

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
UFFICIO STUDI

STUDI SU ARGOMENTI
DI INTERESSE NOTARILE

VOL. XI

ROMA
CASA EDITRICE STAMPERIA NAZIONALE
1983

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO
UFFICIO STUDI

STUDI SU ARGOMENTI DI INTERESSE NOTARILE

*(Osservazioni su alcuni argomenti sottoposti all'esame
dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato
ottobre 1979 - maggio 1983)*

ESTRATTO DAL VOL. XI

STUDI DEL DOTT. MASSIMO D'AMBROSIO

ROMA
CASA EDITRICE STAMPERIA NAZIONALE
1983

XII.

SULLA LICEITÀ DELLA CONCESSIONE DI IPOTECA PER GLI IMMOBILI SOTTOPOSTI AI DIVIETI DI ALIENAZIONE PER EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA

Ci è stato chiesto se sia nulla l'ipoteca iscritta a carico del destinatario finale di un alloggio, ex art. 35 legge 865/71, dopo quella iscritta a carico dell'ente costruttore.

Sorgono infatti dei dubbi in relazione al fatto che la citata legge recita: «l'alloggio costruito su area ceduta in proprietà non può essere alienato a nessun titolo».

Non v'è dubbio che la legge 865 del 1971 e, più in generale, tutta la normativa riguardante l'edilizia residenziale pubblica, già edilizia economica e popolare, pone una serie di limitazioni alla libertà di disporre dell'alloggio ottenuto in base alle facilitazioni previste dalla normativa sopra citata, e, più in generale, con finanziamento diretto o indiretto dello Stato.

Invece di passare ad un esame specifico del meccanismo della limitazione della libertà di disporre nel caso preciso postoci all'esame, ci sembra opportuno indagare preliminarmente se tale caso rientra sotto le previsioni limitative.

A tal fine ci sembra fondamentale esaminare se la concessione di ipoteca rientra nella generica dizione di «alienazione» usata dal legislatore nella quasi totalità delle norme limitative sopra accennate.

Il termine generico di «alienazione» è infatti usato più volte dal nostro legislatore con riferimento alla generica proibizione di disporre ma senza che si possa evincere con sicurezza l'estensione e il limite del suo campo di applicazione (1). Si può comunque intendere tale proibizione come il divieto che impedisca di

(1) DE ROSA. *La tutela degli incapaci*, Milano 1962, pagg. 99 ss.; PUGLIATTI, Voce «alienazione», in *Enc. Dir.*, II, Milano 1958, pag. 4.

compiere un trasferimento a qualsiasi titolo, ma anche la costituzione di un diritto che implichi un limite alla libertà di disporre (2).

In base a questa accezione più ampia non è « alienazione » la *derelictio*, la distruzione della cosa, la rinuncia, la prescrizione del diritto e i trasferimenti coattivi, mentre sono stati considerati tipici atti di alienazione, la vendita, la permuta, la donazione, la cessione di un credito, gli acquisti a titolo derivativo costitutivo e infine la costituzione di un diritto reale di garanzia (3).

Da un attento esame etimologico non si può non evincere che l'alienazione comporta non solamente il distacco della cosa da se medesimo, ma anche quella che è stata definita autorevolmente come la « alienizzazione », cioè il rendere la cosa di altri, significato dunque molto vicino al concetto del « trasferire » (4).

Il divieto di alienazione non consentirebbe il trasferimento di una determinata situazione giuridica attiva da un soggetto e da un patrimonio ad un altro, in base all'autonomia privata, per atto tra vivi (5), così ad esempio la divisione non rientrerebbe in tali divieti perchè non sarebbe un'attribuzione di un diritto nuovo ma la conversione dell'oggetto di un diritto già esistente da astratto a concreto (6).

Naturalmente, come è stato autorevolmente ricordato, è sempre opportuno, « tenere sempre presente il preciso e specifico significato che il termine acquista in concreto in ciascun testo legislativo » (7), correlato al contenuto del testo ed alla *ratio* della norma (8).

(2) Così: CARUSI, *Il negozio giuridico notarile, Divieto di alienare in generale*, Milano 1968, pag. 815.

(3) DE ROSA, *Op. cit.*; POTI, *Stralcio di quota ereditaria e « alienazione » ai sensi del D. P. R. 17 gennaio 1959, n. 2 in materia di cessione in proprietà degli alloggi di tipo popolare ed economico*, in *Riv. Not.* 1972, pag. 629; vedasi inoltre il nostro studio pubblicato in questo stesso volume alle pagg. 76 e ss. e la bibliografia ivi citata.

(4) PUGLIATTI, *Op. cit.*, pag. 3.

(5) FUNAIOLI, voce « divieto di alienazione », in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, pag. 401.

(6) CICU, *Successioni per causa di morte*, Milano 1961, pag. 394.

(7) PUGLIATTI, *Op. cit.*, pag. 4.

(8) Cfr. il nostro scritto *A proposito di un caso di applicabilità del divieto decennale di alienazione nell'edilizia residenziale pubblica* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1980, pagg. 1563 ss.

Il legislatore adopera il termine di alienazione oltre che nell'articolo 35 della L. 22 ottobre 1971, n. 685, nell'articolo 16 del D. P. R. 17 gennaio 1959, n. 2, nell'art. 29 della L. 14 febbraio 1963, n. 60, nell'art. 22 del D.P.R. 5 novembre 1964, n. 1614, nell'art. 12 del D. L. 6 settembre 1964, n. 1022, convertito in L. 1° gennaio 1965, n. 1179, nell'art. 28 della L. 8 agosto 1977, n. 513, nell'art. 46 della L. 5 agosto 1978, n. 457. Si parla invece di « vendita » nell'art. 12 del D. Ig. Lgt. 5 aprile 1945, n. 141 ; mentre nell'art. 9 della L. 2 luglio 1949, n. 408, la norma sancisce che gli immobili « non possono essere ceduti o comunque alienati ». L'art. 23 del D.P.R. 30 dicembre 1972, n. 1035, proibisce il « trasferimento per atto tra vivi » mentre il recente 3° comma dell'art. 12 del D. L. 17 ottobre 1979, proibisce gli « atti definitivi di vendita o di assegnazione ».

Orbene, da un esame dei vari casi, qui riportati da un prospetto pubblicato dalla *Riv. not.* 1979, pag. 1587, non è lecito escludere con facilità da nessuno di essi la costituzione di diritti reali di garanzia : lo spoglio virtuale costituito dalla costituzione di ipoteca può infatti diventare effettivo trasferimento del bene con il mancato pagamento del debito garantito.

Ci sembra pertanto, alla luce delle suesposte considerazioni, che il divieto di alienazione della L. 856/71 non possa non ricomprendere anche la costituzione di ipoteca sullo stesso bene oggetto di tale divieto con la conseguenza che il bene sarà ipotecabile da parte del proprietario solo dopo che siano trascorsi i limiti temporali previsti dalla norma in oggetto.

Agosto 1981