutto, uso e abitazione: I, in Enc. giur. Treccani, cit., p. 11; DE MARTINO, Dell'usufrutto, cit., p. 360; A. PALERMO-C. PALERMO, Usufrutto, uso, abitazione, cit., p. 605; PESCATORE-ALBANO-GRECO, Della proprietà, cit., p. 287; QUARANTA-PREDEN, Libro III – Della proprietà, cit., p. 581; MUSOLINO, Il diritto di uso dalla disciplina del codice alle figure di più recente emersione, in Riv. not., 2007, 6, p. 1336.

¹²⁷ Quanto ai motivi che possono spingere l'usufruttuario alla rinuncia cfr. MASTROIACOVO, Chi rinuncia all'usufrutto non decade dall'agevolazione prima casa, nota a Cass., ord. 7 dicembre 2012, n. 22244, in Corr. trib., 2013, 9, p. 752, secondo la quale «Da un lato, proprio le ragioni del mercato possono talvolta imporre la rinuncia quale assetto economicamente valido per l'immediato perseguimento di attività funzionalizzate, anche in ragione dell'eventuale (ma

II CAPITOLO

IL DIRITTO DI ABITAZIONE SPETTANTE AL CONIUGE SUPERSTITE

PREMESSA

Il diritto di abitazione spettante al coniuge superstite sulla casa familiare costituisce, nell'ambito del microsistema successorio, argomento vivacemente dibattuto ed oggetto di alcune recenti pronunce giurisprudenziali, e tuttavia ancora particolarmente problematico. In particolare vengono analizzati gli aspetti di criticità della disciplina in oggetto rispetto all'attività notarile.

A tal fine è necessario seguire valutare le questioni inerenti la natura giuridica dell'attribuzione del diritto di abitazione, la sua incidenza quantitativa e le modalità di acquisto e tutela.

La dottrina quasi unanime¹²⁸ ritiene che i diritti di cui all'articolo 540 secondo comma, siano gli stessi previsti e disciplinati negli

conseguente e contemporanea) eliminazione di determinate passività patrimoniali connesse alla titolarità del diritto rinunciato. Dall'altro, assumendo come economico il comportamento umano indice di una relazione tra fini e mezzi scarsi suscettibili di usi alternativi non possiamo escludere dalla sua accezione ragioni che trovino il loro fondamento al di fuori del mercato (inteso come luogo di incontro di domanda e offerta) e che appaiano "irrazionali" o "distorte" rispetto ad un modello classico di razionalità della scelta economica, pur essendo "validamente" discriminanti delle determinazioni dei singoli quanto al profilo dell'allocazione della ricchezza»¹²⁸ L. Ferri, i diritti di abitazione e di uso del coniuge superstite, in Riv.trim.dir. e proc.civ.,1988,pp.372 ss; G. Cattaneo la vocazione necessaria e la vocazione legittima, pp.446 ss.; contra Trib.Salerno 28 maggio 2004." Nella successione necessaria i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, ex art. 540 c.c., sono riservati al coniuge superstite a titolo di legati "ex lege", in aggiunta alla quota di riserva, e a tale diritto non si applicano le disposizioni di cui agli art. 1021 e 1022 c.c., nella parte in cui impongono specifici limiti correlati al fabbisogno del titolare".

articoli 1021 ss. , vale a dire diritti reali di godimento su cosa altrui. Tuttavia tra le norme generali e quella *iure successionis* vi sono alcune differenze. La prima differenza è che non vi sono dubbi sull'inalienabilità del diritto di abitazione (*iure successionis*). Difatti la Corte Costituzionale¹²⁹ ha evidenziato, in sua pronuncia, che il diritto, di cui all'articolo 540,secondo comma , è inalienabile. Con la predetta disposizione, ritiene la Corte, il legislatore ha voluto tutelare non solo l'interesse economico del coniuge superstite, ma anche l'interesse morale legato alla conservazione della memoria del coniuge scomparso, al mantenimento del tenore di vita, delle relazioni sociali e degli status symbols goduti durante il matrimonio. Pertanto tale diritto, proprio perché d'interesse morale, è inalienabile.

Altra distinzione tra le due norme riguarda l'oggetto. Nella disciplina generale il diritto di abitazione può essere costituito su una delle case appartenenti al titolare, mentre nel diritto di abitazione *iure successionis* il diritto può essere costituito, *ex lege*, solo sulla casa che era stata adibita a residenza familiare dal *de cuius*.

¹²⁹ Corte Costituzionale 26 maggio 1988,n. 527

2.1 NOZIONE E NATURA GIURIDICA

L'articolo 540, secondo comma, c.c., è stato introdotto solo all'ultimo momento nel contesto, già pressoché definito, della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975¹³⁰. La norma rappresenta oggi patrimonio comune della tradizione della maggior parte degli Stati europei¹³¹, ed ha ispirato anche l'art. 764 *code civile* del diritto successorio francese, come riformato con la legge 1135 del 2001.

L'art. 540, 2° co., c.c., riscatta la posizione del coniuge superstite, storicamente sfavorita nell'ambito della successione *mortis causa*¹³², per riconoscergli, invece, un diritto di abitazione che, in aggiunta alla quota di riserva prevista in suo favore dal comma 1, della stessa norma, sembra disegnare per il coniuge superstite una condizione successoria persino privilegiata rispetto a quella degli altri

¹³⁰ Su tale rilievo, durante l'iter della riforma, G. Gabrielli, *Intorno alla soppressione dell'usufrutto uxorio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, 243 ss. Le questioni che sorgono nell'interpretazione della norma sono sintetizzate da M.G. Falzone Calvisi, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, 2 ss.

¹³¹ G. Gabrielli, *Il regime successorio nella famiglia*, in *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia*, a cura di G. Frezza, Milano, 2005, 132, nt. 3.

¹³² L. Mezzanotte, *La successione anomala del coniuge*, Napoli, 1989, 19 ss., la quale traccia le seguenti linee evolutive. Nel diritto romano classico vigeva il principio dello *ius sanguinis*, anche se - dato rilevante - il *pater familias* conferiva spesso l'*usus domus*, per testamento, alla moglie sopravvissuta, se non passata a nuove nozze. Il diritto pretorile riconosceva, per la prima volta, un diritto successorio al coniuge superstite, come ultimo dei chiamati, in mancanza degli eredi legittimi e dei cognati. Il diritto giustiniano, con maggiore apertura, istituiva la *c.d. quarta uxoria*, cioè la quarta parte del patrimonio del defunto agiata a favore della vedova povera ed indigente. La caduta dell'impero romano e le dominazioni barbariche tendevano a riaffermare lo sfavore successorio a favore della vedova; diversamente dall'analisi del diritto longobardo o di quello del regno di Napoli o della Sicilia ove si palesavano aperture in tal senso. Il *code napoleon*, come noto, ha influenzato il nostro codice civile del 1865 e quello del 1942, i quali conferivano una quota in usufrutto, e non già in proprietà, a favore del coniuge superstite-

legittimari¹³³. La disposizione in parola attribuisce, infatti, al coniuge superstite sia il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, sia il diritto d'uso dei mobili che la corredano (se di proprietà del de cuius o di entrambi i coniugi). La natura giuridica di tali diritti tuttavia non è pacifica.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti¹³⁴ ritengono che si tratti nell'uno e nell'altro caso di legati ex lege¹³⁵; ma v'è chi ritiene che si versi, piuttosto e in entrambi i casi, di una figura di prelegato¹³⁶.

Considerato tuttavia che in questa seconda prospettiva il conseguimento dell'attribuzione dovrebbe restare per ciò stesso necessariamente subordinato alla qualità di erede del beneficiario, sembrerebbe preferibile la tesi che qualifica i diritti del coniuge superstite (di cui all'art. 540, 2° co., c.c.) in termini di legato. Non può trascurarsi, infatti, che la norma assume espressamente quale

¹³³ Capozzi, Successioni e Donazioni, le categorie dei successibili, cit. 625; Gabrielli, Dei legittimari, in Comm.cod.civ. a cura di G.Cian-A.Trabucchi-G.Oppo, Sub art.540, V, Padova, 1992, cit., 55 ss. Tale favore, da parte del legislatore, per alcuni è parso persino eccessivo. M. Finocchiaro, art.540, in A. Finocchiaro -M. Finocchiaro, Diritto di Famiglia, II, Milano, 1984, 2290 ss; L. Mengoni, Successione legittima, cit., 148 ss.

¹³⁴ Per tutti Gabrielli, Dei legittimari, cit., 61 ss; Mengoni, Successione a causa di morte. Parte speciale, successione necessaria, cit., 167; Cattaneo, La vocazione necessaria e la vocazione legittima, cit., 444; Bonilini, Manuale di diritto ereditario e delle donazioni, cit. 127; cfr. Cass. 10 marzo 1987, n.2474; Cass. 23 maggio 2000, n.6691; Cass. 6-4-2000 n. 4329; Cass. 24-6-2003 n. 10014; Cass., sez. II, 4 maggio 2012, n.6774 e Cass. 30 aprile 2012, n. 6625." In proposito è sufficiente rilevare che tale diritto si configura come un legato "ex lege" che viene acquisito immediatamente dal coniuge superstite, secondo la regola dei legati di specie (art. 649 c.c., comma 2), al momento dell'apertura della successione-

¹³⁵ G. Capozzi, Successioni e donazioni, cit., 442." Più precisamente si tratterebbe di due legati ex lege indipendenti l'uno dall'altro: il legatario (coniuge superstite) potrebbe anche solamente accettare il diritto di abitazione e rifiutare l'uso dei mobili o viceversa".

¹³⁶ In dottrina Ravazzoni, I diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., 233; Bianca, Diritto civile, 2, La famiglia. Le successioni, cit., 672; In giurisprudenza in ordine alla natura di prelegato cfr. App. Venezia, 3 febbraio 1982 in Giur.it., 1983, I, 2, 292, secondo la quale: " i diritti di abitazione e di uso riservati al coniuge superstite dall'articolo 540, 2 comma, hanno natura di prelegato spettante a titolo di legittima oltre la quota in piena proprietà attribuita dagli articoli 540, secondo comma e 544 c.c.

presupposto soggettivo della loro attribuzione non la qualità di erede del relativo beneficiario, ma soltanto quella di coniuge del de cuius. In linea con siffatta qualificazione, il coniuge superstite, qualora lo ritenga opportuno, potrebbe dunque anche rinunciare all'eredità senza che ne discenda, quale inevitabile conseguenza, la perdita del diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare.

D'altronde, ove si trattasse di prelegato, il diritto di abitazione graverebbe (ex art. 661 c.c.) su tutti i coeredi, compreso il coniuge superstite; mentre, nelle ipotesi di cui all'art. 540, 2° c., in esame, il diritto di abitazione incide espressamente sulla sola quota disponibile; e solo qualora questa risulti insufficiente, sulla quota degli altri legittimari¹³⁷.

In definitiva, la qualifica dei diritti d'abitazione e d'uso in favore del coniuge superstite (di cui all'art. 540, 2° co., c.c.) in termini di legato ex lege appare coerente, sia rispetto ai principi d'ordine sistematico, che a quelli espressi dalla specifica disciplina ad essi riservata.

¹³⁷ G. Frezza, Appunti e spunti sull'articolo 540, secondo comma c.c., Dir. Famiglia / 2008,02,955.

2.2 PRESUPPOSTI OGGETTIVI

Due sono i presupposti oggettivi necessari per assegnare al coniuge superstite i diritti, previsti dall'articolo 540, secondo comma. In primo luogo è necessario che vi sia una casa adibita a residenza familiare ed in secondo luogo che questa appartenga al de cuius o ad entrambi i coniugi.

Nella prima ipotesi qualora al de cuius appartengano più case si discute se tutte possono essere adibite a residenza familiare o solamente una.

Secondo alcuni autori¹³⁸ ed una recente pronuncia giurisprudenziale la casa adibita a residenza familiare deve essere individuata attraverso criteri soggettivi ed oggettivi. Gli ermellini ritengono che: "il diritto reale, riservato per legge al coniuge superstite, ha per oggetto la casa coniugale, ossia l'immobile che in concreto era adibito a residenza familiare, e può avere ad oggetto soltanto l'immobile concretamente utilizzato prima della morte del de cuius come residenza familiare"¹³⁹.

Dunque tale diritto non può essere esteso ad un ulteriore e diverso appartamento, autonomo rispetto alla sede della vita domestica, ancorchè ricompresi nel medesimo fabbricato, ma non utilizzato per

¹³⁸ In dottrina Mengoni 174 ss.; Belvedere residenza e casa familiare, riflessioni critiche, in riv. crit. del dir. priv. 1988, 254; In giurisprudenza Cass 27 febbraio 1998, n. 2159: "Per la quale la casa familiare è in concreto quella adibita a residenza della famiglia, con la conseguenza che è da escludere che tale possa considerarsi la casa nella quale i coniugi, prima della morte di uno di loro, avrebbero voluto trasferirsi".

¹³⁹ Cass, sez. II, 14 marzo 2012, n. 4088, Giust. civ. Mass. 2012, 3, 339

le esigenze abitative della comunità familiare. Oggetto, invece, del diritto d'uso sono i mobili che corredano la casa adibita a residenza familiare.

2.3 INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DELL'ARTICOLO 540, 2 COMMA DEL CODICE CIVILE: COMPROPRIETA' FRA DEFUNTO E TERZI

Affinchè possa attribuirsi al coniuge superstite il diritto di si abitazione ex art. 540 comma 2, del codice civile, è necessario che il diritto reale vantato dal coniuge defunto sulla residenza familiare si di proprietà.

Non sorge, dunque, lo speciale diritto dell'habitor, in caso di titolarità di iure in re aliena, come ad esempio l'usufrutto.

Può darsi,poi, il caso in cui il diritto del coniuge superstite ad abitare nella casa adibita a residenza familiare debba applicarsi ad un immobile che non era in piena proprietà del de cuius o in comunione fra quest'ultimo ed il coniuge superstite, bensì in comunione fra il defunto e terzi.

Secondo un primo orientamento, la disposizione di cui all'articolo 540, stabilisce che la casa e gli arredi devono essere "di proprietà del defunto o comuni", va interpretata nel senso che i diritti in esame sorgono anche nella fattispecie in cui il de cuius, in vita, fosse comproprietario con altri soggetti della casa.

In questo senso si può ritenere che la posizione del coniuge superstite non deve essere pregiudicata da chi, in imminenza della propria morte, alieni a terzi una quota, anche minima, della propria casa.

Il termine “comune” si riferirebbe non alla sola ipotesi dell’immobile comune ai coniugi, ma anche nel caso in cui sussista una comunione fra il coniuge morto ed altri chiamati alla successione¹⁴⁰.

Nell’ambito di questa opinione, si è precisato che il diritto di abitazione sorgerebbe limitatamente alla quota di comproprietà del defunto.

Benché ciò possa dare luogo a difficoltà di ordine pratico circa l’identificazione concreta della porzione d’immobile riservata al diritto del coniuge, si ritiene, in tal modo, d’interpretare la norma de qua conformemente alle finalità perseguite dal legislatore con la riforma del diritto di famiglia attuata attraverso la legge 19 maggio 1975, n.151.

Tale finalità, con riguardo alla fattispecie in esame si risolverebbero, in particolare, nel fornire al coniuge superstite una più puntuale e particolarmente penetrante tutela.

¹⁴⁰ A favore di tale tesi: Palazzo, *le successioni*, vo.I, Milano, 2000, p.469; Falzone Calvisi, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993, p.132;

2.4 INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELL'ARTICOLO 540, 2 COMMA DEL CODICE CIVILE: COMPROPRIETA' SOLO FRA CONIUGE E CONIUGE SUPERSTITE

In base ad una diversa opinione, la disposizione di cui all'articolo 540, comma 2 del codice civile, secondo cui al coniuge sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, è da interpretarsi nel senso che la proprietà deve appartenere al defunto o ad entrambi i coniugi (secondo le regole della comunione ordinaria o legale di cui agli articoli 177 e ss. del codice civile).

Per giungere a questi conclusioni, si individua nell'articolo 540, comma 2 del codice civile una norma da interpretarsi restrittivamente, per cui l'espressione (riferita ai beni che costituiscono il possibile oggetto del diritto del coniuge superstite) "se di proprietà del defunto o comuni" dev'essere intesa come "se di proprietà del defunto o *comuni tra i coniugi*".

Per questo, non spetterebbe al coniuge superstite il predetto diritto di abitazione, quando la casa coniugale non è di proprietà esclusiva del coniuge defunto o in comunione fra i coniugi, bensì in comunione fra il de cuius e terzi.

Se in tale fattispecie, il diritto di abitazione non sorge, per mancanza del presupposto della proprietà esclusiva del coniuge defunto o della comproprietà con il solo coniuge superstite, non vi sarebbe neppure la possibilità di attribuire un contenuto economico di ricalzo al

diritto di abitazione, diritto che acquisterebbe senso solo se apporta un'accrescimento qualitativo alla successione del coniuge superstite, garantendo in concreto l'esigenza di godere dell'abitazione familiare.

Questo orientamento della giurisprudenza di legittimità trova conferma nella dottrina secondo cui è inammissibile che il decesso del comunista faccia sì che gli altri comunisti trovino gravato di un diritto parziale anche la loro quota.

Inoltre, la disposizione in esame, in base al suo carattere integrativo, avvalorata il godimento di tale diritto in aggiunta alla quota di riserva spettante al coniuge superstite, risultante dalla divisione della massa ereditaria al netto di quel valore.

Poiché la titolarità del diritto di abitazione ha esclusivo riferimento al diritto dominicale spettante sull'abitazione del de cuius, nel caso di residenza familiare ubicata in un immobile in proprietà esclusiva di quest'ultimo, il diritto del coniuge superstite non incontra, simmetricamente, alcun limite, anche se, di fatto, parte dell'immobile sia temporaneamente occupato da terzi.

2.5 LA POSSIBILITA' DI COVERSIONE DEL DIRITTO DI 2 ABITAZIONE NEL SUO EQUIVALENTE ECONOMICO

Il diritto di abitazione spettante al coniuge superstite, per quanto detto finora, riguardo all'ipotesi di comproprietà, presuppone anche la possibilità che questo venga convertito in un equivalente economico.

Deve escludersi che il diritto di abitazione possa essere esercitato anche a dispetto del diritto di proprietà vantato da estranei, può invece ammettersi che il coniuge superstite, nei limiti della quota di proprietà del coniuge defunto abbia diritto a convertire il proprio diritto di abitazione, non concretamente fruibile in natura, nel suo equivalente monetario.

Infatti la titolarità del diritto di abitazione ha come necessario riferimento il diritto dominicale spettante sull'abitazione del defunto, cosicché, qualora la residenza sia posta in un immobile in comproprietà, il diritto di abitazione incontra il limite e si attua in ragione della frazione di proprietà del defunto.

Qualora la porzione spettante non possa materialmente distaccarsi a motivo dell'indivisibilità del'immobile stesso e questo venga assegnato per intero ad altro dividendo oppure venga assegnato all'incanto ad un terzo, al coniuge superstite spetta, limitatamente alla quota in capo al de cuius, di ottenere l'equivalente monetario dei diritti de quibus.

2.6 PRESUPPOSTI SOGGETTIVI

L'esistenza di un vincolo matrimoniale all'apertura della successione è il presupposto perché il coniuge superstite sia dichiarato a succedere al "de cuius" sia "ab intestato" che agli effetti delle riserve (previste dall'articolo 540 del codice civile). La prova è a carico del coniuge stesso e può essere ordinariamente ricavata dai registri di stato civile¹⁴¹

Le fattispecie più note, che determinano l'esistenza del rapporto di coniugio, sono il matrimonio civile, il matrimonio concordatario trascritto ed il matrimonio dei culti acattolici trascritto. Anche il matrimonio che venga celebrato all'estero dal cittadino italiano, secondo le forme previste dalla lex loci (e pur se si tratti di matrimonio poligamico, limitatamente agli effetti che non siano contrari all'ordine pubblico) è idoneo a realizzare lo stato di coniugio purché sussistano i requisiti relativi allo stato ed alle capacità delle persone previsti dalla legge italiana¹⁴².

¹⁴¹ In caso di smarrimento o distruzione dei registri o di mancata registrazione per dolo, colpa o forza maggiore: vedi articolo 132 del codice civile (e articolo 133 del codice civile per l'iscrizione del matrimonio in base a sentenza penale). Capozzi, Successioni e Donazioni, le categorie successibili, cit. 626.

¹⁴² SALA, Il diritto del coniuge ad una quota di eredità, in Tratt Bonilini, 2009, III, 90. La giurisprudenza considera irrilevante la mancata trascrizione in Italia in ossequio al principio "locus regit actum" (Cass. 19.10.1998, n. 10531, in Arch. Civ., 1998, 1344): "le norme di diritto internazionale privato attribuiscono ai matrimoni celebrati all'estero tra i cittadini italiani o tra italiani e stranieri immediata validità e rilevanza nel nostro ordinamento, sempre che essi risultino celebrati secondo le forme previste dalla legge straniera (e, quindi, spieghino gli effetti civili nell'ordinamento dello Stato straniero) e sempre che sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti dalla legge italiana".

1) IL CONIUGE LEGITTIMO,IL CONIUGE PUTATIVO ED IL CONIUGE SEPARATO SENZA ADDEBITO

Come detto in precedenza il presupposto soggettivo per l'applicazione della norma in esame è lo status di coniuge al momento dell'apertura della successione. Qualora il matrimonio venga successivamente annullato, il diritto di abitazione è assicurato per il coniuge superstite in buona fede (matrimonio putativo) in base a quanto disposto dall'articolo 584,comma 1 c.c.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, al coniuge superstite, che di sua spontanea volontà ha interrotto la convivenza di fatto con l'altro coniuge, costituendo la propria residenza familiare in altra abitazione, non spetta il diritto di abitazione sulla casa di proprietà del coniuge defunto adibita a residenza familiare.

Infatti, elemento della fattispecie legale sarebbe l'uso effettivo come residenza familiare dell'immobile anche da parte del coniuge superstite al momento dell'apertura della successione ed il caso in esame non è nemmeno assimilabile né sussumendole nell'ipotesi regolata dagli artt. 548 e 585 c.c. . Si può osservare,però, che la destinazione della casa a residenza familiare non implica di necessità la perdurante convivenza dei coniugi, per cui tale destinazione non viene meno a seguito della mera separazione, sia quest'ultima *de facto* oppure legale.

Così, in base al comma 1 dell'articolo 548 del codice civile, la previsione dell'articolo 540, comma 2, del codice civile sembra

trovare applicazione pure per il coniuge separato, sia consensualmente che giudizialmente, purchè in quest'ultimo caso senza addebito.

A quest'ultimo proposito è bene precisare che per il sorgere del diritto di abitazione, dopo la separazione, è necessario che i coniugi separati non abbiano abbandonato l'immobile.

Difatti in tal caso verrebbe meno il presupposto oggettivo. Il diritto di abitazione ex articolo 540, tuttavia, non si estingue nel caso di abbandono dell'immobile da parte del coniuge stesso, che dopo il decesso del *partner*, abbia fissato altrove la propria residenza. Infatti si applicano le disposizioni di cui agli articoli 1014,1015 e 1026 del codice civile, che non prevedono l'estinzione del diritto di usufrutto, di uso e di abitazione a causa di tacita rinunzia

2) IL CONIUGE VEDOVO CHE PASSI A NUOVE NOZZE

Innanzitutto in dottrina è discusso se i diritti di uso e di abitazione spettino anche al coniuge separato di fatto o consensualmente, ancora, separato giudizialmente, ma senza addebito. Alcuni autori ritengono che a tale quesito si possa dare una risposta affermativa attraverso la lettura del primo comma dell'articolo 548 c.c.. Tale disposizione, difatti, equipara il coniuge separato senza addebito al coniuge non separato¹⁴³. E' bene precisare che a seguito della

¹⁴³ L'equiparazione viene fatta con riferimento ai diritti successori attribuiti dalla legge.

separazione sarà necessario verificare quale situazione è venuta a crearsi. Difatti è possibile che a seguito della separazione non vi sia più una casa adibita a residenza familiare e pertanto tali diritti non potrebbero essere attribuiti¹⁴⁴. Altra ipotesi controversa oggetto di discussione è il rapporto tra il titolo giudiziale di godimento dell'immobile e i diritti di abitazione e di uso di fonte legale quando il coniuge separato sia già assegnatario della casa adibita a residenza familiare. Si ritiene che sia più conveniente per il coniuge superstite la prevalenza della fonte legale sulla fonte giudiziale. Infatti il titolo giudiziale¹⁴⁵ potrebbe prevedere un mero diritto personale privo del carattere tipico della realtà. I diritti scaturenti, invece, dal titolo legale hanno i caratteri propri della realtà, e nel caso di separazione con addebito, si garantisce al coniuge separato un vitalizio (ai sensi dell'articolo 548 secondo comma); mentre in caso di separazione senza addebito (articolo 548 primo comma) prevede il diritto di abitazione tipico di cui all'articolo 540, secondo comma. Tale impostazione¹⁴⁶, dunque, appare preferibile, poiché garantisce al coniuge un diritto reale o quantomeno un vitalizio. Ultima ipotesi controversa è quello relativo alla spettanza del diritto di abitazione al coniuge superstite qualora la casa adibita a residenza familiare sia

¹⁴⁴ Mengoni, pag 176 ss; Gabrielli, Dei legittimari 60 e ss; Bonilini 127: Cubeddu la casa familiare 233.

¹⁴⁵ Per tutti Cantelmo, i beneficiari della riserva 506 ss e Basini, i diritti successori del coniuge separato, in il diritto delle successioni. successione e diritti del coniuge superstite e del convivente more uxorio, in il diritto di famiglia diretto da Bonilini e Cattaneo torino, 2004, 158 ss.

¹⁴⁶ Calvo, il diritto di abitazione del coniuge tra regole e valori cit. 30 e dosetti sub art 540, in codice ipertestuale delle successioni e donazioni a cura di bonilini e confortini torino 2007, 378.

appartenuta al de cuius in comproprietà con terzi. Per la dottrina¹⁴⁷ e la giurisprudenza¹⁴⁸ più recente ritiene che in tale ipotesi non spetti al coniuge superstite il diritto di abitazione in quanto presupposto imprescindibile perché nasca tale diritto è quello della comproprietà tra il de cuius ed il coniuge superstite. Discutibile¹⁴⁹ tuttavia è orientamento giurisprudenziale in quanto evidenzia un'aspetto patrimonialistico dell'articolo 540 contrario, probabilmente, a quello che era il reale intento del legislatore che, prescindendo da ogni interesse patrimoniale ha inteso tutelare il patrimonio di affetti e di ricordi legati all'abitazione familiare. Tale osservazione è stata confermata dalla Corte Costituzionale¹⁵⁰ la quale ha evidenziato l'interesse morale dell'attribuzione di cui all'articolo 540 secondo comma. La stessa Corte di Cassazione con una sentenza del 2012 ribadisce che tale diritto spetta esclusivamente sulla residenza familiare evidenziando l'interesse morale.

¹⁴⁷ M.Finocchiaro,La riforma del diritto di famiglia,Milano,1975,cit.,2295;Capozzi,Successioni e donazioni,cit., 445; Azzariti .Jannaccone, Successione dei legittimari e successione dei legittimi,cit.,99 ss; Finelli, Il diritto di abitazione non spetta al coniuge superstite se la casa familiare è in comunione con terzi, in dir. Di famiglia,2001,cit.,167.;Ferri, Dei legittimari (art. 536-564),cit., 58 ss.

¹⁴⁸ In tal senso Cass. 23 maggio 2000,n.6691 :” A norma dell'articolo 540,secondo comma il presupposto perché sorgano a favore del coniuge superstite i diritti di abitazione della casa e il relativo arredamento siano di proprietà del de cuius o in comunione tra lui ed il coniuge ,con la conseguenza che deve negarsi la configurabilità dei diritti suddetti nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comunione tra il coniuge defunto ed un terzo”;Trib. Nocera Inferiore,4 ottobre 2000,in cit; Trib. Roma,26 marzo 2003,in Giur.Merito,2003,1402,con nota di Tedesci.

¹⁴⁹ Capozzi, successioni e donazioni, Principi generali sui legittimari,pag. 446,2009.

¹⁵⁰ Genghini – Campanile – Crivellari,I diritti reali , Padova,2011,cit.,457; Capozzi, Successioni e donazioni,cit., 440; Mengoni,Successione legittima,cit., 176; Corte Costituzionale,26 maggio 1989,n.310:” oggetto della tutela dell'articolo 540,secondo comma, 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'articolo 1022 c.c. ,che regola l'ampiezza del diritto di abitazione in rapporto al bisogno dell'abitatore”.

3) il coniuge separato con addebito, il coniuge divorziato

i diritti in esame non spettano al coniuge superstite separato al quale sia stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato antecedentemente all'apertura della successione (art.548, comma 2, c.c.).

4) Il coniuge in base a matrimonio religioso non trascritto

Ai fini del riconoscimento degli effetti civili al matrimonio religioso dinanzi al ministro del culto cattolico, è necessario che il parroco (o il suo delegato) richieda la trascrizione dell'atto entro i cinque giorni dalla celebrazione.

In mancanza di tale trascrizione, il coniuge unito in matrimonio religioso viene assimilato, ai soli fini dell'ordinamento statale, al convivente more uxorio. Così, non rientrando fra i successibili ab intestato del coniuge, non può ritenersi titolare di alcun diritto di abitazione, ai sensi dell'articolo 540, comma 2, c.c., sulla casa adibita a residenza familiare.

E' comunque ammessa la trascrizione tardiva, che, in base all'articolo 8, comma 6, L. 25 marzo 1985, n.121, deve essere chiesta all'ufficiale di stato civile da entrambi i coniugi o anche da uno solo di essi, a condizione che l'altro ne sia informato¹⁵¹ e non faccia opposizione.

Nessun termine di decadenza è posto, anche ai fini della successione mortis causa.

Dopo l'entrata in vigore della legge n.21 del 1985, però la

¹⁵¹ G. Musolino, il diritto di abitazione del coniuge superstite, in Riv. Not., n.3, 2005, p. 643

trascrizione post mortem cioè dopo il decesso di uno dei coniugi, deve ritenersi ammissibile limitatamente alle fattispecie in cui la richiesta, sottoscritta da ambedue i coniugi, risulti inoltrata prima del decesso oppure quando il coniuge superstite richiedente dimostri di avere acquisito, prima del decesso, il consenso o, comunque, la non opposizione del coniuge defunto informato nelle forme predette. Poiché gli effetti della trascrizione tardiva retroagiscono al momento della celebrazione del matrimonio, l'art. 8, comma 6, l. n. 121 del 1985 stabilisce che sono fatti salvi i diritti legittimamente acquisiti dai terzi.

Secondo la giurisprudenza, sono da considerarsi terzi sia gli eredi legittimi che quelli testamentari, per cui, nell'ipotesi di trascrizione post mortem, il coniuge superstite non può avanzare pretese sul patrimonio relitto nei riguardi dei detti eredi.

4) il convivente more uxorio

L'indifferenza dell'ordinamento in ordine alle problematiche legate alla morte di uno dei due conviventi, negli ultimi decenni, è stata supplita dall'intervento della giurisprudenza, che spesso ha sollecitato l'intervento della Corte costituzionale sulle norme relative all'ambito matrimoniale: da un lato sono intervenute pronunce di segno negativo, che non hanno riconosciuto la riconducibilità di istituti e disposizioni propri del rapporto matrimoniale alle relazioni familiari di fatto, dall'altro si sono

registrate pronunce che hanno mostrato un'apertura verso la tutela del convivente superstite, prima tra tutte la nota sentenza della Corte costituzionale⁴⁰ che ha dichiarato illegittimo l'art. 6, comma 1 della legge 392 del 1978, nella parte in cui detta norma non prevedeva tra i successibili mortis causa nella titolarità del contratto di locazione il convivente more uxorio del conduttore.

E ciò in considerazione del fatto che il diritto di abitazione rientra tra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione.

Per ciò che attiene il “diritto” del convivente more uxorio sulla casa familiare, come è stato persuasivamente dimostrato, non può oggi dubitarsi della titolarità in suo favore di una posizione di detenzione autonoma, il cui titolo è dato rinvenirsi in un “rapporto negoziale di fatto” o in un “negozio atipico a contenuto personale” (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, alla sua morte, degli eredi che non potranno invocare l'art. 460 c.c. e dovranno esperire l'azione petitori.

Dunque, per legittimare il convivente alla tutela possessoria nel rango di detentore qualificato, secondo tal 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

famiglia di fatto¹⁵², che afferma che la convivenza more uxorio determina un potere di fatto sulla casa di abitazione basato su un interesse proprio ben diverso da quello derivante da ragioni di ospitalità.

Data la marcata diversità delle situazioni che sono suscettibili di essere ricomprese nella locuzione di convivenza more uxorio, appare necessario sottolineare come la giurisprudenza valorizzi il connotato della stabilità quale garanzia di certezza della famiglia di fatto e condizione della sua rilevanza giuridica. Pertanto, la convivenza occasionale, precaria, intermittente è da considerare socialmente estranea al modello familiare socialmente tipico e non dà titolo alla detenzione autonoma, non legittimando così l'actio spoli.

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, comma 2 della legge 8 febbraio 2006, n. 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

¹⁵² Cfr. Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310, cit. 40 Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 404. 41 CARBONE, Possesso e detenzione nella famiglia di fatto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 37; SCARANO, Coabitazione e casa familiare, cit. 42 Sulla natura giuridica della convivenza cfr. Tribunale Milano, 7 maggio 2008

genitore convivente, il cui interesse non coincida con le esigenze del figlio.

Dottrina e giurisprudenza si sono occupate, oltre al problema della tutela possessoria tra conviventi e verso terzi, anche delle molteplici problematiche che scaturiscono alla morte del convivente more uxorio. Innanzitutto occorre sottolineare che, per ciò che attiene all'abitazione familiare, nessun diritto successorio compete per legge al convivente superstite: non trova, infatti, applicazione l'art. 540 c.c., che dispone la riserva a vantaggio del solo coniuge del diritto di abitazione sulla casa familiare e del diritto di uso dei mobili che la corredano⁴³.

Dunque, il chiamato all'eredità, qualora accetti la delazione, prevale sul versante petitorio sul convivente. Per quanto concerne, invece, la questione possessoria, si evidenzia come il chiamato all'eredità, ancor prima di accettare, può esperire azioni possessorie a tutela dei beni ereditari, senza bisogno di materiale ⁴³ Corte Cost., 26 maggio 1989, n. 310 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost., dell'art. 540, comma 2 c.c., nella parte in cui non prevede per il convivente more uxorio del defunto il diritto di abitazione e di uso rispettivamente per la casa adibita a residenza della coppia e per i beni mobili che tale residenza corredano.

In caso di conflitto tra il cd. possesso fittizio del successore e la detenzione qualificata del convivente more uxorio, la giurisprudenza si è mostrata oscillante, ordinando talora al convivente superstite di

rimuovere l'apprensione del possesso esclusivo e di reintegrare l'erede nel compossesso, altre volte ha offerto protezione al convivente per la carenza di una disponibilità concreta da parte dell'erede dell'appartamento per un periodo di tempo apprezzabile. Secondo autorevole dottrina 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 spoglio¹⁵³. Pertanto, l'unico rimedio esperibile dal successore sarà l'azione petitoria, affinché venga dichiarato estinto il titolo di detenzione del convivente superstite.

In materia di conflitti tra il partner superstite e gli eredi del convivente premorto, è opportuno infine richiamare una recente sentenza della Corte di cassazione¹⁵⁴ che, discostandosi da un orientamento che si era sviluppato soprattutto nella giurisprudenza di merito⁴⁸, 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

¹⁵³ CARBONE, Possesso e detenzione nella famiglia di fatto, cit., 51.

¹⁵⁴ Cass., 14 giugno 2012, n. 9786. ⁴⁸ Tribunale Torino, 28 febbraio 2002, in Giur. it., 2002, 1864 e Tribunale Saluzzo, 26 marzo 2009, in Giur. merito, 2009, 10, 2468

“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 quale 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.

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

sentenza della Corte di cassazione¹⁵⁵ che ha espressamente equiparato la tutela tra le coppie conviventi non coniugate indipendentemente dalla diversità di sesso.

¹⁵⁵ Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in Fam. e dir., 2012, 7, 678, nota di GATTUSO, “Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte Europea dei diritti dell’uomo.

2.7 DIRITTO DI ABITAZIONE FRA SUCCESSIONE LEGITTIMA E SUCCESSIONE NECESSARIA

Una considerazione a parte merita la questione dell'applicabilità dell'art. 540 , comma 2, c.c. all'ipotesi di apertura *ab intestato* della successione *mortis causa*.

Difatti nella disciplina contenuta nel titolo II, rubricato *Delle successioni legittime*, del libro II, c.c. si rinviene un solo riferimento al diritto di abitazione a favore del coniuge superstite nell'art. 584 c.c., in merito alla successione del coniuge putativo. Il diritto di abitazione e di uso, secondo dottrina prevalente, sono attribuiti al coniuge superstite al momento dell'apertura della successione (legittima o necessaria).

Tuttavia tale impostazione è stata rimessa in discussione da una recente pronuncia della Corte di Cassazione (con ordinanza rimessa alle sezioni unite), la quale ritiene che tali diritti non possano essere attribuiti al coniuge superstite nell'ipotesi di successione legittima. Difatti il legislatore ha previsto espressamente che i diritti di cui all'articolo 540 , secondo comma siano attribuiti al coniuge superstite nell'ipotesi di successione necessaria, purchè la casa adibita a residenza familiare sia di proprietà del de cuius o di entrambi i coniugi; gli articoli 581 e 582, invece, in tema di successione

legittima non contengono un'analoga previsione¹⁵⁶. La sola norma in tema di successione legittima che richiama i diritti di abitazione ed uso iure successionis è , come detto,l'articolo 584 1 comma. Tale norma attribuisce, difatti, al coniuge putativo i medesimi diritti spettanti al coniuge superstite (erede necessario).

In passato su tale argomento è intervenuta anche la Corte Costituzionale, la quale non ha del tutto dissipato i dubbi derivanti dal silenzio legislativo.

Infatti la Corte Costituzionale¹⁵⁷ ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 581, in relazione agli articoli 3 e 29 della costituzione , nella parte in cui non attribuisce al coniuge , chiamato all'eredità in concorso con altri eredi, i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, viceversa riconosciuti al coniuge putativo, secondo il rinvio operato dall'articolo 584 del codice civile che espressamente richiama l'articolo 584,1 comma. In tale ordinanza è stato affermato che :” *nella successione ab intestato il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, nonché di uso dei mobili che la corredano (se di proprietà del defunto o comuni) sono attribuiti al coniuge nella sua qualità di legittimario; che l' omesso richiamo dell'articolo 540 c.c., comma 2 , da parte della disposizione impugnata (come anche del successivo art. 582) vale unicamente*

¹⁵⁶ Sul punto cfr. Oiiiva, I diritti di abitazione e di uso spettanti al coniuge superstite nelle successioni legittime , in Vita not.,2006,427.

¹⁵⁷ Corte Costituzionale , 5 maggio 1988 n.527,in rass. Dir. Civ.,1989,689; Anche Cass.,6 aprile 2000,n.4329 secondo la quale:” nella successione ab intestao al coniuge superstite non spettano in aggiunta alla quota di eredità contemplata dagli artt. 581 e 582 i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso dei mobili che la corredano di cui all'articolo 540-

ad escludere che i diritti in argomento competano al coniuge autonomamente e cioè si cumulino con la quota riconosciutagli dagli articoli medesimi; che per converso , il rinvio contenuto nell'articolo 584 de codice civile sta soltanto a significare che la legittima aggiuntiva costituita dai due diritti di godimento spetta anche al coniuge putativo. pertanto le suddette disposizioni già vivono nell'ordinamento nell'identico contenuto e portata che si vorrebbe raggiungere per via reductio legitimitatem , per tali ragioni la proposta questione è manifestatamente infondata". Tuttavia appare preferibile l'orientamento indicato dalla Corte Costituzionale e dalla dottrina prevalente¹⁵⁸. Appare evidente che il legislatore non si sia dimenticato di attribuire i diritti di abitazione ed uso al coniuge nella successione legittima, ma che li abbia ritenuti contenuto della stessa, essendo la successione necessaria una legittima potenziata.

Nel nostro ordinamento sono previste solo due forme di successione quella testamentaria (volontaria) e legittima (legale).dunque la successione necessaria non è espressione di un tertium genus,bensì è un potenziamento della successione legittima.

¹⁵⁸ Capozzi,Successioni e Donazioni,cit.,633

2.8 CAUSE ESTINTIVE

Ulteriori questioni sorgono in relazione all'applicabilità ai diritti del 540, 2 comma cc. dell'articolo 1026 c.c., che richiama con riguardo alle cause di estinzione, le disposizioni sull'usufrutto in quanto compatibili.

La dottrina¹⁵⁹ ritiene innanzitutto inapplicabili la prescrizione ventennale e l'abuso perché s'introdurrebbero limiti che la legge non contempla¹⁶⁰. Il diritto di abitazione, inoltre, non si estingue qualora il coniuge trasferisca altrove la sua residenza. La norma, inoltre, non prevede l'estinzione per tacita rinuncia¹⁶¹. Ipotesi controversa è, invece, quella delle nuove nozze del coniuge superstite.

Alcuni autori¹⁶² ritengono che, nel caso di specie, il diritto si estingua. Ritengo tuttavia che non si abbia estinzione del diritto poiché manca un'espressa disposizione legislativa in tal senso. Il diritto, inoltre, non si estingue¹⁶³, nemmeno nell'ipotesi in cui il

¹⁵⁹ C. Coppola, i diritti di abitazione e d'uso, p.84; Mascheroni art.544 - concorso di acendenti legittimi e coniuge, p.568; dossetti l'intrasferibilità del diritto di abitazione, in usufrutto, uso, abitazione, a cura di Bonilini, in nuova giur.civ.cost., Torino, 2010, p.1763 ss; contra Trinchillo, il trattamento successorio del coniuge superstite nella disciplina dettata dal nuovo diritto di famiglia, p.1224..

¹⁶⁰ Cass. 26 febbraio 2008, n.5034

¹⁶¹ Mengoni, Successione necessaria, cit., 188; A. Mirone, I diritti successori del coniuge, cit., 190; M.G. Falzone Calvisi, Il diritto di abitazione del coniuge superstite, cit., 135; Bucelli, i legittimari, Milano, 2002, cit., 135 ss.

¹⁶² Per tutti Gabrielli, Dei legittimari, cit., 76 ss; E. Perego, i presupposti della nascita di diritti di abitazione e di uso a favore del coniuge superstite, cit., 1427.

¹⁶³ Così Trib. Taranto, 14 luglio 1978, in Dir. Di famiglia, 1979, 116: "I diritti di abitazione ed uso di cui all'articolo 540, secondo comma c.c., hanno carattere patrimoniale, fanno parte della riserva, spettano integralmente al coniuge superstite anche se superano le sue esigenze, e sono

testatore inserisca una clausola di decadenza, di questo genere, in quanto sembrerebbe quasi punire il coniuge superstite a conservare lo stato vedovile.

d'intensità tale che , pur gravando sulla disponibile , ove questa non sia sufficiente, impegnano la quota riservata al coniuge e, al limite, la quota riservata ai figli: il testatore non può pertanto prevederne la decadenza nell'ipotesi di passaggio a nuove nozze del proprio coniuge; App. Cagliari, 26 settembre 2005, in riv. Giur. Sarda, 2006, 285, secondo cui: “ l'esistenza del diritto di abitazione non è subordinata alla persistenza di uno stato di bisogno del titolare, giusta l'inapplicabilità del limite di cui all'articolo 1022, non assume, quindi, rilievo estintivo il fatto che il coniuge superstite disponga di un altro alloggio o abbia fissato altrove la propria residenza e passato nel frattempo a nuove nozze”.

2.9 LA PUBBLICITA' DEI DIRITTI DI ABITAZIONE ED USO IURE SUCCESSIONIS

La sentenza Cass., 30 aprile 2012, n. 6625 merita di essere segnalata perché affronta un delicato problema di diritto successorio e circolazione giuridica aderendo alla tesi minoritaria¹⁶⁴ in dottrina e dividendo la giurisprudenza¹⁶⁵, che fino ad oggi si era espressa sulla necessità di trascrivere il diritto di abitazione¹⁶⁶ e di uso. La Suprema Corte¹⁶⁷ ha escluso la necessità di trascrivere il diritto di

¹⁶⁴ Contrario alla trascrizione F. Gazzoni, la trascrizione immobiliare ,(Artt. 2646-2651,vol.I,in Comm. Cod. Civ., diretto da P.Schlensiger,Milano,1998,cit., 191.

¹⁶⁵ Cass. civ. 21 febbraio 1995,1909, in giur.it. 1995,I,1,2060:" il conflitto tra il legatario 8 nella specie , del diritto di abitazione sulla casa attribuito al coniuge superstite) ed il terzo che ha acquistato l'immobile dall'erede va risolto a favore di chi per primo abbia trascritto il proprio atto, trattandosi di atti provenienti dal medesimo autore". nello stesso senso Trib. bologna,30 agosto 2004:" il conflitto fra il coniuge superstite legatario ex lege del diritto di abitazione sulla casa familiare ed il terzo che ha trascritto l'acquisto dell'immobile va risolto ai sensi dell'articolo 2644c.c.. secondo cui fra l'altro, se il diritto di abitazione non viene trascritto , non è opponibile ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dell'atto da cui il diritto di abitazione discende. pertanto, una curatela fallimentare può legittimamente procedere alla vendita all'incanto dell'immobile appartenente al coniuge superstite fallito, benchè il bene sia gravato da diritto di abitazione ex art. 540,2 comma c.c. a favore del fallito medesimo, qualora questi non abbia provveduto, per renderlo opponibile ai terzi, a trascriverlo; Tribunale Monza sez. III, 27 dicembre 2011, in Giuffrè:" In caso di successione legittima, il diritto di abitazione del coniuge superstite sussiste in aggiunta alla quota di eredità legittima spettante al coniuge. Poiché il diritto reale di abitazione è acquistato in forza di un legato stabilito dalla legge e si trasmette al coniuge superstite al momento della morte del coniuge, l'erede acquista su tale immobile un diritto di proprietà gravato dal diritto reale limitato di abitazione. I diritti di abitazione e di uso, in quanto diritti reali, devono essere soggetti a trascrizione. Se non viene trascritto, il diritto di abitazione non è opponibile ai terzi, che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione dell'atto da cui il diritto di abitazione discende. Quanto al titolo idoneo alla trascrizione, in assenza di testamento, sono idonei sia il certificato di denunciata successione che la presentazione al conservatore di una nota, accompagnata dal certificato di morte in cui sia indicato lo stato di coniuge e l'operare "ex lege" dell'art. 540, secondo comma 2 c.c.

¹⁶⁶ Ai fini della sua opponibilità al terzo avente causa

¹⁶⁷ nella pronuncia n. 6625 /2012

abitazione ex articolo 540, secondo comma. Per la giurisprudenza, come detto, era, invece, pacifico ritenere tale diritto come trascrivibile.

Piuttosto erano discusse le modalità con le quali la trascrizione andava effettuata. L'articolo 2648 c.c. difatti non prevede in generale la trascrivibilità del legato ex lege, nè può ritenersi che essa sia obbligatoria per i pubblici ufficiali, ai sensi dell'articolo 2671 c.c., in assenza dunque di accettazione derivante da un atto ricevuto o autenticato dal notaio .

In dottrina non sono pacifiche le modalità con le quali tali diritti vadano trascritti.

Alcuni autori ritengono che il titolo che permette la trascrizione sia determinato : 1) da un titolo testamentario, il quale attribuisce il diritto di abitazione, ma abbiamo visto come nel caso di specie il diritto di abitazione iure successionis sia attribuito ex lege; 2) da un titolo testamentario che leda il diritto spettante al coniuge superstite¹⁶⁸.

Nel primo caso la trascrizione sarà possibile sulla base di estratto autentico del testamento applicando l'articolo 2648 per l'acquisto dei legati. Nella seconda ipotesi invece il titolo sarà l'atto negoziale o giurisdizionale con cui è stata accolta l'azione di reintegrazione del coniuge superstite. Autorevole dottrina¹⁶⁹ tuttavia sostiene che andrebbe trascritto l'acquisto del diritto di abitazione del coniuge

¹⁶⁸ Cfr. Pugliatti, La trascrizione immobiliare, cit., 84, in riferimento all'usufrutto uxorio del coniuge.

¹⁶⁹ Capozzi, Successioni e Donazioni, cit., 457; Nicolò, La trascrizione, cit., 15; Mariconda, La trascrizione, cit., 136.

superstite sulla base di un atto (pubblico o con sottoscrizione autenticata) nel quale il coniuge stesso dichiara di accettare il legato ex lege, essendo più aderente all'articolo 2657 del c.c. . Tale ipotesi naturalmente impedisce al coniuge di rinunciare al legato in un secondo momento. Come è noto, dottrina¹⁷⁰ e giurisprudenza¹⁷¹ prevalenti qualificano l'attribuzione del diritto di abitazione di cui all'art. 540, comma 2, c.c. come un legato ex lege, un legato cioè che deriva non da un titolo testamentario, bensì direttamente da una previsione di legge.

Ci si è chiesti, pertanto, se anche l'acquisto del legato ex lege sia soggetto alla trascrizione immobiliare disciplinata dall'art. 2648 c.c. Secondo la tesi maggioritaria¹⁷², la risposta è senz'altro positiva, visto che l'art. 2648 c.c. non sembra distinguere tra legati testamentari e legati ex lege, e, anzi, tale trascrizione è necessaria ai fini dell'opponibilità dell'acquisto ai terzi aventi causa dall'erede; mentre secondo la tesi minoritaria – a cui aderisce la sentenza in commento – la risposta è negativa, proprio perché, derivando direttamente dalla legge e non basandosi, quindi, su un atto trascrivibile, il legato ex lege sfugge alla previsione di cui all'art. 2648 c.c., onde il suo acquisto è opponibile tout court ai terzi aventi causa dall'erede.

Il problema della trascrivibilità del legato, quindi, nasce dalla

¹⁷⁰ Per tutti Gabrielli, *Dei legittimari*, cit., 61 ss; Mengoni, *Successione a causa di morte. Parte speciale, successione necessaria*, cit., 167; Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, cit., 444; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit. 127.

¹⁷¹ Cass. 24-6-2003 n. 10014; Cass., sez. II, 4 maggio 2012, n. 6774 e Cass. 30 aprile 2012, n. 6625

¹⁷²

formulazione dell'ultimo comma dell' art.2648 il quale dispone che la trascrizione dell'acquisto del legato si opera sull'estratto autentico del testamento. È evidente che nel caso del legato ex lege manca un testamento. Pertanto ritengo che l'unico modo per poter trascrivere sia quello di richiedere al notaio di redigere un atto con il quale il legatario, per rendere irrevocabile l'acquisto del legato ai sensi dell'articolo 649 c.c. rinunci alla “ facoltà di rinunciare al legato medesimo” .

Difatti sarebbe inutile se non addirittura nullo stipulare un atto di accettazione espressa del legato ex lege in quanto sarebbe priva di causa ed inoltre mi chiedo come il coniuge superstite possa accettare qualcosa che ai sensi dell'articolo 649 c.c. è già parte del suo patrimonio.

Di conseguenza, l'acquisto del legato ex lege è opponibile di per sé senza bisogno che lo si trascriva, dal momento che non sarebbe neppure ammissibile la sua trascrizione stante il principio di tassatività degli acquisti mortis causa. Dunque l'opponibilità ai terzi dell'acquisto del legato ex lege rimarrebbe sganciata dalla formalità di trascrizione, derivando in ogni caso tale opponibilità dal conseguimento in sé dell'acquisto.

2.10 II CONFLITTO CON I DIRITTI ISCRITTI

L'articolo 534 del codice civile si riferisce all'istituto della trascrizione, ma in materia di pubblicità degli atti incidenti sul regime di beni immobili si è ritenuto che ciò che vale per le trascrizioni è applicabile anche all'iscrizioni.

Secondo un orientamento giurisprudenziale, comunque, il creditore ipotecario, in forza dell'articolo 2812 del codice civile – che prevede l'inopponibilità allo stesso di alcuni diritti reali minori trascritti dopo l'iscrizione dell'ipoteca – può procedere ad esecuzione forzata sul bene ipotecato direttamente ed unicamente nei riguardi del proprietario dello stesso, avvalendosi del vantaggio derivante dalla liquidazione unitaria dell'immobile e determinando l'estinzione dei diritti reali parziali menzionati.

I titolari degli iura in re aliena, come il coniuge superstite sono ammessi a fare valere le loro ragioni sul ricavato con preferenza rispetto ai creditori ipotecari che abbiano provveduto all'iscrizione successivamente alla trascrizione del diritto reale minore (articolo 2812, comma 2 c.c.)

In relazione all'applicazione dell'articolo 2812 del codice civile al caso in esame ed alle considerazioni fatte in precedenza circa le regole da applicarsi in tema di trascrizione, si può, però, osservare che il proprietario del bene, che ha concesso su di esso un diritto di ipoteca non perde il diritto di costituire sullo stesso bene un diritto di abitazione ed il soggetto a cui favore tale diritto è stato costituito

ha la possibilità di goderne sino a quando l'immobile non venga assoggettato ad espropriazione forzata.

Con l'espropriazione forzata il creditore ipotecario può far vendere l'immobile come libero, qualora l'ipoteca sia stata iscritta antecedentemente alla trascrizione dell'atto di costituzione del diritto dell'habitor.

In relazione al momento dell'espropriazione, in cui la regola dell'articolo 2812 del codice civile opera a motivo dell'intervenuta incompatibilità tra il diritto di abitazione ed il diritto del creditore ipotecario, la regola stessa risolve un conflitto fra acquirente dello stesso dante causa di diritti fra loro non compatibili.

Nella fattispecie del diritto di abitazione a favore del coniuge superstite, però, ricorre una situazione diversa a motivo dell'acquisto ex lege da parte del legatario.

Per questo motivo, come nell'ipotesi del conflitto fra diritti trascritti, anche nella fattispecie d'incompatibilità fra il diritto di abitazione trascritto e l'ipoteca iscritta dal creditore dell'erede, può farsi applicazione dell'articolo 534, comma 1 e 3, codice civile.