

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n. 198-2021/C

VERBALE DI SEPARAZIONE CONSENSUALE OMOLOGATA E DI DIVORZIO SU DOMANDA CONGIUNTA, TRASFERIMENTI IMMOBILIARI E TRASCRIZIONE: UN CRITICABILE INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

di Giampaolo Frezza

*(Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 16 marzo 2022)
(Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 25 marzo 2022)*

Abstract:

Lo studio ha ad oggetto l'analisi dei problemi legati alla trascrizione del verbale di separazione consensuale omologata e di quello di comparizione personale dei coniugi nel divorzio su domanda congiunta, nel caso in cui tali atti contengano trasferimenti immobiliari (o di altri diritti trascrivibili) fra coniugi e nei confronti dei figli.

L'approccio sarà critico rispetto al recente intervento delle Sezioni Unite, le quali, dopo aver ritenuto validi simili accordi, affermano che essi, se inseriti nel verbale d'udienza e in quanto redatti da un ausiliario del giudice, sono destinati a far fede di ciò che in essi è attestato, onde assumono la forma dell'atto pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. e, di conseguenza, costituiscono titolo idoneo alla trascrizione ex art. 2657 c.c. Sempre secondo le Sezioni unite, la validità dei detti trasferimenti immobiliari presuppone l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui alla l. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1-bis e non produce nullità del trasferimento il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatario catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari.

Dopo una breve introduzione sul principio della tipicità o meno degli atti da sottoporre a trascrizione e un sintetico studio sulla ratio sottesa all'art. 2657 c.c., il presente studio individuerà i problemi formali di trascrizione nella separazione consensuale omologata e, separatamente, quelli emergenti nel divorzio su domanda congiunta. Ad onta delle Sezioni unite che parificano, sul piano funzionale, i due procedimenti, lo studio chiarirà che la loro natura non appare poi così uniforme, onde la necessità di trattare separatamente le relative questioni formali e trascrittive.

L'indagine si focalizzerà, soprattutto, sul concetto di controllo "esterno" svolto dal cancelliere relativo al negozio di trasferimento immobiliare qui indagato, cercando, da un lato, di individuare la nozione di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. e, dall'altro, evidenziando i tanti problemi pratici e applicativi che un simile controllo ingenera, compresi quelli connessi alla sua nullità.

Lo studio metterà in evidenza gli esiti negativi, sul piano concreto e applicativo, riconducibili all'approccio suggerito dalle Sezioni unite e la necessità di ribadire come essenziale la presenza del notaio, il quale, per competenza generale, è l'unico soggetto che può svolgere un adeguato controllo di legalità, capacità e legittimazione delle parti. Si analizzerà, infine, il problema dei detti trasferimenti immobiliari nel caso di negoziazione assistita, ove la presenza del notaio sarà, ancora una volta, ritenuta essenziale e imprescindibile.

Sommario: 1. Premessa: il percorso dell'analisi. – 2. Trascrizione immobiliare fra tipicità e atipicità. – 3. Titolo idoneo alla trascrizione. – 4. Ammissibilità degli accordi sui trasferimenti immobiliari nella separazione e nel divorzio. – 5. Trascrizione del verbale di separazione consensuale. – 6. Trascrizione del verbale di comparizione personale dei coniugi nel divorzio su domanda congiunta. – 7. Controllo del cancelliere sul contenuto dell'accordo: criticità e ricadute pratiche. – 8. Nullità dell'accordo: criticità. – 9. Trascrizione dell'accordo di negoziazione assistita e funzione notarile.

1. Premessa: il percorso dell'analisi.

Il presente studio avrà ad oggetto l'analisi dei problemi legati alla trascrizione del verbale di separazione consensuale omologata e di quello di comparizione personale dei coniugi nel divorzio su domanda congiunta, nel caso in cui tali atti contengano trasferimenti immobiliari (o di altri diritti trascrivibili) fra coniugi e nei confronti dei figli.

A fronte di un copioso dibattito dottrinale e di una evoluzione giurisprudenziale che vede la pratica dei Tribunali attestata su soluzioni diversificate rispetto a quella dei giudici di legittimità, di recente sono intervenute le Sezioni unite, con una decisione che il presente studio intende analizzare partitamente, evidenziando più di un elemento di criticità.

Questo è il principio di diritto emergente: "sono valide le clausole dell'accordo di divorzio a domanda congiunta, o di separazione consensuale, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, o di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi, o dei figli, al fine di assicurarne il mantenimento; il suddetto accordo di divorzio o di separazione, in quanto inserito nel verbale d'udienza, redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato, assume forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo la sentenza di divorzio resa ai sensi della l. n. 898 del 1970, art. 4, comma 16, che, in relazione alle pattuizioni aventi ad oggetto le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, ha valore di pronuncia dichiarativa, ovvero dopo l'omologazione che lo rende efficace, valido

titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c.; la validità dei trasferimenti immobiliari presuppone l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui alla l. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1-*bis*; non produce nullità del trasferimento, il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatorio catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari"¹.

Allo scopo di chiarire le ragioni sottese ad un'analisi critica della decisione, il presente studio si strutturerà nel seguente percorso di indagine.

Appare necessario, in primo luogo, premettere alcune questioni metodologiche, legate, da un lato, all'indagine della trascrizione immobiliare fra tipicità e atipicità, e, dall'altro, al problema, immediatamente collegato al primo, dell'autenticità del titolo per la trascrizione, di cui all'art. 2657 c.c.: indagheremo, in buona sostanza, se la norma da ultimo richiamata, coordinata con gli artt. 2699 e 2703 c.c., possa ritenersi informata al principio – peraltro pacifico – che distingue la competenza generale del notaio sull'atto pubblico ai fini del suo ricevimento e della sua autenticazione rispetto a quella specifica degli altri pubblici ufficiali, secondo i poteri di volta in volta indicati dalla legge.

Sempre sul piano metodologico, aderiremo alla teoria riconducibile ad autorevole dottrina, che indica la necessità di distinguere, in seno allo studio della pubblicità immobiliare da effettuarsi tramite trascrizione, la c.d. fattispecie primaria di riferimento, da quella secondaria, che opera sull'opponibilità ai terzi *ex art. 2644 c.c.*². Da qui, l'indagine, sintetica, per quanto utile ai fini della presente analisi, avente ad oggetto l'interrogativo sull'ammissibilità, sul piano sostanziale, degli accordi fra coniugi riguardanti i trasferimenti immobiliari in vista della separazione consensuale omologata e del divorzio su domanda congiunta. La breve rassegna di dottrina e giurisprudenza che si proporrà condurrà al risultato, oggi pressoché unanime, che converge verso la loro ammissibilità, avuto riguardo anche alla tipicità sociale di simili accordi.

Quanto alla fattispecie secondaria di riferimento, occorrerà, in terzo luogo, individuare i problemi formali di trascrizione nella separazione consensuale omologata e, separatamente, quelli emergenti nel divorzio su domanda congiunta. Ad onta delle Sezioni unite che parificano, sul piano funzionale, i due procedimenti, avremo modo di chiarire che la loro natura non appare poi così uniforme, almeno secondo la migliore dottrina processualistica, onde la necessità di trattare le relative questioni formali e trascrittive separatamente.

Alla luce dei risultati raggiunti, in quarto luogo, indagheremo il concetto del c.d. controllo "esterno" svolto dal giudice, *rectius*: dal cancelliere, sul negozio di trasferimento immobiliare, da un lato, cercando di individuare la nozione di meritevolezza di cui all'art.

¹ Cass., sez. un., 29 luglio 2021 n. 21761, in *Dir. e giur.*, 2021, 30 luglio 2021; in *Guida al dir.*, 2021, 34; in *ilfamiliarista.it*, 27 settembre 2021. Le Sezioni Unite si sono espresse a seguito dell'ordinanza interlocutoria di Cass. 10 febbraio 2020 n. 3089, in *Riv. not.*, 2020, 706 ss. e in *Dir. e giur.*, 11 febbraio 2020.

² Terminologia riconducibile a S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, I, 1, Milano, 1957, 399 ss.

1322, comma 2, c.c. e, dall'altro, evidenziando i tanti problemi pratici che un simile controllo ingenera.

Studieremo, in quinto luogo, i problemi applicativi legati alla nullità dell'atto, qualora si aderisca alla soluzione, anche in questo caso discutibile, indicata dalle Sezioni unite.

Infine, per dare contezza di tutte le questioni emergenti, occorrerà trattare il problema dei detti trasferimenti immobiliari nel caso di negoziazione assistita, ove, secondo il nostro punto di vista, la presenza del notaio è, ancora una volta, essenziale e imprescindibile.

2. Trascrizione immobiliare fra tipicità e atipicità.

Con riguardo al primo aspetto sopra indicato, se si volesse tentare di classificare la posizione della dottrina e della giurisprudenza³, occorrerebbe, in estrema sintesi e per quanto qui utile, individuare almeno due orientamenti⁴.

Da un lato, la prospettiva che, sulla base della tradizione storica dell'istituto, argomenta ancora oggi in termini di tipicità (o, forse meglio, tassatività) degli atti e delle domande giudiziali trascrivibili. Dall'altro, la teoria che ritiene, invece, doverosa una lettura del sistema della trascrizione conforme a Costituzione e alle fonti di rango europeo, prospettiva volta a scardinare i c.d. "dogmi" entro cui si articolano i principi alla base della formalità in esame, primo fra tutti quello della tassatività⁵.

Analizzeremo separatamente le due configurazioni.

a) *Teoria tradizionale: la tipicità del sistema della trascrizione.*

³ Ometteremo, invece, l'analisi della medesima questione con riguardo alla trascrizione delle domande giudiziali e alla pubblicità secondaria da realizzarsi attraverso le forme delle annotazioni e delle cancellazioni, aspetti su cui si rinvia, per gli approfondimenti, a G. FREZZA, *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Milano, 2014, 51 ss.; *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, *ivi*, Milano, 2017, 431 ss.

⁴ Fondamentali, in tale indagine, sono le opere di R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti, La trascrizione*, in *Tratt. Bessone*, IX, Torino, 2012, *passim*; S. PUGLIATTI, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, in *Tratt. Cicu-F. Messineo*, a cura di G. Giacobbe-M.E. La Torre, XIV, 2, Milano, 1989, *passim*; R. NICOLÒ, *La trascrizione. Appunti dal corso di diritto civile*, Milano, vol. I, a.a. 1971-1972, a cura degli assistenti R. Moschella-M.C. Andriani; vol. II, a.a. 1972-1973, a cura degli assistenti R. Moschella-G. Mariconda-F. Gazzoni; vol. III, *La trascrizione delle domande giudiziali. Dispense dal corso, a.a. 1972-1973*, a cura di D. Messinetti; C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, *passim*; P. DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile teorico-pratico*, Novara, 1970, *passim*; C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi agli immobili (Art. 2643-2672)*, in *Commentario del codice civile, Libro della tutela dei diritti, diretto da M. d'Amelio-E. Finzi, Libro della tutela dei diritti*, XXI, Firenze, 1943, *passim*; N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, rist., Napoli-Torino 1924, *passim*. Di recente, A. CIATTI CAIMI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger, Milano 2018, *passim*.

⁵ AA.VV., *Pubblicità degli atti e delle attività*, Atti dell'VIII Convegno nazionale della Sisdic, Napoli, 2014, 7 ss., ed *ivi*, vedi, in particolare, la sintesi, a favore dell'apertura, riconducibile ad autorevole dottrina: P. PERLINGIERI, *Chiusura dei lavori*, 493 ss.

Un risalente insegnamento⁶, ancora oggi seguito da parte della dottrina⁷, fonda le proprie argomentazioni inequivocabilmente sulla tassatività degli atti e dei provvedimenti soggetti a trascrizione e propone di qualificare le relative norme come eccezionali.

Tali considerazioni si fondano, in particolare, sul rilievo “secondo cui “il fare dipendere da una formalità pubblicitaria l’efficacia di un atto giuridico deve considerarsi eccezionale, perché «l’efficacia di un atto non è legata ad una forma determinata: la forma è libera»; l’impostazione di dare agli atti «una forma di pubblicità, perché essi producano i loro effetti in certi determinati riguardi, è una restrizione alla libertà (...) di compiere atti giuridici (...); quindi non può estendersi ai casi non espressi, quantunque presentino analogia con gli espressi». (...) Depurata dal riferimento alla trascrizione come forma degli atti, che oggi appare inappropriato, l’argomentazione appena ricordata non può che condividersi”⁸.

Fra gli Autori più recenti, deve segnalarsi la posizione del massimo fautore del principio della tipicità degli atti e dei provvedimenti soggetti a trascrizione, secondo il quale le ragioni per ribadire, ancora oggi, tale proposizione sono le seguenti: 1) nell’ordinamento giuridico italiano vige, ex art. 1376 c.c., il principio del consenso traslativo, onde “i conflitti circolatori dovrebbero essere risolti in base alla priorità della data certa dell’acquisto del diritto incompatibile. La disciplina della trascrizione deroga a questa regola e si giustifica in chiave di necessità di assicurare la certezza dei traffici”⁹; 2) il sistema della pubblicità mediante trascrizione si fonda, anche a livello di principi costituzionali, sulla certezza e sicurezza giuridica, con conseguente organizzazione dei Registri immobiliari curata da un organo della pubblica amministrazione; 3) l’art. 2672 c.c. fa salve le disposizioni delle leggi speciali che richiedono la trascrizione di atti non contemplati dal Capo I, cioè quelle contemplate dagli artt. 2643 ss., onde, al di là di ogni dubbio, “tali atti ulteriori devono essere previsti da leggi speciali, le quali possono operare in materia di trascrizione solo in virtù di detta norma di collegamento, a riprova del fatto che il legislatore ha inteso costruire un sistema chiuso e quindi dominato dalla tipicità”¹⁰; 4) nel nostro ordinamento giuridico vige anche il principio del *numerus clausus* dei diritti reali da collegarsi a quello della tipicità degli atti soggetti a trascrizione.

⁶ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, rist., Napoli-Torino, 1924, 243 ss., le cui argomentazioni sono state esposte nel vigore del codice civile italiano del 1865.

⁷ Per tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, t. I, Torino, 2012, 85 ss.; e, almeno in parte, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2012, 43 ss., pur con le precisazioni di cui si dirà qui nel testo.

⁸ G. GABRIELLI, *op. cit.*, 44, che sintetizza il pensiero di N. COVIELLO, *o.l.u.c.*

⁹ F. GAZZONI, *op. cit.*, 85.

¹⁰ F. GAZZONI, *op. cit.*, 87, il quale, aggiunge che, “in termini più generali, poi, vale l’art. 14 disp. prel. secondo cui le leggi che fanno eccezione a regole generali non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati, al pari di quelle penali. Pertanto poiché il sistema della trascrizione, da un lato, deve osservare il principio di legalità e, dall’altro, fa eccezione alla regola generale del principio del consenso traslativo, le relative norme non potranno essere applicate analogicamente, così come in materia penale, là dove vige il principio secondo cui *nullum crimen sine lege* (art. 25 Cost.)”.

A ciò consegue l'esclusione dell'analogia, mentre l'interpretazione estensiva, deve essere, in linea di massima, sempre secondo l'orientamento in analisi, contenuta "entro limiti di strettissima attinenza, considerando l'eccezionalità delle norme sulla trascrizione e l'assoluta vaghezza del limite che la separa dall'analogia"¹¹.

b) Tendenze verso l'apertura del sistema della trascrizione.

Contrariamente a quanto argomentato precedentemente, parte della dottrina ha recentemente cercato di sottoporre a revisione critica l'eccezionalità delle norme sulla trascrizione immobiliare: la via più rigorosa a favore di tale apertura passa attraverso l'interpretazione non analogica ma estensiva e "costituzionalmente orientata" delle norme in tema di trascrizione immobiliare: in questo modo, secondo tale orientamento, si rispetta il divieto di cui all'art. 14 delle preleggi, adottandosi, al tempo stesso, un criterio esegetico tale "da limitare le estensioni, escludendole nei casi in cui soltanto l'identità di *ratio* le solleciti, senza ulteriore conforto né nell'ambiguità del testo né nell'evidenza di una contraddizione all'interno del sistema"¹². Seguendo tale ricostruzione, la portata concreta del dibattito fra chi ancora oggi argomenta nel senso della tassatività degli atti trascrivibili e chi travolge tale principio si riduce a ben poca cosa¹³.

Altra impostazione, invece, argomenta a favore dell'apertura proponendo una particolare interpretazione dell'art. 2645 c.c.: si afferma, contro il tenore letterale della disposizione, che per darle un preciso contenuto precettivo la trascrizione ivi prevista deve riferirsi ad atti con effetti "simili" o "assimilabili" a quelli degli atti di cui all'art. 2643 c.c.¹⁴. La prospettiva è stata efficacemente criticata, "essendo possibile", invece, individuare "atti privati unilaterali e provvedimenti, giudiziali e amministrativi, che producono gli stessi effetti" e non simili o assimilabili rispetto a quelli "dei contratti e provvedimenti di cui all'art. 2643 c.c."¹⁵. Per superare l'*impasse*, i fautori della teoria qui in analisi osservano che il riferimento, contenuto nell'art. 2645 c.c., ai "beni immobiliari o a diritti immobiliari" non sarebbe stato necessario se gli effetti della trascrizione di cui all'art. 2645 c.c. fossero gli stessi rispetto a quelli degli atti di cui all'art. 2643 c.c.¹⁶: da qui, la conclusione che la norma rinvia ad effetti simili o assimilabili.

¹¹ F. GAZZONI, *op. cit.*, 90.

¹² G. GABRIELLI, *op. cit.*, 47, 48 e 49.

¹³ Si riportano, quali esempi di tale interpretazione "estensiva", la trascrivibilità, agli effetti dell'art. 2644 c.c., del patto di riscatto o del patto di riservato dominio apposti alla compravendita immobiliare e la trascrivibilità delle vendite degli edifici non ancora costruiti o ancora in costruzione (G. GABRIELLI, *op. cit.*, 47 e 48), anche se tali esempi non appaiono, secondo altro insegnamento, affatto risolutivi della questione: nei casi in esame, invero, a favore della trascrivibilità non sarebbe necessario ricorrere all'interpretazione estensiva. In questo ultimo senso, F. GAZZONI, *op. cit.*, 134 ss., riguardo alla vendita con riserva di proprietà; 142 ss., per la vendita con patto di riscatto.

¹⁴ C. MAIORCA, *Della trascrizione degli atti relativi agli immobili (Art. 2643-2672)*, in *Commentario del codice civile, Libro della tutela dei diritti*, diretto da M. D'AMELIO e E. FINZI, *Libro della tutela dei diritti*, XXI, Firenze, 1943, 180 ss.

¹⁵ G. GABRIELLI, *op. cit.*, 46, ove talune esemplificazioni.

¹⁶ C. MAIORCA, *op. loc. ult. cit.*

In senso contrario, la superfluità del riferimento ai beni immobiliari o a diritti immobiliari, di cui all'art. 2645 c.c., "non vale a giustificare (...) l'interpretazione estensiva di un diverso frammento della disposizione stessa; a giustificare, cioè, la lettura che attribuisce alla norma il senso di imporre la trascrizione anche per atti produttivi di effetti soltanto simili a quelli indicati dall'art. 2643 c.c."¹⁷.

Per quanto fin qui trattato, può conclusivamente convenirsi che l'art. 2645 c.c. non contraddice affatto il principio della tipicità degli atti soggetti a trascrizione: quella di cui all'art. 2643 c.c. è, infatti, una tipicità che attiene agli effetti, onde qualsivoglia atto che produce tali effetti, pur al di fuori dello schema del contratto, della rinuncia abdicativa, delle sentenze e degli atti e provvedimenti previsti e suscettibili di trascrizione, può essere trascritto¹⁸.

Ulteriore tentativo volto a sottoporre a revisione critica il principio della tipicità legale assoluta degli atti trascrivibili proviene da quella dottrina¹⁹ secondo cui non possono oggi "trascurarsi i numerosi indici (...) di un sostanziale cambiamento di prospettiva da parte del legislatore" ed anche della giurisprudenza²⁰.

In un'ottica volta a superare i "dogmi" in materia di trascrizione immobiliare, la prospettiva in esame sostiene che – tenuto conto di un'indagine "storico-comparativa"²¹ – deve oggi superarsi il principio dell'eccezionalità dell'istituto della trascrizione, tenuto

¹⁷ G. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁸ F. GAZZONI, *op. cit.*, 101, ed ivi riferimenti; altre indicazioni in G. GABRIELLI, *op. cit.*, 45, nt. 5, ove anche riferimenti giurisprudenziali.

¹⁹ G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 689 ss., il quale propone una analisi storica e un'informazione comparativa aventi ad oggetto il sistema della pubblicità in generale e, in particolare, quello della trascrizione immobiliare. Da tale analisi emerge, ad avviso dell'Autore, una costante dialettica fra funzione privatistica ed interessi pubblicistici della pubblicità immobiliare, come dimostrerebbe anche l'analisi della legislazione più recente. Su tale coordinamento di interessi, in dottrina, vedi S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, I, 1, *La pubblicità in generale*, 327 ss.; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 443. Per la concezione della trascrizione come istituto di ordine pubblico, A. ZACCARIA, S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008, 9; L. FERRI, P. ZANELLI, in L. Ferri, P. Zanelli, M. D'Orazi-Flavoni, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile A. Scialoja e G. Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, Roma, 1995, 11; in seno a tale orientamento, tuttavia, parte della dottrina ritiene che l'interesse generale o pubblico si pone in posizione subordinata rispetto a quello privato (così, fra gli altri, C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, 21; P. DE LISE, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile teorico-pratico*, Novara, Milano, 1970, 9; G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XIX; Torino, 1997, 75 ss.), fino a giungere alla posizione di chi nega funzione pubblicitaria alla trascrizione (così F. GAZZONI, *op. cit.*, 35).

²⁰ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009, 37 ss. e pp. 73 ss., ove si fa riferimento all'interpretazione sistematica, assiologica, adeguatrice e costituzionalmente orientata.

²¹ G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., 40 ss.; pp. 93 ss., con particolare riguardo alle esperienze francese, belga, tedesca, austriaca, svizzera, spagnola, inglese e americana; e *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 611 ss.

altresì conto dei nuovi principi di diritto europeo dei contratti²² e del superamento del dogma della tipicità dei diritti reali²³.

Ciò è tanto vero che “l’impiego della pubblicità legale ai fini della soluzione di conflitti costituisce ormai la regola e non l’eccezione”²⁴, onde l’ammissibilità di una interpretazione sistematica per la trascrivibilità degli atti che sono carenti di disciplina tipica, allo scopo di colmare la lacuna. Si badi, inoltre, che il superamento del dogma dell’eccezionalità comporta, in questa prospettiva, anche “un mutamento di terminologia rispetto al tema che ci occupa, generalmente discusso sotto l’etichetta della «tassatività», dovendosi, invece, più propriamente parlare di «tipicità» (...). Detto in altri termini, il superamento della logica dell’eccezionalità non legittima la trascrizione di qualunque atto in relazione a qualsiasi possibile effetto giuridico, poiché il sistema della trascrizione immobiliare pur sempre improntato ad un principio di tipicità delle fattispecie trascrivibili; si tratto, soltanto, di individuare il perimetro di queste ultime sulla base della rigorosa interpretazione delle norme vigenti (...)”²⁵.

A ciò consegue che, pur ritenendosi che dall’art. 2674 *bis* c.c. derivi un *favor* per il soddisfacimento delle domande di trascrizione, dovendosi ritenere “gravi e fondati” i “dubbi sulla trascrivibilità”²⁶, l’ampliamento sarebbe possibile in forza di un ben preciso processo interpretativo, che non esclude l’analogia²⁷, e che si basa sul filtro selettivo dell’opponibilità ai terzi o diritto di seguito²⁸, almeno per quanto riguarda le formalità pubblicitarie che rientrano nel novero della c.d. pubblicità dichiarativa: dall’art. 2645 c.c. si desume, nell’ottica di tale Autore, una presunzione di trascrivibilità²⁹ secondo il filtro, appunto, dell’opponibilità.

In tal modo, l’art. 2645 c.c. diviene espressione di un principio generale nel sistema della trascrizione immobiliare, onde la possibilità di estendere l’ambito di operatività di tale formalità ad effetti diversi rispetto a quelli di cui all’art. 2644 c.c.³⁰.

Altro recente studio argomenta in termini di specialità del sistema della trascrizione. Dopo l’analisi dei capisaldi entro cui si articolano le teoretiche di Coviello e Gazzoni³¹, si afferma che l’accentuazione del principio della tipicità legale assoluta, nell’ambito della pubblicità dichiarativa, è dovuta alla grande autorevolezza dei suoi massimi sostenitori; al timore, quasi ossessivo, dell’utilizzo dell’analogia (la quale, all’opposto, potrebbe essere, secondo quanto dallo stesso Autore chiarito, ben controllata e ponderata); e, infine, al

²² Id., *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., 38.

²³ Id., *op. ult. cit.*, 51 ss.

²⁴ Id., *Pubblicità legale e trascrizione immobiliare tra interessi privati e interessi pubblici*, cit., 742.

²⁵ Id., *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., 50-51.

²⁶ Id., *op. ult. cit.*, 165 ss.

²⁷ Id., *op. ult. cit.*, 292 ss.

²⁸ Id., *op. ult. cit.*, 437.

²⁹ Id., *op. ult. cit.*, 207 ss.

³⁰ Id., *op. ult. cit.*, 309 ss., ove l’analisi della trascrizione con efficacia di pubblicità notizia oppure di quella: degli acquisti *mortis causa*; delle convenzioni matrimoniali; delle domande giudiziali; degli acquisti a titolo originario; dei vincoli; dell’atto di riscatto; dei negozi preparatori.

³¹ G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010, 1-20.

mancato adattamento del modo di intendere il ruolo della trascrizione rispetto ad un preciso contesto storico, come quello attuale³².

La trascrizione, poi, non farebbe eccezione alla regola di cui all'art. 1376 c.c., ma con il principio consenso traslativo ben si concilierebbe³³, tenuto conto che la priorità della formalità trascrittiva, se toglie efficacia reale alla prima cessione, non elimina affatto gli effetti obbligatori della seconda. Altri indici di tale "conciliazione" sono individuati negli artt. 2834, 2650 e 1362 c.c.³⁴.

Considerato poi che, secondo tale Autore, le regole circolatorie, a differenza di quelle di diritto comune, sono dinamiche³⁵ e che tale dinamicità non è controbilanciata da una disciplina ricca di disposizioni (quelle sulla trascrizione sono, infatti, regole definite "povere"), considerato il significato polifunzionale della menzione ed evidenziata un'accezione più ampia del concetto di dichiaratività, si conclude che le norme sulla trascrizione hanno il carattere della specialità e non quello dell'eccezionalità³⁶.

Da qui, alcune importanti conseguenze:

1) in alcuni casi la pubblicità notizia potrebbe rafforzare l'esito della trascrizione nella sua funzione tipica³⁷;

2) sarebbe possibile l'utilizzo dell'analogia, sempre che sia bilanciata dalle esigenze di certezza e completezza³⁸.

Da ultimo, la dottrina qui in rassegna riferisce che, allo scopo di realizzare una sorta di "proporzionalità" dell'intera materia della trascrizione, è necessario riferirsi al c.d. paradigma della normalità, quale variante dell'interpretazione sistematica³⁹.

L'indagine sin qui svolta rappresenta il necessario presupposto per lo studio della *ratio* sottesa all'art. 2657 c.c., oggetto del paragrafo che segue.

3. Titolo idoneo alla trascrizione.

Secondo l'art. 2657, comma 1, c.c. la trascrizione non si può eseguire se non in forza di una sentenza, di un atto pubblico o di una scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente⁴⁰. Tale disposizione deve essere coordinata, a livello

³² Id., *op. cit.*, 20 ss.

³³ Id., *op. cit.*, 24 ss.

³⁴ Id., *op. cit.*, 32 ss.

³⁵ Id., *op. cit.*, 41 ss.

³⁶ Id., *op. cit.*, 52-61.

³⁷ Id., *op. cit.*, 66-79.

³⁸ Id., *op. cit.*, 80.

³⁹ Id., *op. cit.*, 85-92.

⁴⁰ Sulla questione avente ad oggetto l'autenticità del titolo della trascrizione fondamentali sono i saggi di G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 585 ss., e di E. FABIANI e M. LEO, *L'autenticità del titolo e la trascrizione nei registri immobiliari*, *ivi*, 2018, 50 ss.: tali analisi sono imprescindibile allo studio delle problematiche qui indagate. V., inoltre, G. GABRIELLI, *Idoneità dei titoli al fine della pubblicità immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 53; C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1943, 131.

Si badi che l'art. 2657 c.c. va interpretato, sul piano applicativo, con gli artt. 2699 e 2703 c.c., onde la competenza generale del notaio sull'atto pubblico: v., in luogo di tanti, G. MARICONDA, *Atto pubblico*, in *Enc.*

interpretativo, con l'art. 1350 c.c., il quale prescrive, com'è noto, che determinate categorie di contratti devono rispettare la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata a pena di nullità. La forma è imposta dalla legge al fine di giuridicizzare l'operazione contrattuale, divenendo, così, requisito essenziale dell'atto.

Per adempiere all'onere della trascrizione, invece, l'art. 2657 c.c. pretende un requisito in più, ovvero che l'atto sia anche autentico, onde la forma scritta e l'autenticità rappresentano le condizioni oggettive affinché possa procedersi all'adempimento della formalità trascrittiva.

Il coordinamento in esame può, almeno in astratto, apparire contraddittorio: si argomenta, con autorevolezza, che il meccanismo descritto sarebbe persuasivo solo "se la trascrizione dovesse garantire l'inattaccabilità dell'atto trascritto; ma se invece essa non ne attesta che la esistenza, e non ne ricopre i vizi, è chiaro che logicamente dovrebbe bastare la forma necessaria all'esistenza dell'atto. Certo la scrittura autentica presenta maggiori garanzie di quella privata: ma perché non renderla addirittura obbligatoria per l'esistenza dell'atto traslativo? Se il legislatore italiano volle la forma scritta per gli atti traslativi e costitutivi di diritti reali, appunto per preparare la via alla trascrizione, perché fermarsi a metà, invece di esigere per l'esistenza stessa dell'atto quella forma che si voleva per la trascrizione?"⁴¹.

Per superare tale *impasse*, deve convenirsi, aderendosi ad una attenta dottrina⁴², che l'art. 2657 c.c. prescrive i soli requisiti del documento che attesta il fatto storico del mutamento giuridico oggetto di trascrizione⁴³. Da qui, la distinzione fra il titolo – inteso quale causa giuridica dei detti mutamenti – necessario per adempiere all'onere della trascrizione ed i requisiti del documento da presentare al conservatore, quelli indicati, appunto, dall'art. 2657 c.c. Ecco, allora, che il legislatore non avrebbe richiesto una forma dell'atto necessaria per la sua validità ed una diversa per la trascrizione: "l'autenticità", infatti, "non è una forma dell'atto, ma un requisito del documento"⁴⁴, onde "compito della

giur., IV, Roma, 1988, 2 ss.; S. TONDO, G. CASU, A. RUOTOLO, *Il documento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 1 ss.

⁴¹ N. COVIELLO, *Della trascrizione*, I, Napoli (rist.) 2012, 458; U. NATOLI, *Trascrizione*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1971, 195 ss., argomenta che nella disposizione qui in commento si ravvisa una non proficua commistione fra due possibili significati, ovvero il riferimento al titolo che può anche significare il richiamo al documento.

⁴² L. FERRI, P. ZANELLI, in L. FERRI, P. ZANELLI, M. D'ORAZI-FLAVONI, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile A. Scialoja e G. Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna, Roma, 1995, 374 ss.

⁴³ Si richiama, a sostegno di tale distinzione, la teoria di F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181.

Si prescinde, in questa sede, dall'analisi dell'ampia questione vertente sull'oggetto della trascrizione. Per un'esauriente sintesi, di recente, vedi F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI, F. GAZZONI, I, t. I, Torino, 2012, 62 ss., il quale aderisce alla teoria di cui al testo. *Contra*, per tutti, G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2012, 23, nt. 1. È evidente, infatti, che il valore del titolo per la trascrizione indicato dall'art. 2657 c.c. non può essere sopravvalutato fino al punto tale da farlo coincidere con l'oggetto stesso della trascrizione.

⁴⁴ L. FERRI, P. ZANELLI, *op. cit.*, 376.

norma dell'art. 2657 c.c.", lo si ribadisce, "è soltanto quello di indicare i requisiti del documento da presentarsi insieme alla nota"⁴⁵.

Ciò chiarito, occorre ora analizzare la funzione dalla disposizione di cui all'art. 2657 c.c.: essa si lega all'idea della "certezza legale", principio che di per sé permea tutto il sistema delle trascrizioni, iscrizioni, annotazioni e cancellazioni⁴⁶. Un'autorevole dottrina, a tal proposito, distingue la certezza legale, cioè quella che crea l'obbligo di assumere come certo l'enunciato dell'atto, da quella notiziale, che implica solo conoscibilità giuridica. Le fattispecie che rientrano nell'ambito della prima categoria sono, per la funzione da esse svolte, tassative ed eccezionali. Tali sarebbero, sempre in quest'ottica, anche la trascrizione e l'iscrizione⁴⁷.

A favore della tassatività del titolo della trascrizione si è di recente espressa anche quella teoria che ricostruisce il sistema della trascrizione in termini di specialità (e non già di eccezionalità) e ammette, entro limiti ben precisi, l'uso dell'analogia⁴⁸. L'impostazione, di per sé, potrebbe apparire in contrasto con la tassatività del titolo di cui all'art. 2657 c.c.

Per superare la difficoltà, si distingue il titolo della trascrizione dagli effetti che da quest'ultima derivano, legati alla nozione di opponibilità. Il primo, essendo riconducibile alla certezza legale, sarebbe sempre informato al principio della tassatività. Diversamente deve dirsi, secondo tale impostazione, per quanto riguarda la seconda, nei confronti della quale l'analogia sarebbe ammissibile, seppur entro limiti ben precisi: si osserva, a tal proposito, che nel caso in cui "si possa porre un problema di opponibilità per un titolo cui si colleghino effetti non espressamente previsti dall'art. 2643 c.c., ma ragionevolmente riportabili ad esso, l'applicazione analogica sarà possibile, essendo in questo caso la certezza legale del titolo dipendente dal problema civilistico dell'opponibilità"⁴⁹.

Un dato, allora, appare pacifico. La maggioranza degli interpreti, anche quelli che ricostruiscono in termini di massima apertura il sistema delle formalità trascrittive, concordano con l'idea della tassatività del titolo soggetto a trascrizione, ex art. 2657 c.c.

Ma vi è di più. L'elencazione di cui all'art. 2657 c.c. ha un minimo comune denominatore: si tratta di documentare con fede privilegiata la provenienza delle dichiarazioni rese in atto, onde, per unanime interpretazione dell'art. 2657 c.c. coordinato con gli artt. 2699 e 2703 c.c., alla competenza generale del notaio ai fini del ricevimento e

⁴⁵ G. GABRIELLI, *op. cit.*, 24.

⁴⁶ E. FABIANI e M. LEO, *op. cit.*, 57 ss., ove ampia trattazione. Si badi, inoltre, che nel secolo scorso "la massiccia critica a cui le nuove scienze" sottoposero "l'idea stessa della verità finì col far breccia nella scienza del diritto". Dalla c.d. verità si passò alla più plausibile idea della certezza dei fatti giuridicamente rilevanti e dichiarati dai procedimenti amministrativi: così, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 472, a cui si deve il maggior contributo nello studio della certezza pubblica. Vedi, anche, ID., *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. giur.*, I, Milano, 1958, 222 ss.; ID., *Certezza pubblica*, *ivi*, VI, Milano, 1960, 769 ss. Altre indicazioni di dottrina in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 850 ss., 857.

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *op. loc. cit.*

⁴⁸ G. BARALIS, *Il titolo*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI, F. GAZZONI, III, *Formalità trascrittive e procedimento. Trascrizione mobiliare. Intavolazione*, Torino, 2014, 115 ss.

⁴⁹ G. BARALIS, *Il titolo*, *cit.*, 115 ss.

dell'autenticazione degli atti negoziali si affianca quella specifica degli altri pubblici ufficiali, di volta in volta indicata dalla legge per determinate e tassative categorie di atti giuridici⁵⁰. La *ratio* sottesa alla emanazione dell'art. 2657 c.c. è, dunque, chiara: la competenza generale del notaio ai fini indicati dalla norma si giustifica in relazione alla sicurezza dei traffici giuridici, finalità, questa, di ordine generale e di natura pubblicistica propria del sistema della trascrizione immobiliare⁵¹.

Si tratta di una nozione di sicurezza legata non solo alla salvaguardia delle esigenze di tutela proprie dell'alienante (la c.d. sicurezza dei diritti, connessa, di per sé, ai principi *nemo plus iuris trasferre potest quam ipse habet* e *resoluto iuris dantis et resolvitur ius accipientis*), quanto alla protezione dei terzi acquirenti e, quindi, dei traffici giuridici (c.d. sicurezza dinamica dei traffici, su cui si fonda il sistema della trascrizione quale eccezione ai detti principi propri degli acquisti a titolo derivativo).

In tale ambito si pone la disciplina del titolo della trascrizione, la cui formazione è rimessa, per competenza generale, al notaio che svolge un adeguato controllo di legalità, capacità e legittimazione delle parti: in particolare, egli identifica le parti dell'atto, per documentarne la provenienza; verifica la legittimazione delle stesse, ovvero sia la sussistenza dei poteri di rappresentanza e accerta la loro capacità. Pone in essere, nel crisma della legalità, un filtro effettivo, escludendo dalla pubblicità gli atti per i quali non risulti accertata la conformità alla legge, onde svolge una funzione fondamentale di ausilio del conservatore dei registri immobiliari, tenuto altresì conto della sua terzietà e imparzialità. Ma, soprattutto, egli è responsabile dell'attività che svolge sul piano della diligenza professionale ed è tenuto a pagare i danni, a titolo di responsabilità contrattuale, per il caso di inadempimento.

Il controllo notarile di legalità, capacità e legittimazione appare, allora, di fondamentale importanza⁵², onde la giusta distinzione fra l'atto notarile, caratterizzato da un controllo preventivo di legalità sostanziale, dagli atti in cui tale controllo preventivo è assente, ove il relativo potere viene ricondotto al conservatore. Si pensi al caso delle sentenze straniere automaticamente riconosciute in Italia, oppure a quello dei provvedimenti giudiziari con cui viene accertata l'autenticità della sottoscrizione di scritture

⁵⁰ G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., 585 ss., ove una trattazione storica e comparativa volta a dimostrare l'assunto di cui qui al testo: dall'evoluzione dell'istituto della trascrizione dalle origini francesi, alla legge belga, al codice civile dell'Italia unita a quello oggi in vigore, l'indagine si dipana sino allo studio dei sistemi dei libri fondiari, ovvero quello tavolare italiano e il sistema *Torrens* e, infine, quello di *Land Registrations*.

⁵¹ Ancora, G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit., 587.

⁵² Per quanto riguarda, invece, il c.d. "dovere di consiglio" del notaio, quale fattispecie di natura giurisprudenziale legata alla prestazione di adeguata informazione e di consulenza giuridica in ordine all'atto da redigere, v., diffusamente *infra*, il § 7 di questo studio. In dottrina, per tutti, M. D'AURIA, M. RIZZUTI, *La responsabilità civile dell'avvocato e del notaio*, in *Giur. it.*, 2014, 1, 184 ss. e, soprattutto, lo Studio n. 77-2020/C, *Dovere di consiglio e responsabilità notarile*, di C. CACCAVALE e F. LENZI, approvato dalla Commissione studi civilistici il 30 marzo 2021 e dal Consiglio nazionale del notariato il 13 maggio 2021.

private, ove il giudice “non verifica la sussistenza della legittimazione e dei poteri di rappresentanza, il cui controllo deve allora essere rimesso (...) al conservatore”⁵³.

Come chiarito, in sintesi, “il meccanismo che giustificerebbe tale conclusione sembra arieggiare quello bettiano di eccedenza di valore assiologico dell’atto notarile rispetto agli altri titoli, ma notoriamente la tesi bettiana riconduce tale fenomeno ai principi generali del diritto, il che non è nel caso nostro, e, soprattutto, può arguirsi che proprio la competenza generale del notaio si fonda sulle qualità speciali della sua funzione che non appartengono ad altre competenze particolari e ciò giustifica proprio, per queste ultime, l’eccezionalità del loro intervento e il loro minor impegno funzionale”⁵⁴.

4. Ammissibilità degli accordi sui trasferimenti immobiliari nella separazione e nel divorzio.

Occorre ora analizzare la fattispecie sostanziale di riferimento, quella riguardante la questione dell’ammissibilità degli accordi – in vista della separazione (consensuale omologata) e del divorzio su domanda congiunta – aventi ad oggetto i trasferimenti immobiliari (o quelli riguardanti i diritti reali, o altre situazione giuridiche, equiparate ai fini della trascrizione)⁵⁵.

Lo scopo di questa indagine sarà quella di presentare al lettore una breve rassegna di dottrina e giurisprudenza per puri fini conoscitivi: oggi, invero, appare incontrovertibile

⁵³ G. PETRELLI, *Pubblicità legale e trascrizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 739 ss.

⁵⁴ G. BARALIS, *Il titolo*, cit., 125-126.

⁵⁵ Si veda, in linea di primo approccio e senza a pretesa di completezza, G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 2007, 1417 ss.; L. MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio*, in *Riv. not.*, 2000, 317 ss.; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, 181 ss.; ID., *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta*, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 771. V., inoltre, V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema di diritto privato*, Milano, 2002, 340 ss., il quale ritiene ammissibile una intesa traslativa tra i coniugi, purché siano rispettati gli oneri formali e le prescrizioni di legge imposte a pena di nullità, riprodotta nel verbale d’udienza. Conforme, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, *Contenuti e disciplina*, Milano, 1999, 1267, ove ampia bibliografia. Tale A. critica la tesi (sostenuta da A. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. not.*, 604; ID., *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, *ivi*, 1992, 604) “di chi, giocando sull’equivoco di riferire gli effetti traslativi al decreto d’omologazione anziché al consenso delle parti, pretenderebbe dare argomenti dal carattere tassativo delle norme che attribuiscono effetti costitutivi alle sentenze (art. 2908, c.c.), rilevando come il provvedimento di omologa non sia ascrivibile a tale novero, in quanto avente la veste di mero decreto, per giunta non dichiarato espressamente idoneo dalla legge a produrre effetti costitutivi”. Di questo Autore si v., inoltre, ID., *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 3 ss.; ID., *I trasferimenti immobiliari nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 155 ss. V., inoltre, T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001, *passim*; P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Not.*, 2005, 622 ss.; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, 159 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 375.; G. DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l’interesse del coniuge*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 219 ss.; ID., *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, *passim*, per quanto riguarda, più in generale, i rapporti fra autonomia privata e rapporti familiari.

l'ammissibilità di simili negozi, là dove il vero problema, come si chiarirà, si sposta sul piano delle modalità con cui si effettuano le formalità trascrittive, con particolare riguardo alla individuazione del titolo idoneo, ex art. 2657 c.c., alla trascrizione.

Per evitare il riferimento ad eccessive configurazioni teoriche, tenuto conto di un dibattito talmente ampio da non poter essere sintetizzato con completezza in questa sede, riferiremo, qui di seguito, solo gli orientamenti richiamati dalle Sezioni unite nella sentenza alla quale, in qualche modo, ci stiamo continuamente riferendo nel corso del presente studio.

La tesi più restrittiva si fonda sul tenore letterale degli artt. 4, comma 16, l.n. 898 del 1970, 158 c.c. e 710, 711 c.p.c., per affermare che tali accordi non potrebbero avere ad oggetto un contenuto diverso da quello "necessario" (per es.: l'affidamento e il mantenimento dei figli, comprese le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale; l'assegnazione della casa; il diritto al mantenimento del coniuge), onde l'esclusione dell'ammissibilità di quelli sui trasferimenti immobiliari, che potranno, se del caso, essere ricevuti solo dal notaio⁵⁶.

In base ad altra impostazione, invece, tali negozi sarebbero ammissibili attraverso una struttura bifasica: l'assunzione dell'obbligo di trasferire, oggetto dell'accordo, e la redazione dell'atto notarile in esecuzione dell'obbligazione assunta; in tal modo, in questa seconda fase obbligatoria, si potranno evitare errori che solo il notaio sarà in grado di rilevare, con riguardo al controllo formale e sostanziale e con riferimento specifico alle questioni connesse alla trascrizione⁵⁷. Quello sommariamente accennato, vale la pena riferirlo, è anche l'indirizzo seguito da parte della giurisprudenza di merito: la prassi dei Tribunali, invero, ha da tempo redatto protocolli atti a rendere efficace tale procedura.

Infine, le Sezioni unite riferiscono un ultimo orientamento, quello di maggiore apertura, che ammette la configurabilità, nel nostro ordinamento giuridico, di un contratto tipico di definizione della crisi nei suoi aspetti patrimoniali, come sarebbe dimostrato dal dato letterale di cui all'art. 4, comma 16, l.n. 898 del 1970 e dall'art. 711 c.p.c.⁵⁸.

È noto però, vale la pena ricordarlo, che le configurazioni sulla qualificazione di tali accordi sono molto più articolate rispetto allo schema proposto, ma per ragioni di economia di esposizione in questa sede non saranno trattate nella loro completezza argomentativa⁵⁹.

⁵⁶ Indicazioni di dottrina in L. MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio*, cit., 317 ss., a cui si rimanda per la completezza dell'indagine.

⁵⁷ Per tutti, F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, I, t. 1, cit., 556, il quale, però, correttamente afferma che "è evidente allora che il contenuto dell'accordo più plausibilmente sarà quello di un obbligo a contrarre e più precisamente di un obbligo di dare in senso stretto e non già di un obbligo preliminare, come ritiene la giurisprudenza". Per la giurisprudenza di merito, v., per tutte, Trib. Milano 21 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 600 ss.; Trib. Milano 6 dicembre 2009, in *Fam. dir.*, 2011, 937; Trib. Napoli 16 aprile 1997, in *Fam. dir.*, 1997, 420; Trib. Firenze 7 febbraio 1992, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 731; Trib. Firenze 29 settembre 1989, in *Riv. not.*, 1992, 595. Oltre alla giurisprudenza di merito, v. Cass. 17 giugno 2006 n. 11342.

⁵⁸ Si tratta della prospettiva, ben nota, di G. OBERTO, esposta in tutte le opere citate *supra* nt. n. 1.

⁵⁹ Solo per completezza è utile qui ricordare che in dottrina sono state proposte altre letture della vicenda indagata, a partire da quella della atipicità di tali accordi, onde la necessità di valutarne il profilo della

Quanto, invece, all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, le Sezioni unite richiamano i precedenti giurisprudenziali sull'ammissibilità di simili negozi, a partire dagli anni Sessanta⁶⁰, Settanta⁶¹ e Novanta⁶², fino ai nostri giorni.

In particolare e sinteticamente, si segnala la giurisprudenza di legittimità che:

a) ammette l'atto traslativo *una tantum* come adempimento dell'obbligo di mantenimento fra coniugi e nei confronti dei figli, con funzione solutorio-compensativa e conseguente applicabilità, se del caso, dell'art. 2932 c.c.⁶³;

b) ritiene ammissibile l'azione revocatoria contro simili accordi, sul presupposto della loro ammissibilità⁶⁴;

c) distingue il contenuto essenziale dell'atto da quello eventuale: solo in quest'ultimo rientrerebbero i trasferimenti immobiliari⁶⁵;

d) ammette, sul piano fiscale, simili accordi, ai fini dell'applicabilità delle relative agevolazioni⁶⁶.

meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. (indicazioni in L. MATTIANGELI, *op. loc. cit.*, nt. 17; v. A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 530) e quello della loro configurabilità quali atti traslativi *una tantum*, intesi come adempimento in unica soluzione dell'obbligo legale di mantenimento (la tesi della causa solutoria, come causa esterna, riconducibile all'idea del c.d. pagamento traslativo): indicazioni in G. TRAPANI, *op. loc. cit.*, nt. 21). Vi è poi chi qualifica sotto il profilo causale tali accordi come donazioni (indicazioni in G. TRAPANI, *op. loc. cit.*, nt. 13 e in L. MATTIANGELI, *op. loc. cit.*, nt. 15), ma non tiene conto che, a ben vedere, nei negozi qui indagati può, in concreto, essere assente l'*animus donandi* e non considera che non è unanime l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, del contratto preliminare di donazione. Il tutto a voler tacere l'analisi dei problemi legati alla eventuale applicabilità, al caso che ci occupa, delle norme sulla revocazione della donazione, di quelle sulla riduzione e sulla collazione e, infine, di quelle riguardanti l'obbligo alimentare. Vi è, ancora, la tesi che accosta l'accordo qui indagato alla transazione (indicazioni in G. TRAPANI, *op. loc. cit.*, nt. 16 e in L. MATTIANGELI, *op. loc. cit.*, nt. 16), ma sottovaluta il fatto che nel primo negozio sono assenti proprio le reciproche concessioni alla base del tipo contrattuale transattivo e non tiene conto del fatto che l'efficacia preclusiva della transazione è incompatibile con la revisione delle condizioni di separazione (artt. 710 e ss. c.p.c.). Secondo E. RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Id.*, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 228 ss.; *Id.*, *Negozi giuridico e dichiarazioni di volontà relativi ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1183 del 1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, 1088 ss., gli accordi in esame sarebbero qualificabili come negozi determinativi degli obblighi legali, onde, in estrema sintesi, qualificabili quali negozi di accertamento.

⁶⁰ Cass. 12 giugno 1963 n. 1594.

⁶¹ Cass. 27 ottobre 1972 n. 3299.

⁶² Cass. 11 novembre 1992 n. 12110.

⁶³ Nei rapporti fra coniugi, v., per tutte, Cass. 15 maggio 1997 n. 4306; *contra*, Cass. 8 marzo 1995 n. 2700. Riguardo al mantenimento nei confronti dei figli, v., per tutte, Cass. 23 settembre 2013 n. 21736. Cass. 21 febbraio 2006 n. 3747.

⁶⁴ Cass. 25 ottobre 2019 n. 27409; Cass. 15 aprile 2019 n. 10443; Cass. 5 luglio 2018 n. 17612; Cass. 10 aprile 2013 n. 8678; Cass. 13 maggio 2008 n. 11914; Cass. 14 marzo 2006 n. 5473; Cass. 26 luglio 2005 n. 15603; Cass. 23 marzo 2004 n. 5741 e Cass. 12 aprile 2006 n. 8516, per quanto riguarda la revocatoria fallimentare.

⁶⁵ Cass. 30 agosto 2019 n. 21839; Cass. 19 agosto 2015 n. 16909.

⁶⁶ Cass. 3 febbraio 2016 n. 2111; Cass. 28 giugno 2013 n. 16348; Cass. 30 maggio 2005 n. 11458; Cass. 28 ottobre 2003 n. 16171; Cass. 22 maggio 2002 n. 7493.

Tutto ciò induce le Sezioni unite alla conclusione secondo cui “è indifferente nella giurisprudenza di questa Corte la modalità con la quale il regolamento di interessi avvenga, purché esso sia diretto a garantire un soddisfacente assetto dei rapporti fra le parti (...) in tempi ragionevoli che consentano di chiudere la crisi al più presto, quanto meno sul piano economico”. Ecco allora che, sempre secondo le dette argomentazioni delle Sezioni unite, la natura negoziale di tali accordi deve considerarsi pacifica: si tratta di pattuizioni atipiche, ex art. 1322, comma 2, c.c., ammissibili anche attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata, ex artt. 2, 3, 41 Cost. e il giudice può sindacarne, attraverso un controllo esterno, entro i limiti della liceità.

Al di là da ogni approfondimento in merito al controllo c.d. “esterno” sull’accordo, esercitato dal giudice, o meglio, dal cancelliere, su cui si fanno salve le considerazioni che emergeranno nel prosieguo del presente studio, un dato appare allora incontrovertibile: sul piano della tipicità sociale tali negozi appaiono, oggi, ammissibili, a prescindere dall’adesione all’una o all’altra delle teorie riferite.

Il vero problema – quello su cui è necessario approfondire – è legato alle formalità della trascrizione, prima fra tutte la individuazione del titolo idoneo alla realizzazione di tale segnalazione, la cui analisi costituirà oggetto dei paragrafi che seguono.

5. Trascrizione del verbale di separazione consensuale.

Quando dalla sostanza si passa alla forma, invero, occorre domandarsi se il verbale di separazione consensuale costituisca titolo idoneo alla trascrizione. In termini generali e prima dell’intervento delle Sezioni unite, la dottrina si è interrogata se il verbale di separazione costituisca titolo idoneo alla trascrizione o se, invece, occorra attendere l’omologazione del Presidente del Tribunale, sempre ai detti fini⁶⁷.

A prescindere dalla riconducibilità del verbale di udienza presidenziale, nell’ambito delle competenze del cancelliere ovvero a quelle del Presidente del Tribunale⁶⁸, un primo orientamento conferisce ad esso natura di atto pubblico ex art. 2699 c.c., come tale trascrivibile a sensi e per gli effetti dell’art. 2657 c.c.⁶⁹. La teoria è messa in dubbio da chi – richiamando l’art. 1 dell’ordinamento notarile, secondo il quale “i notari sono ufficiali

⁶⁷ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, 1, 553.

⁶⁸ Sulle quale emergono svariate formulazioni; nel primo senso, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, IV, 1964, 343, il quale ritiene che il giudice svolga una funzione di cooperazione. Afferma, invece, che il verbale esprima una indivisibile attività certificativa di cancelliere e giudice, Cass. 21 marzo 1962 n. 581, citata da G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 1275, ove ampia bibliografia.

⁶⁹ Occorre ricordare che a norma dell’art. 130 c.p.c. il verbale è redatto dal cancelliere sotto la direzione del giudice. La sua natura di atto pubblico è confermata, secondo G. OBERTO, *op. loc. ult. cit.*, dal contenuto normativo degli artt. 57, comma 1, c.p.c.; 44, disp. attuative c.p.c.; 126, cpv., c.p.c.; ID., *I trasferimenti immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 167. In giurisprudenza, Trib. Palermo 18 gennaio 1981, in *Giur. merito*, 1982, 814; Trib. Firenze 6 gennaio 1982, in *Riv. not.*, 1982, 197; Cass. 25 maggio 1966 n. 1344, in *Giust. civ.*, 1967, I, 385; Cass. 8 marzo 1988 n. 2349, in *Giust. civ. Mass.*, 1988; Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, 417; Trib. Pistoia 1 febbraio 1996, in *Riv. not.*, 1997, 1421. In dottrina, G. GABRIELLI, *Il diritto di abitare la casa già familiare, dopo la dissoluzione della famiglia*, in *Vita not.*, 1997, 1282; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 394.

pubblici istituiti per ricevere gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne, le copie, i certificati o gli estratti” e attribuendo ad esso la natura di norma eccezionale – afferma che la competenza a ricevere e attribuire agli atti pubblica fede spetta, in via esclusiva, ai notai, fatte salve le deroghe previste per legge⁷⁰.

D'altra parte, se il verbale fosse atto pubblico, il Presidente del Tribunale sarebbe obbligato, sul piano procedimentale, egli stesso a trascrivere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2671 c.c.⁷¹, con esiti, inevitabilmente, assurdi sul piano applicativo.

Si potrebbe obiettare che l'obbligo di trascrivere compete al cancelliere, come argomentano le Sezioni unite, cui spetterebbe il compito di redigere il verbale a norma dell'art. 130 c.p.c., ma è evidente che egli è un mero ausiliario del giudice, che, fra l'altro redige il verbale sotto la sua direzione (qualcuno afferma che l'atto è formato “sotto sua dettatura”).

Esclusa la natura di atto pubblico, parte della dottrina ha percorso la via della scrittura privata accertata giudizialmente⁷², ma in tal modo si “pretende di dare vita ad un accertamento implicito ed atipico del tutto sconosciuto al codice di rito, considerando che il decreto di omologazione non ha di certo questa funzione”⁷³, tenuto, altresì, conto che l'accertamento giudiziale presuppone, per sua logica, il contrasto fra le parti in lite sulla provenienza del documento in questione, contrasto non ipotizzabile nel caso di specie.

Si osserva che il verbale di separazione potrebbe essere trascritto perché il relativo decreto di omologazione costituisce titolo idoneo per l'iscrizione dell'ipoteca⁷⁴: è stato correttamente osservato, in senso contrario, che “così ragionando si dimenticherebbe (...) che questa possibilità è l'esito di una sentenza additiva della Corte costituzionale, che ha ravvisato disparità di trattamento e quindi violazione dell'art. 3 Cost., nel fatto che in caso di separazione giudiziale la sentenza è, appunto, titolo per detta iscrizione (art. 156, comma quinto, c.c.). Nel caso di attribuzioni immobiliari non è viceversa possibile ipotizzare disparità di trattamento alcuna, sicché non potrà negarsi la necessità della ripetizione notarile”⁷⁵.

Pertanto, anche se si ritiene che l'accordo di separazione abbia natura sostanziale e non processuale (come argomentano le Sezioni unite)⁷⁶, non per questo potrà parlarsi di atto pubblico suscettibile di trascrizione, dovendosi ripetere l'atto di fronte al notaio.

⁷⁰ Fra i tanti, S. VAGLIO, *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per trasferimenti immobiliari fra coniugi*, in *Fam. dir.*, 1994, 686. Sul punto, v., in posizione diversa rispetto a quella qui sostenuta, lo studio di Studio n. 571-2016/C di M. KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22 novembre 2016 e dal CNN il 15-16 dicembre 2016.

⁷¹ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, 1, 555, il quale ritiene tale conseguenza palesemente assurda.

⁷² A. DORIA, *Autonomia privata e “causa familiare”*, cit., 383.

⁷³ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, 1, 556.

⁷⁴ G. GIACOBBE, P. VIRGADAMO, *Il matrimonio, 2, La separazione e il divorzio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2011, 226.

⁷⁵ F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ È utile qui ricordare che secondo un diverso orientamento la sequenza accordo coniugale-omologazione perfezione una fattispecie complessa (v., per tutti, P. PAJARDI, *La separazione dei coniugi nella giurisprudenza*, Milano, 1989, 440; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, Torino, 1987,

È evidente, allora, che, come suggerito da autorevole dottrina, il contenuto dell'accordo più ragionevolmente sarà quello di un obbligo di contrarre (obbligo di dare in senso stretto) e non già di un obbligo preliminare, come discutibilmente intende la giurisprudenza di merito⁷⁷.

Non va, inoltre, sottovalutato che le condizioni di separazione possono essere riviste ex art. 710 e la rinuncia preventiva alla revisione è nulla. Come si concili questa rivedibilità con l'attribuzione *una tantum* è difficile comprendere e il dubbio è accresciuto dal fatto che quando il legislatore ha voluto disciplinare le attribuzioni *una tantum* l'ha tipicamente previsto (art. 4, comma 8, l.n. 898 del 1970). I coniugi, allora, non potrebbero derogare, nella redazione dell'accordo, all'art. 710 c.p.c.⁷⁸.

Infine, resta il problema della validità di simili accordi e del controllo che solo in notaio potrà svolgere adeguatamente e congruamente, come nel prosieguo di questa indagine argomenteremo più diffusamente.

Appare evidente, in sintesi e secondo il nostro punto di vista, che i coniugi sarebbero ben più tutelati attraverso un accertamento notarile, tanto più che il notaio risponde personalmente del proprio operato sul piano della diligenza professionale.

Oltre tutto, poiché secondo le Sezioni unite la trascrizione segue l'omologazione, resterebbe privo di tutela il periodo di tempo che intercorre dalla sottoscrizione del verbale fino all'omologazione, onde il proprietario dell'immobile trasferito potrebbe disporre a terzi, i quali, trascrivendo in data anteriore rispetto alla data della trascrizione del decreto omologativo, potrebbero vanificare il contenuto dell'accordo di separazione.

Per evitare la diversità di trattamento fra situazioni eguali sul piano sostanziale – le condizioni del divorziato, del coniuge separato giudizialmente e di quello separato consensualmente risultano identiche ai fini della trascrizione del titolo qui indagato – residua una soluzione chiara e inequivoca: al verbale si attribuirà carattere negoziale

1084; M. BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi*, in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, 10; A. DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare"*, Milano, 1996, 328). Rappresentando il verbale un coelemento della fattispecie, che acquista efficacia solo in seguito all'omologazione, è quanto mai sostenibile, nell'ottica dell'orientamento in esame, la revocabilità dell'accordo fino a tale momento, al verificarsi del quale occorrerebbe curare la trascrizione.

A diverse conclusioni si perviene, invece, aderendosi all'altro orientamento, maggioritario in dottrina e seguito dalle Sezioni unite, secondo il quale la vicenda in esame va qualificata come fattispecie sottoposta a condizione sospensiva. In questa ipotesi, invero, l'esistenza di una intesa vincolante, di cui l'omologazione rappresenta una concausa di efficacia, o forse meglio, un elemento estraneo al *nomen iuris*, ma rilevante sul piano degli effetti, non essendo revocabile sarebbe automaticamente trascrivibile, sempre che siano soddisfatti gli oneri di forma di cui all'art. 2657, c.c. (A. FALZEA, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 1943, 85 ss.; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, III, Torino, 1957, 442; E. GIACOBBE, *Sulla revocabilità del consenso nella separazione consensuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 698; M. BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi*, in *Novissimo digesto italiano*, XVII, Torino, 1970, 10; F. TEDESCHINI, *Omologazione*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 87; F. CARNELUTTI, *Natura della separazione consensuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1936, II, 153; A. MORACE PINELLI, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano, 2001, 163).

⁷⁷ F. GAZZONI, *op. cit.*, I, 1, 556.

⁷⁸ Ancora F. GAZZONI, *op. cit.*, I, 1, 557.

sostanziale, ma, al tempo stesso, si dovrà negare che il relativo atto pubblico costituisca titolo idoneo, sul piano formale, alla trascrizione, con conseguente necessità di ripetere l'atto innanzi al notaio, il quale, *ex art. 2671 c.c.*, avrà poi l'obbligo della trascrizione.

In via alternativa, qualora la suddetta ricostruzione dovesse essere persuasiva, occorrerà ragionare sull'eventualità di confidare sull'effetto prenotativo della eventuale trascrizione del ricorso di separazione consensuale: secondo la configurazione qui seguita, invero, il contenuto dell'accordo è quello di un obbligo di contrarre, o meglio di obbligo di dare in senso stretto, onde la trascrizione di tale domanda giudiziale potrà essere curata in forza dell'*art. 2652 n. 2 c.c.*, ma l'orientamento non è poi così pacifico in dottrina⁷⁹.

6. Trascrizione del verbale di comparizione personale dei coniugi nel divorzio su domanda congiunta.

Quanto sopra criticamente argomentato a proposito della trascrizione del verbale di separazione consensuale omologata avente ad oggetto i trasferimenti immobiliari è destinato a valere anche per le formalità trascrittive da realizzarsi con riguardo al verbale di comparizione personale dei coniugi nel divorzio su domanda congiunta, qualora si ragioni nell'ordine di idee riconducibile alle Sezioni unite: dalla lettura della più volte citata sentenza, invero, emerge nitida la concezione fondata sull'unità "dogmatica", pur nella differenza strutturale, fra separazione consensuale omologata e divorzio su domanda congiunta: si osserva, a tal proposito, che al di là della disciplina legislativa e della struttura delle fattispecie, i due procedimenti avrebbero in comune il tratto della consensualità, onde andrebbero accomunati anche riguardo alla risoluzione dei problemi legati alla trascrizione dei relativi verbali⁸⁰.

Le Sezioni unite ribadiscono, in forza degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., la concezione privatistica dell'accordo di separazione consensuale omologata, inteso quale atto negoziale, di cui l'omologazione è concausa esterna di efficacia e non già coelemento perfezionativo della fattispecie: tale qualificazione è replicata anche riguardo al divorzio su domanda congiunta, sminuendosi, così, la circostanza che la sentenza tragga a sé l'accordo, o, forse meglio, che quest'ultimo sia trasfuso nella prima.

A ciò consegue, sempre secondo il ragionamento delle Sezioni unite, che la sentenza di cui all'*art. 4, comma 16, della l.n. 898 del 1970* dovrà essere intesa, almeno con riferimento alle condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, non già quale "attività

⁷⁹ Approfondimenti in G. FREZZA, *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Cod. civ. comm.* P. Schlesinger, Milano, 2014, 321 ss.

⁸⁰ Recente trattazione e riferimenti in F. CAMPIONE, *Divorzio su domanda congiunta, attribuzioni patrimoniali e tutela dei creditori del coniuge, Profili processuali e sviluppi applicativi*, Pisa, 2022, 7 ss.; ID., *Separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta, tra orientamenti di legittimità e prospettive di riforma*, in *www.judicium.it*; ID., *Divorzio su domanda congiunta e trasferimenti immobiliari: questioni processuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, in corso di pubblicazione. Tale A., nelle tre opere citate, evidenzia critiche molto ben articolate, a cui rinviamo per gli approfondimenti, all'orientamento espresso dalla Sezioni unite, confluendo nell'idea secondo cui la sentenza di divorzio su domanda congiunta tragga a sé il verbale.

cognitiva e decisoria *stricto sensu*”, ma come “volontaria giurisdizione, alla stregua del decreto di omologa emanato nell’ambito del procedimento di separazione consensuale”⁸¹.

Deve, tuttavia, osservarsi che parte, anche autorevole, della dottrina tende ad escludere che l’ipotesi di cui all’art. 4, comma 16, l.n. 898 del 1970 possa essere intesa come la tipizzazione del divorzio per mutuo consenso: anche in questo caso, invero, il giudice costituisce l’effetto, con sentenza, valutando il venir meno della convivenza materiale e spirituale fra gli sposi e rapportando tale determinazione in relazione alle cause indicate dall’art. 3 della l.n. 898 del 1970⁸².

Altro, allora, è l’accertamento, svolto con attività giurisdizionale, di un diritto alla modificazione giuridica consistente nello scioglimento del vincolo, altro è omologare il consenso dei coniugi, verificandone la sola compatibilità con gli interessi dei figli. Ecco perché, in alcune decisioni la Cassazione ha ribadito la natura decisoria del provvedimento emesso in sede di divorzio su domanda congiunta perché incidente su diritti soggettivi⁸³. Secondo questa prospettiva, in sintesi, il provvedimento in esame avrebbe natura costitutiva e funzione decisoria⁸⁴.

Tante altre considerazioni potrebbero svolgersi a sostegno della prospettiva da ultimo riferita, certamente molto rigorosa e legata ad una logica decisamente formalista, ma tali approfondimenti sono certamente superflui tenuto conto dell’oggetto del presente studio, onde la necessità di rinviare agli studi specialistici già citati.

Per quanto qui rileva, invece, occorre osservare che:

a) se si aderisce alla tesi delle Sezioni unite sulla natura omogenea del procedimento di divorzio su domanda congiunta, i problemi di trascrizione, come già detto, saranno gli stessi affrontati nel paragrafo precedente, a cui rinviamo;

b) se, invece, si ritiene esatta la configurazione opposta, riguardo alle formalità trascrittive occorrerà attendere la sentenza di divorzio per curarne la relativa segnalazione, dovendosi, di per sé, escludere l’autonoma rilevanza, ai fini della pubblicità, dell’accordo conseguente al divorzio su domanda congiunta.

L’opponibilità ai terzi dell’acquisto immobiliare potrebbe allora essere tardiva *ex art.* 2644 c.c., quante volte il coniuge già proprietario dell’immobile disponga, oltre che a favore dell’altro coniuge, anche riguardo ai terzi nel periodo di tempo che intercorre fra la data del

⁸¹ F. CAMPIONE, *Separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta, tra orientamenti di legittimità e prospettive di riforma, op. loc. ult. cit.*

⁸² Così, nella manualistica, F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2019, 319; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 760; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2006, 126 ss. V., inoltre, A. GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 246; F. CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 419. *Contra*, per tutti, A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 128.

⁸³ Cass. 7 dicembre 2011 n. 26365, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1686.

⁸⁴ Per tutti, C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 281 ss.; C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 128. *Contra*, per tutti, F. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 798; R. RUSSO, *La nuova legge sul divorzio: prime riflessioni su alcuni aspetti processuali*, in *Dir. fam. pers.* 1988, 477. Articolata bibliografia in F. CAMPIONE, *Separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta, tra orientamenti di legittimità e prospettive di riforma, op. loc. ult. cit.*, a cui si rinvia.

ricorso su domanda congiunta e la sentenza del giudice che recepirebbe, nel senso chiarito, l'accordo.

L'unico strumento che potrebbe tutelare il coniuge destinatario del trasferimento immobiliare potrà essere, allora, la trascrizione della domanda giudiziale, ex art. 2652 n. 2 c.c., così avvalorandosi la tesi, poco sopra riferita, secondo cui nei casi in esame il contenuto di simili accordi più plausibilmente sarà quello di un obbligo a contrarre e più precisamente di un obbligo di dare in senso stretto, onde la fondatezza di una struttura bifasica delle fattispecie normative indagate.

Il problema della trascrizione della domanda giudiziale, si badi, si fonda sull'interpretazione in qualche modo adeguatrice dell'art. 2652 n. 2 c.c.⁸⁵, che, come noto, si riferisce più genericamente alla trascrivibilità delle domande di esecuzione in forma specifica dell'obbligo, così legale come convenzionale, a contrarre. Si tratta di un ragionamento simile, *mutatis mutandis*, a quello sotteso alle segnalazioni da realizzarsi per i ricorsi di separazione e divorzio contenenti la domanda di assegnazione della casa familiare, pur se in tal ultimo caso deve parlarsi del sorgere un diritto personale di godimento trascrivibile ex art. 337 *sexies* c.c. e pur se la relativa questione non appare oggi affatto incontrovertibile⁸⁶.

⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 495: "la teoria dell'interpretazione si configura quale analisi corretta, approfondita, circostanziata del caso concreto inserita nella realtà socio-normativa sì da individuare la normativa più adeguata da applicare al caso, mediante un bilanciamento di valori giuridicamente rilevanti"; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in ID., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Collana Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, Napoli, 2006, 371 ss. e ora anche in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, cit., p. 199 ss., spec. 262 ss., ove, in particolare, si osserva che "il principio, o la norma, di rilevanza costituzionale diviene parte integrante della normativa applicata e l'adeguatezza (o conformità) si pone piuttosto tra la normativa e la *quaestio facti*. La normativa diventa il risultato di una ricerca nel sistema – nella sua unitarietà, ma al tempo stesso frutto di pluralità di fonti –, della disciplina più congrua e ragionevole possibile: quella che, nella fattispecie concreta, possa far vivere la giustizia improntata alle indicazioni costituzionali. Qui si radicano le ragioni della esortazione alla proporzionalità, alla ragionevolezza e persino all'equità".

⁸⁶ In sintesi, in assenza di una norma tipica, la giurisprudenza del passato ha proposto un'interpretazione sistematica in "forza dei principi desumibili dagli artt. 2652 e 2653 c.c." e ciò allo scopo di colmare "una lacuna dell'ordinamento, in totale contrasto con le esigenze di tutela del coniuge assegnatario" (Trib. Venezia 20 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 262; Trib. Milano 26 aprile 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 699. Aderiscono all'orientamento Trib. Ascoli Piceno 17 ottobre 2002, in *Rep. Foro it.*, 2004, v. *Trascrizione*, n. 29; Trib. Genova 3 maggio 2001, in www.affidamentocondiviso.it). La dottrina che aderisce a tale orientamento argomenta che il legislatore "nell'istituire la trascrizione dell'assegnazione della casa familiare, abbia automaticamente integrato le previsioni di cui all'art. 2643 (*Atti soggetti a trascrizione*)" e abbia allo stesso modo integrato "la norma di cui all'art. 2652 (*Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione*) o, quantomeno, di cui all'art. 2653 (*Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti*) c.c." (A. FRACCON, *Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 670). In senso contrario, una decisione del merito, ribadendo che "la trascrizione delle domande giudiziali assolve a funzioni diverse, tra di loro del tutto eterogenee", afferma che, in astratto, "solo la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre o della domanda diretta ad ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private in cui è contenuto un atto soggetto a trascrizione o iscrizione, di cui all'art. 2652, nn. 2 e 3, c.c." sia "strumentale ad anticipare gli effetti, di cui

7. Controllo del cancelliere sul contenuto dell'accordo: criticità e ricadute pratiche.

Si tratta ora di analizzare un aspetto specifico della fattispecie sostanziale qui indagata, con particolare riguardo al controllo svolto dal giudice, *rectius*: dal cancelliere, sul contenuto di tali accordi.

Vale la pena riportare tre passaggi riconducibili alle argomentazioni delle Sezioni unite: si osserva che “il giudice svolge unico controllo esterno sull'accordo, attesa la sua natura negoziale e in ragione del superamento della nozione istituzionale della famiglia, fatti salvi i diritti indisponibili”; si specifica successivamente che appare “pacifica [la] natura negoziale di detti accordi equiparabile alle pattuizioni atipiche”. Ciò comporta che “nessun sindacato [potrà] esercitare il giudice”, onde, per esigenze di celerità, si assiste ad una “rilevata assenza di profili di illiceità di tali contratti”.

Il tutto, sempre secondo le Sezioni unite, si giustifica attraverso una lettura costituzionalmente orientata della vicenda e, in particolare, attraverso il richiamo agli artt. 2, 3 e 41 Cost.

Il richiamo a questa impostazione, però, deve essere adeguatamente approfondito.

Se è vero, infatti, che l'autonomia negoziale oggi poggia sui principi di libertà che la caratterizzano, è anche certo che essa, come autorevolmente insegnato, può soccombere di fronte alle esigenze di natura assiologica del sistema ordinamentale⁸⁷. Essa è strumento di realizzazione dei valori e dei principi che innervano la nostra Costituzione, la quale

all'art. 2644 c.c., della trascrizione degli atti di cui all'art. 2643 c.c.”, norma nella quale viene fatta rientrare anche l'assegnazione (Trib. Pisa 27 febbraio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 737).

Per superare tale *impasse*, si osserva che “il provvedimento di assegnazione ha (...) un'evidente rilevanza circolatoria ai fini di cui all'art. 2644 c.c., sicché si è del tutto al di fuori dell'ipotesi di diritto potestativo seguito da sentenza, come nel caso della servitù coattiva. Ne consegue che la domanda potrà essere trascritta solo se rientrante a pieno titolo nella previsione dell'art. 2652 n. 2 c.c., se, cioè, si ipotizza un obbligo a contrarre (F. GAZZONI, *La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. GABRIELLI e F. GAZZONI, II, Torino, 2014, 113.) Tale sarebbe l'obbligo dei genitori di procurare un tetto ai loro figli, nella fase patologica del *menàge* familiare, “onde il genitore proprietario che non conviverà con i figli, pur se l'affidamento sarà condiviso, è obbligato per legge a garantire tale continuità, mediante, innanzi tutto, la stipula di un atto di godimento, legato, temporalmente, all'autosufficienza economica dei figli stessi”; atto condizionato sospensivamente, e con esplicita menzione della condizione, al provvedimento di assegnazione e “la cui natura è quella sessa del c.d. definitivo, in punto di *titulus-modus* e di possibile struttura unilaterale”. In un altro scritto (G. FREZZA, *Casa familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, II, *Separazione - Divorzio*, Milano, 2011, 1763) sono state rivolte critiche articolate alla autorevole prospettiva qui in analisi, a cui l'A. ha risposto in F. GAZZONI, *La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, cit., 115 ss.

⁸⁷ P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 15 ss.; seguito da F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato Perlingieri*, Napoli, 2008, 1 ss.; M. PENNASILICO, *Art. 1322*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. PERLINGIERI, Napoli, 2011, 372 ss.; L. MEZZASOMA, *Meritevolezza e trasparenza nei contratti finanziari*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2018, 181.

rappresenta, dunque, lo strumento conformativo dell'attività individuale ai valori primari dell'ordinamento⁸⁸.

La cogenza delle norme costituzionali svolge i suoi effetti sull'autonomia, dovendosi escludere l'ammissibilità dei comportamenti discrezionali, onde, al di là della nozione di meritevolezza sottesa al contratto atipico a cui si voglia aderire (utilità sociale; liceità, distinzione fra giudizi di meritevolezza e di liceità; idoneità dell'atto ad assurgere a tipo contrattuale)⁸⁹, volendo ragionare nel senso indicato dalle Sezioni unite, deve dirsi che nell'ottica autorevole della concezione che lega la meritevolezza ad una lettura costituzionalmente orientata della vicenda giuridica indagata, tale controllo dovrà essere effettuato caso per caso, come rispondenza di qualsivoglia atto, anche tipico e non solo atipico, ai principi (ad es. di proporzionalità e adeguatezza⁹⁰), ai valori (costituzionalmente rilevanti) e alle norme inderogabili, onde non si comprende il ragionamento seguito dalle Sezioni unite là dove escludono la necessità, da parte del giudice, di svolgere tale sindacato e concludono con l'asserzione secondo cui gli accordi qui indagati siano caratterizzati da una "rilevata assenza di profili di illiceità".

Fra l'altro, lo si ripete, tale controllo di meritevolezza dovrebbe essere svolto, sempre nella logica delle Sezioni unite, non dal giudice (e, più in particolare, dal Presidente del Tribunale), ma dal cancelliere, che pertanto andrebbe a sostituirsi, anche in quest'attività, alla funzione svolta dal notaio, con esiti criticabili.

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, 70; ID., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 242; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 334 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 332 ss.; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 787 ss.; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 271 ss.; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 131 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in ID., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 112 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti ed il « principio della massima attuazione della Costituzione »*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 807 ss. Sui rapporti fra autonomia e norme costituzionali, pur nelle diverse impostazioni, v., in luogo di tanti, F. GALGANO, *Negozi giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 948; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; P. RESCIGNO, *Autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 15 ss.

⁸⁹ Sulle varie accezioni in merito alla nozione di meritevolezza, v. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 795 ss. Per la dottrina che intende la meritevolezza come liceità, v., in luogo di tanti, G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 8 ss.; V. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 118 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 324 ss. Distinguono, invece, liceità e meritevolezza, C.M. BIANCA, *Contratto europeo e principio causalista*, in *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di Studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Milano, 2005, 401 ss.; P. PERLINGIERI, P. FEMIA e G. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2021, 72. Secondo F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 62 ss., il principio di meritevolezza è l'idoneità del tipo negoziale ad assumere le vesti di strumento regolatore degli interessi dei privati, onde non rileva sul piano della causa ma su quello del tipo contrattuale.

⁹⁰ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 4 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 84 ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli, 2011, 85 ss.

Il cancelliere sarà, inoltre, tenuto a svolgere, oltre a quello di meritevolezza, anche il c.d. controllo “esterno” (così, almeno, lo definiscono le Sezioni unite), il che però ingenera, almeno secondo il nostro punto di vista, una serie di interrogativi a cui è davvero difficile dare una risposta fondata sui principi di certezza e sicurezza dei traffici giuridici propri del sistema della trascrizione immobiliare, con particolare riguardo alla formazione del titolo idoneo alla trascrizione.

Occorre, ad esempio, indagare se esista l’obbligo per il cancelliere avente ad oggetto l’accertamento dell’identità personale dei componenti e la risposta ci appare, all’evidenza, negativa: difficilmente, invero, si potrà attribuire all’ausiliario del giudice l’ambito di accertamento riservato dalla legge al solo notaio, ex art. 49 l.n. 89 del 1913.

A ciò si aggiungano gli esiti pratici connessi alle difficoltà, per il cancelliere stesso, di confrontarsi con le problematiche relative alla vigente normativa urbanistica⁹¹: ad esempio, in caso di trasferimento di terreni troverà applicazione l’art. 30 d.P.R. n. 380 del 2001, diversamente nell’ipotesi in cui si trasferiscano edifici si dovrà fare riferimento all’art. 46, commi 1 e 5 *bis* del medesimo d.P.R. o l’art. 40, comma 2, l.n. 47 del 1985, o l’art. 2, comma 58, l.n. 662 del 1996, onde la necessità di prevedere, a pena di nullità, la menzione degli estremi del titolo abitativo; della concessione in sanatoria o permesso in sanatoria; della domanda del condono; e, infine, del silenzio assenso.

Non vanno, poi, taciute le problematiche connesse con l’applicazione, ai trasferimenti in esame, delle complesse regole sulle prelazioni legali, quali quelle artistica, ereditaria, agraria e urbana, su cui è evidente la competenza del solo notaio⁹².

Né appare di secondaria importanza la circostanza che per il notaio la giurisprudenza ha elaborato la figura del c.d. dovere di consiglio del cliente, quale specificazione del dovere di diligenza professionale (art. 1176, comma 2, c.c.) e dell’obbligo di eseguire il contratto di prestazione d’opera professionale secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), con tutto quanto consegue in punto di responsabilità per il caso di inadempimento: egli è, dunque, tenuto a fornire un’adeguata informazione e a svolgere un’attività di consulenza giuridica in ordine all’atto da redigere, dovere che ovviamente non potrà essere ricondotto, neppure in via interpretativa, all’attività svolta dal cancelliere⁹³.

Tutto ciò premesso, occorre ora studiare le conseguenze pratiche riconducibili all’omissione di tali menzioni, da cui deriva, come noto, la sanzione della nullità e le sorti dell’atto nel caso in cui si ravvisi una carenza meno grave che possa giustificarne la conferma. Poiché tale potere non potrà mai essere esercitato dal cancelliere, può essere opportuno, sul piano astratto, indagare se in questo caso possa intervenire il notaio⁹⁴.

⁹¹ Li elenca perfettamente A. FERRARI, *Separazione e divorzio: trasferimenti immobiliari*, in *Vita not.*, 2009, 1137 ss.

⁹² Ancora A. FERRARI, *op. cit.*, 1150 ss. e ivi ampia bibliografia.

⁹³ Ampia trattazione e riferimenti sono rinvenibili nell’accurato Studio n. 77-2020/C, *Dovere di consiglio e responsabilità notarile*, di C. CACCAVALE e F. LENZI, approvato dalla Commissione studi civilistici il 30 marzo 2021 e dal Consiglio nazionale del notariato il 13 maggio 2021.

⁹⁴ Approfondimenti in L. MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi e nel divorzio*, in *Riv. not.*, 2000, 317 ss.; A. FERRARI, *Separazione e divorzio: trasferimenti immobiliari*, in *Vita not.*, 2009, 1137 ss. V., inoltre, la risposta al Quesito n. 516-2007/C, di C. LOMONACO.

Deve, tuttavia, in senso contrario rammentarsi che, secondo pacifica interpretazione⁹⁵, il notaio non può, come appare logico, rettificare una sentenza del giudice e non costituisce ostacolo a tale preclusione la circostanza che quello qui in esame sia un provvedimento avente natura diversa dalla sentenza (il verbale di separazione consensuale omologata e quello di divorzio su domanda congiunta)⁹⁶. Ecco allora che se l'accordo contenuto nel verbale fosse carente – si pensi all'ipotesi in cui un dato catastale risultasse errato – il notaio non avrebbe la competenza in merito alla rettifica. Né, ovviamente, un simile potere potrebbe essere accordato in capo al cancelliere, onde, da questo punto di vista, gli esiti pratici riconducibili all'impostazione delle Sezioni unite appaiono decisamente discutibili e ciò avvalorata la tesi, sostenuta nel presente studio, della necessaria presenza del notaio nella redazione di simili atti.

Occorre, ancora, indagare quale sia il regime di responsabilità del cancelliere: è stato, a tal proposito, efficacemente precisato che "l'attribuzione di un controllo di legalità al cancelliere non risulta in alcun modo assistita da garanzie di responsabilità, come invece avviene per lo speciale regime di responsabilità professionale e disciplinare del notaio, rafforzato in base all'art. 28 della legge notarile, norma cui la stessa sentenza, peraltro, fa un necessario riferimento. Il cancelliere non assume, né potrebbe assumere, alcuna responsabilità in merito al controllo svolto a garanzia della validità, certezza e stabilità del trasferimento immobiliare nei confronti dei terzi aventi causa"⁹⁷. Fra l'altro, non potendosi applicare al caso in esame, come chiarito, l'art. 2671 c.c., va da sé che non è possibile configurare, in capo al cancelliere, l'obbligo della trascrizione. È evidente, allora, che tale formalità varrà solo quale onere per le parti: da qui, l'interrogativo su quali siano gli effetti dell'eventuale mancato adempimento di tale onere. Si intravedono, ad esito di questi semplici interrogativi, criticità con particolare riferimento al principio di continuità di cui

⁹⁵ Si veda, per gli approfondimenti, lo Studio n. 618-2010/C, est. M. LEO, *Osservazione sulla rettifica degli atti "certificata" dal notaio*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 dicembre 2010 e il *Quesito n. 20-2012/E e 342-2012/C*, est. E. Fabiani, *Precedenti in merito alla possibilità di rettificare con atto notarile provvedimenti giudiziari*. Sul punto vale anche la pena ricordare che secondo Cass. 9 giugno 2017 n. 14498, in *Foro it.*, 2017, I, 3674, "costituisce illecito disciplinare, trattandosi di atto contrario all'ordine pubblico in quanto invasivo delle funzioni dell'autorità giudiziaria, l'autenticazione, da parte del notaio, di scrittura privata diretta alla modificazione di un provvedimento giurisdizionale, quale il decreto di trasferimento pronunciato dal giudice delegato in una procedura concorsuale".

⁹⁶ È fatta salva, ovviamente, la possibilità di confermare, convalidare o rinnovare l'atto del cancelliere, scelta comunque rimessa al prudente apprezzamento e valutazione del notaio in relazione alla specificità del caso concreto. Quanto detto vale, a maggior ragione, qualora si aderisca alla tesi che qualifica il verbale quale atto pubblico; prospettiva qui negata ma sostenuta, come già indicato, anche dallo Studio n. 571-2016/C di M. KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 22 novembre 2016 e dal CNN il 15-16 dicembre 2016). Da questo ultimo punto di vista, si vedano: CNN, *Quesito n. 27-2016/C del 19 febbraio 2016, Atto di convalida per omessa allegazione del certificato di destinazione urbanistica* e *Quesito 59 – 2019/P del 19 aprile 2019, Atto di conferma ex art. 29, comma 1 ter, l. 52/1985 e verbale di conciliazione*.

⁹⁷ M. LABRIOLA, *Trasferimenti per separazioni. Errato affidarsi ai cancellieri*, in *Il sole 24ore*, 12 agosto 2021, 21.

all'art. 2650 c.c.⁹⁸ e, di conseguenza, con riguardo alla sicurezza dei traffici giuridici su cui si fonda, come chiarito, l'art. 2657 c.c. e l'intero sistema della trascrizione.

Nell'analisi delle problematicità emergenti con riguardo alla c.d. funzione di controllo svolta dal cancelliere deve, inoltre, segnalarsi una questione pratica particolarmente rilevante. Si analizzino i casi di trasformazione in proprietà degli alloggi edificati su aree già concesse dal Comune in diritto di superficie con apposita convenzione ex l.n. 865 del 1971, nonché le convenzioni di rimozione dei vincoli di prezzo massimo relativi agli alloggi realizzati su aree concesse dal Comune in superficie o in proprietà con apposita convenzione ex l.n. 865 del 1971.

Al di là dell'analisi delle novità introdotte, in tale materia, dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che all'art. 22 *bis* prevede una serie di modifiche al testo dell'art. 31 commi 47, 48 e 49 *bis* della l.n. 448 del 1998, (pubblicato in *G.U.* 30 luglio 2021, *Serie generale*, n. 181)⁹⁹, deve rilevarsi che nel caso in cui i beni oggetto di tali convenzioni ricadano nell'accordo di cui al verbale di separazione consensuale omologata, il coniuge che otterrà il bene a seguito di tale trasferimento dovrà essere messo a conoscenza che, nel caso in cui decidesse, in futuro, di alienare il bene stesso, l'acquirente potrebbe domandargli la rimozione dei due vincoli. Si badi, poi, che mentre il primo (cioè quello riguardante la superficie) è una mera facoltà, la rimozione del secondo è, di fatto, un vero e proprio obbligo, a meno che si decida di rivendere il bene a "prezzo imposto". Aspetti, quelli qui volutamente sintetizzati, che sono

⁹⁸ Può essere utile qui ricordare che il carattere "personale" del sistema della trascrizione immobiliare è intimamente collegato alla tipicità della stessa e tale funzione, a sua volta, è la conseguenza immediata del principio del consenso traslativo di cui all'art. 1376 c.c. Il primo dei detti collegamenti può creare incertezze in ordine alle segnalazioni pubblicitarie: dal carattere personale discende, infatti, che ogni acquirente di un diritto reale immobiliare o di altro diritto equiparato a fini pubblicitari deve sempre verificare tutte le trascrizioni curate a favore e contro il proprio dante causa.

Il legislatore ha, allora, previsto una norma che introduce quella che solo latamente può essere considerata una "sanzione" per l'inadempimento dell'onere della trascrizione e cioè il principio della continuità, introdotto dall'art. 2650 c.c., con il quale si cerca di assicurare, almeno a livello teorico, tale principio. In base alla regola in esame, "chi consulta i registri potrà risalire nel tempo da un acquirente ad un altro, fino all'originario proprietario, costituendo tali soggetti una sorta di *catena* i cui anelli sono costituiti, appunto, dai singoli trasferimenti. Ove la catena fosse spezzata, cioè a dire un trasferimento restasse occulto, la consultazione dei registri immobiliari non sarebbe più possibile, perché, essendo, come detto, il sistema basato sulle persone, il difetto di trascrizione impedirebbe di risalire al precedente dante causa. Chi consulta i registri potrebbe infatti trovare trascritto in favore di un soggetto e contro un altro un dato acquisto ma potrebbe poi non trovare trascritto in favore di costui l'acquisto precedente. In tal modo, egli, ove intendesse a sua volta acquistare, non avrebbe più certezza in ordine ai passaggi di proprietà del bene e rischierebbe di soccombere nel conflitto con un terzo ai sensi dell'art. 2644 c.c., norma non a caso richiamata dall'art. 2650 c.c." (per tutti F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, I, t. II, cit., 400, ove ampi riferimento di dottrina e di giurisprudenza).

La chiave di lettura dell'art. 2650 c.c. è non solo il contenuto del primo o del secondo comma, quanto il rinvio all'art. 2644 c.c.: la risoluzione dei conflitti fra più aventi causa da un comune autore verrebbe, a nostro avviso, messa a dura prova qualora si accogliesse l'orientamento delle Sezioni unite.

⁹⁹ Sul punto, si veda l'interessante indagine condotta da G.M. ANTONELLI, *Emergenza COVID-19. DL governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza: commento all'art. 22 bis del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, modificativo dei commi 47-48 e 49 bis dell'art. 31 della legge 448/1998*, CNN notizie, n. 150 del 5 agosto 2021.

all'evidenza di competenza esclusiva dei notai e che solo quest'ultimo potrà trattare con la dovuta preparazione.

Un'ultima questione va doverosamente segnalata. Le Sezioni unite pongono l'accento sulla previsione, nella materia che qui ci occupa, di "protocolli" predisposti dai Tribunali d'intesa con i Consigli locali degli ordini degli avvocati, ma sul punto deve rilevarsi – ancora una volta criticamente – la carenza di una previsione legislativa tipica, emanata nel rispetto della riserva di legge di cui agli artt. 97, comma 3, e 117 Cost.: la sentenza, in buona sostanza, va persino ad incidere, sostanzialmente, su materie regolate da riserva di legge.

8. Nullità dell'accordo: criticità.

Vale, inoltre, la pena trattare il problema della nullità.

Le Sezioni unite richiamano, a tal proposito, l'art. 29, comma 1 *bis*, l.n. 52 del 1985, a norma del quale "gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari".

Ad avviso delle Sezioni unite la disposizione contempla un'ipotesi di nullità testuale *ex art. 1418 c.c.*, invalidità ancorata, peraltro, alla carenza di dati oggettivi e non riconducibile al soggetto che compie l'accertamento, il che risulterebbe ulteriormente "confermato dal fatto che l'unico riferimento al notaio non è sanzionato dalla nullità"¹⁰⁰.

A ciò consegue che, sempre in tale impostazione, gli accordi adottati in sede di divorzio su domanda congiunta – e, per omogeneità, quelli di separazione consensuale omologata – a pena di nullità dovranno contenere le indicazioni richieste dall'art. 29, comma 1 *bis*, l.n. 52 del 1985: essendo tali accordi trasfusi nel verbale di udienza – che è atto pubblico *ex art. 2699 c.c.* perché redatto dall'ausiliario del giudice, soggetto che svolge una funzione pubblica – spetterà al cancelliere il controllo della documentazione prodotta dalle parti. Le Sezioni unite auspicano, a tal proposito, un protocollo che ciascun ufficio giudiziario potrà predisporre d'intesa con il Consiglio nazionale degli avvocati.

Si badi, per completezza, che con riguardo all'ambito di applicazione delle prescrizioni riguardanti le informazioni e le dichiarazioni catastali previste a pena di nullità, le Sezioni unite citano quella giurisprudenza che ha proposto, nel corso del tempo, un'interpretazione estensiva della disposizione normativa, applicandola anche agli atti amministrativi che

¹⁰⁰ Sul punto si veda anche Cass., sez. un., 22 marzo 2019 n. 8230.

producono i medesimi effetti, ad esempio ai trasferimenti per espropriazione e agli atti giudiziali, come nel caso di cui all'art. 2932 c.c.¹⁰¹.

Ne deriva, in definitiva, che la validità dei detti trasferimenti immobiliari presuppone l'attestazione, da parte del cancelliere, che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui alla l. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1-*bis*, onde non produce nullità del trasferimento, il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestatario catastale dei beni trasferiti e quella afferente alla conformità con le risultanze dei registri immobiliari.

L'impostazione è criticabile.

Si è, invero, soliti distinguere, nell'ambito della disposizione normativa qui indagata, due fattispecie.

La prima è afferente alla c.d. "conformità oggettiva" dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, inteso quale negozio tra vivi avente ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di diritti reali su unità immobiliari urbane. Tali atti devono contenere, lo si ripete, a pena di nullità: *a)* l'identificazione catastale; *b)* il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e *c)* la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disposizioni vigenti in materia catastale.

La seconda riguarda, invece, la c.d. "conformità soggettiva" e implica il compito del notaio di individuare, prima della stipula di detti atti, gli intestatari catastali e verificare la loro conformità con le risultanze dei Registri immobiliari. La mancanza di tali verifiche determina la sanzione della responsabilità disciplinare¹⁰².

¹⁰¹ Cass. 25 giugno 2020 n. 12654; Cass. 29 settembre 2020 n. 20526.

¹⁰² Su tali distinzioni e sulla loro portata pratica v., per tutti, l'accurato lavoro di G. PETRELLI, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, Milano, 2010; N.A. CIMMINO, *L'obbligo delle visure ipotecarie e catastali alla luce del D.l. n. 78/2010*, in *Not.*, 2011, 1, 13 e ss.

Fondamentali sono poi due circolari del CNN: *La circolazione immobiliare a seguito del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (c.d. Manovra economica). Prime note*, (di M. Leo, A. Lo Monaco e A. Ruotolo), del 28 giugno 2010, e *La legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 30 maggio 2010, n. 78 in materia di circolazione immobiliare. Novità e aspetti controversi*, (di M. Leo, A. Lo Monaco, G. Monteleone e A. Ruotolo), del 6 dicembre 2010. Si vedano, infine, tre circolari dell'Agenzia delle entrate: n. 2/2010 del 9 luglio, n. 3/2010 del 10 agosto, e n. 4/E del 14 febbraio 2011. V., inoltre, G. DI TRANSO, *La conformità catastale: casi pratici e spunti di politica del Notariato*, in <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=33/3305>.

V., anche, L. IBERATI, <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=33/3306&mn=3> e G. PETRELLI,

<http://www.gaetanopetrelli.it/catalog/documenti/00000456/Clausole%20allineamento%20catasto.pdf>, il quale specifica che la novella non si applica, ad esempio, ai seguenti casi: unità immobiliare urbana non ancora ultimata; costruzione inidonea ad utilizzazioni produttive di reddito, a causa dell'accentuato livello di degrado (unità collabente); lastrico solare; area urbana. Non si applica, invece, a particolari condizioni alle seguenti tipologie di casi: manufatto con superficie coperta inferiore a otto metri quadri; serra adibita alla coltivazione e protezione delle piante sul suolo naturale; vasca per l'acquacoltura o di accumulo per l'irrigazione dei terreni; manufatto isolato privo di copertura, tettoia di altezza utile inferiore a metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi; porcile di altezza utile inferiore a metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi; pollaio di altezza utile inferiore a metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi; casotto di altezza utile inferiore a metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi; concimaia di altezza utile inferiore a

Con riferimento alla prima, deve dirsi che gli studi notarili si sono a lungo occupati, ad esempio, della nozione di atto pubblico e quella di scrittura privata autenticata rilevante ai fini della validità dell'atto; della natura delle vicende giuridiche indagate (se, ad esempio, vi rientrano i contratti preliminari, gli atti di rinuncia, la costituzione delle servitù e i regolamenti di condominio); ma, soprattutto, gli approfondimenti sono stati redatti – con esiti fondati solo sul tecnicismo proprio della funzione notarile – sulla natura del bene che può essere oggetto dell'atto (ad esempio, fabbricati non ancora esistenti, categorie fittizie senza planimetria, posti auto rilevanti, aree scoperte pertinenziali, terrazze e lastrici, beni condominiali, multiproprietà, i fabbricati rurali).

Aspetti, quelli detti, la cui analisi è ultronea ai fini dell'indagine che qui si sta conducendo, ma fondamentali riguardo all'applicazione della sanzione della nullità dell'atto su cui, riteniamo, la preparazione del cancelliere (in funzione di controllo) non potrà mai essere sufficientemente adeguata, perché egli svolge una funzione diversa rispetto a quella del notaio. L'esito, allora, sarà quello di un controllo documentale non sufficientemente adeguato, con conseguente rischio di nullità di molti dei trasferimenti oggetto di tali accordi: poiché, come noto, l'eventuale trascrizione di un atto nullo non è in grado di sanare i vizi dell'atto¹⁰³, è facile intuire quali saranno gli effetti di tale invalidità sul principio della continuità delle trascrizioni di cui all'art. 2650 c.c., con tutto quanto consegue in punto di sicurezza e certezza.

Imbarazzante è poi il mancato rilievo, da parte delle Sezioni unite, alla questione della c.d. "conformità soggettiva": essa è trattata (e liquidata) in poche righe e, in particolare, quelle ove si argomenta che "(...) le verifiche della coincidenza dell'intestatario catastale con il soggetto risultante dai registri immobiliari, ben possono essere eseguite dal cancelliere". Si tratta, come ben noto, di una verifica delicatissima, svolta dal notaio ed avente ad oggetto un controllo sulla catena delle trascrizioni; dovendosi ricordare che, nell'ambito del più generale tema della diligenza professione, il notaio è tenuto ad un controllo spesso ultraventennale dei titoli. Un controllo che si lega al principio della continuità delle trascrizioni espresso nella regola di cui all'art. 2650 c.c., su cui si è già detto,

metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi; pozzo di profondità utile inferiore a metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi, fabbricato (simile ai precedenti) di altezza utile inferiore a metri 1,80, e di volumetria inferiore a 150 metri cubi; manufatto precario, privo di fondazione, non stabilmente infisso al suolo.

Infine possono essere utili i seguenti documenti: <http://www.notairizzitrentin.it/archives/679/la-normativa-in-materia-di-conformita-dei-dati-catastali-d-l-782010>; <https://www.notaiodimarco.com/news/la-normativa-sulla-conformita--dei-dati-catastali/8>. Sul punto v. anche lo *Studio Esecuzioni Immobiliari n. 1-2011/E. Vendita forzata e nuova normativa in materia di conformità dei dati catastali*.

¹⁰³ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., I, 1, 28, secondo il quale "(...) la trascrizione non ha funzione sanante di eventuali vizi dell'atto, in particolare quando sorga un conflitto tra più aventi causa dallo stesso autore. È regola precisa di tutti gli acquisti *a non domino* che il titolo d'acquisto deve essere perfettamente valido oltre che (astrattamente) idoneo (...)". Si citano, a tal proposito, Cass. 20 aprile 2001 n. 5894; Cass. 3 febbraio 2005 n. 2162, in *Giur. it.*, 2005, 2066.

e che rappresenta un caposaldo dell'intero sistema della pubblicità immobiliare da realizzarsi attraverso tali formalità, in punto di certezza e sicurezza.

Oltre a quanto sin qui argomentato criticamente con riguardo agli esiti pratici e applicativi dell'impostazione riconducibile alle Sezioni unite, si può aggiungere, in ultima analisi, un altro profilo, che assume toni rilevanti persino sul piano penalistico.

Si pensi alle c.d. separazioni, come dire, "simulate" e poste in essere per realizzare trasferimenti fittizi tra i coniugi, con lo scopo, ad esempio, di sottrarre i beni ai creditori, ma anche con quello di trasferire un bene di proprietà di un coniuge, indagato penalmente, a favore dell'altro, così sottraendolo da possibili futuri sequestri: in quest'ultimo caso, la funzione del notaio appare fondamentale perché egli potrebbe segnalare ai competenti organi tali operazioni sospette, come la pratica, dati alla mano, appare comprovare¹⁰⁴.

9. Trascrizione dell'accordo di negoziazione assistita e funzione notarile.

Occorre, da ultimo, analizzare il titolo necessario alla trascrizione riguardo agli accordi di negoziazione assistita e sulla funzione svolta, in tali casi, dal notaio¹⁰⁵.

Secondo l'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, "se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato" (comma modificato dall'art. 1, comma 1, l. 10 novembre 2014, n. 162, in sede di conversione)¹⁰⁶.

Come si vede, dunque, la trascrizione ha ad oggetto l'accordo di negoziazione, ma la forma autentica pretesa dall'art. 2657 c.c., al fine di adempiere all'onere trascrittivo, si riferisce, secondo la chiara disposizione legislativa, al processo verbale che lo contiene. È chiaro, però, che fra l'uno e l'altro atto, cioè fra il verbale e l'accordo (di negoziazione), non esiste una sorta di proprietà transitiva¹⁰⁷, onde è necessario che entrambi gli atti siano sottoposti al controllo notarile: il primo ai fini formali e il secondo ai fini sostanziali.

¹⁰⁴ Nel rapporto annuale della UIF del 24 giugno 2021, si legge che "il Notariato – nonostante il fisiologico decremento delle attività dovute alla crisi economica conseguente all'emergenza epidemiologica da COVID-19 – con le sue 3.329, sul totale delle 3.648 segnalazioni dei professionisti, costituisce il 91,2 per cento delle segnalazioni di operazioni sospette trasmesse nell'anno 2020. Anche nel primo semestre del 2021, nel comparto non finanziario, tra gli apporti più significativi, si evidenzia il contributo del Notariato, le cui SOS sono passate da 1.561 nel primo semestre del 2020 a 2.479 nel corrispondente periodo dell'anno appena trascorso, rappresentando, pertanto, attualmente, ben il 91,4 per cento del totale delle segnalazioni dei professionisti. Nel Rapporto annuale dell'UIF citato, è stato dichiarato altresì che il CNN rappresenta oramai il canale quasi esclusivo di invio delle segnalazioni della categoria (98,5 per cento), a dimostrazione della validità ed efficienza del sistema di trasmissione delle segnalazioni di operazioni sospette messo a punto dal CNN".

Il rapporto può essere letto, nella sua interezza, in <https://uif.bancaditalia.it/pubblicazioni/avvisi/2021/rapporto-annuale-2020/index.html>.

¹⁰⁵ G. FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex artt. 11, comma 3, d. lgs. 28/10 e 2643 n. 12 bis c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1022 ss., per gli approfondimenti.

¹⁰⁶ G. FREZZA, "Degiurisdizionalizzazione", *negoziato assistita e trascrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 18 ss.

¹⁰⁷ G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. 4 marzo 2010 n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, 543 ss.

Il notaio, infatti, non potrebbe mai apporre la forma di autentica ad un verbale sottoscritto dalle parti e dal mediatore senza aver prima verificato, con riguardo all'accordo allegato o in esso contenuto, i profili di liceità degli interessi perseguiti e ogni altro aspetto che lo svolgimento della sua funzione di pubblico ufficiale gli impone¹⁰⁸.

La necessità di dover sottoporre a controllo notarile anche l'accordo rende oscure le ragioni per cui il legislatore abbia preteso la sottoscrizione autenticata, da parte del notaio, del processo verbale che contiene l'accordo (di negoziazione, appunto): è stato correttamente osservato, a tal proposito, che "arcana" appare la ragione per cui "le parti che hanno raggiunto e stipulato l'accordo dovrebbero procedere anche alla redazione di un verbale (di cui, peraltro, non si fa parola nelle altre norme regolanti il procedimento di negoziazione) (...)"¹⁰⁹.

Occorre, di conseguenza, indagare se l'accordo costituisca titolo idoneo alla trascrizione ex art. 2657 c.c., e sul punto devono distinguersi due fattispecie, entrambe desumibili dall'art. 6, comma 2, d.l. n. 132 del 2014.

Analizziamo la prima: l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, il quale, quando ritiene che esso risponda all'interesse dei figli, lo autorizza. Poiché tale autorizzazione non conferisce certamente natura di sentenza all'atto in esame deve ritenersi operante, anche in questa ipotesi, l'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, onde la necessità di far accertare, a nostro avviso, al notaio la sottoscrizione del processo verbale di accordo, ai fini trascrittivi.

Veniamo ora all'analisi della seconda fattispecie. Se l'accordo di negoziazione non risponde all'interesse dei figli, il Procuratore della Repubblica lo trasmette entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, il quale fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo, onde deve ritenersi che l'atto da sottoporre a trascrizione, ex art. 2657 c.c., dovrà essere l'ordinanza del Presidente del Tribunale.

L'applicazione estensiva dell'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014 è stata confermata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, con una decisione che però, in qualche modo, anticipa l'intervento delle Sezioni unite in questa sede più volte criticato, ammettendo la competenza di "qualsivoglia" pubblico ufficiale, e non solo del notaio, ai fini dell'autenticità di tale titolo per la trascrizione.

Questo è il principio di diritto: "in tema di negoziazione assistita, ove l'accordo tra i coniugi comprenda il trasferimento di uno o più diritti reali su beni immobili, la disciplina di

¹⁰⁸ Secondo Cass. 2 luglio 2010 n. 15726, in *Guida al dir.*, 2010, 35, 47, infatti, "l'opera professionale di cui è richiesto il notaio non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti; (...) il notaio è tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. e della buona fede". Sulla stessa linea, in precedenza, Cass. 6 aprile 2001 n. 5158, in *Vita not.*, 2001, 953.

¹⁰⁹ I. ZINGALES, *Improcedibilità*, in F. SANTANGELI (a cura di), *La nuova riforma del processo civile*, Milano (Dike-giuridica edizioni), 2015, 91.

cui all'art. 6 d.l. n. 132 del 2014, conv. in l.n. 162 del 2014, deve integrarsi con quella di cui all'art. 5, comma 3, del medesimo d.l., per cui, per procedere alla trascrizione dell'accordo di separazione contenente un trasferimento immobiliare, è necessaria l'autenticazione da parte del pubblico ufficiale a ciò autorizzato"¹¹⁰.

Ci sembra, però, che tale sentenza sia discutibile nella parte in cui si riferisce ad un generico potere di un altrettanto generico "pubblico ufficiale", perché anche in questi casi la presenza del notaio appare necessaria ai fini dei controlli formali e sostanziali su cui si è ampiamente argomentato in questo studio.

Per la verità, una lettura più attenta della motivazione della sentenza appena citata consente di poter evidenziare, quanto meno, una contraddizione, là dove i giudici, dopo aver espresso il detto principio di diritto, non possono fare a meno di riconoscere la necessaria presenza del notaio: si conviene, invero, che "il notaio", e non un generico pubblico ufficiale, "deve attestare la coerenza dei dati catastali con le risultanze con i registri

¹¹⁰ Cass. 21 gennaio 2020 n. 1202, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 816 ss. Sulla questione vanno altresì sintetizzate alcune decisioni del giudice del merito: secondo il Tribunale di Roma, in particolare, "è trascrivibile senza riserva l'accordo di separazione raggiunto in sede di negoziazione assistita e autorizzato dal P.M., attesa l'equipollenza che si ricava dal d.l. n. 132 del 2014 con il verbale di separazione consensuale sottoscritto in Tribunale e omologato: entrambi hanno fonte pattizia e medesime finalità" (Trib. Roma 17 marzo 2017 n. 2176, in *Riv. not.*, 2017, 4, II, 831 ss. Nella motivazione si parla, inoltre, di continuità di indirizzo rispetto ai seguenti decreti: Trib. Roma 17 novembre 2015 n. 12136 e Trib. Roma 17 maggio 2016 n. 6029). Questa argomentazione è, peraltro, preceduta dalla considerazione secondo cui "l'avvocato della parte è l'unico soggetto abilitato ad autenticare l'accordo raggiunto dai coniugi che si separano in regime di negoziazione assistita": si badi però che, almeno secondo il nostro punto di vista, l'equipollenza fra accordo di negoziazione assistita autorizzato dal P.M. e verbale di separazione consensuale omologato è, all'evidenza, destinata ad operare su un piano meramente descrittivo e non già su quello della fattispecie, là dove, sotto il profilo qualificativo, altro è il decreto di omologa emesso dal Presidente del Tribunale, altro è, invece, l'intervento autorizzativo del P.M. nella negoziazione assistita. Le argomentazioni alla base di una decisione del Tribunale di Pordenone, intervenuto sulla scia di questo orientamento, (Trib. Pordenone 16 marzo 2017, in *Riv. not.*, 2017, II, 831 ss., secondo il quale "il conservatore dei RR.II. deve trascrivere senza riserva il trasferimento immobiliare che sia contenuto in un accordo di negoziazione che abbia ottenuto il nulla osta del p.m. ex art. 6, comma 2, d.l. n. 132 del 2014, giacché a tal fine non è richiesta l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un 'pubblico ufficiale a ciò autorizzato' di cui all'art. 5, comma 3 di detto d.l."), appaiono parimenti criticabili, là dove il giudice equipara l'accordo provvisto di nulla osta del P.M. ai provvedimenti giudiziali che definiscono la separazione giudiziale: questi ultimi sono sentenze, ordinanze e decreti che, essendo atti pubblici, non richiederebbero, in questa prospettiva, l'autenticazione delle sottoscrizioni ai fini della trascrizione, ex art. 2657 c.c. Deve, però, rilevarsi, in senso contrario, che, in primo luogo, l'autorizzazione del P.M. non appare idonea a svolgere alcuna funzione di autenticazione delle firme dei coniugi, trattandosi di un controllo successivo limitato al contenuto dell'atto e che, in secondo luogo, essa non può certo essere equiparata ad un provvedimento emesso dal giudice. Ecco perché è nel giusto la successiva sentenza di riforma della Corte d'appello di Trieste, secondo la quale "in materia di separazione consensuale tra coniugi, la trascrizione nei registri immobiliari delle convenzioni di negoziazione assistita richiede la previa autenticazione della sottoscrizione del processo verbale di accordo da parte di un notaio, non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati che assistono le parti" (App. Trieste 6 giugno 2017 n. 207, in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2825). Da qui, la portata generale dell'art. 5, comma 3, l. n. 162 del 2014 (di conversione del d.l. n. 132 del 2014), ai soli fini, si badi, della trascrizione con funzione di opponibilità ai terzi e della individuazione del relativo titolo (Trib. Genova 29 marzo 2016, in *Riv. not.*, 2017, II, 832 ss.; Trib. Catania 24 novembre 2015, *ibidem* e in *Foro it.*, 2017, I, 1773).

immobiliari e con lo stato di fatto dell'immobile. I dati catastali, infatti, costituiscono elementi oggettivi di riscontro delle caratteristiche patrimoniali del bene, rilevanti ai fini fiscali e l'omissione della dichiarazione di cui alla norma citata determina la nullità assoluta dell'atto, perché la norma ha una finalità pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale, conseguendone la responsabilità disciplinare del notaio, ai sensi della l. 16 febbraio 1913 n. 89, art. 28, comma 1". Ciò dimostra, a nostro avviso, che anche in questi casi la funzione di controllo del notaio risulta imprescindibile.

In mancanza di figli minorenni, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap*, ovvero di figli pur maggiorenni ma non economicamente autosufficienti, l'accordo di negoziazione potrà avere ad oggetto, da un lato, il trasferimento di diritti reali immobiliari nei rapporti fra coniugi, e, dall'altro, la costituzione di un diritto reale o personale di godimento sull'abitazione a favore di chi non è proprietario, onde la necessità di prevedere se, nel silenzio del legislatore, sia possibile individuare un meccanismo trascrittivo ai fini dell'opponibilità del relativo diritto. Tali trasferimenti immobiliari potranno avere ad oggetto una delle ipotesi di cui all'art. 2643 e ss. c.c., comprese quelle di cui agli artt. 2645 *bis* e *ter* c.c., e pertanto a quelle norme occorrerà riferirsi ai fini dell'adempimento della formalità trascrittiva. Se, ad esempio, con tale accordo si costituisse a favore di un coniuge (o ex coniuge) un diritto reale abitativo, quello di cui all'art. 1022 c.c., la norma sulla trascrizione sarà, all'evidenza, l'art. 2643 n. 4 c.c.

Riguardo ai profili formali, sorgerà, ancora una volta, il problema di individuare, ex art. 2657 c.c., quale sia l'atto da presentare al conservatore, non essendo l'accordo di negoziazione un atto pubblico, né una scrittura privata accertata giudizialmente o con sottoscrizione autentica, né, tantomeno, una sentenza. La circostanza che il comma 2 dell'art. 6 d.l. 132 del 2014 preveda che, là dove il Pubblico Ministero non ravvisi irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti necessari, non conferisce certamente natura di atto pubblico all'accordo, che è e resta atto di natura privata. Né può soccorrere, a tal proposito, l'art. 6 comma 3, d.l. 132 del 2014, in base al quale l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti della crisi familiare in esame. Tale disposizione, infatti, non è in grado di conferire all'accordo di negoziazione la natura di una sentenza, quella pretesa dall'art. 2671 c.c. ai fini della trascrizione.

Una possibile soluzione del problema può individuarsi, ancora una volta, nell'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, da cui emerge la necessità di far accertare al notaio la sottoscrizione del processo verbale di accordo, ai fini trascrittivi. Tale disposizione è specificamente prevista per l'accordo di negoziazione disciplinato nell'art. 2 del d.l. n. 132 del 2014, e quindi, sul piano formale, potrebbe escludersi che essa sia applicabile anche alle ipotesi qui in analisi, ove la negoziazione rileva in seno ai rapporti familiari. La circostanza, però, che il Capo II del d.l. in esame sia intitolato "accordo di negoziazione assistita da uno o più avvocati" fa ritenere che l'art. 5, comma 3, cit. sia regola generale applicabile a tutti i casi ivi tipizzati, onde anche a quello da ultimo esaminato.