

GRUPPO DI STUDIO SULLE ESECUZIONI IMMOBILIARI E ATTIVITÀ DELEGATE

Studio n. 21-2013/E

ESPROPRIAZIONE FORZATA E DIRITTO DI ABITAZIONE

Approvato dal Gruppo di studio sulle Esecuzioni Immobiliari e Attività Delegate l'11 marzo 2013

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il diritto di abitazione; 3. Il diritto di abitazione è insuscettibile di autonoma espropriazione; 4. La proprietà gravata o meno del diritto di abitazione è sempre suscettibile di espropriazione forzata; 5. L'opponibilità del diritto di abitazione al creditore che procede in espropriazione forzata e, quindi, all'eventuale terzo acquirente in quella sede; 6. I destinatari dell'atto di pignoramento come atto di ingiunzione e le modalità di sua trascrizione. I destinatari degli atti di espropriazione successivi. Gli strumenti di difesa e la posizione processuale del titolare del diritto di abitazione; 7. L'estinzione del diritto di abitazione ai sensi dell'art. 2812 c.c.; 8. Il comportamento del delegato alla vendita in caso di trascrizione del diritto di abitazione anteriore al pignoramento (sia quando esso sia opponibile alla procedura che quando non lo sia); 9. Conclusioni in merito all'originario quesito proposto.

1. Premessa

Il presente studio prende spunto dall'esame di una particolare fattispecie posta all'attenzione dell'Ufficio studi del CNN **(1)** in punto di correttezza del pignoramento della piena proprietà di un bene immobile ad uso abitativo **(2)**, effettuato nei confronti dell'attuale proprietario da parte del creditore del suo avente causa (attuale titolare del diritto di abitazione), vittorioso in revocatoria.

Il quesito proposto, nella sua peculiarità, offre lo spunto per effettuare una serie di precisazioni a proposito del diritto di abitazione (in particolare quello costituito per contratto **(3)**) e dei suoi rapporti con l'espropriazione forzata del bene che ne è oggetto (espropriabilità in sede esecutiva forzata e tutela del credito ipotecario). Alcune di queste precisazioni sono il frutto dell'interpretazione consolidata e condivisa della sua disciplina positiva, altre considerazioni, conseguenti e coerenti rispetto alla predetta interpretazione, sono il frutto di una riflessione che tiene conto delle esigenze sollevate dall'esperienza pratica.

La rassegna può, inoltre, rivelarsi utile all'interprete per operare i corretti distinguo in almeno altri due casi di una certa frequenza pratica, ma che meritano uno specifico approfondimento in altra sede (e di cui in questo studio non ci si intende occupare) per le peculiarità che li caratterizzano: il caso del diritto di abitazione acquistato *mortis causa ex art. 540 c.c.* dal coniuge superstite e il caso del diritto di abitare la casa familiare nelle situazioni di crisi del rapporto coniugale **(4)**.

2. Il diritto di abitazione

Nella ricostruzione tradizionale della dottrina il diritto di abitazione, previsto dal codice civile vigente **(5)**, ha un contenuto e una disciplina tipica sottratta alla disponibilità delle parti e consiste (come sottospecie del diritto di uso **(6)**) nel diritto di utilizzo di una casa come abitazione limitatamente ai bisogni propri e della propria famiglia **(7)**.

E' un diritto strettamente legato al soggetto a favore del quale è costituito che può essere solo una persona fisica determinata **(8)**.

Non ha un contenuto rigido, ma può estendersi o ridursi nel tempo in relazione all'elasticità insita nel concetto di "bisogni" propri e della propria famiglia che ne caratterizza il contenuto **(9)**.

Dal punto di vista che qui interessa, se costituito con atto negoziale, ai sensi degli articoli 2643 n. 4 e 2644 c.c. il diritto di abitazione sarà destinato a gravare la proprietà del bene ed opponibile ai successivi acquirenti o aventi causa dal proprietario che abbiano trascritto il proprio titolo successivamente alla sua trascrizione **(10)**.

3. Il diritto di abitazione è insuscettibile di autonoma espropriazione

Le norme contenute nel codice civile disegnano un diritto che, per opinione sostanzialmente uniforme e consolidata **(11)**, è insuscettibile di autonoma **(12)** espropriazione, infatti:

a) l'articolo 1024 c.c., dopo che negli articoli 1021, 1022 e 1023 c.c. sono sinteticamente definiti il diritto d'uso e quello di abitazione, dispone che gli stessi non si possano cedere o dare in locazione **(13)**;

b) l'articolo 2810 c.c. nello stabilire i beni oggetto di ipoteca e gli articoli 2814, 2815 e 2816, nel disciplinare l'ipoteca (sull'usufrutto e sulla nuda proprietà, sul diritto dell'enfiteuta e su quello del concedente, sul diritto di superficie e su quello del proprietario del suolo), ignorano del tutto i diritti reali minori di uso e abitazione (oltre che le servitù) **(14)**.

Consequenziale alla ricostruzione sostanziale dell'istituto e alla sua insuscettibilità di ipoteca è l'opinione **(15)**, cui aderisce la citata Conservatoria, secondo cui il diritto di abitazione non può essere oggetto di sequestro o di pignoramento.

In sostanza la sottrazione alla disponibilità (vendita o locazione) da parte del suo titolare statuita dal 1040 c.c. si colloca insieme alla non ipotecabilità del diritto (art. 2810 c.c.) in una cornice di assoluta impossibilità di circolazione autonoma del diritto reale per atto del suo titolare e/o dei suoi aventi causa (i creditori) **(16)**.

Il fatto che il diritto sia insuscettibile di ipoteca sarebbe la prova (se ve ne fosse bisogno) che esso neppure è suscettibile di sequestro o pignoramento, tutti istituti di natura (anche) processuale destinati a vincolare determinati beni alla soddisfazione di un credito con effetti sostanziali e processuali (opponibili ai terzi in quanto risultanti dai Registri Immobiliari) finalizzati ad una loro vendita in sede di espropriazione forzata.

Si può, pertanto, affermare che il creditore del titolare del diritto di abitazione non può sottoporre ad espropriazione forzata il diritto di abitazione spettante al proprio debitore **(17)**.

4. La proprietà gravata o meno del diritto di abitazione è sempre suscettibile di espropriazione forzata

Nessuno dubita, invece, che il creditore dell'attuale proprietario di un'immobile su cui gravi un diritto di abitazione (a lui opponibile o meno) possa sempre procedere coattivamente nei suoi confronti pignorando la proprietà del bene **(18)**.

Si pongono, però, in tali casi alcune questioni non sempre di facile soluzione:

a) quanto all'opponibilità o meno del diritto di abitazione al creditore che procede in espropriazione forzata e, quindi, all'eventuale terzo acquirente in quella sede;

b) quanto all'individuazione dei destinatari dell'atto di pignoramento e delle modalità di sua trascrizione;

c) quanto alla posizione processuale del titolare del diritto di abitazione e agli strumenti di difesa a lui riconosciuti, quando il diritto sia opponibile al creditore espropriante e/o quando non lo sia;

d) quanto all'individuazione delle modalità pratiche con cui dare conto della natura del diritto posto in vendita e dell'eventuale estinzione del diritto di abitazione prevista dall'art. 2812 c.c. Il tutto nel rispetto:

- del diritto di affidamento del mercato e dei terzi interessati all'acquisto del bene in fase di vendita;

- dei diritti dell'*habitor* nel corso della procedura, in fase di vendita e in fase di distribuzione del ricavato dalla vendita;

- dei principi di trasparenza nella circolazione della ricchezza e affidamento cui è preordinato il sistema di pubblicità immobiliare, una volta trasferito il bene, in sede di trascrizione del decreto di trasferimento nei Registri Immobiliari;

e) quanto, infine, al *modus operandi* del notaio delegato alla vendita, ogni qual volta dalla documentazione in atti risulti la trascrizione di un atto costitutivo del diritto di abitazione in data anteriore alla trascrizione del pignoramento (opponibile o meno alla procedura).

5. L'opponibilità del diritto di abitazione al creditore che procede in espropriazione forzata e, quindi, all'eventuale terzo acquirente in quella sede

Quanto all'opponibilità ai terzi acquirenti, si devono richiamare per quel che qui interessa:

- gli artt. 2643 n.4, 2644 e 2645 c.c. relativi all'idoneità della trascrizione, in generale, a dirimere il conflitto tra più aventi causa dal medesimo autore e come criterio per stabilire l'inopponibilità ai terzi acquirenti del bene degli atti dispositivi (**19**), quantunque anteriori, se trascritti successivamente alla trascrizione del proprio acquisto,

- gli articoli 2913, 2914, 2915 e 2919 c.c., in particolare, quanto all'opponibilità al creditore pignorante e ai creditori intervenuti nell'esecuzione di beni immobili (e conseguentemente all'acquirente da vendita forzata) dei soli atti negoziali trascritti in data anteriore al loro pignoramento,

- l'articolo 2812 c.c., infine, per lo specifico caso dell'opponibilità al creditore ipotecario della trascrizione di un atto tra vivi costitutivo di un diritto reale minore sul bene ipotecato.

L'atto negoziale soggetto a trascrizione ex art. 2643 n.4, con il quale il proprietario costituisce il diritto di abitazione risulta, infatti,:

- certamente inopponibile al creditore espropriante e, quindi, all'acquirente da vendita forzata, quando trascritto successivamente alla trascrizione del pignoramento. In tale caso la costituzione del diritto sarà inefficace rispetto al creditore precedente e agli intervenuti nella procedura da lui promossa. Il titolare del diritto di abitazione è terzo rispetto al procedimento di vendita forzata, destinato a subire legittimamente gli atti espropriativi e non sussiste alcun onere di avviso nei suoi confronti per provocarne l'intervento **(20)**;

- certamente opponibile alla procedura (al creditore pignorante e all'acquirente da vendita forzata) quando trascritto anteriormente al pignoramento, in assenza di iscrizioni ipotecarie anteriori al pignoramento. In tale caso la proprietà del bene pignorato viene trasferita come gravata dal diritto di abitazione e il titolare del diritto di abitazione resta terzo rispetto al procedimento di vendita forzata, nel senso che gli atti espropriativi non possono pregiudicarne il diritto e non sussiste alcun onere di avviso nei suoi confronti per provocarne l'intervento **(21)**;

- opponibile o inopponibile al creditore ipotecario avente causa del proprietario che ha iscritto la propria ipoteca in data anteriore al pignoramento, a seconda che la trascrizione dell'atto costitutivo del diritto di abitazione sia o meno anteriore all'iscrizione dell'ipoteca costituita sul bene.

L'art. 2812 c.c., nella parte (primo comma) in cui dispone espressamente che il diritto di abitazione (come le servitù, il diritto di usufrutto e di uso), di cui sia stata trascritta la costituzione dopo l'iscrizione dell'ipoteca, non è opponibile al creditore ipotecario anteriore, applica la disciplina già prevista dall'art. 2644 c.c. al caso di specie; nella parte in cui (secondo comma) stabilisce che il creditore ipotecario anteriore può far subastare la cosa come libera, che i diritti reali minori si estinguono con l'espropriazione del fondo e che i titolari sono ammessi a partecipare alla

distribuzione del ricavato con un diritto di preferenza rispetto ad altri creditori, ha vera e propria portata dispositiva, andando a disciplinare la vendita forzata del bene ipotecato, l'estinzione dei diritti reali di godimento e i diritti sul ricavato dei loro titolari (22).

Quindi:

- se la costituzione del diritto di abitazione è stata trascritta in data successiva all'iscrizione ipotecaria, il creditore ipotecario anteriore potrà far "subastare" (vendere) la proprietà del bene come libera da vincoli;
- se la costituzione del diritto di abitazione è stata trascritta in data anteriore all'iscrizione ipotecaria, il creditore potrà far "subastare" la proprietà del bene, ma gravata dal diritto di abitazione.

Aggiungiamo, per quel che può essere utile ad offrire un quadro completo (pur nella sua complessità (23)) che è opinione diffusa (24) che le disposizioni previste per il creditore ipotecario anteriore nei suoi rapporti con il titolare del diritto di abitazione (o di uso o di servitù) siano applicabili anche ad altre diverse ipotesi, in particolare a quella del creditore che abbia ottenuto una sentenza revocatoria per frode ex art. 2901 c.c. (e proceda ad espropriare il bene nei confronti del terzo acquirente ex art. 602 c.p.c.) quando la relativa domanda (25) sia stata trascritta in data anteriore alla trascrizione della costituzione del diritto di abitazione.

6. I destinatari dell'atto di pignoramento come atto di ingiunzione e le modalità di sua trascrizione. I destinatari degli atti di espropriazione successivi. Gli strumenti di difesa e la posizione processuale del titolare del diritto di abitazione.

Quanto ai destinatari dell'atto di pignoramento e alle modalità di sua trascrizione:

a) *nulla quaestio* nel caso in cui il diritto di abitazione sia opponibile al creditore procedente. Il creditore potrà, anzi dovrà, pignorare la proprietà (se pure gravata dal diritto di abitazione) ingiungendo all'attuale proprietario di non disporre dei beni che restano vincolati alla soddisfazione del credito per cui si procede (e di quelli che successivamente interverranno nel procedimento esecutivo instaurato) e trascrivendo nei suoi confronti il predetto atto per la proprietà dei beni indicati.

Il titolare del diritto di abitazione sarà in questo caso terzo a tutti gli effetti rispetto al procedimento esecutivo e il suo diritto non potrà essere pregiudicato dalla vendita forzata della proprietà.

Una volta effettuato il pignoramento e depositata l'istanza di vendita, dalla documentazione ex art. 567 c.p.c. emergerà la sussistenza del diritto di abitazione, anteriormente trascritto e la proprietà del bene dovrà essere periziata, prima, e descritta, poi **(26)**, in avviso di vendita come gravata dal diritto reale minore **(27)**.

Se anche per errore si procedesse alla vendita della piena proprietà del bene come libera da vincoli, il diritto di abitazione sarebbe comunque opponibile al terzo acquirente **(28)**, il quale, in difetto di una corretta informazione sul tipo di diritto posto in vendita, potrà far valere le sue ragioni o lamentando l'evizione parziale ex art. 2921 c.c. o, se ne ricorrano i presupposti, esercitando quell'impugnazione del decreto di trasferimento comunemente chiamata dell'*aliud pro alio* **(29)**.

Segnaliamo, inoltre, che in ogni caso (anche qualora la sussistenza del diritto di abitazione non fosse stata rilevata prima), il custode **(30)** è perfettamente in grado di constatare, in sede di verifica dello stato di occupazione del bene, l'esistenza di terzi che vantino un diritto di questo tipo e di relazionarne al G.E. prima della vendita **(31)**;

b) nel caso in cui, invece, il diritto di abitazione non sia opponibile al creditore procedente **(32)** e, quindi, lo stesso abbia diritto a far vendere il bene come libero si discute della posizione sostanziale/processuale del titolare del diritto di abitazione.

I dubbi nascono dal fatto che il codice civile (2858 – 2867 c.c., 2889 – 2898 c.c.) e il codice di procedura civile (792 – 795 c.p.c. e 602 c.p.c.) dettano norme speciali per il caso in cui sia esecutato il terzo acquirente del bene ipotecato e lo stesso art. 602 c.p.c., da una parte, e l'art. 2812, terzo comma, c.c., dall'altra, estendono la disciplina prevista per il terzo acquirente di bene ipotecato ad altre fattispecie (il terzo proprietario dell'atto revocato per frode e il titolare di un diritto di enfiteusi o di un diritto di superficie), mentre non vi sono disposizioni normative espresse che equiparino alla posizione del terzo acquirente di bene ipotecato il titolare di un diritto di abitazione o usufrutto o uso.

L'articolo 2812 c.c., in particolare, nell'intento di armonizzare **(33)** l'esigenza di libertà nella circolazione dei beni con la tutela della garanzia che su di essi sia stata costituita, sembrerebbe aver dettato una disciplina differenziata, sul piano della tecnica processuale e dell'esercizio del diritto di difesa del titolare del singolo diritto, per i due gruppi di diritti reali minori disciplinati **(34)**:

- da una parte, i diritti di servitù, usufrutto, uso e abitazione
- dall'altra, i diritti di enfiteusi e superficie.

Secondo una prima interpretazione, il rinvio (previsto al terzo comma dell'art. 2812 c.c. solo per i titolari del diritto di superficie o di enfiteusi) alle “*disposizioni relative ai terzi acquirenti*” riguarderebbe quanto previsto nella sezione settima e ottava del capo IV del libro terzo del codice civile, a favore del terzo acquirente di bene ipotecato (artt. 2808, 2858, 2859, 2860 ss., e 2889 ss. c.c.) ovvero le facoltà attribuite al terzo **(35)** non debitore di opporre eccezioni al creditore ipotecario o di chiedere il rilascio o la liberazione dei beni ipotecati **(36)**, ma lascerebbe del tutto impregiudicata la questione delle modalità processuali di espropriazione del terzo titolare del diritto reale minore **(37)**.

Secondo altra ricostruzione, la distinzione tra i due gruppi di diritti reali minori riguarderebbe, per effetto del rinvio alle norme del c.p.c. compiuto dall'ultimo periodo dell'art. 2858 c.c. **(38)**, sia le facoltà attribuite al terzo acquirente dal c.c. che le modalità processuali previste per l'espropriazione forzata dagli artt. 602 e ss. del c.p.c., riservando ai soli diritti di superficie e di enfiteusi le forme dell'espropriazione contro terzo proprietario previste dagli articolo 602 e ss. del c.p.c. **(39)**.

I titolari dei diritti reali minori di usufrutto, uso e abitazione, secondo questa ricostruzione, non potrebbero essere considerati destinatari dell'azione esecutiva in quanto “terzi acquirenti”, ma dovrebbero essere chiamati a partecipare all'espropriazione **in qualità di creditori iscritti ex art. 498 c.p.c.** se è vero che il loro diritto per effetto dell'espropriazione è destinato a trasformarsi in un diritto di credito privilegiato **(40)**. Non essendo considerati soggetti passivi dell'azione esecutiva, resterebbero privi anche della legittimazione alle opposizioni riservate al debitore e al terzo proprietario esecutato, oltre che delle facoltà riconosciute al terzo acquirente del bene ipotecato dagli articoli 2858, 2859, 2860 ss e 2889 ss.

Secondo, infine, una terza ipotesi ricostruttiva, la posizione del titolare di un diritto reale di godimento, a prescindere dal tenore letterale della norma e attraverso una sua interpretazione per così dire “orientata”, sarebbe la stessa riservata al titolare dell'enfiteusi o del diritto di superficie sul bene e, pertanto:

- il titolare del diritto di abitazione potrebbe giovare di tutte le facoltà attribuite dal codice civile al terzo acquirente del bene ipotecato (il rilascio del bene o la sua liberazione dalle ipoteche **(41)**),

- andrebbe, comunque, applicata la disciplina dell'espropriazione contro terzo proprietario di cui agli artt. 602 e ss. c.p.c. nelle forme che garantiscono al terzo (42), appunto, tutte le tutele difensive tipiche del soggetto passivo dell'azione esecutiva.

Se si volesse aderire a quest'ultima ricostruzione (assolutamente minoritaria ed elaborata dai suoi sostenitori, in verità, per il caso del diritto di usufrutto, quando alienabile e ipotecabile (43)) il terzo *habitor*:

- dovrebbe essere destinatario dell'atto di pignoramento congiuntamente al proprietario del bene e dovrebbe potersi immaginare una trascrizione del pignoramento nei suoi confronti (44),

- gli atti dell'esecuzione dovrebbero essere rivolti anche contro di lui e dovrebbe essere sempre sentito ex art. 604 c.p.c. quando è previsto che sia sentito il debitore,

- potrebbe proporre tutte le opposizioni ed esercitare tutte le difese riconosciute al terzo proprietario esecutato e/o al terzo acquirente del bene ipotecato.

Ora, impregiudicata la questione della posizione processuale e degli strumenti difensivi riconoscibili al titolare di un diritto di abitazione non opponibile al creditore precedente e che subisca l'espropriazione del bene come "libero", si osserva:

da una parte,

- che l'ingiunzione al titolare del diritto di abitazione sembra inutile se è vero che il diritto di abitazione non è comunque disponibile,

- che il diritto di abitazione, per tutto quanto fin qui detto, non è comunque mai ipotecabile né pignorabile autonomamente, cioè vincolabile alla soddisfazione di uno o più crediti nei confronti del suo titolare (45), per cui, dal punto di vista pratico la trascrizione nei confronti del proprietario è idonea a dare pubblicità ai terzi della condizione del bene,

- che il diritto di abitazione per espressa previsione normativa è destinato ad estinguersi più che a trasferirsi con l'espropriazione forzata;

dall'altra,

- che il titolare del diritto di abitazione deve poter conoscere dell'esecuzione in corso sia per esercitare una eventuale difesa sia per concorrere alla distribuzione del ricavato dalla vendita con preferenza rispetto alle ipoteche successive.

Allo stato, dunque, nell'impossibilità tecnica **(46)** di trascrivere un pignoramento contro il titolare del diritto di abitazione ed in perfetta sintonia con la formulazione letterale dell'art. 1024 c.c. (che definisce inalienabile il diritto) e dell'art. 2812 c.c. (che distingue i diversi diritti reali minori) si ritiene corretto che il creditore (munito di titolo per procedere esecutivamente nei confronti del proprietario del bene e a cui il diritto di abitazione non sia opponibile) trascriva l'atto di pignoramento, notificato al titolare della proprietà del bene **(47)**, sulla piena proprietà del bene "contro" il suo attuale titolare.

Il titolare del diritto di abitazione deve, in ogni caso, essere messo in condizione di partecipare al procedimento. Se non gli sia stato notificato un pignoramento dovrà, quanto meno, essere chiamato a partecipare all'espropriazione ai sensi dell'art. 498 c.p.c., per far valere le proprie ragioni sul ricavato della vendita con titolo preferenziale ex art. 2812, II comma, c.p.c. (oltre che -se lo si ritenga- per vigilare sulla correttezza del procedimento esecutivo che determinerà l'estinzione del suo diritto reale).

Come già espresso sopra per il caso opposto (in cui il diritto di abitazione è sicuramente opponibile al creditore procedente), anche nel caso in cui il diritto di abitazione è sicuramente inopponibile alla procedura (perché a pignorare è il creditore ipotecario anteriore) non è necessaria alcuna precisazione nella nota di trascrizione del pignoramento, in merito al diritto di proprietà che si va a pignorare, ma potrebbe essere utile far conoscere ai terzi che il pignoramento e l'espropriazione avviene ai sensi dell'art. 2812, secondo comma, c.c. e che il diritto di abitazione trascritto in una certa data è inopponibile al creditore ipotecario pignorante **(48)**.

Resta la consapevolezza che tale indicazione non solo non è essenziale (in quanto la sua mancanza non inficia la bontà del pignoramento effettuato nei confronti dell'attuale proprietario e per la piena proprietà dei beni), ma non sempre ha una portata davvero utile e chiarificatrice alla luce dei meccanismi processuali che nel processo di espropriazione determinano "l'ingresso" e "l'uscita" dei creditori (pignorante od intervenuti).

Potrebbe, infatti, accadere che l'ipotecario anteriore pignorante decida di rinunciare agli atti (magari a seguito di un accordo o pagamento da parte dell'*habitor*) e che il creditore intervenuto che

gli si sostituisca nel dare impulso non sia nella condizione di far “subastare la cosa come libera” ex art. 2812 c.c. **(49)**

Il pignoramento, infatti, è un atto che, una volta validamente compiuto, è idoneo a supportare un'esecuzione forzata alla quale altri soggetti partecipino **(50)** e, a determinate condizioni, a sopravvivere al venir meno dell'impulso processuale da parte dell'originario pignorante (per rinuncia agli atti ad esempio) **(51)**.

L'art. 2812 c.c., d'altronde, non parla di pignoramento, ma di potere del creditore ipotecario anteriore di far vendere il bene come libero.

Alla luce di tali considerazioni e di quanto espressamente previsto dall'art. 586 c.p.c. **(52)**, sembrerebbe allora che, quando diversi creditori partecipino all'espropriazione della proprietà del bene gravato da un diritto di abitazione, il momento in cui occorra stabilire se la vendita del bene avvenga come libera o come gravata dal diritto di abitazione sia quello dell'autorizzazione alla vendita ex art. 569 c.p.c.

Se è vero che la nozione di creditore precedente è mobile e si riferisce a chi dà impulso alla procedura e se è vero che l'espropriazione immobiliare si svolge per fasi dotate di una certa autonomia, anche in considerazione della disciplina in tema di responsabilità ex art. 2921, primo comma, c.c. (che rimanda alla nozione di creditore precedente), diventa essenziale individuare i diversi momenti processuali e i soggetti che danno impulso alle diverse fasi.

In relazione alla fase di vendita è opinione consolidata, confortata dalle ultime riforme legislative, quella secondo cui l'impulso deve essere dato e verificato nel momento in cui il Giudice dell'Esecuzione autorizza la vendita, ma non ne è richiesto il rinnovo nel corso delle operazioni di vendita **(53)**.

E' in sede di autorizzazione alla vendita che il creditore munito di titolo esecutivo deve dare esplicito impulso con tutte le conseguenze che possono derivarne (anche sotto il profilo pratico di sostenere l'onere delle spese).

E' nel provvedimento di autorizzazione alla vendita che vengono individuati i beni e le condizioni della stessa (spesso con rinvio alla descrizione contenuta in perizia).

E' in questo momento di apertura della fase della vendita che occorre chiarire se il creditore ipotecario anteriore chiede o meno la vendita del bene come libero.

Dal punto di vista della pubblicità immobiliare, allora, se si esclude che sia il pignoramento a dover dar conto della libertà della proprietà dei beni sottoposti ad esecuzione forzata **(54)**

(ricollegando la vendita forzata all'ipoteca anteriore), risulta evidente che l'unico atto, destinato alla pubblicità nei Registri Immobiliari (ex art. 2643 n.6 c.c.) in cui poter dar conto della richiesta da parte del creditore ipotecario anteriore di far vendere il bene come libero e ricollegare la vendita forzata all'ipoteca anteriore, è il decreto di trasferimento dei beni in esito al procedimento di vendita.

7. L'estinzione del diritto di abitazione ai sensi dell'art. 2812 c.c.

E' l'art. 2812 c.c., al suo secondo comma, a stabilire che i diritti di servitù, usufrutto, uso e abitazione si estinguono con l'espropriazione del bene e che i loro titolari sono ammessi a far valere le proprie ragioni sul ricavato con preferenza rispetto alle ipoteche iscritte posteriormente alla trascrizione dei loro diritti (e quindi in genere con preferenza rispetto a tutti i soggetti che abbiano iscritto/trascritto atti successivamente alla propria trascrizione).

Quanto al momento in cui possa intendersi verificata l'estinzione del diritto di abitazione, riteniamo non poter essere altro che l'emissione del decreto di trasferimento se si ritiene, con la giurisprudenza consolidata ed uniforme, che il trasferimento (appunto) dei diritti pignorati all'aggiudicatario si perfezioni con il provvedimento finale in esito al sub procedimento di vendita forzata **(55)**.

Resta la questione di come dar conto (se sia possibile) nei Registri Immobiliari dell'estinzione del diritto di abitazione ex art. 2812 c.c.

Dell'estinzione è certamente opportuno dar conto nel decreto di trasferimento. Dopo aver precisato che: *“l'azione esecutiva è stata esercitata da//nell'interesse di/ con l'intervento del creditore ipotecario anteriore (alla trascrizione della costituzione del diritto di abitazione)”* o *“che il creditore munito di ipoteca anteriore abbia chiesto la vendita del bene come libero ex art. 2812 c.c. **(56)**”* si potrebbe specificare che *“il diritto di abitazione costituito con atto in data ... trascritto in data ... a favore di è estinto ai sensi dell'art. 2812, secondo comma, c.c.” **(57)**.*

Quanto agli adempimenti conseguenti all'emissione del decreto di trasferimento possiamo immaginare le seguenti ipotesi:

- che il decreto di trasferimento si limiti a dar conto dell'estinzione del diritto di abitazione ex art. 2812 c.c.;

- che il decreto di trasferimento dia conto dell'estinzione del diritto di abitazione ex art. 2812 c.c. ed ordini l'annotazione del decreto a margine della trascrizione dell'atto costitutivo del diritto di abitazione **(58)**.

Nel primo caso, la parte che ha interesse potrà, comunque, chiedere l'annotazione del decreto a margine della precedente trascrizione (dell'atto costitutivo del diritto di abitazione), istanza che il Conservatore accoglierà se riterrà che quanto richiestogli non nuoce ad alcuno né lo espone a responsabilità **(59)**.

Nel secondo caso non dovrebbero esserci ostacoli all'annotamento, visto l'espresso ordine giudiziale **(60)**.

8. Il comportamento del delegato alla vendita in caso di trascrizione del diritto di abitazione anteriore al pignoramento (sia quando esso sia opponibile alla procedura che quando non lo sia)

Venendo, infine, al comportamento da suggerire al delegato alla vendita nel caso in cui sul bene pignorato sia stato trascritto un atto costitutivo di diritto di abitazione occorre distinguere:

- quando il diritto di abitazione risulti **opponibile** alla procedura perché trascritto prima del pignoramento e perché nessun ipotecario anteriore stia dando impulso alla vendita o sia intervenuto nel procedimento, il notaio verifichere le risultanze della documentazione depositata ex art. 567 c.p.c. agli atti, comparatele con la descrizione e la valutazione compiuta dal perito e con il medesimo provvedimento di delega alle operazioni di vendita (tali attività dipendono anche dal contenuto della stessa delega), darà avvertenza in avviso di vendita che la proprietà viene venduta *“come gravata dal diritto di abitazione costituito con atto in data ... trascritto in data ... a favore di persona nata in data ... (61).”*

- quando il diritto di abitazione risulti, invece, **non opponibile** al creditore precedente e alla procedura perché il suo atto costitutivo è successivo all'ipoteca di un creditore precedente (o intervenuto), ben potrebbe il delegato alla vendita limitarsi a descrivere la piena proprietà messa in vendita ed omettere alcuna precisazione, ma è sicuramente opportuno, anche ai fini della trasparenza della vendita e di un migliore realizzo, chiarire in avviso di vendita l'esistenza di un diritto di

abitazione che è trascritto in data successiva all'iscrizione dell'ipoteca per cui si procede, che è destinato ad estinguersi ai sensi dell'art. 2812 c.c. con il trasferimento della proprietà in esito alla vendita forzata dei beni, e dare conto nella bozza di decreto di trasferimento (che il delegato sarà tenuto a depositare ex art. 591 bis c.p.c.) dell'avvenuta estinzione del diritto di abitazione ex art. 2812 c.c. o, comunque, della vendita della proprietà del bene come libera ai sensi dell'art. 2812 c.c.

Sarà indispensabile che il delegato si confronti con il proprio Giudice delegante sulle modalità redazionali dell'avviso di vendita, prima, e del decreto di trasferimento, poi, anche in relazione agli adempimenti pubblicitari conseguenti (in punto di annotazione del decreto a margine della trascrizione dell'atto costitutivo del diritto di abitazione considerato non opponibile).

9. Conclusioni in merito all'originario quesito proposto

Dopo questo non breve *excursus* e tornando all'originale caso del quesito che ha offerto l'occasione delle presenti riflessioni, osserviamo che:

- nel caso che era stato sottoposto all'attenzione dell'ufficio studi, il creditore, vittorioso in revocatoria, intendeva sottoporre ad esecuzione forzata l'intera proprietà del bene che il suo debitore aveva venduto ad un terzo riservandosi il diritto di abitazione;

- in tale caso non si può dubitare che il creditore **(62)** avesse certamente il diritto di azione esecutiva sull'intera piena proprietà del bene (vista l'inefficacia relativa dell'atto di disposizione derivante dall'esercizio vittorioso della revocatoria ex art. 2901 c.c.) e che il pignoramento sulla proprietà dovesse essere effettuato nei confronti dell'attuale terzo proprietario (ai sensi dell'art. 602 c.p.c.);

- la discussione sulla posizione processuale e sul diritto di difesa del titolare del diritto reale minore, per quanto interessante in generale (e nei casi di diritto di usufrutto cedibile ed ipotecabile, in particolare), poco interferisce alla soluzione del caso proposto, visto che il titolare del diritto di abitazione è anche (e proprio) il debitore principale del creditore pignorante, già destinatario della notifica del titolo esecutivo e del precetto, legittimato passivo dell'azione esecutiva insieme al terzo attuale proprietario e certamente legittimato attivo a qualsiasi opposizione e attività difensiva in qualità di debitore **(63)**;

- la conoscenza per i terzi dell'inopponibilità del diritto di abitazione al creditore pignorante è assicurata, in tale caso, dall'annotazione della sentenza di revoca ex art. 2655 c.c. (ed eventualmente già prima della domanda in revocatoria ex art. 2654 c.c.) in margine alla trascrizione dell'atto revocato;

- in sede di vendita forzata potrebbe, comunque, essere opportuno, secondo meccanismi simili a quelli visti sopra in attuazione dell'art. 2812 c.c. **(64)**, chiarire nella delega alle operazioni di vendita, prima, nella redazione dell'avviso di vendita e della bozza del decreto di trasferimento, poi, che la proprietà del bene è trasferita come libera dal diritto di abitazione non opponibile al creditore precedente, vittorioso in revocatoria;

- il terzo, attuale proprietario e c.d. "responsabile per debito altrui" **(65)**, potrà esercitare tutte le facoltà riconosciute al terzo acquirente dagli artt. 2858, 2859, 2860 ss., 2866 e 2889 ss. del c.c.;

- all'espropriazione del bene del terzo proprietario, instaurata con il pignoramento della piena proprietà del bene nei suoi confronti (art. 604 c.p.c.), potranno partecipare:

- * i creditori del dante causa che hanno ottenuto la sentenza revocatoria dell'atto traslativo della proprietà a favore del terzo con riserva del diritto di abitazione;
- * gli eventuali creditori del dante causa che abbiano iscritto ipoteca prima della trascrizione dell'atto traslativo della proprietà con riserva del diritto di abitazione;
- * il dante causa stesso, in qualità di titolare del diritto di abitazione, ammesso a soddisfarsi sul residuo ricavato dalla vendita del bene, una volta soddisfatti i creditori in revocatoria o con ipoteca anteriore e in concorrenza con l'attuale proprietario;
- * i creditori ipotecari e chirografi dell'attuale proprietario sul residuo ricavato dalla vendita a lui attribuibile **(66)**, una volta soddisfatti i creditori in revocatoria o con ipoteca anteriore;
- * l'attuale proprietario sull'eventuale residuo di quanto spettantegli.

Quanto, invece, ai terzi creditori del titolare del diritto di abitazione che non abbiano ottenuto una revocatoria dell'atto traslativo della proprietà (pensiamo ai suoi creditori chirografari in genere e allo stesso terzo acquirente della proprietà gravata che subisce l'espropriazione **(67)**) o non abbiano iscritto un'ipoteca in data anteriore alla trascrizione del trasferimento della proprietà, non

sembra che gli stessi abbiano alcun titolo per intervenire nell'espropriazione forzata promossa contro un soggetto terzo nei cui confronti non siano dotati di un diverso titolo esecutivo.

Resta da chiedersi se per questi soggetti sia percorribile, e secondo quali modalità operative (68), la strada di un pignoramento delle somme che in sede di distribuzione dovessero essere attribuite al loro debitore.

Elisabetta Gasbarrini

NOTE

(1) Quesito n.32-2012/E: *“Viene chiesto come trascrivere correttamente il pignoramento contro terzo acquirente di bene alienato in forza di atto revocato ai sensi dell’art. 1901 c.c. allorquando oggetto dell’alienazione da parte del debitore sia stata la proprietà con riserva del diritto di abitazione. Ciò al fine di non avere problemi in sede di asta delegata al notaio. Si fa presente, infatti, che la Conservatoria interessata non accetta che il pignoramento sia trascritto contro l’acquirente della nuda proprietà e contro l’originario debitore per il diritto di abitazione in quanto ritiene che detto ultimo diritto, neppure in tale ipotesi, sia suscettibile di esecuzione forzata e che il programma informatico conferma detta impossibilità”*

(2) La cui proprietà è stata precedentemente trasferita dal titolare (debitore) con riserva a proprio favore del diritto di abitazione.

(3) Soggetto a trascrizione ex art. 2643, comma primo n. 4, c.c.

(4) La soluzione delle diverse questioni che riguardano, in particolare, le modalità espropriative del bene gravato da diritto di abitazione e la tutela del credito ipotecario dipendono, infatti, dall’interpretazione che si voglia accordare agli artt. 2808 e 2812 c.c. e alla portata più o meno originale che si voglia attribuire al primo comma di quest’ultimo. Come si vedrà nel corso del presente studio, l’art. 2812 c.c. detta espressamente la disciplina dell’espropriazione del bene ipotecato e gravato da diritto di abitazione statuendo nella prima parte del suo primo comma che il diritto reale di godimento (servitù, usufrutto, uso e abitazione) *“di cui sia trascritta la costituzione dopo l’iscrizione di ipoteca non è opponibile al creditore ipotecario, il quale può far subastare la cosa come libera”*.

Se, infatti, l’art. 2812 c.c. sia interpretato, quanto al regime dell’opponibilità, come privo di portata originale innovativa, e semplice ripetizione di quanto già ricavabile dalle norme sulla trascrizione ex art. 2643 e 2644 c.c., si pone poi il problema di stabilire quali siano le regole da applicare nel caso di diritto di abitazione acquistato *mortis causa*, in cui la trascrizione dell’acquisto gioca un ruolo diverso da quello presupposto per gli atti soggetti a trascrizione ex art. 2643 c.c. Secondo Cass., Sez. III, 24 giugno 2003 n.10014, ad esempio, il conflitto tra l’avente causa dell’erede apparente e il coniuge titolare del diritto di abitazione *ex lege* deve essere risolto non ex art. 2644 c.c., ma ex art. 534 c.c.(che si coordina con l’art. 2657 n. 7 c.c.). La pronuncia afferma anche che l’onere di provare di avere contrattato in buona fede grava sul terzo avente causa dell’erede apparente (iscrizione anteriore alla trascrizione dell’erede/legatario reale). Secondo tale pronuncia l’art. 2812 c.c. come esplicitazione dell’art. 2644 c.c. non sarebbe utile a dirimere il conflitto tra legatario *ex lege* ed avente causa dall’erede: *“ Rispetto ad un immobile, destinato ad abitazione familiare e su cui il coniuge del defunto abbia acquistato perciò il diritto di abitazione sulla base dell’art. 540 c.c., secondo comma, l’ipoteca iscritta dal creditore sulla piena proprietà dello stesso bene, in forza del diritto concessogli dall’erede, è opponibile al legatario alle condizioni stabilite dall’art. 534 c.c., commi secondo e terzo. Non è invece applicabile come regola di risoluzione del conflitto quella dell’ anteriorità della trascrizione dell’acquisto dell’erede rispetto alla trascrizione dell’acquisto del legatario, perché la norma sugli effetti della trascrizione , dettata dall’art. 2644 c.c., non riguarda il rapporto del legatario con l’erede*

e con gli aventi causa da questo: infatti, il legatario acquista il diritto di abitazione direttamente dall'eredando e perciò non si verifica né in rapporto all'acquisto dell'erede dall'eredando né in rapporto all'acquisto del creditore ipotecario dall'erede la situazione del duplice acquisto, dal medesimo autore, di diritti tra loro confliggenti". Il giudice del rinvio (Corte Appello Firenze 2 novembre 1995) in applicazione del principio di diritto statuito ed in considerazione del fatto che l'iscrizione dell'ipoteca fosse anteriore alla trascrizione dell'acquisto del legato (ex art. 534, 3 comma, c.c.), di fatto mai trascritto, ha rigettato la richiesta di dichiarazione di inopponibilità dell'ipoteca al coniuge superstite. Il legatario è nuovamente ricorso in Cassazione, ma i motivi non sono stati esaminati perché il ricorso è stato dichiarato inammissibile per motivi di rito (Cass., Sez. II, 23 novembre 2011 n. 24730).

Nel senso che tra l'erede e il coniuge superstite il conflitto non sussiste e va risolto secondo le regole della successione e prescindere dalla trascrizione del legato si veda anche Cass. Sez. II, 30 aprile 2012 n. 6625. In senso contrario pronunce più risalenti: Cass., sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1909, in Giur. it., 1995, I, 1, 2060 nota di Cimei e in Riv. Not., 1996, 1288, pronunce criticate da ultimo da A. MUSTO, *La trascrizione del legato e il ruolo del notaio*, studio CNN n. 321 del 2012/C. Sulla struttura del diritto di abitazione previsto dall'art. 540 c.c. si veda la recente sentenza della Cassazione, a Sezioni Unite, n. 4847 del 27 febbraio 2013.

Quanto al diritto di abitare la casa familiare disposto con provvedimento giudiziale nei casi di crisi della famiglia, ferma la questione ad oggi irrisolta in merito alla natura del diritto che ne derivi (se reale o personale): se la sua trascrivibilità si ricollegasse alla previsione di cui all'art. 2643 n.14 dovrebbe operare anche per esso l'art. 2644 c.c. e conseguentemente anche l'art. 2812; se, invece, la trascrivibilità prevista per legge operi per fini diversi occorrerebbe domandarsi se l'art. 2812 c.c. introduce, comunque, un principio generale di tutela del credito ipotecario che operi anche in questi casi. Per una sintesi dell'evoluzione normativa ed interpretativa dell'istituto dell'assegnazione della casa familiare in genere si veda M.MANTOVANI, voce *Casa Familiare (assegnazione della)*, Enc. Giur. Treccani, Roma, 2008.

(5) Artt. 1022, 1023, 1024, 1025 c.c. e per il rinvio effettuato dall'art. 1026 c.c., in quanto compatibili, le norme sull'usufrutto dall'art. 978 all'art. 1020 c.c.

(6) F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso e abitazione*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, sub art. 1022.

(7) S.ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, Enc. Dir., par. 2: "Le parti non possono, con efficacia reale, modificare la struttura e la regolamentazione di quei diritti reali di godimento, come fissate nel codice. Anche per il nuovo codice l'usufrutto, l'uso e l'abitazione possono essere stabiliti dalla volontà dell'uomo. Ma la volontà dell'uomo nello stabilire quei diritti, non può atteggiarli in maniera diversa dalla configurazione ad essi data dal codice". Nel senso che l'autonomia privata non possa configurare un negozio in modo diverso dai suoi requisiti legali F. MARTINO, cit., sub art. 1024, pag. 358. Sulla necessità che il titolare vi abiti si veda S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, Enc. Dir., par. 4. Sull'estensione del concetto di famiglia si veda anche F. DE MARTINO, Commentario cit., sub art. 1023 e quanto ai limiti quantitativi e qualitativi del diritto di abitazione, C. CACCAVALE e A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, Studio CNN n. 2344 del 22 giugno 1999, par. 1. Quanto alla differenza tra diritto di abitazione e usufrutto e alla possibile coesistenza di entrambi i diritti su un medesimo bene si veda la risposta a Quesito n.651-2008/V di D. BOGGIALI- A. Ruotolo, *Vendita della nuda proprietà e del diritto di abitazione con riserva di usufrutto a favore dell'alienante, rinuncia al diritto di abitazione e costituzione di co-usufrutto*. Quanto al diritto di abitazione ex art. 540 c.c., è orientamento decisamente prevalente ed uniforme in giurisprudenza quello secondo cui il diritto abbia natura reale: Cass., 29 gennaio 2008 n. 1920 e Cass., sez. III, 24 giugno 2003, n.10014; C. COCCIA, *La "casa familiare": qualificazione giuridica e "diritti" del coniuge*, in Dir. Fam., 1985, 748; G. FALZONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, Napoli, 1993; M. COMPORIO, *Diritti reali in generale*, in Trattato di diritto civile e commerciale a cura di Cicu e Messineo, Milano, 1980. Alcuni autorevoli giuristi hanno osservato come l'art. 1022 c.c. e l'art. 540 c.c. diano vita a due fattispecie parzialmente differenti per quanto concerne gli interessi oggetto di tutela. A base dell'art. 1022 c.c. vi sarebbe l'esigenza di soddisfare un bisogno del beneficiario e della sua famiglia, mentre la *ratio* dell'art. 540 c.c. sarebbe ispirata a preservare, nell'interesse del coniuge, l'ambiente familiare ed affettivo facente capo al *de cuius*. Il diritto di abitazione ex art. 540 c.c. avrà ad oggetto la residenza della famiglia o, in ogni caso, l'abitazione principale (esclusi altri appartamenti autonomi e non adibiti a residenza per Cass., Sez. II, 14 marzo 2012, n. 4088). Nel senso della sussistenza anche per il diritto del coniuge ex art. 540 c.c. del limite dei propri bisogni e di un contenuto identico a quello del diritto di abitazione costituito per atto negoziale L. FERRI, *I diritti di abitazione e d'uso del coniuge superstite*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1998, 372; nel senso di un diritto a contenuto diverso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di S. Ferrucci e C.

Ferrentino, Milano, 2009, I, 440. Quanto alla trascrivibilità del diritto di abitazione acquisito ex art. 540 c.c. PUGLIATTI, *La trascrizione immobiliare*, Messina, 1945; L. Ferri, *La trascrizione degli acquisti mortis causa e problemi connessi*, Milano, 1951; ma contra GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 1998 (il problema riguarda il titolo da trascrivere). Nel senso che l'acquisto operi al momento della morte ovvero dell'apertura della successione *ex lege* (art. 649, I comma, c.c.) tra le altre si veda Cass., sez. III, 24 giugno 2003, n.10014.

(8) Così S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, cit., par. 4 f). Secondo lo stesso autore non si estingue per non uso (Id., cit., par. 8: “*Contrariamente a quanto comunemente si ritiene, ma conformemente alla tradizione romana, non credo che il diritto di abitazione si possa perdere per non uso. La mancata abitazione della casa può sempre trovare la sua giustificazione nella inesistenza del bisogno ed essere quindi ritenuta conforme allo specifico diritto. Prima dell'insorgenza del bisogno il diritto non potrebbe essere fatto valere e la prescrizione non potrebbe cominciare a decorrere, mentre la cessazione del bisogno fa venire meno la possibilità di esercizio del diritto e, quindi, la possibilità della sua estinzione*”). La questione andrebbe approfondita per i rilievi pratici che potrebbe avere nell'ambito dell'espropriazione forzata del bene nel caso in cui il custode, nominato ex artt. 559 e ss. c.p.c. (o il perito stimatore già prima, nella redazione della perizia ex art. 173 bis disp. att. cp.c.), verificasse che l'immobile non è abitato dal titolare del diritto di abitazione. La questione attiene alle vicende estintive del diritto di abitazione (la morte dell'*habitor*, la rinuncia al diritto di abitazione, forse anche il mancato utilizzo) diverse da quella prevista dall'art. 2812 c.c. e di cui qui, invece, ci si intende occupare. Sull'ammissibilità di una cessione o locazione a terzi del diritto ad abitare il bene immobile è bene precisare che la giurisprudenza solitamente citata a sostegno della sua ammissibilità riguarda sempre e solo il diritto d'uso (e non espressamente il diritto di abitazione) e solo se la deroga all'art. 1024 c.c. sia stata espressamente prevista nel contratto di costituzione del diritto (Cass. 2217/1961 in F.it., 1962, 59; Cass. 31 luglio 1989, n. 3565).

(9) Proprio il carattere elastico del diritto di abitazione strettamente legato ai bisogni della persona che ne è beneficiaria e a quelli della sua famiglia ne determinerebbe la naturale e conseguente inalienabilità: S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, cit., par. 3.

(10) S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, cit., par. 5. La questione si pone in termini parzialmente diversi nel caso di diritto di abitazione costituito *ex lege* ai sensi dell'art. 540 c.c. Come già detto, in tale caso, e con diverse sfumature, a seconda delle diverse ricostruzioni dell'istituto, la trascrizione non gioca lo stesso ruolo e funzione di quella prevista dagli articoli 2643 e 2644 c.c. F.S. GENTILE, *Le Ipoteche*, Roma, 1961, pag.61, nel commentare la disciplina prevista dall'art. 2812 c.c. precisa che il criterio della prevalenza dell'ipoteca sui diritti reali minori costituiti sul bene in base all'ordine di priorità delle formalità non si applica laddove non è prevista la segnalazione mediante trascrizione (a proposito dell'usufrutto legale sui beni dei minori): “*D'altra parte, il sorgere di questo diritto non deve pregiudicare il creditore che abbia iscritto anteriormente l'ipoteca. Ma il confronto non può essere istituito tra le date delle segnalazioni sui registri della pubblicità, ma tra la data in cui è sorto l'usufrutto ex lege da una parte e la data di iscrizione dell'ipoteca dall'altra. Se l'usufrutto è sorto prima che fosse accesa l'ipoteca, esso non potrà essere toccato dall'espropriazione*”. Se lo stesso ragionamento venisse utilizzato a proposito del diritto di abitazione costituito *ex lege* se ne potrebbe inferire la sua inopponibilità ai creditori ipotecari del defunto e la sua opponibilità agli eredi (per i creditori ipotecari dell'erede apparente il panorama è complicato dalla previsione dell'art. 540 c.c.) . Per S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, par. 317, pag. 454, il legato *ex lege* non può e non deve essere trascritto, diversamente L. FERRI, op. cit., sub art. 2648 c.c. 312.

(11) S. ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, cit., par. 7; PALERMO, *Usufrutto, uso e abitazione*, in Giur. Sist. Bigiavi, Torino, 1978, 573 e ss. Nel senso dell'inammissibilità di tutti i negozi giuridici o degli atti che importino un trasferimento, volontario o coattivo, del diritto si veda F. DE MARTINO, Commentario al Codice Civile civile a cura di Scialoja e Branca, sub art. 1024. Secondo C. CACCAVALE e A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, Studio CNN n. 2344 del 22 giugno 1999, par. 2 e 3, la tesi dell'inalienabilità del diritto di abitazione trova fondamento, di massima (ma le fattispecie concrete devono essere analizzate singolarmente), nel principio di tipicità e *numerus clausus* dei diritti reali, principio che non tutela solo l'interesse privato dei soggetti del rapporto, ma è “*rivolto a circoscrivere le modalità attraverso le quali il diritto di proprietà possa essere compresso, 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*”. Secondo altri autori il patto di trasferibilità espressamente previsto tra le parti finirebbe per ricondurre il diritto di abitazione, al di là del *nomen* utilizzato nel contratto, in quello diverso di usufrutto o per ricondurre il contratto di trasferimento ad un

contratto di comodato o locazione: BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in Trattato Cicu – Messineo, 1979, 303; S. ORLANDO CASCIO, cit., 101. Si segnala che la giurisprudenza che viene solitamente citata per l'ammissione del patto di derogabilità all'art. 1024 c.c. si è occupata in realtà di fattispecie relative al diritto di uso (Cass. 3565 del 1989) e, quanto al diritto di abitazione, al solo caso del patto di derogabilità dell'art. 1024 c.c. relativo alla locazione (e non alla cessione del diritto).

(12) Nel senso, invece, che il titolare de diritto di abitazione possa negozialmente consentire la vendita o l'ipotecabilità della piena libera proprietà del bene congiuntamente al proprietario: C. CACCAVALE e A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, Studio CNN n. 2344 del 22 giugno 1999 cit., par. 5, secondo cui il trasferimento della piena proprietà libera da vincoli può sempre essere realizzato o mediante l'alienazione della proprietà da parte del titolare e la contestuale rinuncia del proprio diritto da parte dell'*habitor* o mediante l'alienazione congiunta al terzo dei due diritti (quando l'*habitor* percepisca un prezzo per la sua rinuncia e sul presupposto che la rinuncia abdicativa non possa essere a titolo oneroso).

(13) La *ratio* della previsione potrebbe risiedere nella caratteristica di tali diritti reali minori di essere strettamente legati al loro titolare e non tanto o non solo in un presunto carattere alimentare di tali diritti (di tali diritti è comunemente ammessa, infatti, la rinuncia).

(14) Nel senso che l'area dell'inalienabilità e della ipotecabilità coincidono, F.S. GENTILE, *Le Ipoteche*, Roma, 1961, pag. 37: "*Poiché l'ipoteca tende in ultima istanza, alla espropriazione del bene, affinché sul prezzo ricavato dalla vendita trovi soddisfazione il credito garantito, è ovvio che soltanto i beni che sono in commercio possono essere assoggettati a tale garanzia. Eam rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest*". La tesi si basa sul disposto dell'art. 2810 c.c. che recita testualmente: "*Sono capaci di ipoteca: 1) i beni immobili che sono in commercio ...*". Nel senso che il diritto di abitazione non possa essere oggetto di ipoteca autonomamente, in virtù del disposto dell'art. 2810 c.c., anche C. CACCAVALE e A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, cit., par. 6, che pure riconoscono che non sempre l'inalienabilità comporti necessariamente la non ipotecabilità dei beni (ad esempio nel caso di alloggi di residenza popolare pubblica) e che ammettono, invece, l'ipotecabilità dell'intera proprietà libera dal diritto di abitazione nel caso in cui in unico contesto il proprietario e il titolare del diritto di abitazione concedano ipoteca a garanzia di un medesimo bene.

Nel senso che l'ipoteca non possa colpire l'usufrutto legale dei genitori, i diritti di uso e di abitazione, l'usufrutto incedibile ex art. 980 c.c., e le servitù attive, si consulti la nota 17 e la dottrina ivi citata da MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998, 57; si veda anche F. FORMICA-D. GIANCARLO, *Nota a Cass. Sez. III civ. 24 giugno 2003, n.10014. Prime riflessioni sulla sentenza della Corte Suprema di Cassazione, sezione III civile, n. 10014/2003*, in Riv. Not., 2003, pag. 1621 e ss. a proposito della nota sentenza di Cassazione n. 10014 del 2003 la quale ha stabilito che il conflitto tra il creditore ipotecario avente causa dell'erede e il coniuge superstite legatario *ex lege* del diritto di abitazione previsto dall'art. 540 c.c. va risolto attraverso il ricorso della disciplina dell'art. 534 c.c. sull'erede apparente e non a mezzo dell'art. 2644 c.c. inapplicabile agli acquisti *mortis causa*. Sulla circostanza che il diritto di abitazione non è previsto come ipotecabile neppure dal sistema meccanizzato si veda L. A. MISEROCCHI, "*Nuova*" *meccanizzazione dei registri immobiliari e "invalidità" della trascrizione per vizi di nota* in Riv. Dir. Priv., 1997, pag. 296.

(15) Nel senso dell'inammissibilità di tutti i negozi giuridici o degli atti che importino un trasferimento, volontario o coattivo, del diritto si veda F. De MARTINO, Commentario al Codice Civile cit., sub art. 1024. S. Orlando Cascio, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, cit., par. 7. Nel senso dell'insuscettibilità del diritto di abitazione di rientrare tra i beni acquisiti al fallimento, si veda da ultimo D. BOGGIALI, *Limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, Studio CNN n.163-2012/I in CNN Notizie del 3 dicembre 2012, ai sensi dell'art. 46, comma 1, n. 5 l. fall. in quanto impignorabile o ex art. 46, comma 1 n. 1, l. fall. in quanto bene personale.

(16) Questione in parte diversa è quella analizzata da C. CACCAVALE – A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, cit., nella quale si ipotizza la possibilità di costituire un'ipoteca sull'intera piena e libera proprietà del bene mediante atto negoziale cui partecipi anche il titolare del diritto di abitazione anteriormente costituito. In tale caso la ricostruzione possibile è compatibile con il principio di inalienabilità autonoma del diritto di abitazione e di sua inespropriabilità. In sede di espropriazione forzata successiva il creditore ipotecario, nel caso ipotizzato, pignorerà la piena e libera proprietà del bene.

(17) In quanto diritto insuscettibile di sfruttamento economico D. BOGGIALI, *Limiti all'attività negoziale del debitore sottoposto a procedure concorsuali*, Studio CNN n.163-2012/I, cit., pag. 4.

(18) A proposito dei vincoli di destinazione in generale (nei quali si fanno comunemente rientrare il fondo patrimoniale e l'assegnazione della casa familiare) si veda M. BIANCA, voce *Vincoli di destinazione del*

patrimonio, Enc. Giur. Treccani, Roma, 2007, par. 2.4.2, pag. 7, la quale parla di principio generale secondo cui l'opponibilità del vincolo ai terzi acquirenti non comporta la paralizzazione della circolazione, ma la circolazione del bene con il vincolo. Il terzo acquirente in genere subisce passivamente il vincolo di destinazione.

(19) Di cui sia prevista la trascrizione ex art. 2643 o 2645 c.c.

(20) Secondo alcuni non avrebbe neppure diritto ad intervenire, secondo altri potrebbe intervenire, ma con limitati diritti.

(21) In entrambi i 2 casi appena prospettati il titolare del diritto di abitazione potrà essere di fatto edotto della pendenza della procedura in virtù della ormai fisiologica presenza del custode (che dovrà accompagnare gli interessati a visionare il bene e rilasciare le informazioni in suo possesso anche in relazione all'eventuale liberazione del bene), oltre che dal perito che effettuerà il sopralluogo per la redazione della stima dai contenuti previsti dall'art. 173 bis disp. att. c.p.c.

(22) Dal terzo comma dell'art. 2812 c.c. si ricava che la disciplina riservata ai titolari dei diritti di enfiteusi e superficie costituiti successivamente all'ipoteca dovrà avvenire mediante duplici pignoramenti effettuati contro il proprietario e contro il terzo attuale titolare del diritto reale minore.

(23) Ma la questione meriterebbe apposito approfondimento.

(24) Nel senso che l'art. 2812 contenga *"un principio generale applicabile non soltanto quando il bene sia gravato da ipoteca, ma in tutte le ipotesi affini a quella espressamente considerata dalla disciplina legislativa"* si veda G. MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debiti altrui*, Torino, 1998, 131; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, vol. III, Napoli, 1957, 302; Tarzia, voce *Espropriazione contro il terzo proprietario*, Nvss. Dig. Italiano, Torino, 1960, 968, nota 7.

(25) E/o la sentenza di accoglimento.

(26) A seguito del provvedimento di autorizzazione alla vendita ex art. 569 c.p.c.

(27) In proposito si segnala che la perizia dovrà evidentemente tenere conto della riduzione di valore conseguente alla limitazione del diritto di proprietà determinata dal diritto di abitazione e che, a tal fine, sarà necessario aver verificato l'età del titolare del diritto di abitazione oltre che il suo stato in vita. In avviso di vendita sarà utile indicare la data di nascita del titolare del medesimo diritto gravante la proprietà del bene.

(28) In virtù del carattere derivativo della vendita forzata.

(29) Cass., Sez. I, 25 febbraio 2005 n. 4085, con commento di A. C. MARROLLO, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, fasc. 12/2005, pag. 1384 e ss. e già Cass., Sez. II, 3 ottobre 1991, n. 10320 in *Giur. it.*, 1992, I,1, 716.

(30) Che nella prassi più recente è sempre nominato ex artt. 559 e 560 c.p.c., ma già in un momento processuale anteriore il perito stimatore in sede di sopralluogo.

(31) Ex art. 559 c.p.c. su istanza di un creditore il G.E. può sempre nominare custode una persona diversa dal debitore. In particolare (secondo comma) *"il giudice provvede a nominare una persona diversa quando l'immobile non sia occupato dal debitore"*. Ed è fisiologicamente questo il caso in cui la proprietà del bene sia gravata dal diritto di abitazione.

(32) Perché ipotecario anteriore o perché ha ottenuta la revoca dell'atto costitutivo del diritto di abitazione o perché procede contro un soggetto che è risultato essere il proprietario in virtù di sentenza di annullamento o nullità o risoluzione la cui domanda giudiziale sia stata debitamente annotata con effetto prenotativo in data anteriore alla costituzione del diritto di abitazione, ad esempio.

(33) Sull'intenzione del legislatore del 1942 di contemperare i due interessi si veda G. GORLA-P. ZANELLI, *Pegno Ipoteche*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, sub art. 2812 c.c.

(34) La differenza che sembra emergere dalla previsione normativa starebbe nella tecnica processuale per procedere ad espropriare (e trasferire coattivamente) la complessiva piena proprietà dei beni posti a garanzia e riguarda la posizione processuale e le difese sostanziali riconoscibili ai titolari dei diritti reali minori costituiti prima del pignoramento.

Per i primi (diritti di servitù, usufrutto, uso e abitazione) è stabilito che:

- il creditore ipotecario anteriore (alla trascrizione del diritto reale minore) può far vendere il bene come libero,

- i diritti minori si estinguono con l'espropriazione,

- i loro titolari sono ammessi a far valere le proprie ragioni sul ricavato con preferenza rispetto alle ipoteche iscritte posteriormente alla loro trascrizione (e quindi in genere con preferenza rispetto a soggetti che abbiano iscritto/trascritto atti successivamente alla propria trascrizione);

mentre per i secondi (enfiteusi e diritto di superficie) è previsto che:

- se l'enfiteusi o il diritto di superficie sono stati trascritti dopo l'ipoteca, ai loro titolari si applichino le disposizioni relative ai terzi acquirenti (quindi gli stessi oltre che destinatari di tutti gli atti esecutivi, parteciperebbero alla distribuzione sul residuo una volta soddisfatto il creditore ipotecario anteriore come accade per il terzo proprietario di bene ipotecato).

(35) Acquirente dei beni ipotecati, che ha trascritto il suo titolo di acquisto e non è personalmente obbligato (art. 2858 c.c. e 2889 c.c.). Nel senso che non si applichi al titolare del diritto di abitazione la tutela del terzo acquirente: GENTILE, *Le ipoteche*, Napoli, 1961, pag. 308-309.

(36) Oltre che della facoltà generale di pagare i creditori iscritti.

(37) Vedi MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, cit., pag. 206 e ss., il quale sostiene che il titolare di un diritto reale minore debba essere tutelato ed accoglie entrambe le ipotesi: che l'esecuzione sia condotta anche nei suoi confronti ex 602-604 c.p.c. o che sia chiamato all'intervento ex 498 c.p.c.

(38) *"In mancanza, l'espropriazione segue contro di lui secondo le norme prescritte dal codice di procedura civile."*

(39) Nel caso del diritto di superficie o di enfiteusi, il pignoramento e la vendita (della proprietà nuda o gravata, da una parte, e del diritto reale minore, dall'altra) dovrebbero effettuarsi distintamente (se pure eventualmente in unico contesto). nei confronti di soggetti diversi e l'acquirente da vendita forzata acquisterebbe la piena proprietà (in caso di unica espropriazione dei due diritti) per effetto della riunione del diritto reale minore alla proprietà attuato mediante l'acquisto a titolo derivativo dei due diritti da due soggetti diversi.

Nel caso, invece, di diritto di usufrutto, uso o abitazione (oltre che per le servitù) il bene verrebbe sempre acquistato dall'acquirente da vendita forzata in piena e libera proprietà per effetto dell'estinzione dei diritti reali minori non opponibili al creditore precedente.

Per la distinzione tra i due gruppi di diritti reali minori come necessità o meno di vendita del diritto reale minore separata e distinta da quella della proprietà si veda F. Ruscello, Codice Civile annotato con la dottrina e giurisprudenza a cura di Perlingieri, sub art. 2812 ed ivi citati: D. RUBINO, *L'ipoteca*, 368; G. GORLA, *DEL PEGNO*, 202. G. GORLA-. ZANELLI, *Pegno Ipoteche*, Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca, sub art. 2812 secondo cui *"soltanto in quanto l'espropriazione separata dei diritti reali frazionari pregiudichi gravemente la garanzia quei diritti sono inopponibili, nel particolare senso che vedremo, al creditore ipotecario; così per la servitù, l'uso e l'abitazione. Quando invece la separata espropriazione non arrechi pregiudizio, il creditore ipotecario dovrà espropriare separatamente il relativo diritto; così per l'enfiteusi e per la superficie."*

(40) Parla dell'intervento del titolare del diritto reale minore nella fase di graduazione come di un intervento ex art. 566 c.p.c. G. GORLA-P. ZANELLI, cit., Commentario al C.C. Scialoja-Branca sub art. 2812, punto 3. Nel senso che l'art. 498 c.p.c. viene considerata norma estensibile a beneficio di altri soggetti titolari di situazione sostanziali che, nonostante siano anteriori al pignoramento possa essere travolte dalla vendita coatta v. MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, cit., pag. 269 e 270.

(41) In tal senso G. GORLA, *DEL PEGNO*, 198, 199 e D. RUBINO *L'ipoteca*, 370 citati da F. RUSCELLA, Codice Civile annotato cit., sub art. 2812. G. GORLA-P. ZANELLI, *Pegno Ipoteche*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, sub art. 2812, punto 2, estende al titolare del diritto reale frazionario tutte le facoltà riconosciute al terzo acquirente (2858,2859, 2860 ss.), ma ritiene inapplicabile l'istituto della purgazione delle ipoteche ex art.2889 c.c. *"che arreca danno al creditore ipotecario e che l'articolo vuole evitare."*

(42) G. MICCOLIS, *L'espropriazione per debito altrui*, cit., pag. 195 e ss. e pag. 252 e ss., nel senso che gli artt 602-604 c.p.c. individuino un principio generale aperto ad altre ipotesi rispetto a quelle in esso espressamente previste. Nel senso della pignorabilità dell'usufrutto Trib. Milano 22.2.2001 in Gius, 2002, 2369. Sempre G. MICCOLIS, cit., pag. 259 a proposito della posizione processuale del terzo proprietario nell'espropriazione ex 602-604 c.p.c. individua la necessità della notifica del precetto anche al terzo che è destinatario di tutti gli atti successivi a partire dal pignoramento, che può proporre opposizione all'esecuzione ex 615 c.p.c. in via surrogatoria rispetto al debitore, oltre che eccezioni diverse ed ulteriori rispetto a quest'ultimo.

(43) In tal senso G. MICCOLIS, *L'espropriazione per debito altrui*, Torino, 1998, 75.

(44) Se pure contestuale e congiunta a quella della proprietà.

(45) Anche nel caso in cui si ammettesse (C. CACCAVALE – A. RUOTOLO, *Il diritto di abitazione nella circolazione dei beni*, cit.) la partecipazione/consenso dell'*habitor* alla costituzione di un'ipoteca sul bene per la sua piena e libera proprietà.

- (46) Come si ricava anche dalla Circolare del Ministero delle Finanze- Dipartimento Territorio Catasto 2 maggio 1995 n. 128.
- (47) Debitore o terzo garante del debito altrui. L'ingiunzione a non disporre del bene non avrebbe molto senso rispetto al titolare del diritto di abitazione che non può disporre del proprio diritto.
- (48) Vero che dalla consultazione dei Registri Immobiliari dovrebbe risultare l'antiorità dell'iscrizione ipotecaria del creditore pignorante rispetto alla costituzione del diritto di abitazione, ma spesso, a seguito delle fusioni o cessioni in blocco degli istituti bancari, è piuttosto difficile ricollegare le iscrizioni ipotecarie precedenti ai creditori pignoranti.
- (49) Come del resto, nel caso in cui, pur sussistendo un'ipoteca anteriore alla trascrizione del diritto di abitazione, a procedere al pignoramento sia un creditore diverso (magari chirografo) cui il diritto di abitazione sia opponibile. Anche in tale caso, secondo la prassi costante dei Tribunali, la vendita della proprietà come libera è disposta se a chiedere asta sia poi il creditore ipotecario intervenuto successivamente.
- (50) Naturalmente secondo le regole del processo esecutivo, se muniti di titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. (e 602 c.p.c.) o di un titolo idoneo all'intervento ai sensi dell'art. 499 c.p.c.
- (51) A seconda della fase del procedimento in cui ci si trovi è sufficiente ad impedire l'automatica estinzione del procedimento per rinuncia agli atti del precedente la partecipazione al procedimento di almeno un altro creditore (munito di titolo esecutivo o anche non munito di titolo esecutivo se in fase di distribuzione).
- (52) Primo comma: *“Avvenuto il versamento del prezzo, il giudice dell'esecuzione può sospendere la vendita ovvero pronunciare decreto con il quale trasferisce all'aggiudicatario il bene espropriato, ripetendo la descrizione contenuta nell'ordinanza che dispone la vendita ...”*
- (53) Già E. FABIANI, *Espropriazione forzata immobiliare delegata a notaio e mancata comparizione delle parti alla c.d. “udienza” di vendita all'incanto*, Studio n. 4114 del 29 ottobre 2002, in *CNN Notizie* del 5 dicembre 2012; Id, *Brevi note sul comportamento da tenersi da parte del notaio delegato ove il giorno fissato per la vendita all'incanto dell'immobile espropriato non compaiano il creditore procedente o e/o altro creditore munito di titolo esecutivo*, Studio n. 5787/E del 29 aprile 2005, in *CNN Notizie* del 23 maggio 2005, a commento di Cass., 19 luglio 2004, n. 13354 (Foro it., 2005, I, 457). Tale orientamento interpretativo è risultato poi ulteriormente confermato dalle ultime riforme legislative del 2005 (ed in particolare si veda la nuova formulazione dell'art. 631 c.p.c.)
- (54) Ci si potrebbe chiedere se sia necessario un nuovo pignoramento da parte del creditore ipotecario anteriore che decida di intervenire nell'esecuzione iniziata da altri, ma nella consolidata prassi applicativa non è riscontrata questa interpretazione e l'intervento del creditore ipotecario anteriore è considerato sufficiente alla vendita del bene come libera.
- (55) In tal senso il tenore letterale dell'art. 586, primo comma, c.p.c.
- (56) A seconda dei casi e/o a seconda se si ritenga sufficiente la partecipazione al processo del creditore ipotecario o necessario il suo impulso agli atti esecutivi.
- (57) Si precisa che una dichiarazione di questo tipo, contenuta in un atto del processo esecutivo, lungi dall'implicare un accertamento o cognizione con efficacia di giudicato, sarà funzionale alla determinazione del contenuto del provvedimento e delle sue motivazioni.
- (58) Secondo i principi applicati in ambito di pubblicità immobiliare, mentre per la cancellazione di una formalità occorre un provvedimento giudiziale passato in giudicato (o quanto meno definitivo) o l'assenso delle parti, per la mera annotazione pubblicitaria le cose sembrano stare diversamente. Lo strumento dell'annotazione sembra avere carattere più generale e non sarebbe tassativo l'elenco dei casi di annotazione previsto dal codice civile, se è vero che *“il conservatore quando l'annotamento richiestogli non è contrario al sistema pubblicitario, quando non nuoce ad alcuno né espone alla sua responsabilità, può eseguirlo”*: B. MARIANI, *Ipoteca a trascrizione*, Milano, 1955, pag. 346. Secondo l'autore il diritto di abitazione va trascritto quando costituito e quando estinto anzi tempo per rinuncia e sembra potersi distinguere il caso in cui il diritto si estingua anzitempo per un atto da quello in cui si estingua per un fatto (la morte del beneficiario).
- (59) Così testualmente B. MARIANI, *Ipoteca e trascrizione*, Milano, 1955, pag. 448. Nella manualistica corrente e nella stessa Circolare del Ministero delle Finanze- Dipartimento Territorio Catasto 2 maggio 1995 n. 128, a proposito delle annotazioni non espressamente previste dal sistema informatico (per cui si è prevista un'annotazione di tipo generale) si parla di annotazioni *“allo stato non prevedibili e, comunque, eseguibili o perché disciplinate da leggi speciali o perché ordinate dal giudice”*. Inoltre è costante l'affermazione secondo cui l'annotazione ex art. 2655 c.c. può riguardare in genere i fatti che incidono sul diritto risultante dalla trascrizione (ad esempio potrà essere annotata alla trascrizione di una costituzione di usufrutto la morte dell'usufruttuario (B. Mariani, cit, pag. 449).

In entrambi i casi esposti, nella nota di trascrizione del decreto di trasferimento si potrebbe specificare nel quadro D che il diritto di proprietà sui beni è trasferito “*libero dal diritto di abitazione costituito in data... e trascritto in data .. ai sensi dell’art. 2812 c.c.*” A tale possibilità conduce la citata Circolare del Ministero delle Finanze- Dipartimento Territorio Catasto 2 maggio 1995 n. 128, pag. 1 nella quale si legge a proposito del quadro D : “*..questo quadro è stato predisposto per la indicazione di eventuali altre informazioni, non codificabili nei precedenti quadri, ritenute ugualmente necessarie per una compiuta pubblicità immobiliare nonché previste dalla legge a fini catastali*”.

(60) In dottrina si è affermato che la cancellazione sia una forma di pubblicità negativa volta a distruggere la precedente pubblicità, la quale si distingue dall’annotazione che ha una funzione positiva di completamento del quadro della vicenda resa pubblica mediante trascrizione. Si discute della possibilità di estendere la cancellazione ad atti diversi da quelli espressamente previsti dal legislatore. Secondo una parte minoritaria della dottrina la cancellazione è uno strumento generale (COVIELLO, *Della trascrizione*, in Trattato Fiore-Brugi, I, Torino, 1924, pag. 503), secondo, invece, l’opinione maggioritaria, la cancellazione è possibile solo nei casi tassativamente previsti ex 2668 c.c., mentre lo strumento generale sarebbe l’annotazione, prevista anche per dare pubblicità in alcuni casi in cui la situazione giuridica sia eliminata (NATOLI, *Della Tutela dei diritti*, in Comm. Natoli-Ferrucci, VI, 1, Torino, 1971, 32). Segnaliamo, infine, a completamento della riflessione che, a parere di chi si è occupato della materia, il diritto di abitazione estinto ex art. 2812 c.c. si trasforma in un vero e proprio diritto di credito con prelazione sul ricavato dalla vendita del bene da esercitarsi su quanto residua una volta soddisfatto il creditore ipotecario anteriore (e nei limiti di quanto previsto ex art. 2855 c.c.) e che, in un’ottica di interpretazione evolutiva dell’art. 586 c.p.c., si potrebbe, pertanto, ipotizzare anche che il decreto di trasferimento contenga, oltre che la segnalazione dell’estinzione del diritto di abitazione, anche l’ordine di cancellazione del diritto di abitazione ormai estinto ex art. 2812 c.c. (in virtù della sua concettuale equiparazione ad un diritto di prelazione da esercitarsi in sede di distribuzione del ricavato)

(61) Si rinvia a CALDERONI, *Esecuzione forzata e consolidamento dell’usufrutto*, Studio n. 8-2009/E del 18 settembre 2009, in CNN Notizie del 6 novembre 2009 per l’ipotesi in cui nelle more del procedimento si estingua il diritto reale minore e per l’opportunità di reperirne lo stato in vita prima di pubblicare l’avviso di vendita. E’ evidente che, qualora, il delegato dovesse rilevare per primo l’esistenza di un diritto di abitazione opponibile, sarà opportuna una segnalazione al proprio Giudice dell’Esecuzione.

(62) Vista la dichiarazione di inefficacia relativa dell’atto nei suoi confronti in cui consiste la sentenza ottenuta.

(63) Nel caso di specie, a scartare l’ipotesi di un pignoramento del diritto di abitazione nelle forme dell’espropriazione di terzo proprietario ex art. 602 e ss. c.p.c. nei confronti del titolare del diritto di abitazione concorrono, dunque, oltre all’impignorabilità del diritto di abitazione conseguente al particolare contenuto tipico del diritto, la superfluità dell’utilizzo di tali forme nei confronti di chi è già il soggetto passivo dell’azione esecutiva nella particolare posizione di debitore principale, legittimato alla più ampia attività difensiva e di opposizione, da una parte, e a particolari limiti, dall’altra. Sembrerebbe, infatti, che il debitore principale, a differenza del terzo proprietario di bene ipotecato e del terzo acquirente di bene ipotecato, non possa fruire della facoltà di rilascio o di liberazione dall’ipoteca del bene, come non possa acquistare il bene in vendita forzata per via del divieto di cui all’art. 579 c.p.c.

(64) che per G. MICCOLIS, cit., realizza una situazione simile a quella prevista dall’art. 2812 c.c. per il creditore ipotecario anteriore rispetto all’atto costitutivo del diritto reale minore trascritto successivamente.

(65) Espressione da taluno criticata, ma comunemente utilizzata riferendosi all’aggregabilità del bene appartenente ad un terzo per un debito di altri.

(66) Secondo l’opinione e la prassi prevalente questi possono intervenire nell’espropriazione contro il terzo proprietario in quanto il pignoramento, se pure per debito altrui, è, comunque, effettuato nei confronti del proprio debitore.

(67) Se vanta un credito a qualsiasi titolo nei suoi confronti, magari per quanto pagato o per indebito arricchimento o per risarcimento del danno subito.

(68) Nelle forme del pignoramento di beni mobili o di crediti del debitore verso terzi ex art. 543 ss. c.p.c. Sempre che non li si ritengano crediti alimentari impignorabili ex art. 545 c.p.c. Parla di tradizionale carattere alimentare dell’istituto F. DE MARTINO, *Commentario al Codice Civile*, cit., sub art. 1024. Distingue dal diritto agli alimenti il diritto di abitazione S.ORLANDO CASCIO, voce *Abitazione (diritto di)*, diritto civile, cit., par. 4 lett. g), rilevando che il titolare del diritto di abitazione può esercitare il suo diritto anche se possieda altre case dove possa abitare con maggiore comodità.