

Separazione consensuale

TRIBUNALE DI MILANO, sez. IX, 21 maggio 2013, decr. - Pres. ed Est. Dell'Arciprete

Le parti, per effetto della loro autonomia contrattuale e della conseguente interpretazione dell'art. 711 c.p.c. e dell'art. 4, comma 16 della legge div., possono sì integrare le clausole consuete di separazione e di divorzio (figli, assegni, casa coniugale) con clausole che si prefiggono di trasferire tra i coniugi o in favore di figli diritti reali immobiliari o di costituire *iura in re aliena* su immobili: tuttavia, debbono ricorrere alla tecnica obbligatoria e non a quella reale, pena la possibile vanificazione dello strumento di tutela prescelto. Tale tecnica obbligatoria, peraltro, consente pacificamente l'applicazione dell'art. 2932 c.c. e, quindi, di porre rimedio ad eventuali inadempimenti successivi alla pattuizione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Trib. Bergamo 19 ottobre 1984; Trib. Firenze 29 settembre 1989; Trib. Firenze 7 febbraio 1992; Trib. Napoli 16 aprile 1997; Trib. Verbania 6 luglio 2002; Trib. Monza 14 ottobre 2008; Trib. Milano 16 dicembre 2009
Difforme	App. Milano 12 gennaio 2010

Premessa in fatto

M ed N contraevano matrimonio in data ... 1999, in Milano, con rito civile. Dall'unione nascevano i figli ..., tutti minorenni. In data 3 gennaio 2013, depositavano consensualmente in Cancelleria ricorso perché fosse pronunciata, tra di loro, la separazione personale, allegando la sopravvenuta intollerabilità della convivenza. In data 3 aprile 2013, comparendo dinanzi al Presidente del Tribunale, confermavano le condizioni di separazione condivise e, in particolare, prevedevano: 1) l'affidamento condiviso dei figli con collocamento presso la madre, cui assegnata la casa coniugale; 2) libero diritto di visita del padre, secondo accordi con la madre; 3) corresponsione, da parte del padre, di un assegno di mantenimento per la prole, pari ad euro 125,00 per ciascuno dei figli, da versare alla madre mensilmente. Nelle condizioni di separazione, i coniugi prevedevano, originariamente, nell'atto di ricorso, la cessione, da parte del marito in favore della moglie, della quota pari al 50% della piena proprietà del suo immobile sito in Milano alla via (già casa coniugale), con accollo da parte di entrambi del 50% del mutuo. Comparendo dinanzi al Presidente, modificavano la clausola de qua e prevedevano che N trasferisse a titolo gratuito alla moglie la proprietà superficiale per 90 anni della quota del 50% dell'appartamento coniugale sito in Milano alla via Nell'atto introduttivo del giudizio, segnalavano che la cessione della proprietà rappresentava la modalità attraverso la quale N erogava, in favore della M, il mantenimento a questa riconosciuto: in particolare, davano atto che il trasferimento avveniva "a titolo solutorio per l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento del marito nei confronti della moglie" (v. ricorso, pag. 4, clausola n. 16). L'impostazione non mutava con il trasferimento della proprietà superficiale in luogo di quella piena (v. verbale di separazione, pag. 8, clausola n. 10). Sempre in occasione dell'udienza del 3 aprile 2013, i coniugi segnalavano che nella cessione era compresa

una quota di comproprietà sull'area e su tutti i vani ed enti comuni (v. allegati relativi alla proprietà condominiale). Così precisando la comune volontà, le parti richiedevano pronunciarsi l'omologa dell'accordo di separazione. Il Presidente rimetteva gli atti al Pubblico Ministero, riservandosi di riferire in camera di consiglio.

Considerazioni in diritto

1. Legalità del contenuto negoziale dell'accordo

In via preliminare devono essere rilevate le incongruenze logico-giuridiche che si rintracciano nel tessuto negoziale sottoscritto dalle parti e che non rendono immediatamente percepibile come univoca la volontà dei coniugi. A parte ogni rilievo circa l'utilizzo improprio dei termini "piena proprietà" e "proprietà superficiale" e, dunque, in merito alla differenza tra diritto dominicale e diritto di superficie (il primo, originario oggetto del ricorso; il secondo, oggetto del verbale di separazione), deve rilevarsi come la M abbia dichiarato, ai sensi dell'art. 1665 c.c., di avere visitato l'immobile e di "sollevare il venditore" da ogni responsabilità (v. verbale di udienza, pag. 3, paragrafo quinto): in tal modo, tuttavia, le parti si sono riferite alla cessione a titolo oneroso, al cospetto di un atto essenzialmente donativo, seppur con causa mista, ed hanno chiamato in causa la disciplina del contratto di appalto, del tutto inconferente. Va comunque rilevato come, in realtà, l'equivoco utilizzo delle frasi nel ricorso e nel verbale di separazione si traduca anche in una errata prospettazione della effettiva realtà in diritto: come risulta *ad acta* (v. atto notarile versato nel fascicolo), N e M, con rogito registrato in data 17 dicembre 2003, hanno acquistato (in comproprietà) dall'Azienda Lombarda per l'Edilizia residenziale di Milano (ALER, già IACPM) "il diritto di superficie" (v. art. 1), per anni 90, a partire dal 10 ottobre 1996. Ma nemmeno la stessa Aler è la proprietaria (v. art. 9 contratto) in quanto il bene immobile è stato alla stessa ce-

duto, in diritto di superficie, dal CIMEP, giusta atto notarile del 25 novembre 1995, con immissione in possesso dal 10 ottobre 1996.

Un ulteriore problema logico-giuridico riguarda, poi, la validità negoziale dell'atto e la sua stessa opponibilità all'Azienda lombarda. L'accordo sottoscritto da cedente il diritto di superficie e superficiari, infatti, espressamente richiama, in modo cogente e vincolante, un accordo ulteriore integrante il rogito (la cd. "Convenzione" che è richiamata con il regime giuridico della *relatio* bilaterale; v., infatti, art. 8 del contratto) che le parti non hanno versato in atti e, dunque, non vi è modo di conoscere eventuali limitazioni alla legittimazione negoziale e soprattutto eventuali divieti imperativi imposti dall'ente cedente a tutela di interessi pubblici (trattandosi di edilizia sovvenzionata ed agevolata). Un'unica ma significativa limitazione si apprende, tuttavia, dalla lettura dell'art. 9 del contratto tra Aler ed acquirenti, in cui viene trascritta la clausola n. 8 della convenzione: ebbene, si tratta di un vincolo di indisponibilità poiché gli acquirenti non possono cedere a terzi il proprio diritto se non alle condizioni stabilite dalla citata convenzione. Condizioni di cui non si rintraccia alcuna menzione nell'accordo di separazione. Un limite contrattuale ulteriore si apprezza nell'art. 10: a pena di risoluzione, gli acquirenti hanno l'obbligo di "abitare effettivamente l'alloggio". A ben vedere, l'accordo di separazione entra in regime di interferenza con la disciplina pubblicistica e, soprattutto, introduce clausole dispositive del bene immobile in assenza dell'intervento dell'Azienda lombarda che, in questo modo, viene, di fatto, estromessa da una convenzione che la riguarda e privata della possibilità di porre in essere gli eventuali poteri (autoritativi o contrattuali) di competenza. In un quadro quale quello così ricostruito, non è affatto possibile portare a termine, in modo soddisfacente, il controllo di legalità dell'accordo che, anzi, allo stato dà esito negativo, per tutti i motivi segnalati.

2. Legittimità del trasferimento del diritto reale in sede di separazione consensuale

Inoltre il Collegio non può non rimarcare come lo stesso si ponga in insanabile contrasto con l'indirizzo espresso da questa sezione, a partire dal 6 marzo 2009. Questo Tribunale ha infatti affermato che (v. *ex multis*, Trib. Milano, sez. IX, decreto 16 dicembre 2009, est. G. Servetti) - pur riconoscendo che possa essere considerato *ius receptum* nel nostro ordinamento la possibilità per i coniugi di pattuire trasferimenti di diritti reali, anche immobiliari, nel quadro delle più generali pattuizioni che accompagnano le ipotesi di soluzione consensuale della crisi coniugale e che, tuttavia, "non è detto che la pattuizione debba avvenire in sede giudiziale" (Trib. Bari 8 aprile 2008) - lo strumento della dichiarazione (n.d.r. di trasferimento del diritto reale) a verbale differisce profondamente dall'atto pubblico redatto da notaio ai sensi della legge notarile. Infatti, in quest'ultimo caso, le parti sono assistite da un professionista in grado di assicurare, ad esempio, la ottimale ricognizione della

consistenza del bene e dei suoi confini; la sua libertà da trascrizioni pregiudizievoli al momento dell'atto; la capacità delle parti; la possibilità di evitare clausole nulle. La rinuncia a tali cautele comporta per le parti una garanzia per così dire minore, che mette gravemente in discussione il precetto costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3, 2° comma, e 24 Cost.) dal momento che le parti, pur ottenendo un effetto traslativo del diritto ed una possibile trascrizione, assumono dei rischi (inesatta identificazione del bene e della sua provenienza, sussistenza di pesi ecc.) che innanzi al notaio sarebbero invece cautelati, oltre che da professionalità specifica da uno specifico statuto disciplinare e deontologico del soggetto che roga l'atto". Nell'ambito dell'indirizzo in parola, questo Tribunale ha anche affermato che le parti, per effetto della loro autonomia contrattuale e della conseguente interpretazione dell'art. 711 c.p.c. e 4, comma 16°, legge div., possono sì integrare le clausole consuete di separazione e divorzio (figli, assegni, casa coniugale) con clausole che si prefiggono di trasferire tra i coniugi o in favore di figli diritti reali immobiliari o di costituire *iura in re aliena* su immobili: tuttavia, debbono ricorrere alla tecnica obbligatoria e non a quella reale, pena la possibile vanificazione dello strumento di tutela prescelto. Tale tecnica obbligatoria, peraltro, consente pacificamente l'applicazione dell'art. 2932 c.c. e, quindi, di porre rimedio ad eventuali inadempimenti successivi alla pattuizione.

Il Collegio non ignora certo come il giudice superiore, in passato, non abbia condiviso l'indirizzo qui espresso; e, tuttavia, l'ermeneutica respinta dalla Corte di Appello deve, invero, ritenersi oggi confermata dai più recenti interventi normativi del Legislatore: si tratta della legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 21 maggio 2010, n. 78. L'art. 19, comma IV del saggio di legificazione in parola ha, infatti, manipolato l'art. 29 della legge 27 febbraio 1985, n. 52, inserendo il comma 1-bis in cui si prevede che: «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».

Ebbene, come emerge in modo univoco e limpido, il Legislatore - nel più ampio contesto delle misure urgenti intese a contrastare l'elusione fiscale e contributiva - ha espressamente demandato al «notaio» e non ad altri operatori, il compito della individuazione e della verifica catastale, nella fase di stesura degli atti traslativi così

concentrando, nell'alveo naturale del rogito notarile, il controllo indiretto statale a presidio degli interessi pubblici coinvolti. Ne consegue, quale corollario fisiologico, che il controllo del notaio non può certo essere sostituito da quello del giudice, ostandovi l'evidente quanto pacifica diversità di ruolo e funzioni. Soprattutto, comunque, si versa in un ambito governato dal principio di tassatività e legalità in cui la figura professionale scelta dal legislatore (notaio) è insuscettibile di interpretazione analogica. A ben vedere, l'intervento legislativo costituisce una ferma risposta alle perplessità espresse da tempo al tema qui in esame, imperniata sull'inettitudine del verbale dell'udienza presidenziale di separazione consensuale ed al verbale di udienza collegiale nella causa divorzile a fare le veci dell'atto pubblico notarile. E' stato in particolare osservato come, nel procedimento avanti al giudice, non vi sia alcuna garanzia del rispetto della normativa urbanistica (con riferimento alle menzioni previste dalla legge a pena di nullità dell'atto di trasferimento immobiliare) e di quella tributaria (anche alla luce delle continue modifiche immesse nell'Ordinamento). Anche la giurisprudenza di merito più recente, peraltro, *re melius perpensa*, si è orientata nel senso di non ritenere più ammissibili i trasferimenti immobiliari in seno alle separazione consensuali o ai divorzi congiunti (*ex multis*, v. Trib. Alba, Circolare del 30 maggio 2012; Trib. Bologna, con effetto dall'1 gennaio 2013).

Conclusioni

Rilevato che la tradizionale distinzione tra contenuto necessario ed eventuale del verbale di separazione è finalizzata ad individuare un nucleo essenziale in assenza del quale il giudice dovrebbe senz'altro negare l'omologazione, ma non a stabilire i confini del provvedimento di omologa; che in sede di omologazione delle condizioni di separazione personale il tribunale deve operare il doveroso controllo di aderenza delle clausole proprie della prima categoria alle norme di legge ed alla tutela dei diritti in-

disponibili delle parti, specie con riguardo alle questioni di status ed alla posizione della prole minore; che, nel caso in esame, i coniugi, nel formalizzare l'accordo, hanno inserito la clausola del trasferimento immobiliare, clausola che rientra nell'espressione della loro autonomia negoziale, ma che, per tutti i motivi sopra delineati, non può essere avallata da questo Tribunale; che, peraltro, dagli atti non si evince la volontà di subordinare la separazione consensuale alla possibilità di effettuare in questa sede il trasferimento con effetti reali, dacché esso riguarda solo il diritto di superficie, mentre comunque la casa coniugale è stata assegnata alla moglie, garantendole la possibilità di abitarvi con i figli; che la rinuncia all'assegno di mantenimento da parte della moglie è espressa a fronte della cessione gratuita dell'immobile, ma tale cessione, come già riportato, è solo relativa al diritto di superficie e le parti potranno procedere separatamente, alla stregua dei principi privatistici e contrattuali nelle deputate sedi; che le ulteriori pattuizioni risultano confacenti all'interesse dei minori; che in applicazione del generale principio di conservazione dell'atto, deve procedersi all'omologazione del verbale sottoscritto dalle parti quanto al suo contenuto necessario e tipico, rispetto al quale non si ravvisano elementi di valenza ostativa,

P. Q. M.

Visto l'art. 711 c.p.c.,

OMOLOGA

il verbale di separazione personale sottoscritto dai coniugi M e N in data 3.4.2013 limitatamente alle condizioni sub 4)5)6)7)8)9)11)12)13)14)15)16)17).

Dichiara non luogo a provvedere in ordine alle residue condizioni.

L'OPPORTUNITÀ DELLA PROCEDURA BIFASICA NEI "TRASFERIMENTI A CAUSA" DI SEPARAZIONE CONSENSUALE O DI DIVORZIO

di Andrea Ferrari (*)

La pronuncia che si annota, in materia di trasferimenti a causa di separazione consensuale o di divorzio, costituisce l'occasione per una breve analisi dello stato dell'arte in materia, nonché per l'approfondimento dell'opportunità della cosiddetta procedura bifasica, della quale l'Autore sottolinea, anche alla luce della propria esperienza professionale, i vantaggi sul piano degli effetti pratici e della sicurezza del risultato da conseguire.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

1. Il caso

Due coniugi hanno proceduto a depositare consensualmente ricorso al fine della pronuncia, tra gli stessi, della separazione personale, inserendo, tra le condizioni di separazione, un trasferimento immobiliare, nel caso di specie a titolo solutorio per l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento del marito nei confronti della moglie. Il Tribunale, tuttavia, ritenendo impossibile, con riferimento al prospettato trasferimento immobiliare, portare a termine in modo soddisfacente il controllo di legalità dell'accordo, omologa la separazione limitatamente a tutte le altre condizioni, espungendo quindi l'atto traslativo dalle medesime.

Il Tribunale di Milano all'uopo precisa come "pur riconoscendo che possa essere considerato *ius receptum* nel nostro ordinamento la possibilità per i coniugi di pattuire trasferimenti di diritti reali immobiliari nel quadro delle più generali pattuizioni che accompagnano le ipotesi di soluzione consensuale della crisi coniugale, tuttavia non è detto che la pattuizione debba avvenire in sede giudiziale", e ciò in quanto "lo strumento della dichiarazione (n.d.r. di trasferimento del diritto reale) a verbale differisce profondamente dall'atto pubblico redatto da Notaio ai sensi della legge notarile. Infatti, in quest'ultimo caso, le parti sono assistite da un professionista in grado di assicurare, ad esempio, la ottimale ricognizione della consistenza del bene e dei suoi confini; la sua libertà da trascrizioni pregiudizievoli al momento dell'atto; la capacità delle parti; la possibilità di evitare clausole nulle. La rinuncia a tali cautele comporta per le parti una garanzia per così dire minore, che mette gravemente in discussione il precetto costituzionale dell'effettività della tutela giurisdizionale, dal momento che le parti, pur ottenendo un effetto traslativo del diritto ed una possibile trascrizione assumono dei rischi (inesatta identificazione del bene e della sua provenienza, sussistenza di pesi, ecc.) che innanzi al Notaio sarebbero invece cautelati, oltre che da professionalità specifica, da uno specifico statuto disciplinare e deontologico del soggetto che roga l'atto.". E pertanto, in conclusione, il giudicante sottolinea come "questo Tribunale ha anche affermato che le parti per effetto della loro autonomia contrattuale ... possono sì integrare le clausole consuete di separazione e divorzio con clausole che si prefiggono

di trasferire tra i coniugi o in favore dei figli diritti reali immobiliari o di costituire *iura in re aliena* su immobili: tuttavia debbono ricorrere alla tecnica obbligatoria e non a quella reale, pena la possibile vanificazione dello strumento di tutela prescelto", precisando altresì che "il Collegio non ignora certo come il giudice superiore, in passato, non abbia condiviso l'indirizzo qui espresso; e tuttavia l'ermeneutica respinta dalla Corte di Appello deve, invero, ritenersi oggi confermata dai più recenti interventi normativi del legislatore: si tratta della legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 21 maggio 2010, n. 78", con la quale "il legislatore ha espressamente demandato al Notaio e non ad altri operatori, il compito della individuazione e della verifica catastale, nella fase di stesura degli atti traslativi così concentrando nell'alveo naturale del rogito notarile, il controllo indiretto statale a presidio degli interessi pubblici coinvolti. Ne consegue, quale corollario fisiologico, che il controllo del Notaio non può certo essere sostituito da quello del giudice, ostandovi l'evidente quanto pacifica diversità di ruolo e funzioni. Soprattutto, comunque, si versa in un ambito governato dal principio di tassatività e legalità in cui la figura professionale scelta dal legislatore (notaio) è insuscettibile di interpretazione analogica", tanto più che "è stato in particolare osservato come, nel procedimento avanti al giudice, non vi sia alcuna garanzia del rispetto della normativa urbanistica (con riferimento alle menzioni previste dalla legge a pena di nullità dell'atto di trasferimento immobiliare) e di quella tributaria (anche alla luce delle continue modifiche immesse nell'ordinamento).".

La decisione che si annota ci permette pertanto di ribadire quanto già altrove evidenziato (1) circa l'opportunità che l'atto traslativo sia posto in essere innanzi a notaio, ossia che in sede di separazione consensuale, o divorzio, venga seguita la cosiddetta procedura "bifasica".

2. Trasferimento formalizzato all'interno del verbale di separazione e procedura "bifasica"

Tralasciando il caso, assai teorico, per il quale anteriormente alla presentazione del ricorso i coniugi stipulino un atto notarile sospensivamente

(1) Sia permesso rinviare ad A. Ferrari, *Separazione e divorzio: trasferimenti immobiliari*, in *Vita Not.*, 2009, 1, 465 ss. ed in *Vita Not.*, 2009, 2, 1137 ss., nonché ad A. Ferrari, *La revocato-*

ria di "donazione in occasione" e di "trasferimento a causa" di separazione consensuale tra coniugi, in questa *Rivista*, 2011, 4, 340 ss.

condizionato all'emissione del decreto di omologazione (2), in sede di separazione o divorzio tecnicamente il trasferimento immobiliare può essere concretizzato con diverse modalità:

- un coniuge si obbliga a porre in essere l'atto traslativo con successivo atto notarile (3) (c.d. procedimento "bifasico");

- un coniuge trasferisce con efficacia immediata il diritto (4) (c.d. procedimento "unifasico").

Discussa è, tuttavia, la competenza notarile e giudiziale in materia.

2.1 La tesi della competenza esclusiva del giudice

Un'opinione molto risalente e minoritaria sostiene che le attribuzioni di beni tra i coniugi possano essere contenute esclusivamente nel provvedimento giudiziale, poiché il giudice è l'unico soggetto competente a sovrintendere l'intero procedi-

mento di separazione o divorzio. Ne consegue che eventuali atti notarili concernenti trasferimenti aventi causa nella crisi coniugale sarebbero nulli (5). Tale opinione non trova più nessun riscontro, né in dottrina né in giurisprudenza, in quanto il notaio ha, ai sensi dell'art.1 della legge notarile, una competenza generale per la stipula di atti pubblici, e non si rinviene nel sistema alcuna norma speciale derogante che assegni al giudice una competenza esclusiva in materia (6).

2.2 La tesi della competenza esclusiva del notaio

Una parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene invece l'opposta tesi per cui l'unico pubblico ufficiale che può ricevere negozi giuridici è il notaio (7) (8). È stato affermato che "la consensualità delle attribuzioni patrimoniali" sarebbe incompatibile con l'intervento del giudice,

(2) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. Not.*, 1992, 614-615; Condò, *Anco- ra sulle attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, in *Riv. Not.*, 1990, 1433; Giunchi, *L'intervento del Notaio nei trasferimenti di beni fra coniugi nella separazione personale*, in *Riv. Not.*, 1994, 299; Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, in questa *Rivista*, 1997, 429. Già App. Lecce 9 luglio 1973, in *Riv. Not.*, 1974, 754, aveva ritenuto tali accordi solamente inefficaci, e non invalidi, prima dell'omologazione.

(3) In tal caso in sede di separazione o divorzio si pone in essere un contratto preliminare (così Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, 144, con nota di V. Mariconda, *Articolo 1333 e trasferimenti immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 233, con nota di Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, ed in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237, con nota di Costanza, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solvendi causa*); il relativo diritto alla conclusione del contratto definitivo è perciò acquisito al patrimonio del coniuge non trasferente e si trasmette ai suoi eredi (in tal senso Cass. 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. Not.*, 2004, 467); tale diritto è inoltre suscettibile di esecuzione specifica ex art.2932 c.c. (M. Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 11; Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 1995, 166; Briganti, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. Not.*, 1997, 11; Cass. 2 dicembre 1991, n. 12897, in *Mass. Giur. it.*, 1991, 2688; Cass. 21 febbraio 2006, n. 3747, in *Mass. Giur. it.*, 2006) nonché, ammettendo la natura di atto pubblico del verbale di separazione consensuale, di trascrizione ex art. 2645 bis (Capobianco, *op. cit.*, 215; T.V. Russo, *Accordi di separazione e consenso traslativo: sul presunto conflitto di competenza tra notariato e magistratura*, in *Notariato*, 2001, 300). Il conseguente atto traslativo è prevalentemente considerato atto con causa solvendi esterna, la qual'ultima dovrà perciò essere espressa (Giunchi, *L'intervento del Notaio cit.*, 296; Id., *I trasferimenti cit.*, 1055-1056; Briganti, *op. cit.*, 11; Mattiangeli, *op. cit.*, 326-327; V. Mariconda, *op. cit.*, 149; per l'opinione contraria Capobianco, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, 2006, 198; T.V. Russo, *op. cit.*, 295 ss.). Alcuni, nel caso di specie, hanno individuato un'ipotesi di pagamento traslativo (vedi a titolo esemplificativo V. Mariconda, *op. cit.*, 149; P. Carbone, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, 635, nota 98).

(4) La Cassazione è ormai costante nell'affermare la validità di tali trasferimenti. A titolo esemplificativo, Cass. 27 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ.*, 1973, 221; Cass. 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giust. civ.*, 1993, 1220; Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in *Riv. Not.*, 1998, 171 ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 278, ed in questa *Rivista*, 1997, 417; Cass. 15 novembre 2000, n. 14791, in *Riv. Not.*, 2001, 1193 ed in *Giust. civ.*, 2001, 2476.

(5) App. Napoli 27 novembre 1929, citato in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, III, Roma, 1977, 718. Spesso a sostegno viene citata anche Cass. n. 14/84, in *Riv. Not.*, 1984, 375, in base alla quale "l'accordo di separazione appartiene a quella categoria di negozi che hanno la loro sede necessaria del processo; perciò si è ritenuto privo di effetto - non potendo avere alcun valore il consenso prestato in altra sede - l'accordo che sia contenuto in un atto notarile, giacché il notaio non è legittimato a ricevere le dichiarazioni di volontà dei coniugi in materia"; tuttavia il ragionamento della Corte sembra riferito non agli atti traslativi, bensì alla stessa separazione consensuale, la quale, ai sensi dell'art.158 c.c., non ha effetto senza l'omologazione del giudice (e quindi il notaio non può ricevere le dichiarazioni di volontà dei coniugi di separarsi).

(6) Trapani, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e divorzio*, in *Riv. Not.*, 2007, 1427; P. Carbone, *op. cit.*, 630.

(7) Salvi naturalmente i casi, marginali, in cui la competenza è attribuita espressamente ad altri soggetti, quali ad esempio il segretario comunale o il console.

(8) Trib. Firenze 29 settembre 1989, in *Riv. Not.*, 1992, 595 con nota adesiva di Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali* cit.; Trib. Bergamo 19 ottobre 1984, in *Riv. Not.*, 1985, 926; Trib. Firenze 7 febbraio 1992, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1992, 731; Trib. Napoli 16 aprile 1997, in questa *Rivista*, 1997, 420, con nota adesiva di Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi* cit.; Trib. Vercelli 6 luglio 2002, in *Notariato*, 2003, 272. Secondo il citato Trib. Firenze 29 settembre 1989, n. 596, "deve escludersi che l'ambito della giurisprudenza sia estesa anche all'attività di ricevimento di atti negoziali. La legge ripartisce tra i vari organi dello stato i singoli poteri né con la sentenza né con altro provvedimento che omologhi un accordo inter partes, il giudice è abilitato a ricevere espressioni negoziali private, con l'effetto di conferire all'atto pubblica fede, coprendo fatti documentati e dichiarazioni espresse con la forza della prova legale".

competente esclusivamente con riferimento ad un eventuale fase patologica della crisi familiare (9); si sottolinea inoltre come l'accordo negoziale, nel suo contenuto integrale, preesiste all'udienza e viene semplicemente sottoposto all'esame del giudice (10); ad ogni modo l'argomento principale dei sostenitori di questa tesi è dato dall'impossibilità di trascrizione del verbale di udienza della separazione consensuale (11): è stato infatti sostenuto che tale verbale essendo un "atto pubblico processuale" (12) ossia "non negoziale" non può contenere negozi giuridici, e qualora li contenesse avrebbe, con riferimento agli stessi, efficacia di mera scrittura privata (13), come tale non trascrivibile se non dopo necessario atto di ripetizione in forma notarile (14) o accertamento giudiziale delle sottoscrizioni. Non sem-

bra infatti applicabile la norma sulla trascrizione del verbale di conciliazione (15) in quanto non sono richiamabili né l'art. 185 c.p.c. che concerne la materia del procedimento contenzioso mentre quello di separazione consensuale è annoverabile tra i procedimenti di volontaria giurisdizione, né l'art. 322 c.p.c. in quanto non vi è nell'ordinamento vigente una disposizione (16) che consenta di applicare ai procedimenti innanzi al Tribunale le norme previste per quelli innanzi al giudice di pace (17).

Va precisato tuttavia che tale problema di forma non si pone nell'ipotesi di divorzio su domanda congiunta in cui il procedimento si conclude con una sentenza, titolo ritenuto quasi unanimemente trascrivibile (18) (19).

(9) Brienza, *Attribuzioni immobiliari* cit., 598, per il quale "compito del giudice è quello di rimuovere una situazione contraria al diritto" mentre "compito del notaio è, invece, quello di creare una situazione conforme al diritto". Sempre Brienza, *op. cit.*, 604, sottolinea come ai sensi dell'art. 2908 c.c. l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici solo nei casi previsti dalla legge, proprio perché l'art. 1 della legge notarile prevede in materia una competenza generale del notaio. Lo stesso autore in *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. Not.*, 1990, 1412, precisa che "il sistema si chiude in perfetta coerenza: ad un'attività esclusiva e generale del notaio in materia negoziale consensuale fa riscontro una competenza dell'autorità giudiziaria sostitutiva, quando vi è contenzioso negoziale, e tassativa, essendo limitata alle espresse previsioni legislative".

(10) Trib. Firenze 29 settembre 1989, cit., 597.

(11) Per la non trascrivibilità Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. Civ. Commentario* diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1998, 686 ss.; Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. Not.*, 1990, 1409 ss.; Angeloni, *Separazione fra i coniugi e divisione dei beni*, in *Contr. e Impr.*, 1991, 955-956 e 975; Vaglio, *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per trasferimenti immobiliari tra coniugi*, in questa *Rivista*, 1994, 686-687; De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 2002, 348-349. In giurisprudenza Trib. Bergamo 19 ottobre 1984, in *Giust. civ.*, 1985, I, 216; Trib. Firenze 29 settembre 1989, cit.; Trib. Firenze 7 febbraio 1992, cit.; Trib. Napoli 16 aprile 1997, cit. Con riferimento all'iscrizione nel registro delle imprese, è dello stesso avviso Giudice del registro imprese di Genova 19 luglio 2002, in *Riv. Not.*, 2003, 452.

(12) Non viene quindi negata la natura di atto pubblico del verbale in quanto trattasi pur sempre di atto ricevuto da un pubblico ufficiale. E' tuttavia discusso se il pubblico ufficiale che riceve l'atto sia il Cancelliere, come sostiene la dottrina maggioritaria (v. per tutti Marengo, voce *Verbale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1993, 607), o il Presidente (Gazzoni, *La trascrizione* cit., 688), o se vi sia addirittura una duplice paternità del verbale, sia del cancelliere che del giudice, come sostiene la giurisprudenza (v. per tutte Cass. n. 2826/86, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 3338). Ciò che invece parte della dottrina critica è il fatto che il Presidente o il cancelliere siano pubblici ufficiali "autorizzati" ad attribuire pubblica fede all'atto. Vedi Caravaglios, *op. cit.*, 423, e soprattutto Brienza, *Attribuzioni immobiliari* cit., 603 ss., per il quale "la pubblica fede è una qualità che il documento possiede solo se il pubblico ufficiale che lo forma sia competente; la competenza a sua volta si instaura solo in virtù di una

espressa disposizione ovvero se la natura degli interessi protetti rientri nelle funzioni del pubblico documentatore". Nello stesso senso Trib. Verbania 6 luglio 2002, cit., 273.

(13) Tale scrittura privata è valida ed efficace ai sensi del combinato disposto degli art. 1350 e 1376 c.c., ma non essendo trascrivibile non può essere opposta ai terzi.

(14) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale* cit., 1409 ss. Tale autore distingue infatti tra il contenuto necessario dell'accordo di separazione concernente la volontà dei coniugi di vivere separati e la disciplina patrimoniale connessa allo status, di esclusiva competenza giudiziale, ed il contenuto eventuale dell'accordo medesimo concernente gli atti traslativi di diritti immobiliari, di esclusiva competenza notarile vista la necessità della trascrizione. In giurisprudenza Trib. Napoli 16 aprile 1997, cit.; Trib. Firenze 29 settembre 1989, cit., 597, che sottolinea anche come non è richiesta neppure l'osservanza di formalità estrinseche quali quelle che vietano l'impiego di cancellature, abrasioni, parole abbreviate, o quali quelle che impongono l'indicazione in lettere e per disteso dei numeri. Parla di atto pubblico processuale non riconducibile al novero degli atti pubblici sostanziali anche Trib. Verbania 6 luglio 2002, cit., 273.

(15) Per l'applicabilità Condò, *Ancora sulle attribuzioni immobiliari* cit., 1428.

(16) L'art. 311 c.p.c. prevede l'ipotesi contraria, ossia l'applicazione ai procedimenti dinanzi al giudice di pace delle norme relative al procedimento innanzi al Tribunale, in quanto compatibili.

(17) Così Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali* cit., 606-607.

(18) Tuttavia per un'opinione contraria vedi Brienza, *op. cit.*, 609-610, il quale ritiene che tale sentenza abbia contenuto impossibile, con conseguente invalidità della relativa trascrizione. Tale autore conclude affermando come non essendo né il verbale né la sentenza titoli idonei per operare la trascrizione non sarebbe rispettato il principio di continuità, salva comunque l'applicabilità della c.d. pubblicità sanante ex art. 2652, n. 6 (ma con riferimento esclusivamente a successivi acquisti di terzi e non all'attribuzione patrimoniale a favore del coniuge effettuata in sede di separazione o divorzio). Per l'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, v. anche Metitieri, *op. cit.*, 1188; Ieva, *Trasferimenti mobiliari e immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, in *Riv. Not.*, 1995, 484.

(19) Chiaramente il problema non si pone neppure quando le attribuzioni hanno ad oggetto diritti non soggetti a trascrizione.

2.3 La tesi prevalente della competenza concorrente del notaio e del giudice

L'opinione maggioritaria prevede infine che i trasferimenti che trovano causa nella separazione o nel divorzio possono essere posti in essere sia mediante atto notarile, data l'indicata competenza generale, sia direttamente all'interno del verbale di separazione. Tale verbale è considerato atto pubblico trascrivibile (20) ai sensi dell'art. 2657 c.c. (21), non trovando fondamento normativo la distinzione tra atto pubblico processuale e atto pubblico negoziale (22). In particolare si sottolinea (23) come il cancelliere, in base al combinato disposto degli articoli 2671 c.c. e 6 T.U. imposte ipotecarie e catastali, è obbligato a curare la trascrizione nel più breve tempo possibile (24).

2.4 La critica alla tesi maggioritaria

L'indicata tesi prevalente non è tuttavia scevra da critiche. È stato infatti sottolineato (25) come la trascrivibilità del verbale riguarda esclusivamen-

te gli atti traslativi aventi nella separazione la propria giustificazione causale (26); viene quindi sottolineata la difficoltà di distinzione, pur se entrambi contenuti nel verbale, tra accordi traslativi a causa della separazione, atti pubblici trascrivibili, ed accordi occasionati dalla separazione, mere scritture private non trascrivibili (27). Ma le maggiori obiezioni riguardano la tutela delle parti contraenti e quindi la responsabilità del pubblico ufficiale che riceve l'atto. Si è infatti evidenziato che, diversamente dal notaio rogante:

- l'obbligo del cancelliere di curare la trascrizione deriva da una norma fiscale (28) che se violata determina una sanzione di tipo pecuniario, e non la responsabilità prevista dall'art. 2671 c.c. (29);
- non vi è alcun supporto normativo per affermare la responsabilità civile del pubblico ufficiale che riceve il verbale in cui venga trasferito un immobile abusivo (30);
- non vi è una disposizione che imponga al pubblico ufficiale che riceve il verbale di accertare l'identità delle parti (31), di accertarne la legittima-

(20) E sarà trascritto, con riferimento al trasferimento, ai sensi dell'art. 2643 c.c. (per Capobianco, *op. cit.*, 214, ai sensi dell'art. 2645); da sottolineare che in caso di coniugi in comunione legale il verbale omologato andrà trascritto anche ai sensi dell'art. 2647 c.c. (per Oberto, *I trasferimenti cit.*, 174, ai sensi dell'art. 2647 andrà trascritto non il verbale ma il decreto di omologazione).

(21) In dottrina Ferri, D'Orazi Flavoni e Zanelli, *Trascrizione*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, 1995, 379-380; M. Dogliotti, *op. cit.*, 12; Sicchiero, *La trascrizione e l'intavolazione*, in *Giur. sist. civ. e comm.* Bigiavi, 1993, 65; Condò, *op. cit.*, 1428; Giunchi, *I trasferimenti di beni cit.*, 1070 ss.; leva, *op. cit.*, 449 ss.; Oberto, *I trasferimenti cit.*, 173; T.V. Russo, *op. cit.*, 292-293. In giurisprudenza: Trib. Firenze 6 gennaio 1982, in *Riv. Not.*, 1982, 197; Trib. Bergamo 15 novembre 1984, in *Riv. Not.*, 1985, 926; Trib. Pistoia 1 febbraio 1996, in *Riv. Not.*, 1997, 1421; App. Brescia 4 dicembre 1984, in *Vita not.*, 1984, 1597; Cass. n. 4306/97, cit.; Trib. Salerno 4 luglio 2006, in questa *Rivista*, 2007, 63; App. Milano 12 gennaio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 6, 589 ss., con nota di Oberto, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale: a neverending story*, 592 ss. Arrivano alle stesse conclusioni con riferimento all'iscrizione nel registro delle imprese, leva, *op. cit.*, 450; Ungari Trasatti, *Verbale di separazione consensuale e condizioni per la trascrizione o l'iscrizione nei pubblici registri dei trasferimenti di diritti in esso documentati*, in *Riv. Not.*, 2003, 456. Per un'opinione contraria v. Cass. n. 2700/95, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, 1390, per la quale "il provvedimento di omologa non integra la volontà dei coniugi, ma ne determina dall'esterno l'efficacia, così che - operando sul piano del controllo - non vale a rivestire l'atto della forma dell'atto pubblico richiesta dall'art. 782 c.c., che gli articoli 2699 e 2700 c.c. impongono sia redatto e formato dal pubblico ufficiale".

(22) Giunchi, *I trasferimenti cit.*, 1066; leva, *op. cit.*, 451; Oberto, *I trasferimenti cit.*, 169, ove sottolinea come "la negoziabilità è caratteristica che concerne l'atto inteso come comportamento umano, non certo come documento". Nello stesso senso Trib. Pistoia 1 febbraio 1996, cit. Da ricordare inoltre l'osservazione di T.V. Russo, *op. cit.*, 293, che evidenzia la contraddizione dell'opposta tesi la quale afferma "la legittimità di

accordi con efficacia meramente obbligatoria ricevuti a verbale dal cancelliere, come se nella categoria del negozio giuridico rientrassero solo gli accordi aventi efficacia reale idonei alla trascrizione".

(23) Vedi ad esempio Oberto, *I trasferimenti cit.*, 174.

(24) E comunque entro trenta giorni dalla redazione o, secondo altra tesi, dall'omologazione del verbale. In materia v. Oberto, *I trasferimenti cit.*, 174.

(25) Tra gli altri, da P. Carbone, *op. cit.*, 632.

(26) Mentre nel caso in cui l'accordo non abbia causa nella separazione, anche se contenuto nel verbale, avrà la forma della mera scrittura privata, come tale non trascrivibile; in tal senso leva, *op. cit.*, 457; mentre per Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 1053 "non si può ammettere che i coniugi si servano dell'accordo di separazione consensuale per inserirvi altri negozi che nulla hanno a che vedere con la decisione di vivere separati. Tali altri negozi potranno essere conclusi con separata scrittura privata o con atto pubblico, ma non nell'accordo di separazione consensuale che deve contenere, a pena di nullità parziale, solo clausole che trovino causa nella decisione di separarsi", e 1056, "ogni clausola che non trovi causa nella decisione di vivere separati, ma che sia ugualmente inserita nel negozio, non potrà consentire al giudice di omologare l'accordo di separazione, a meno che i coniugi acconsentano ad eliminare la clausola medesima"; in tale senso anche App. Genova 27 maggio 1997, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1998, 574.

(27) P. Carbone, *op. cit.*, 632; Giunchi, *L'intervento del Notaio cit.*, 296.

(28) Art. 6 T.U. imposte ipotecarie e catastali.

(29) Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Cod. Civ. Commentario* diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1998, 688; Trapani, *op. cit.*, 1430; P. Carbone, *op. cit.*, 632; F. Patti, *op. cit.*, 1399.

(30) Leva, *op. cit.*, 479; Trapani, *op. cit.*, 1430; P. Carbone, *op. cit.*, 632; Caravaglios, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, in questa *Rivista*, 1997, 426.

(31) Vaglio, *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per trasferimenti immobiliari tra coniugi*, in questa *Rivista*, 1994,

zione a disporre (32), né di adeguare le dichiarazioni dei coniugi alla normativa vigente (c.d. funzione di adeguamento) (33), né di accertarsi della effettiva titolarità del bene e della sua libertà da ipoteche, vincoli, oneri o trascrizioni pregiudizievoli (c.d. obbligo delle visure) (34), o della sua conformità catastale;

- non vi è nel sistema una norma che preveda un soggetto responsabile in caso di mancato raggiungimento dello scopo perseguito dalle parti (35);

- non vi è soprattutto una norma che imponga al pubblico ufficiale che riceva il verbale di effettuare il controllo di legalità (36), così come dispone con riferimento al notaio l'art. 28 legge notarile; tale assenza si rivela ancor più importante considerando che gli accordi in oggetto sono prevalentemente considerati contratti atipici con causa autonoma, la quale deve quindi essere valutata dal soggetto che riceve il negozio per evitare che sia

contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

In definitiva, o si ritiene che il pubblico ufficiale che riceva l'atto debba svolgere tutte le funzioni che normalmente fanno capo al notaio rogante (37), assumendosi le relative responsabilità, oppure, vista anche l'assenza di norme in base alle quali estendere tali responsabilità, più opportunamente si ritiene che la stipula degli atti traslativi aventi causa nella separazione sia di competenza esclusivamente notarile, al fine di garantire la piena tutela della parti contraenti (38). Pertanto sono assolutamente inaccettabili le conclusioni della Corte di Appello di Milano (39) per la quale non compete "al giudice alcun obbligo di verifica (o tantomeno alcuna responsabilità) circa la correttezza della descrizione dei dati catastali dell'immobile o dell'effettiva titolarità del bene trasferito o dell'esistenza di oneri o vincoli", con ciò avallando l'introduzione all'interno del sistema giuridico di "atti bomba" in relazioni ai quali non vi è un sog-

686; Trapani, *op. cit.*, 1430; P. Carbone, *op. cit.*, 632. In giurisprudenza Trib. Firenze 7 febbraio 1992, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1992, 731; Trib. Verbania 6 luglio 2002, in *Notariato*, 2003, 273, nonché la dichiarazione del Presidente del Tribunale di Torino, in *Riv. Not.*, 1995, 1101 ss., per la quale "le generalità dei separandi saranno controllate documentalmente solo se non sono presenti i loro avvocati, o il loro unico avvocato, che garantiranno l'identità". Per l'opinione contraria vedi infra nota 46.

(32) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale cit.*, 1418.

(33) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale cit.*, 1418; P. Carbone, *op. cit.*, 632; Trapani, *op. cit.*, 1430, che richiama anche il caso della mancata allegazione del certificato di destinazione urbanistica.

(34) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale cit.*, 1418; Caravaglios, *op. cit.*, 426; Trapani, *op. cit.*, 1430, che richiama, ad esempio, il mancato accertamento della trascrizione dell'ordinanza che accerta l'esistenza di una lottizzazione abusiva; Oberto, *I trasferimenti cit.*, 169, afferma come "aspetti quali la valutazione delle dichiarazioni delle parti, l'adeguamento delle stesse alla normativa vigente, e la conseguente responsabilità per eventuali errori commessi siano strettamente legati non già al carattere pubblico dell'atto, bensì al rapporto privatistico di prestazione d'opera intellettuale che vincola il notaio, come libero professionista, ai propri clienti". Nello stesso senso anche la dichiarazione del Presidente del Tribunale di Torino, in *Riv. Not.*, 1995, 1101 ss., per la quale "il giudice non farà (né potrebbe fare) alcun controllo sull'effettiva titolarità del diritto in capo a chi dichiara di trasferirlo, né sulla esistenza di pesi, od oneri o vincoli di nessun genere sul bene trasferito"; anzi in tale dichiarazione è evidenziata l'opportunità che il giudice faccia presente alle parti che egli non ha doveri e responsabilità analoghe a quelle del notaio rogante.

(35) Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale cit.*, 1413-1414, nonché 1417, ove afferma come l'applicabilità della legge n. 117/88 sulla responsabilità del magistrato è limitata all'attività giurisdizionale; P. Giunchi e S. Marciano, *Sulla eventuale responsabilità del giudice per invalidità di trasferimenti immobiliari contenuti nel verbale di separazione dei coniugi*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, 637 ss.; P. Carbone, *op. cit.*, 632.

(36) A. Ferrari, *op. cit.*, 473. Da ricordare tuttavia che per T.V. Russo, *op. cit.*, 294, l'autorità giudiziaria è "chiamata a svolgere un controllo di legalità sostanziale delle pattuizioni" con conseguente obbligo di "rifiutare l'omologazione ove emergano profili di nullità dell'atto".

(37) Sembra di tale opinione Capobianco, *op. cit.*, 213 ove definisce le "obiezioni (relative alla carenza della funzione di adeguamento o al mancato inserimento di dichiarazioni o clausole) non pertinenti, in quanto non spostano i termini normativi di riferimento del discorso che sono solo quelli della sufficienza della mera forma scritta per la validità dei trasferimenti immobiliari, e della necessità che le eventuali prescrizioni integrative da inserirsi nel contratto siano osservate da parte di chiunque debba provvedere alla redazione dell'atto". Lo stesso autore precisa (come già fatto da T.V. Russo, *op. cit.*, 294, da Nappi, *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali) tra coniugi separandi o divorziandi*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1993, 171, e da Oberto, *I trasferimenti cit.*, 171) che il cancelliere deve verificare l'identità delle parti, "poiché diversamente perderebbe rilievo la prescrizione dell'art. 126 c.p.c. il quale dispone che dal verbale di udienza deve emergere l'indicazione delle persone intervenute". Da ricordare che altra dottrina (T.V. Russo, *op. cit.*, 294; Oberto, *I contratti cit.*, 1296 ss.; Condò, *op. cit.*, 1427) sottolinea invece come "non appare corretto confondere i profili di responsabilità professionale con gli obblighi formali richiesti dalla legge per la validità dell'atto"; rispettati quest'ultimi "deve essere rimessa al prudente apprezzamento delle parti la valutazione della forma più idonea al soddisfacimento dei propri interessi", in quanto in caso contrario "perderebbe di utilità e di ragionevolezza la norma che impone l'obbligo della mera forma scritta per la validità dei trasferimenti immobiliari". Tuttavia nel caso di specie non stiamo trattando di "mera forma scritta" ma di "atto pubblico" ossia ricevuto da un pubblico ufficiale al quale dovranno quindi essere ascritte le relative responsabilità.

(38) A. Ferrari, *op. cit.*, 473-474.

(39) App. Milano 12 gennaio 2010, cit., 591, per la quale saranno le parti a dover fornire, con proprie autocertificazioni e conseguente assunzione di ogni responsabilità tutti quei dati e dichiarazioni necessarie per espressa volontà di legge all'attuazione del trasferimento immobiliare.

getto deputato agli opportuni controlli posto a garanzia dell'intero sistema, e conseguentemente non vi è nessun soggetto responsabile, concretandosi pertanto una "sacca di ingiustificata impunità".

Va sottolineato come le indicate critiche sembrano aver fatto breccia all'interno della stessa magistratura, in quanto un sempre maggior numero di Presidenti di Tribunale vieta l'inserimento dell'atto traslativo immobiliare all'interno del verbale di separazione (40), anche in considerazione del fatto che, secondo recentissima giurisprudenza di merito, "nessun controllo può essere eseguito dal Tribunale sulla validità delle condizioni della separazione che non attengono al contenuto necessario, ed in particolare con riferimento al trasferimento immobiliare" (41).

All'uopo la decisione che si annota prende spunto dalla riforma di cui alla legge 30 luglio 2010, n. 122, di conversione del d.l. 21 maggio 2010, n. 78", con la quale "il legislatore ha espressamente demandato al Notaio e non ad altri operatori, il compito della individuazione e della verifica catastale, nella fase di stesura degli atti traslativi così concentrando nell'alveo naturale del rogito notarile, il controllo indiretto statale a presidio degli interessi pubblici coinvolti. Ne consegue, quale corollario fisiologico, che il controllo del Notaio non può certo essere sostituito da quello del giudice, ostandovi l'evidente quanto pacifica diversità di ruolo e funzioni. Soprattutto, comunque, si versa in un ambito governato dal principio di tassatività e legalità in cui la figura professionale scelta dal legislatore (notaio) è insuscettibile di interpretazione analogica"; in materia varie sono le interpretazioni

possibili (42), tra cui quella per la quale l'autorità giudiziaria sia tenuta soltanto alla verifica della c.d. conformità oggettiva, e non anche a quella della c.d. conformità soggettiva, riservata, quest'ultima, come da lettera normativa, esclusivamente al Notaio, con ciò superando l'obiezione (43).

3. Conclusioni

In conclusione, benché a livello ricostruttivo pare ancora lecito l'utilizzo della procedura unifasica, è da condividersi lo sforzo di vari Tribunali tendenti ad imporre agli operatori l'utilizzo della procedura bifasica; l'esperienza professionale, anche di chi scrive, ha infatti evidenziato come l'inserimento del trasferimento all'interno del verbale composta, nella quasi totalità dei casi, la necessità a posteriori di un intervento notarile di conferma per errate menzioni urbanistiche (44), o ulteriori costi in relazione alla mancata allegazione, nei periodi storici in cui era prevista a pena di nullità, dell'attestato di prestazione energetica (45), o addirittura la necessità di una ripetizione negoziale qualora non sia stata rispettata la prescrizione in materia di "conformità catastale". La certezza del diritto, o meglio del negozio, consiglia pertanto, ab origine, l'intervento del Notaio qualora i coniugi separandi o divorziandi intendano procedere ad un trasferimento immobiliare (46), come già evidenziato dalla miglior dottrina in materia, per la quale la soluzione bifasica è "da presentare oggi come (di gran lunga) preferibile, non già sul piano della correttezza giuridica, bensì su quello degli effetti pratici e della sicurezza del risultato da conseguire" (47).

(40) Tra gli altri, Presidente Tribunale di Bergamo 28 settembre 2007, in *Riv. Not.*, 2008, 1499; Presidente Tribunale di Milano 6 marzo 2009, in *Riv. Not.*, 2009, 879-880; Presidente Trib. Lodi 18 giugno 2010, richiamato da A. Landini, *La normativa in materia di conformità dei dati catastali e i trasferimenti in sede di separazione e di divorzio*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 1, 50. Sull'opportunità che il trasferimento a favore dei figli sia effettuato con il ministero del Notaio, anche Trib. Monza 14 ottobre 2008, in *Banca Dati Pluris-Cedam Utetgiuridica*.

(41) Trib. Firenze 20 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2009, 6, 597, con nota di Gelli, *Trasferimenti in violazione della disciplina urbanistica e omologa parziale dell'accordo di separazione tra i coniugi*, 597 ss.; per una critica all'omologa parziale, M. Dogliotti, *op. cit.*, 15.

(42) Per un approfondimento, A. Landini, *La normativa cit.*, 44 ss., ove ampi richiami di dottrina e prassi giurisprudenziale.

(43) Per tutti, Oberto, *Ancora sulle intese cit.*, 602.

(44) Con riferimento alla conferma sia permesso rinviare, per tutti, ad A. Ferrari, *Separazione cit.*, 1145.

(45) Vedi Art. 1, commi 7 e 8, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, modificativi dell'art. 6 D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 192.

(46) Da ricordare come anche App. Milano 12 gennaio 2010, cit., 591, provvedimento che rappresenta al meglio l'orientamento relativo all'ammissibilità della procedura unifasica, testualmente afferma come "pur potendo convenirsi con i primi giudici sulla complessità degli adempimenti che si accompagnano al trasferimento immobiliare e sulla possibile maggior garanzia di tutela che le parti otterrebbero ove detto trasferimento fosse curato da un Notaio".

(47) Oberto, *Ancora sulle intese cit.*, 593 e 603, per il quale "non resta che reiterare l'auspicio già espresso dallo scrivente circa il fatto che il legislatore rimetta in via assolutamente esclusiva al Notaio la funzione di trasferimento della proprietà (e di trasferimento e costituzione di altri diritti reali) sui beni immobili, in modo da evitare la cospicua serie di nefaste conseguenze che si possono produrre quando un soggetto non in possesso della necessaria capacità tecnica redige atti di questo tipo."