

LA CIRCOLAZIONE DEL DIRITTO DI ABITAZIONE

SOMMARIO: 1) ricostruzione della connotazione fisionomica dell'istituto mediante la disamina sistematica della disciplina funzionale al medesimo; 2) comparazione con le fattispecie affini: constatazione dei profili di omogeneità e dei crismi di differenziazione; 3) il divieto di circolazione positivizzato nell'art.1024 cod. civ.: valutazione del grado di ipotetica vulnerabilità del medesimo; 4) il criterio ermeneutico relazionale: valutazione sistemico-assiologica degli interessi protetti; 5) la ricostruzione della funzione giustificatrice del divieto al vaglio: orientamento di stampo privatistico e derogabilità assoluta; constatazione del crisma pubblicistico dell'interesse e derogabilità relativa; 6) attitudine del diritto di abitazione a costituire oggetto di ipoteca: possibilismo e scetticismo; 7) sintesi riepilogativa.

1) Ricostruzione della connotazione fisionomica dell'istituto mediante la disamina sistematica della disciplina funzionale al medesimo.

L'individuazione e la disamina della problematiche giuridiche riconducibili alla circolazione del diritto di abitazione presuppongono irrinunciabilmente la sia pur breve ricostruzione della connotazione fisionomica dell'istituto di specie, nonché l'inquadramento delle norme preordinate a dettarne la disciplina nell'ambito delle sistematiche ordinamentali civilistica e costituzionale.

Prendendo le mosse dalle attività volte a tratteggiare i crismi di identificazione della posizione giuridica al vaglio, deve rilevarsi che il vigente codice civile, in coerente applicazione di un criterio metodologico di consolidata consuetudine, si astiene dall'enunciare un'esplicita nozione della medesima, della quale si limita a delineare l'ambito e le modalità di applicazione, demandando agli operatori teorici e pratici dell'ermeneutica il cimento di dedurre dalla normazione funzionale dell'istituto la definizione compiuta di quest'ultimo.

Le prescrizioni codicistiche specificamente dedicate alla disciplina del diritto di abitazione risultano contenute negli artt.1022 e 1024 cod.civ., i quali, rispettivamente, cristallizzano le prerogative giuridiche di appannaggio dell'abitatore e positivizzano il dogma di risalente matrice genetica concretantesi nell'inibizione della circolazione delle medesime (*habitor neque veniri neque locari potest*), di cui è di nostro interesse ricostruire gli antecedenti giustificativi e sondare conseguentemente la vulnerabilità.

Dalla disamina delle due norme citate, alle quali, laddove valutate in avulsione dal sistema di appartenenza, difetta l'attitudine ad esaurire la qualificazione definitoria dell'istituto giuridico in oggetto, non scaturiscono che taluni dei connotati fisionomici di quest'ultimo, il soddisfacente inquadramento del quale necessita della valutazione sincretica delle statuizioni desumibili dall'intero reticolato normativo relativo all'uso ed all'abitazione (artt.1021, 1022, 1023, 1024 e 1025 cod.civ.), nonché, in forza dell'espresso richiamo operato dall'art.1026 cod.civ., delle disposizioni sull'usufrutto e, in specie, dell'art.981 cod.civ., che, di quest'ultimo diritto, enuncia la portata operativa; il tutto, alla luce di quanto prescritto, in tema di limitazione della proprietà, dall'art.42, secondo comma, della Carta Costituzionale e della constatazione della riserva di legge da esso istituita.

2) Comparazione con le fattispecie affini: constatazione dei profili di omogeneità e dei crismi di differenziazione.

Astenendosi, in questa sede, per ovvie ragioni di economia di esposizione, dall'esplicitare i termini dell'analitica esegesi dei referenti normativi sopra elencati, è sufficiente sottolineare che, agli esiti di detta attività, risulta lecito desumere l'effigie fisionomica del diritto di abitazione dalla comparazione del medesimo con il sembiante istituzionale dell'uso e dell'usufrutto, rilevandone, in chiave gnoseologica, i tratti di affinità ed i profili di differenziazione.

Al fine predetto giova, in sintesi specifica, constatare ed affermare:

- che l'usufrutto si concreta nel potere di godere di una res, utilizzandola senza limiti (fatta eccezione per le sole limitazioni desumibili dalla legge e/o dalla destinazione economica della res medesima), e di percepirne, del pari illimitatamente, i frutti naturali e giuridici (in coerenza con lo schema dialettico di facoltà "uti"- "frui");

- che l'uso si sostanzia nella facoltà di utilizzare senza limiti una res, con la legittimazione a coglierne, tuttavia, ove essa sia fruttifera, i frutti naturali (non quelli giuridici), nell'ambito oggettivo dei bisogni dell'utente e della di lui famiglia (anche detto diritto risulta riconducibile, ancorchè con modalità parzialmente differenti, al già citato meccanismo "uti"- "frui");

- che l'abitazione esaurisce le sue prerogative nel godimento di una res tipologicamente determinata (una domus), l'utilizzazione della quale è consentita all'habitor nel solo ambito dei bisogni propri e della propria famiglia (il diritto di specie configura lo schema prerogativistico elementare del solo "uti").

I crismi divaricatori intercorrenti tra gli istituti dei quali si è ricostruita la connotazione sono palesi e rilevano tanto sotto il profilo qualitativo quanto a mente di quello quantitativo; la percezione dei medesimi appare lapalissiana, tanto da non abbisognare di ulteriori approfondimenti, peraltro non giovevoli agli esiti della presente indagine.

Maggiormente costruttivo si mostra l'investigare in ordine alle tematiche di similitudine proprie delle fattispecie al vaglio, in ragione dell'attitudine delle predette a motivare l'opzione operata dal legislatore (un tempo radicale, oggi parzialmente attenuatasi nella portata) di assoggettarne i profili operativi ad itinerari disciplinari pressochè omogenei.

Diviene dunque utile sottolineare che le tre posizioni giuridiche comparate diramano tutte dall'"usus" romanistico, del quale concretano tuttora, concettualmente, le differenti specificazioni ("usus" in senso proprio, "usus fructus" ed "usus domus"); in dipendenza di ciò esse risultano riconducibili, quanto alla natura giuridica, al genus dei diritti reali parziari ("iura in re aliena"), il quale racchiude nel suo ambito quei diritti, muniti di realtà e (previa trascrizione) di opponibilità "erga omnes", peculiarizzanti per le circostanze di dispiegare la propria efficacia su beni di appartenenza aliena e di comprimere, per il tramite delle prerogative loro proprie, le simultanee prerogative del proprietario.

Caratteristica irrinunciabile a tutti gli "iura in re aliena" risulta essere l'eccezionalità, giustificantesi in ragione della consapevolezza, nitidamente condivisa dal legislatore e dagli operatori dell'esegetica, che posizioni giuridiche reali ed assolute contenitive del diritto e delle attribuzioni del dominus non possano albergare nel sistema civilistico se non quali eccezioni ad una regola.

Crisma saliente peculiare agli "iura in re aliena" riconducibili all'"usus" romanistico è tradizionalmente apparsa essere la connotazione personalistica, da sempre ravvisata nella circostanza, adamantamente deducibile dalla innanzi operata qualificazione definitiva delle fattispecie in esame, che l'identità fisionomica di queste ultime si interseca con il sembiante giuridico, sociale ed economico del titolare, in relazione ai bisogni del quale (e della famiglia del quale) giungono addirittura a determinarsi il contenuto,

l'ampiezza e la durata del diritto.

3) Il divieto di circolazione positivizzato nell'art.1024 cod. civ.: valutazione del grado di ipotetica vulnerabilità del medesimo.

Al rilevato crisma di eccezionalità dei diritti reali parziari è lecito ricondurre concettualmente, così come tra breve si evidenzierà funzionalmente agli esiti delle presenti riflessioni, il principio di tipicità dei medesimi; dalla del pari segnalata connotazione personalistica degli "iura in re aliena" promanantisi dall'"usus" romanistico discende, di contro, il tradizionale divieto di circolazione di questi ultimi, il quale concreta, a ben guardare, un vero e proprio dogma civilistico.

Il divieto predetto, invero, la disamina del quale ci consente finalmente di penetrare nel nucleo delle problematiche al vaglio, costituisce costante bagaglio degli ordinamenti privatistici sin dalla sistematica romanistica, nell'ambito della quale esso afferiva, in forza di una sostanziale "reductio ad unitatem" operata dal legislatore, a tutte le "species" dell'"usus".

L'opzione di accomunare nell'inibizione circolatoria l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, d'altronde, reiteratasi in pressochè tutte le principali codificazioni postromane e moderne (a partire dal codice Napoleone, che ne mitigava la portata mediante la previsione di blandi profili di derogabilità), persisteva intonsa ancora nel codice civile del 1865, che ne cristallizzava i connotati nell'art.528.

Soltanto in occasione della compilazione del codice del 1942, il legislatore, nel ribadire e positivizzare, a mezzo dell'art.1024, il divieto in oggetto per quanto di inerenza all'uso e all'abitazione, si è astenuto dal riproporre la vigenza in materia di usufrutto, diritto, quest'ultimo, il quale, abrogatone l'impedimento all'alienazione, può oggi costituire oggetto di libera negoziazione, anche svincolata dalla negoziazione della nuda proprietà.

Il distinguo regolamentare operato dagli estensori del codice civile vigente deve evidentemente imputarsi ad una precisa scelta di politica legislativa, giustificantesi, per plausibile supposizione, in ragione dell'intervenuta acquisizione, ad opera del legislatore, della consapevolezza della progressiva evanescenza, nell'usufrutto, del crisma storico della personalità.

In altre parole, il legislatore del 1942 ha colto la divaricazione intercorrente tra l'impronta prevalentemente personalistica dell'uso e dell'abitazione e l'orma di preponderante segno patrimonialistico dell'usufrutto; ha rilevato, cioè: nei primi, l'attitudine a risentire, quanto all'ampiezza e alle modalità di esercizio, per il tramite del parametro qualificante dei bisogni, dell'identità del titolare e della famiglia del medesimo (condizionante l'abitazione nell'"uti" e l'uso nel "frui"); nell'ultimo, l'idoneità a prescindere dall'"intuitus personae" e ad oggettivizzare la compressione delle prerogative giuridiche del proprietario in ragione della sussistenza, a contenimento delle facoltà di godimento e di percezione dei frutti ("uti"- "frui") dell'usufruttuario, dei soli limiti imposti dalla legge e della necessità di rispettare la destinazione economica del bene (intendendosi per tale la tipologia di utilità che la res presentava, per natura e/o per volontà del costituente, all'atto della costituzione dell'usufrutto).

Chiaritesi le motivazioni della differente regolamentazione normativa degli istituti trattati (uso e abitazione da una parte e usufrutto dall'altra), deve dirsi, restringendo l'ambito discorsivo al solo diritto di abitazione, che il dato oggettivo dal quale risulta, ai nostri fini, impossibile prescindere è la già segnalata recezione, nel sistema codicistico (art.1024), del divieto tradizionale di circolazione.

4) Il criterio ermeneutico relazionale: valutazione sistemico-

assiologica degli interessi protetti.

Constatata la vigenza del divieto siffatto, il quale inibisce non soltanto l'alienazione, ma anche la locazione del diritto di abitazione, la valutazione degli interrogativi di nostro interesse non può che procedere attraverso l'alternativa attribuzione, al divieto medesimo, di un profilo di assoluta inderogabilità ovvero di un antitetico crisma di derogabilità, ancorchè relativa.

Alla conclamazione dell'assoluta inderogabilità della prescrizione inibitoria di specie non potrebbe che approdarsi laddove ci si affidasse ad una interpretazione letterale della norma codicistica.

Ma il sottoporre una prescrizione normativa ad una lettura formalistica, preordinata a desumere dal concatenarsi delle parole il solo significato verbale delle medesime, in coerenza con l'ortodossia sintattica e grammaticale, rischia di declassare l'ufficio dell'interprete al rango di una mera attività contemplativa.

Ciò non appare idoneo alla produzione di risultati appaganti.

Occorre allora trascendere il meccanico recepimento della norma nella sua nudità linguistica.

Il prisma della ricostruzione ermeneutica, invero, non può che connotarsi di molteplici facce e carature, ciascuna delle quali fornisce una prospettiva visiva necessitante di indagine ai fini della qualificazione giuridica di una fattispecie e degli interessi alla stessa sottendenti.

Occorre, in merito, preventivamente chiarire:

- che dottrina autorevolissima definisce "qualificazione giuridica" di una fattispecie la disamina della medesima alla luce di una visione relazionale delle norme giuridiche, dalla quale deve scaturire l'analisi comparata, sincretica ed assiologica dell'elemento al vaglio e dei principi basilari dei sistemi ordinamentali positivo e costituzionale nei quali esso si inserisce;
- che al termine "interessi" debbono riconoscersi le accezioni di "beni giuridici tutelati", "elementi ai quali tende una funzione giustificatrice", "desideri razionalizzati ed oggettivizzati" e "ragioni per agire").

Quanto sopra introitatosi a livello concettuale, è lecito e ragionevole affermare che l'attività esegetica di una norma, correttamente espletantesi in coerenza con la metodica qualificatrice enunciata, deve concretarsi nella valutazione della prescrizione oggetto di disamina relazionata allo scenario sistematico di appartenenza, nella ricostruzione degli antecedenti giuridici e logici della normazione, nell'individuazione degli interessi la tutela dei quali ne giustifica la funzione, nella misurazione quantitativa e qualitativa della caratura assiologica degli interessi medesimi, che ne condiziona la collocazione nella struttura gerarchico-piramidale dei principi dell'ordinamento di riferimento; in tutto senza prescindere dal sottoporre, a consuntivo, gli esiti del procedimento ermeneutico posto in essere e le ricadute fattuali dei medesimi a giudizio di meritevolezza.

Aderendo all'ottica filosofica e metodologica propugnata:

- risulta lecito interrogarsi sulla vulnerabilità di una prescrizione normativa (ancorchè fondata, come quella di cui all'art. 1024 c.c., su una dogmatica inibitoria di risalente tradizione) la valenza della quale non costituisce un'entità predefinita dal legislatore, ma concreta la risultante ermeneutica del bilanciamento degli interessi e dei valori protetti;

- le chiavi di valutazione della supposta derogabilità della lettera dello stesso art.1024 c.c. debbono ravvisarsi nell'individuazione della "ratio" del divieto di circolazione del diritto di abitazione, intesa quale ricognizione dell'identità e della connotazione degli interessi da esso tutelati, nonchè nella quantificazione della pregnanza assiologica degli interessi medesimi nella struttura piramidale dei beni giuridici tutelati per il tramite dei principi dell'ordinamento civilistico.

5) La ricostruzione della funzione giustificatrice del divieto al vaglio: orientamento di stampo privatistico e derogabilità assoluta; constatazione del crisma pubblicistico dell'interesse e derogabilità relativa.

Orbene, è diffusa opinione di molta dottrina e di copiosa giurisprudenza, anche di legittimità, prodottasi a partire dagli anni '60 del secolo XX, che l'inalienabilità del diritto di abitazione non si giustifichi in ragione di esigenze di ordine pubblicistico, ma risponda, di contro, ad istanze meramente privatistiche.

Le istanze di specie sarebbero ravvisabili, secondo alcuni autori, in ragioni storiche ed economiche ricollegabili ad un presunto carattere alimentare del diritto di abitazione, che risulterebbe, quale fattispecie sostentativa, rivolto a supportare un soggetto giuridico determinato, infungibile, oltre che per i rapporti che lo legano fisiologicamente al dominus, anche per la circostanza di versare in stato di bisogno.

La tesi non convince: l'abitator conserva il diritto di abitare la "domus" oggetto del diritto a prescindere dal bisogno oggettivo, competendogli l'abitazione anche qualora egli disponga di altri appartamenti.

Senz'altro più persuasiva si palesa l'opinione di quanti, pur nella stessa ottica di negazione alla funzione del divieto al vaglio di caratura pubblicistica, individuano la funzione medesima nella necessità di accordare idonea tutela al proprietario, in presenza di un diritto reale parziario la cui attitudine alla compressione delle prerogative giuridiche proprie del "dominium" discende da profili fattuali (i bisogni) riconducibili alla persona dell'"habitator" ed ai connotati della società naturale (la famiglia) costituente giuridica propaggine di quest'ultimo. Il proprietario, in altri termini, risulterebbe esposto ad un'iniqua prospettiva di nocimento in presenza di un atto di disposizione dell'abitatore, il quale, determinando la circolazione della posizione giuridica di propria spettanza, cagioni l'alterazione della primigenia identità sostanziale della posizione giuridica medesima (ontologicamente mutevole in relazione ai bisogni del soggetto che di volta in volta ne sia titolare), ovvero costringa il "dominus" a condividere il godimento della "domus" (spettantegli per quanto di eventuale eccedenza rispetto alle esigenze dell'abitatore) con un soggetto giuridico (e/o con un nucleo familiare) differente da quello originariamente prescelto quale attributario dello "ius in re aliena".

In ogni caso, il connotare la "ratio" giustificatrice immanente al divieto di circolazione del diritto di abitazione in ragione di profili fisionomici di segno esclusivamente privatistico, ravvisabili nella tutela del proprietario, ovvero, cumulativamente o alternativamente, nella salvaguardia dell'"habitator", conduce logicamente ad ammettere la derogabilità dello stesso divieto di specie.

Detta derogabilità discende, evidentemente, dalla natura disponibile degli interessi (rectius beni giuridici) tutelati dalla prescrizione normativa inibitoria e dalla conseguente legittimazione (rectius facoltà potestativa) dei soggetti giuridici titolari degli interessi medesimi di abdicare, a mezzo di atti di autodeterminazione negoziale, alla salvaguardia loro accordata dal legislatore.

Alla ricostruzione della funzione giuridica del divieto di cui all'art.1024 c.c. in chiave privatistica consegue, dunque, una potenziale rimessione del diritto medesimo nell'alveo dell'autonomia privata, la quale si concreta nella possibilità di disattivare la portata effettuale dell'inibizione normativa, sottraendo alla stessa il territorio operativo, per il tramite del perfezionamento, ad opera dei soggetti destinatari della tutela legislativa (dominus ed habitator), di un patto di libera cedibilità del diritto di abitazione.

La configurabilità di un accordo siffatto non collide, infatti, a ben guardare, con la statuizione proibitoria positivizzata nella norma di cui all'art.1024 c.c., la quale, pur nella segnalata sua lapidarietà semantica, nel vietare la circolazione del diritto di abitazione, si astiene dall'inibire la previsione pattizia di un meccanismo dispositivo derogatorio.

Orbene, attesa la evidente circostanza che, delle due manifestazioni di volontà concorrenti alla formazione del consenso perfezionativo dell'ipotizzato patto di libera cedibilità del diritto di abitazione, quella di appannaggio dell'"habitor" deve reputarsi insita nell'atto di disposizione a mezzo del quale quest'ultimo trasla o loca la posizione giuridica parziaria di propria spettanza, appare lecita la conclusione che, alla circolazione del diritto di abitazione medesimo, necessita il solo assenso del dominus.

Alla norma contenuta nell'art.1024 c.c. sembra del pari consentito, invero, all'esito del procedimento ermeneutico fondato sulla qualificazione giuridica della norma interpretata (intesa, quest'ultima, quale disamina della norma medesima nell'impianto sistemico dell'ordinamento giuridico e del contesto socio-economico d'appartenenza e quale individuazione della fisionomia e della caratura gerarchica degli interessi tutelati dalla statuizione legislativa), attribuire il seguente tenore sostanziale: "I diritti di uso e di abitazione non si possono cedere nè dare in locazione, salvo il consenso del nudo proprietario".

L'assenso di specie abbisogna, lo si ripete, alla disposizione del diritto reale parziario in ragione del meritevole interesse del dominus a non dover patire, suo malgrado, la mutazione dell'identità della posizione giuridica compressiva delle proprie prerogative di dominio, nonchè, eventualmente, la forzosa condivisione del godimento della "domus" con un "habitor" ed una propaggine familiare dello stesso differenti da quelli graditi ed originariamente prescelti; esso può lecitamente collocarsi, sotto il profilo cronologico, tanto nel momento genetico della fattispecie, mediante l'apposizione, all'atto volitivo di costituzione del diritto parziario, di un patto di futura cedibilità, quanto nella fase funzionale della fattispecie medesima, a mezzo dell'intervento attivo del dominus nelle attività dismissorie delle prerogative dell'"habitor".

Alla costruzione ermeneutica innanzi enunciata deve indubbiamente riconoscersi notevole attitudine a costituire referente di orientamento della prassi delle negoziazioni, concretando, giova ricordarlo, della medesima convincente antecedente supportivo l'autorevole condivisione di molta dottrina e numerosa giurisprudenza.

E, d'altro canto, il dipanarsi delle concatenazioni logico-deduttive approdanti agli esplicitati esiti permissivi dell'orientamento autonomista di specie si palesa ineccepibile sotto il profilo del rigore giuridico-sistematico laddove, dell'orientamento medesimo, si condivide appieno il presupposto concettuale.

Quest'ultimo, è opportuno ribadirlo, risulta ravvisabile nell'assunto, largamente condiviso nella prassi e in accademia, secondo il quale la ragione giustificatrice della prescrizione normativa al vaglio si ispira ad istanze di segno esclusivamente privatistico.

Ma la veridicità dell'assunto enunciato, pur sostenuta da un coro di voci autorevoli ed incisive, risulta lungi all'essere ecumenicamente conclamata.

Non difettano, invero, nell'agone dell'esegetica, accademici di rigorosa visione sistematica ed interpreti, ancorchè numericamente sparuti, del contenzioso di legittimità e di merito ad opinione dei quali la "ratio" del divieto positivizzato nell'art.1024 c.c. si concreta, oltre che nelle istanze privatistiche diffusamente esplicitate nella presente trattazione, nell'interesse di segno pubblicistico a non collidere, mediante la circolazione del diritto di abitazione, con il noto dogma della tipicità dei diritti reali.

Il dogma menzionato trova i propri antecedenti storici e concettuali

nella sistematica romanistica, nell'ambito della quale l'imperativa imposizione, alla categoria dei diritti reali, del "numerus clausus" si giustificava in ragione della nitida percezione della già in precedenza segnalata eccezionalità degli "iura in re aliena": questi ultimi, invero, in ragione della dispiegata attitudine ad inficiare, comprimendole, le prerogative proprie del "dominium", non potevano tollerarsi se non quali eccezioni tassative al principio, percepito quale supremo, dell'assoluta pienezza di quest'ultimo, il quale, con evocatività metaforica dalla valenza concettuale di gran lunga trascendente il dato letterale, veniva ad esplicitarsi nel noto brocardo "dominium se expandit usque ad inferos usque ad sidera".

Nell'ordinamento giuridico vigente, ad onta di un sopravvenuto significativo ridimensionamento del crisma della pienezza della proprietà, il principio della tipicità dei diritti reali seguita a sussistere, in nome della persistenza dell'istanza di confinare, nell'ambito della straordinarietà, le fattispecie autonome contenitive della posizione giuridica del proprietario; esso si connota, peraltro, quale principio di ordine pubblico, risultando teleologicamente orientato alla salvaguardia di interessi superindividuali, ravvisabili nell'esigenza di garantire, attraverso il contingentamento degli strumenti disponibili ai cittadini, la razionale fruizione dei beni e la certezza della dialettica negoziale inerente alla loro circolazione.

Ricostruitasi la funzione giustificatrice del principio di tipicità dei diritti reali e chiaritesene le finalità, giova ricordare che la vigenza del principio medesimo risulta comprovata da numerose statuizioni positive, tra le quali, in ordine di lignaggio ordinamentale, debbono annoverarsi:

l'art. 42 della Costituzione, il quale, al secondo comma, riserva al solo legislatore la legittimazione ad imporre limiti alla proprietà ed esclude, pertanto, implicitamente, la configurabilità di diritti reali non contemplati in tipiche previsioni normative;

l'art. 832 c.c., che ribadisce, a livello codicistico, la medesima prescrizione limitativa;

l'art. 1322 c.c., il quale, nell'accordare cittadinanza all'autonormazione dei privati, limita l'atipicità al veicolo negoziale della volontà, ma non alle posizioni giuridiche costituenti oggetto del medesimo;

gli artt. 2643 e 2645 c.c., i quali, in tema di pubblicità "erga omnes", tipizzano i diritti suscettibili di trascrizione, estendendone, ancorchè "per genus", la tassatività.

Acclaratosi quanto sopra, deve dirsi, ritornando alla tematica oggetto dell'indagine di nostro interesse, che la collisione, rilevata da taluni interpreti, tra la dimostrata tipicità dei diritti reali e la possibilità di convenire pattiziamente la libera cedibilità del diritto di abitazione discenderebbe dalla già innanzi segnalata irrinunciabile personalità del diritto medesimo, ravvisabile, lo si ribadisce, nella sussistenza di un ontologico nesso di interdipendenza corrente tra la persona (e l'eventuale famiglia) dell'"habitor" e l'identità fisionomica della posizione reale parziaria compressiva della proprietà.

Segnatamente, a fronte della liceità sistemica di una posizione reale parziaria mutevole nella connotazione in dipendenza della sola variabilità dei bisogni di un titolare predeterminato (fattispecie, questa, tipica, in quanto oggetto di espressa previsione normativa), non analogamente ammissibile, in chiave sincretica, si paleserebbe la configurabilità di un diritto reale contenitivo della proprietà a sua volta fisionomicamente variabile ma in ragione della mutevolezza della persona del titolare e conseguentemente ellittico del giuridico rapporto della tipizzazione normativa.

In altre parole, si argomenta, la sistematica ordinamentale assorbirebbe, annettendola al proprio ambito fisiologico, un diritto reale "tipicamente variabile" (la mutevolezza dell'identità del quale discenda, cioè, da prescrizione normativa positiva) e dispiegherebbe, di contro, azione di rigetto avverso una posizione giuridica "a

variabilità atipica" (caratterizzata, cioè, da una connotazione cangiante in dipendenza di una manifestazione di autonomia privata). La teorica sopra esposta, ancorchè fondata su antecedenti concettuali farraginosi e non del tutto equi laddove esaminati sul piano metagiuridico, merita probabilmente condivisione, in quanto giuridicamente rigorosa e, peraltro, emblematica della indiscutibile circostanza che l'autonormazione non equivale sempre e comunque all'eteronormazione, essendo preordinata a dispiegare la propria efficacia esclusivamente ove le sia consentito insinuarsi meritevolmente tra le pieghe della tipicità.

L'adesione alla visione giuridica da ultimo esplicitata implica irrinunciabilmente la rivisitazione (ma non il capovolgimento) degli esiti dell'attività ermeneutica e qualificatoria volta a sondare la vulnerabilità e la conseguente derogabilità della prescrizione inibitoria di cui all'art.1024 cod.civ. i quali debbono essere ricondotti a lidi di approdo di minore permissività.

Nelle specifico:

1) deve escludersi la lecita configurabilità di un patto autorizzativo della libera circolazione del diritto di abitazione cronologicamente collocato nella fase genetica della fattispecie costitutiva del diritto stesso, risultando detto patto idoneo soltanto a sterilizzare l'efficacia della proibizione di cui all'art. 1024 cod.civ. sul piano privatistico, ma non ad elidere l'antigiuridicità pubblicistica insita nell'"atipica meritevolezza" dell'identità fisionomica della posizione giuridica al vaglio discendente della variazione del titolare della medesima;

2) occorre viceversa ammettere la legittima attitudine derogatoria di un'analogo pattuizione la quale venga a perfezionarsi nella fase funzionale delle fattispecie, all'atto della disposizione del diritto di abitazione, risultando, a ben guardare, la cooperazione sinergica tra le volizioni coeve del "dominus" e dell'"habitor" idonea a scongiurare la patologia degli effetti "atipici" della traslazione: invero, tanto nell'ipotesi in cui l'"habitor" rinunzi abdicativamente al proprio diritto ed il consenso del "dominus" determini la traslazione della piena proprietà riespansa, quanto nell'ipotesi nella quale l'analogo trasferimento della stessa piena proprietà consegua alla simultanea disposizione, ad opera dell'"habitor" e del "dominus", delle prerogative giuridiche di rispettiva spettanza, l'abitazione, lungi dal configurarsi autonomamente in capo al nuovo titolare, viene a smarrire la propria identità peculiare, confondendosi nel più ampio ambito contenutistico della piena proprietà conseguita, per cumulo di acquisizioni, dall'avente causa.

La rigidità delle conclusioni desunte dall'attività di interpretazione enunciata è indice della loro coerenza logico-deduttiva; essa è forse suscettibile di attenuazione soltanto mediante il ricorso alle sagaci riflessioni di taluni autori, i quali, consapevoli della circostanza che la qualificazione nominativa di una fattispecie giuridica non si riverbera se non in maniera meramente formale sull'identità tipologica della stessa, hanno espresso l'opinione che la disposizione traslativa di un diritto di abitazione del quale il dominus e l'abitatore avessero, a mezzo accordo preventivo, autorizzato la circolazione, possa, senza collidere con la tipicità dei diritti reali, sottrarsi all'inibizione di cui all'art.1024 cod.civ. mediante la riqualificazione, in capo all'avente causa, della posizione giuridica traslata in una fattispecie di differente sembiante giuridico, alla quale è imposto di ammantarsi di tipicità, ove reale (es.usufrutto), ed è consentito di connotarsi, alternativamente, di tipicità o di atipicità, se obbligatoria (es.locazione o comodato).

All'orientamento esplicitato, il quale risulta meritevole di apprezzamento, in quanto fondato su valutazioni di perspicace quanto coerente valenza interpretativa, non è dato tuttavia esimersi dal sottostare, in concreto, a giudizio di plausibilità, da effettuarsi, di volta in volta, con riferimento all'effettivo atteggiarsi della

volontà degli aventi diritto, in relazione ai singoli atti di autodeterminazione a mezzo dei quali il diritto di abitazione viene traslato o locato; lo stesso, d'altro canto, non sovverte gli innanzi delineati termini dell'operata ricostruzione in chiave soltanto relativa della derogabilità del divieto di circolazione al vaglio, contribuendo, anzi, per il tramite della configurazione di un eccezionale percorso riqualificatorio salvifico di una volizione altrimenti patologica, la vigenza, con funzione di regola, in ordine all'ipotesi sopra prospettata, del divieto di circolazione medesimo.

6) Attitudine del diritto di abitazione a costituire oggetto di ipoteca: possibilismo e scetticismo.

Acclaratosi quanto sopra, approssimandoci finalmente alla conclusione, giova alla nostra indagine tributare uno spunto di riflessione ad un'ultima tematica ad essa pertinente, la quale si concreta nella valutazione dell'attitudine del diritto di abitazione a costituire, in presenza del divieto di circolazione di cui all'art. 1024 cod.civ., oggetto di ipoteca.

Sul punto, pur a fronte di una considerazione iniziale di stampo possibilista, sostanziantesi nella constatazione dell'insussistenza, sui piani logico e testuale, di un nesso diretto di interdipendenza vincolante la "ipotecabilità" di un diritto alla sua "alienabilità", deve probabilmente reputarsi ragionevole optare per l'adesione a visioni valutative improntate allo scetticismo, le quali rinvergono i propri antecedenti giustificativi in motivazioni di ordine eterogeneo ma complementare, ravvisabili, --nello specifico:

- sotto il profilo formale, nella mancata ricomprensione del diritto di abitazione nell'elencazione di diritti suscettibili di ipoteca contenuta nell'art.2810 cod.civ., la quale deve reputarsi, ad opinione pressocchè unanime della dottrina e della giurisprudenza, rigorosamente tassativa;

- sotto il profilo sostanziale, nella diffusamente rilevata incongruenza concettuale riconducibile alla configurabilità, nella sistematica civilistica, di un diritto assoluto di prelazione e di seguito (in ciò si sostanzia ontologicamente l'ipoteca) dispiegante la propria efficacia reale prenotativa su un oggetto giuridico fisiologicamente inalienabile (ancorchè coattivamente) e, peraltro, pressocchè insuscettibile, in ragione della circostanza di esaurirsi in un mero godimento, di valenza patrimoniale monetizzabile.

Enunciatesi le conclusioni di cui innanzi, resta da precisare che, alla portata delle medesime, deve evidentemente sottrarsi l'ipotesi nella quale la concessione della "res" in garanzia scaturisca da volizioni sinergiche e contestuali del proprietario e dell'abitatore, in dipendenza delle quali, analogamente a quanto già ricostruitosi in tema di alienazioni traslative, il diritto di abitazione, attesa la simultaneità delle attività negoziali di autodeterminazione poste in essere dai detti soggetti giuridici aventi diritto, smarrisce, in relazione agli esiti delle attività negoziali medesime, la propria identità fisionomica peculiare nell'alveo primigenio della piena proprietà.

7) Sintesi riepilogativa.

Il diritto di abitazione è un diritto reale parziario ("ius in re aliena") sostanziantesi nella legittimazione dell'"habitator" a godere di una "res" determinata (una "domus"), per finalità esclusivamente abitative, nell'ambito dei bisogni propri e della propria famiglia.

In ragione dell'enunciata natura giuridica rivestita, il diritto di specie:

- si ammanta irrinunciabilmente del crisma della tipicità, il quale trova la propria genesi in una dogmatica giuridica risalente e

consolidata, tuttora persistente con il supporto di copiosi antecedenti positivi, e si giustifica in forza della nitida consapevolezza del legislatore della necessità di confinare l'ambito operativo dei diritti reali parziari, in ragione dell'attitudine dei medesimi a comprimere le prerogative fisiologicamente piene della proprietà, nella nicchia metaforica dell'eccezionalità;

- si innerva del connotato della personalità ("intuitus personae"), ravvisabile nell'ontologica e tipica mutevolezza dell'identità fisionomica della fattispecie, l'ampiezza e l'ambito applicativo della quale si attagliano, per il tramite del parametro oggettivo di riferimento costituito dai "bisogni", a profili peculiari all'abitatore ed alla di lui famiglia.

In dipendenza della constatata connotazione personalistica del diritto di abitazione il vigente codice civile ha positivizzato il tradizionale divieto di circolazione dell'abitazione medesima e dell'uso (non anche dell'usufrutto).

Il sondaggio della giuridica vulnerabilità del divieto di specie e, di conseguenza, la constatazione della inderogabilità ovvero dell'antitetica derogabilità del medesimo debbono snodarsi attraverso l'espletamento di un'attività ermeneutica metatestuale.

L'interpretazione di specie deve correttamente condursi, alla luce di una visione relazionale della normazione, per il tramite della qualificazione sincretico-sistematica della fattispecie al vaglio, nonché dell'individuazione e della valutazione assiologica degli interessi ad essa sottendenti; il tutto senza esimersi dal sottoporre, a consuntivo, gli approdi dell'attività qualificativa effettuate e le implicazioni pragmatiche dei medesimi a giudizio di meritevolezza.

Il grado della presunta derogabilità del divieto di circolazione del diritto di abitazione risente, dunque, nel superamento di criteri fondati sul dogma della rigida predeterminazione legislativa, del bilanciamento concreto degli interessi coinvolti.

Dalla ricostruzione della funzione giustificatrice del divieto di circolazione in esame in chiave esclusivamente privatistica discende l'assoluta derogabilità pattizia dello stesso; la qualificazione della "ratio" sottendente all'inibizione medesima a mezzo profili di rilevanza pubblicistica ne implica, di contro, la derogabilità soltanto relativa.

Pur a fronte della sussistenza di opinioni contrastanti manifestatesi, in merito, ad opera degli operatori teorici e pragmatici dell'esegetica, si palesa prudenzialmente ragionevole ricondurre la tematica dell'assoggettività del diritto di abitazione ad ipotesi nella direzione dello scetticismo, sulla scorta di motivazioni, sinergiche ancorchè disomogenee, di stampo testuale e logico-deduttivo.

Notaio Ambrogio Romano