

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.66-2022/PC

GLI ACCORDI TRA CONIUGI AVENTI AD OGGETTO I TRASFERIMENTI IMMOBILIARI IN SEDE DI SEPARAZIONE E DIVORZIO ALLA LUCE DELL'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE E DELLE PRASSI DEI TRIBUNALI: RUOLO DEL CANCELLIERE E POSSIBILE RUOLO DEGLI AUSILIARI GIUDIZIARI E DEL NOTAIO

di Ernesto Fabiani – Luisa Piccolo

*(Approvato dalla Commissione Studi Processuali il 26 settembre 2022 e dal Consiglio Nazionale del
Notariato in data 6 ottobre 2022)*

Abstract

Gli Autori affrontano la tematica degli accordi tra coniugi aventi ad oggetto i trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio dopo l'intervento delle Sezioni Unite, con la sentenza n. 21761 del 29 luglio 2021, segnalandone, dall'angolo prospettico processuale, criticità e lacune, anche attraverso un'approfondita indagine delle prassi attualmente esistenti presso i Tribunali in forza dei protocolli da questi adottati d'intesa con i consigli degli ordini degli avvocati locali.

L'analisi effettuata, pur concentrandosi in particolare sul panorama interpretativo e applicativo scaturito all'indomani di detta pronuncia, dà conto del dibattito, di grande complessità, sorto prima della stessa, non solo in dottrina e in giurisprudenza, ma anche nelle prassi dei tribunali. L'indagine evidenzia, anche per questa fase, una eterogeneità di indirizzi ermeneutici ed applicativi, distinguendo tanto le tesi maggiormente restrittive quanto quelle più estensive.

All'indomani della richiamata pronuncia delle sezioni unite, moltissimi tribunali hanno emanato protocolli, d'intesa con i consigli dell'ordine degli avvocati locali, onde instaurare prassi uniformi, quantomeno nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario, in ordine ad aspetti salienti degli accordi in oggetto.

Nondimeno, detti protocolli, lungi dal rappresentare, come dovrebbero, lo strumento per superare mere difficoltà pratico-operative, rappresentano, invece, il chiaro tentativo dei Tribunali di colmare le lacune della sentenza delle Sezioni unite sotto svariati profili, tra le quali si evidenziano quelle di maggior interesse processuale, attinenti: 1) al ruolo (ed alle responsabilità) del cancelliere sotto il profilo dei controlli funzionali alla trascrizione nei registri immobiliari e dei controlli previsti dalla vigente normativa in tema di trasferimenti immobiliari (una volta che le Sezioni Unite hanno ritenuto che il cancelliere possa ricevere, nell'ambito del verbale d'udienza di separazione o divorzio, anche trasferimenti immobiliari); 2) al possibile ricorso ad ausiliari giudiziari, e se del caso anche al notaio, per l'effettuazione dei suddetti controlli.

Gli Autori si soffermano su queste problematiche giungendo ad escludere che, qualora le parti optino per l'effettuazione del trasferimento immobiliare in sede di separazione o divorzio, si possa ricorrere alla figura del notaio, in sede giudiziale, in qualità di sostituto o di ausiliario del giudice ovvero di sostituto o ausiliario del cancelliere, argomentando in tal senso sia dalla lettera dell'art. 68 c.p.c., che dalla nozione di ausiliari giudiziari, che dalla stessa impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite.

Nel delineare i confini entro i quali si possa ricorrere al notaio nella suddetta ipotesi, fondamentalmente riconducibili alla prassi tendente ad incaricare il notaio di redigere una relazione (di contenuto più o meno ampio a seconda dei casi) avente ad oggetto l'immobile oggetto del trasferimento in sede di separazione o divorzio, gli Autori hanno cura di sottolineare come per l'effetto non si riesca comunque a conseguire un livello di garanzie (delle parti del trasferimento, dei terzi e del sistema di circolazione dei beni immobili nel suo complesso) equiparabile all'ipotesi in cui le parti effettuino il trasferimento, dopo la separazione o il divorzio, dinanzi al notaio (pubblico ufficiale rogante).

Per un verso, infatti, il notaio chiamato a redigere la suddetta relazione in ambito giudiziale, (ammesso e non concesso che sia effettivamente qualificabile in termini di ausiliario del giudice o del cancelliere - possibilità che gli autori escludono -) svolge detta attività in qualità di libero professionista e non di pubblico ufficiale, con conseguente inapplicabilità delle garanzie contenute nella legge notarile inscindibilmente legate alla qualifica di pubblico ufficiale; per altro verso, detta relazione interviene in un momento ineluttabilmente distinto rispetto al trasferimento e, dunque, nulla può garantire con riferimento al lasso temporale intercorrente fra il momento in cui il notaio redige la relazione e quello in cui si producono gli effetti traslativi secondo la prospettiva accolta dalla sentenza delle sezioni unite in esame.

Su tali basi gli Autori concludono evidenziando come, per effetto dell'intervento delle Sezioni unite, si sono di fatto create due vie, assolutamente infungibili, per effettuare i trasferimenti originati da separazioni e divorzi (quella "giudiziale" e quella "negoziale") per null'affatto contraddistinte da un identico livello di garanzie. Infatti, la via "giudiziale", anche ove si ricorra alla figura del notaio, non raggiunge comunque il livello di garanzie che è proprio della via "negoziale", ossia dell'ipotesi in cui le parti effettuino il trasferimento immobiliare, dopo la separazione o il divorzio, dinanzi al notaio quale pubblico ufficiale rogante.

L'importante vuoto di tutela lasciato aperto dalle sezioni unite finisce, invero, per interessare non solo, sul piano soggettivo, la figura del notaio, ma anche, sul piano oggettivo, l'applicazione della legge notarile, la quale, grazie al reticolato di garanzie che assicura, rappresenta un autentico baluardo per la tutela delle parti.

Il ricorso al notaio e ad altri professionisti per l'effettuazione in sede giudiziale di tutti i controlli prescritti dalla vigente normativa in tema di trasferimenti immobiliari vale peraltro ad escludere che la via "giudiziale", ancorché dotata di un livello più basso di garanzie (sia per le parti che per i terzi), sia economicamente più vantaggiosa.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali antecedenti rispetto all'intervento delle Sezioni Unite: 2.1. La tesi restrittiva; 2.2. La tesi mediana; 2.3. La tesi estensiva. - 3. Le prassi dei Tribunali instauratesi prima dell'intervento delle Sezioni Unite: 3.1 L'orientamento contrario ai patti tra coniugi, con efficacia reale, aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio; 3.2. L'orientamento favorevole ai patti tra coniugi, con efficacia reale, aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio. - 4. L'intervento della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 21761 del 29 luglio 2021: 4.1. La valorizzazione, ad opera delle Sezioni Unite, dell'autonomia privata dei coniugi in ordine agli accordi della crisi coniugale con riguardo ai trasferimenti immobiliari; 4.2 La forma essenziale, secondo le Sezioni Unite, per il trasferimento immobiliare oggetto dell'accordo tra coniugi; 4.3. Il ruolo del notaio e del cancelliere, nella prospettiva delle Sezioni unite, in merito alla verifica della conformità catastale; 4.4. Criticità e lacune processuali della sentenza delle Sezioni Unite. - 5. Le prassi dei Tribunali instauratesi dopo l'intervento delle Sezioni Unite: 5.1. La natura degli "accordi a verbale" e gli obblighi informativi dei difensori; 5.2. La funzione del giudice in relazione agli accordi dei coniugi; 5.3. Ammissibilità degli accordi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari: limiti; 5.4.

La nomina di un ausiliario per la verifica della regolarità catastale; 5.5. Le dichiarazioni e menzioni; 5.6. La clausola di esonero da responsabilità del cancelliere; 5.7. Natura dell'accordo ed operatività delle prelezioni; 5.8. Il valore attribuito alle dichiarazioni delle parti. - 6. Esiti dell'indagine sinora condotta e conseguente necessità di effettuare un'indagine sul ruolo del cancelliere, sulla figura dell'ausiliario e sul possibile ricorso alla figura del notaio in sede giudiziale - 7. La figura del cancelliere. - 8. La figura dell'ausiliario del giudice. - 9. Il ruolo del notaio in relazione agli accordi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio; 9.1. L'impossibilità di ricorrere al notaio in qualità di sostituto del cancelliere; 9.2. L'impossibilità di ricorrere al notaio in qualità di sostituto del giudice; 9.3. Ostacoli e difficoltà a ricorrere al notaio in qualità di ausiliario del giudice o del cancelliere; 9.4. Il ricorso al notaio in quanto notaio (libero professionista e/o pubblico ufficiale): possibilità e limiti. - 10. Il sistema del "doppio binario" per l'effettuazione dei trasferimenti immobiliari legati alla separazione o al divorzio fra coniugi: quello "notarile" e quello "giudiziale".

1. Premessa

La giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto, ormai da tempo risalente, l'importanza della negozialità nella fase di crisi della vita coniugale¹. È nota la pronuncia della Corte di cassazione secondo la quale la separazione consensuale è uno dei momenti di più significativa emersione del potere dispositivo, in capo ai coniugi, degli interessi scaturenti durante la fase patologica del legame dal momento che «ciascun coniuge ha il diritto di subordinare il proprio consenso alla separazione alla realizzazione di un soddisfacente assetto dei propri interessi di contenuto patrimoniale»².

Nell'alveo dell'orientamento teso a valorizzare l'autonomia negoziale dei coniugi nel regolamentare i propri rapporti patrimoniali, in ragione della crisi³, si colloca la recente pronuncia

¹ Nel corso del tempo, il ruolo dell'autonomia privata in ambito familiare è stato sempre più riconosciuto e valorizzato, fermi restando i limiti relativi all'esigenza di protezione dei minori o dei soggetti più deboli, sino a giungere all'affermazione della legittimità, in dottrina e in giurisprudenza, della liceità di accordi stipulati dalle parti prima della sentenza di divorzio. La tendenza della giurisprudenza ad un maggior riconoscimento e valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi in tema di separazione e divorzio deriva dalla diversa concezione di famiglia, introdotta dalla riforma del 1975, intesa come una comunità di eguali, volta a potenziare l'elemento dell'accordo dei coniugi nel segno della privatizzazione del diritto di famiglia e del superamento delle precedenti concezioni pubblicistiche e autoritarie nelle quali veniva sacrificato l'elemento consensuale a vantaggio di pretesi valori superindividuali o di interessi superiori. In generale sul tema della autonomia privata in ambito familiare, cfr. FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, in *Foro it.*, 1977, V, 84 ss.; SANTORO - PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 381 ss.; DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare*, Milano, 1996, 51 ss.; OBERTO, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 3 ss.; ID., *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 1995, 155 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 1211 ss. Più in generale, sul rapporto tra autonomia negoziale e diritto di famiglia, cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, N. CIPRIANI, G. FREZZA, G. PERLINGIERI E P. VIRGADAMO, *Manuale di diritto di famiglia*, Napoli, 2021, 283 s. Sui patti prematrimoniali, cfr. MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 3, 893 ss. M. GILIBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 476 ss.

² Cass. 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.* 1991, I, 1787.

³ Si osservi che, già da tempo, parte della dottrina (SIROLI MENDARO, PULIERI, *Autonomia privata e diritto della famiglia «in crisi»*, in *Arch. civ.*, 2004), ha ritenuto che il bisogno di delimitazione dell'ambito di operatività del modulo dell'autonomia negoziale si avverte, del resto, più sentitamente nella fase patologica della

delle sezioni unite (Cass. civ., Sez. un., 29 luglio 2021, n. 21761) che risolve una questione di particolare importanza riguardante l'ammissibilità e la conseguente validità di clausole dirette a trasferire diritti reali su beni immobili nell'ambito degli accordi di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta⁴. In particolare, le Sezioni unite giungono ad ammettere la possibilità per i coniugi di raggiungere accordi, in sede di separazione o di divorzio, il cui effetto sia quello di realizzare, in via diretta e immediata, il trasferimento della proprietà.

Si tratta di una pronuncia importante, attesa da tempo, in ragione della eterogeneità di prassi interpretative e applicative insorte nella giurisprudenza di merito, che ha già suscitato differenti reazioni in dottrina⁵ e soprattutto, per quanto maggiormente interessa ai fini del presente contributo, la proliferazione di protocolli adottati dai Tribunali, come del resto auspicato dalla medesima sentenza delle Sezioni unite nella parte in cui reca un riferimento alla predisposizione di protocolli da parte dei Tribunali d'intesa con i Consigli degli ordini degli avvocati. Anche sotto questo profilo, peraltro, non è mancato chi, in dottrina, ha manifestato non poche perplessità, ravvisando nel caso di specie una violazione della riserva di legge di cui agli artt. 97, comma 3, e 117 Cost.⁶.

famiglia. In particolare, si afferma, in questa prospettiva interpretativa, che la separazione e il divorzio quali strumenti per attuare il diritto a liberarsi da un vincolo giuridico non più voluto, richiedono, infatti, di necessità una nuova regolamentazione di tutto quel complesso di rapporti di ordine affettivo e di solidarietà morale e patrimoniale, costituitisi tra i membri della famiglia in forza del vincolo familiare. Nella prassi si verifica, dunque, molto spesso che i coniugi addivengano ad accordi volti a regolamentare dettagliatamente i singoli aspetti di tali rapporti, in relazione ai quali diviene così di fondamentale importanza la ricerca nei singoli settori dei limiti al loro potere di autoregolamentazione.

⁴ La questione è stata rimessa alle Sezioni unite da Cass. civ., 10 febbraio 2020, n. 3089, in *Corriere Giur.*, 2020, 1 s., con nota di F. FERRARA, *Separazione e trasferimenti coniugali: il ruolo del giudice e quello del notaio al vaglio delle Sezioni unite*; in *Riv. Notar.*, 2020, 710 e ss., con nota di S. PEPE, *Il Notaio quale Giano bifronte: tra "inutile aggravio di spesa" e "insostituibilità della funzione"*.

⁵ Cfr. F. CAMPIONE, *Divorzio su domanda congiunta e trasferimenti immobiliari: questioni processuali*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), 4, 2021, pag. 1618; TORRONI, *Trasferimenti immobiliari nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio: un atto pubblico senza i controlli di legalità sostanziale e la responsabilità nei confronti delle parti? Rivista del Notariato*, 6, 2021, pag. 1158; GAMBARDELLA, *Per un ruolo ulteriore del notaio nei trasferimenti immobiliari in sede di accordo di separazione e divorzio*, in *Notariato*, 2021, 535.

⁶ Cfr. G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite in notariato.it*, il quale pone l'accento sulla «carezza 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». In via più generale, per una recente riflessione sul ruolo delle prassi dei tribunali in rapporto all'art. 111 Cost. (secondo cui «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge») cfr. BRIGUGLIO, *Le prassi processuali*, in *Judicium.it*, il quale osserva che: «oggi l'art. 111 Cost. è di matrice garantistica, non statalistica, pur se affonda le sue radici nel carattere pubblicistico ed eminentemente statale dell'esercizio della giurisdizione (anche civile). In Italia – diversamente che altrove – è solo la legge la regola cogente del processo. La prassi dunque – vuoi se solo fattuale e materiale vuoi se oggetto di ricognizione o addirittura di promozione e incentivazione scritta in "protocolli" e strumenti simili – resta solo tale ed appunto non diviene consuetudine fonte di diritto; e le nostre corti, anche quelle superiori, a differenza che altre grandi corti passate e presenti, esercitano la giurisdizione interpretando la legge sostanziale e processuale e non costruendosi quest'ultima a loro misura per i rispettivi processi». Secondo questo Autore, «paradossalmente ... quando una grande corte lo fa, all'estero o a livello sovranazionale, i frutti di questo prestigioso esercizio di potere e cioè le apposite *Rules* o l'apposito Regolamento di procedura, sia che essi cristallizzino prassi pregresse sia che esprimano innovazione normativa, restringono lo spazio operativo e concreto delle prassi, e tuttavia con apprezzabili benefici di certezza informativa per chi è geograficamente estraneo: per cui – altro e correlato paradosso – se sono un avvocato del foro nazionale e devo produrre innanzi alla Corte di Giustizia, il Regolamento di procedura ed in aggiunta le Istruzioni pratiche alle parti di quest'ultima mi dicono già quasi tutto; ma se sono un avvocato del foro di Pordenone e devo chiedere la nomina di un curatore speciale o eseguire un sequestro di quote a Palermo lo sforzo informativo che mi necessita riguardo alle prassi locali, pur non cogenti, può essere perfino maggiore».

Il presente contributo prende le mosse proprio dall'esame di questi protocolli, per poi affrontare tutta una serie di problematiche, non solo di ordine pratico-operativo ma anche di ordine giuridico, in larghissima parte non esaminate dalla pronuncia delle Sezioni unite e sulle quali, conseguentemente, si sono incentrati detti protocolli nel tentativo di individuare delle possibili soluzioni.

Volutamente, dunque, non verranno affrontate talune questioni di fondo su cui, in più occasioni nel corso del tempo, si sono soffermate dottrina e giurisprudenza, anche se il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite suscita non poche perplessità, tanto sotto il profilo del riconoscimento in capo alle parti della possibilità di effettuare trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio consentendo l'ingresso degli stessi nei registri immobiliari attraverso il verbale d'udienza redatto dal cancelliere (peraltro, come vedremo, erroneamente qualificato come ausiliario del giudice), quanto sotto il profilo della ritenuta equiparabilità (in realtà tutta da dimostrare), sotto il profilo in esame, del divorzio su domanda congiunta alla separazione consensuale⁷.

Si cercheranno, invece, di cogliere fino in fondo, prendendo le mosse dall'esame dei protocolli adottati dai Tribunali, le implicazioni e le conseguenze ultime della scelta di fondo effettuata dalle Sezioni Unite, attraverso l'esame di una serie di problematiche esaminate dai Tribunali, nell'ambito dei suddetti protocolli, ed invece per nulla affatto affrontate, o talvolta solo accennate, dalle Sezioni unite con la suddetta sentenza.

Il riferimento è, in particolare, al ruolo del cancelliere nell'ambito della ricostruzione propugnata dalla Suprema corte (adempimenti, controlli, responsabilità, etc.) ed al possibile ricorso agli ausiliari giudiziari o al notaio, per lo svolgimento, in tutto o in parte, delle attività che, secondo la ricostruzione fatta propria dalle Sezioni Unite, competerebbero al cancelliere ovvero di quelle ulteriori attività e di quei controlli previsti dalla normativa vigente in tema di trasferimenti immobiliari.

2. Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali antecedenti rispetto all'intervento delle Sezioni unite

La pronuncia delle Sezioni Unite incide su un tema nevralgico⁸, in merito al quale, per lungo tempo, si sono contesi il campo diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali⁹.

⁷ Cfr. da ultimo sul punto, anche per ulteriori riferimenti, G. PETRELLI, *Patologie negoziali e stabilità del giudicato nel divorzio su domanda congiunta*, in *Riv. not.*, 2022, fasc. 3, 313 ss.

⁸ La materia dei trasferimenti immobiliari che trovano causa nella crisi coniugale forma oggetto di numerosi contributi, considerato il notevole sviluppo che nella prassi tali accordi hanno avuto. Come parte della dottrina (M. PALAZZO, *I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Foro it.*, 2008, V, 171 s.) rileva, l'esperienza professionale evidenzia un continuo aumento delle fattispecie di separazione e divorzio nelle quali i coniugi provvedono a definire le pretese vantate dall'uno o dall'altro, ovvero i loro rapporti con i figli, mediante delle attribuzioni patrimoniali mobiliari e/o immobiliari. Un primo elemento che concorre a spiegare la diffusione delle attribuzioni mobiliari e immobiliari, è ravvisato nella complessità dell'attuale realtà economico-sociale. Accanto a questo primo fattore concorrono, secondo l'A., altri due elementi che si pongono come ragioni giustificatrici del fenomeno: da un lato, il regime di esenzione fiscale dal pagamento dei tributi indiretti (art. 19 l. div., applicabile anche alla separazione per effetto della nota sentenza di Corte cost. n. 154 del 10 maggio 1999, *Foro it.*, 1999, I, 2168), pur se il trasferimento è contenuto in un atto notarile stipulato in esecuzione dell'obbligazione assunta in sede giudiziaria; dall'altro, il notevole incremento dei procedimenti di separazione e divorzio (c.d. *litigation explosion*).

⁹ Per la ricostruzione storica dell'affermarsi del principio dell'autonomia privata nella regolazione della crisi coniugale cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 213

Sotteso a tale contrasto interpretativo vi sono tematiche di grande complessità e delicatezza: non solo il rapporto tra autonomia negoziale e diritto di famiglia, con particolare riguardo alla situazione di crisi coniugale in sede processuale, ma anche il ruolo da assegnare nell'esperienza giuridica contemporanea alla funzione notarile¹⁰.

Già dalla lettura della pronuncia delle Sezioni Unite, è dato cogliere come ci troviamo di fronte ad un intervento la cui portata va ben al di là della specifica materia dei trasferimenti immobiliari in sede di divorzio, che finisce, a ben vedere, per incidere su ruoli e funzioni sia in sede contrattuale che processuale, con un coinvolgimento sul piano processuale – quello fatto oggetto di indagine con il presente contributo - di una pluralità di soggetti (giudice, cancelliere, ausiliari giudiziari, notaio).

Ciò emergerà con ancora maggiore evidenza all'esito dell'indagine delle prassi dei Tribunali, non a caso fatta oggetto di un'approfondita analisi.

2.1 La tesi restrittiva

In dottrina¹¹, secondo la tesi più restrittiva, gli accordi tra coniugi, all'esito del divorzio o della separazione consensuale, non possono avere un contenuto diverso da quello necessario così come previsto dal comma 16 dell'articolo 4 della l. 898/1970, il quale fa riferimento alle condizioni inerenti alla prole ed ai rapporti economici. In questa prospettiva interpretativa, non vi sarebbe spazio, pertanto, per regolare i trasferimenti immobiliari in questa sede e soltanto il notaio potrebbe ricevere atti traslativi di diritti immobiliari in un momento successivo rispetto a quello giudiziale,

ss.; L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi della famiglia: gli accordi in vista della separazione*, ivi, 2005, II, 277 ss.; M. SESTA, *Gli obblighi di mantenimento tra coniugi nella crisi della coppia e la semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Rass. for.*, 3-4, 2014, 577 ss. In ordine al profilo causale delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi nei contratti della crisi coniugale, cfr. G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*; A. ARCERI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in fase di separazione consensuale e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 6, 2021, 641 ss.; F. MANCINI, *Trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione e di divorzio. Inquadramento sistematico, uso ed abuso*, in *Riv. not.*, 2009, 6, 658 ss.; G. DORIA, *Atti di disposizione tra coniugi e causa familiare*, in *Vita not.*, 2001, I, 730.

¹⁰ Per una riflessione relativa al ruolo da assegnare nel nostro ordinamento alla funzione notarile in rapporto ai trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede processuale, cfr. PALAZZO, *“Questioni di diritto civile all’esame delle Sezioni Unite. Condizioni economiche della crisi coniugale e trasferimento d’immobili: il titolo per la trascrizione e la sicurezza della circolazione immobiliare*, in *Cassazione.it.*, secondo il quale la questione sottesa all’ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 3089/2020 risiede fondamentalmente nel ruolo del notaio: se sia un mero registratore della volontà delle parti (un documentatore e nulla più) oppure lo strumento essenziale e necessario di un processo interpretativo che esige il raccordo tra la struttura formale dell’atto e gli esiti del rapporto che da quell’atto prendono vita e si manifestano nella realtà giuridica come strumenti di sistemazione dei rapporti privati. Tanto più - puntualizza l’A. - in una fase storica in cui il contratto avente ad oggetto il trasferimento in proprietà di beni immobili non si pone più semplicemente come strumento di sistemazione e organizzazione di interessi individuali, ma sempre si esprime come modo di “conformazione” della proprietà del bene attraverso un complesso procedimento che implica nel suo sviluppo l’esame di una articolata documentazione che si traduce in reticolo di allegazioni, indicazioni e menzioni (catastali, urbanistiche, relative alla agibilità, agli impianti presenti nell’immobile ed alla efficienza energetica, etc.) rilevanti per i terzi e per l’interesse pubblico.

¹¹ Cfr. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Riv. notar.*, 1992, 598 e s.; ID, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. notar.*, 1990, 1409 s. *Adde*, nel senso dell’esclusiva competenza del notaio a ricevere atti negoziali e ad attribuire loro pubblica fede: ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 396 e ss.; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, 238; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli - F. Gazzoni, I, 1, Milano, 2012, 556 ss., secondo il quale il cancelliere «non è di certo il pubblico ufficiale che riceve l’atto, sol perché lo scrive sotto dettatura». Su questo profilo, in senso contrario, cfr. OBERTO, *Il giudizio di primo grado dopo la riforma del processo civile*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 320, il quale distingue tra direzione, secondo quanto stabilito *ex art.* 130 c.p.c. e dettatura, secondo quanto invalso nella prassi.

destinato esclusivamente a stabilire le suddette condizioni inerenti alla prole ed ai rapporti economici.

La giurisprudenza di legittimità, con indirizzo minoritario, ha in passato ritenuto che qualora i coniugi avessero convenuto, nell'accordo di separazione, una donazione, l'omologazione non sarebbe valsa a rivestire l'atto negoziale della forma dell'atto pubblico, richiesto dall'art. 782 c.c., posto che gli articoli 2699 e 2700 c.c. impongono che quest'ultimo sia "redatto" e "formato" dal pubblico ufficiale¹².

Dal canto suo, la giurisprudenza di merito prevalente¹³, prima della sentenza delle sezioni unite, negava l'ammissibilità di intese immediatamente traslative all'interno del verbale di separazione o di divorzio congiunto, sul presupposto che per gli atti traslativi definitivi occorre rispettare alcuni principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, in particolare in materia di trascrizione di tali atti e di certezza e regolarità dei trasferimenti immobiliari.

Da un attento esame della giurisprudenza di merito emergono, peraltro, una pluralità di argomenti, sia di ordine giuridico che pratico-operativo, ostativi alla percorribilità dell'opposta impostazione tendente a consentire l'effettuazione di trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione o divorzio.

La gran parte di questi argomenti, o quanto meno i più significativi degli stessi, hanno trovato riscontro anche nelle prassi dei Tribunali (circolari, protocolli, etc.), sulla quale avremo modo di soffermarci da qui a breve.

Opportuno appare, dunque, limitarsi in questa sede, diretta ad evidenziare i contrapposti indirizzi dottrinali e giurisprudenziali esistenti in materia, esclusivamente sui principali argomenti di fondo che conducono, di volta in volta, dottrina e giurisprudenza a pervenire all'accoglimento di differenti soluzioni.

2.2 La tesi mediana

Secondo la tesi mediana¹⁴, vi è invece una cd. procedura bifasica: è valido l'accordo traslativo inserito in sede di separazione consensuale e divorzio congiunto, ma con la sola assunzione dell'obbligo di trasferire: è necessario, per l'esecuzione di tale obbligo, il magistero notarile.

Questa tesi è stata ripresa, all'indomani dell'arresto delle sezioni unite in commento, da una parte della dottrina¹⁵, la quale ha posto l'accento, in particolare, sulla tutela del coniuge destinatario

¹² Cass., 8 marzo 1995, n. 2700.

¹³ Cfr. Trib. Pesaro, 6 dicembre 2016. Trib. Milano, 21 maggio 2013, in *Fam. Dir.*, 2014, 600 e segg., con nota di A. FERRARI, *L'opportunità della procedura bifasica nei "trasferimenti a causa" di separazione consensuale o di divorzio*; Trib. Bergamo, 19 ottobre 1984, in *Riv. Notar.*, 1985, 926 e s.; Trib. Milano, 16 dicembre 2009, in *Fam. Dir.*, 2011, 937 e s., con nota di F. Picardi, *I trasferimenti immobiliari dinanzi al giudice della separazione e del divorzio: il ruolo del giudice ed il titolo da trascrivere*; Trib. Firenze, 7 febbraio 1992, in *Dir. Fam.*, 1993, 170 e s., con nota di G.B. Nappi, *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali) tra coniugi separandi o divorziandi*; T. Napoli, 16 aprile 1997, in *Dir. Fam.*, 1998, 992 e s., con nota di P. GIVRI, *Separazione consensuale: ricevimento di dichiarazioni negoziali ed ambito della giurisdizione*; v. Trib. Firenze, 29 settembre 1989, in *Riv. Notar.*, 1992, 595 e segg., con nota di A. Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*.

¹⁴ Cfr. F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, I, t. 1, 556, Cfr. Trib. Milano, 21 maggio 2014, in *Fam. e Dir.*, 2014, 600 e segg., con nota di A. FERRARI, *L'opportunità della procedura bifasica nei "trasferimenti a causa" di separazione consensuale o divorzio*, e ivi ulteriori richiami.

¹⁵ G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit., il quale puntualizza che il problema della trascrizione della domanda giudiziale si fonda sull'interpretazione in qualche modo adeguatrice dell'art. 2652 n. 2 c.c., che, come noto, si riferisce più genericamente alla trascrivibilità delle domande di esecuzione in forma

del trasferimento immobiliare qualora l'altro coniuge, già proprietario dell'immobile, disponga del bene non solo in sede di accordo nell'ambito della separazione o divorzio, ma anche a favore di terzi nel periodo di tempo che intercorre fra la data del ricorso su domanda congiunta e la sentenza del giudice che recepirebbe l'accordo.

Muovendosi in quest'ordine di idee, si è ritenuto che l'unico strumento in grado di tutelare il coniuge destinatario del trasferimento immobiliare potrebbe essere la trascrizione della domanda giudiziale, *ex art. 2652 n. 2 c.c.*, così avvalorandosi proprio la tesi secondo la quale, nelle ipotesi in esame, il contenuto più plausibile di simili accordi sarebbe quello di un obbligo a contrarre, e più precisamente di un obbligo di dare in senso stretto; da ciò, la fondatezza di una struttura bifasica delle fattispecie normative indagate¹⁶.

2.3 La tesi estensiva

Secondo la tesi più estensiva¹⁷, quella accolta dalle sezioni unite della corte di legittimità, le parti possono raggiungere accordi aventi ad oggetto i trasferimenti immobiliari con efficacia reale nei procedimenti di separazione consensuale e in quelli di divorzio. La finalità sottesa a tale *decisum* è di definire in modo più celere possibile la crisi familiare, considerata la delicatezza degli interessi sottesi.

specifico dell'obbligo, così legale come convenzionale, a contrarre. L'A. adduce altresì che 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 quest'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 incontrovertibile.

¹⁶Critica la tesi in discorso è ARCERI, *Le sezioni unite sui trasferimenti immobiliari in fase di separazione consensuale e divorzio a conclusioni congiunte*, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 12, 1093, secondo la quale il contrasto dell'impostazione bifasica con i fondamentali principi costituzionali che governano l'autonomia privata dei cittadini appare ancor più evidente laddove si ponga mente alle conseguenze della prassi, invalsa in molti tribunali, di pretendere dalle parti l'inserimento, nel verbale di separazione consensuale o nelle conclusioni congiunte di divorzio, di un semplice impegno a trasferire in luogo di un trasferimento definitivo, sul presupposto che soltanto una previsione obbligatoria sarebbe legittima in quella sede. Invero, afferma l'A., «oltre che palesarsi in forte contrasto con le affermazioni ormai consolidate di dottrina e giurisprudenza circa l'ampiezza dello spettro del controllo giudiziale sugli accordi definitivi della crisi, ormai interdetto se non in riferimento alle pattuizioni riguardo ai figli, l'affermazione sconfessa e pone nel nulla anche la ormai copiosa produzione giurisprudenziale diretta a riconoscere validità ed efficacia ad ogni stipulazione che abbia quale effetto la definizione del contrasto insorto tra i coniugi, con potere per gli stessi di condizionare a tale soddisfazione il proprio consenso alla separazione».

¹⁷ In dottrina cfr. 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. In giurisprudenza cfr., *ex multis* cfr. Cass. civ., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. fam. pers.*, 1993, 70 e s.; Cass. civ., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 304 s., con nota di MORACE PINELLI, *Separazione consensuale e negozi atipici familiari*; Cass. civ., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, 417 s. con nota di CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*; in *Nuova giur. comm.*, 1999, I, 278 s., con nota di A.C. ZANUZZI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale. Contra*, PALAZZO, *I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Foro it.*, 2008, V, 171 s., il quale evidenzia in particolare l'assenza di un fondamento normativo che consenta i trasferimenti immobiliari oggetto di accordi tra coniugi in sede di separazione e divorzio. Tale fondamento, in particolare, non può essere rappresentato dal comma ottavo dell'art. 5 della legge 898/1979, il quale consente, su accordo delle parti, la corresponsione in un'unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. L'A. puntualizza che questa norma concerne solo il procedimento di divorzio contenzioso e, come tale, non appare pacificamente applicabile alla procedura di divorzio su domanda congiunta e tanto meno a quella di separazione consensuale. Peraltro, secondo la dottrina in discorso la disposizione non sembra neppure (almeno direttamente) riferibile ad attribuzioni diverse da quelle aventi ad oggetto somme di denaro. Tuttavia, l'evoluzione giurisprudenziale è nel senso favorevole alla validità dell'attribuzione *una tantum* del contributo di mantenimento del separato o dell'assegno di divorzio, così come all'ammissibilità dei negozi traslativi di diritti su uno o più beni determinati in occasione della crisi coniugale.

Nella giurisprudenza di legittimità si distingue un consolidato orientamento favorevole all'inserimento nel verbale di separazione di clausole che riconoscano la proprietà esclusiva di singoli beni mobili o immobili a favore dell'altro coniuge oppure reciproci trasferimenti di diritti reali immobiliari¹⁸. In particolare, in tale ottica si distingue tra “contenuto essenziale” e “contenuto eventuale” del verbale di separazione, secondo il quale la separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente contenuto essenziale: il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti, ed un contenuto eventuale, che trova solo “occasione” nella separazione, costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione del regime di vita separata.

Un minoritario orientamento della giurisprudenza di merito¹⁹ affermava la validità delle clausole di un accordo traslativo della proprietà di un bene immobile, inserita nel verbale d'udienza, riconoscendo a quest'ultimo la forma di atto pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c., e, dopo l'omologazione, l'idoneità a costituire titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c.

3. Le prassi dei Tribunali instauratesi prima dell'intervento delle Sezioni unite

¹⁸ Cass. 15 maggio 1997, n.4306, in *Famiglia e diritto*, 1997, 417, con nota di CARAVAGLIOS, secondo la quale sono pienamente valide le clausole dell'accordo di separazione che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento. Il suddetto accordo 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 l'omologazione che lo rende efficace, titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c., senza che la validità di trasferimenti siffatti sia esclusa dal fatto che i relativi beni ricadono nella comunione legale tra coniugi. L'orientamento affermato dalla pronuncia testé richiamata è stato ribadito da diverse sentenze, le quali hanno esaminato i presupposti per l'utile esperimento dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. contro il trasferimento immobiliare concordato in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto, in tal modo riconoscendone, implicitamente, la validità (in tal senso, cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741; Cass., 26 luglio 2005, n. 15603; Cass., 14 marzo 2006, n. 5473; Cass., 12 aprile 2006, n. 8516, con riferimento alla revocatoria fallimentare, Cass., 13 maggio 2008, n. 11914; Cass., 10 aprile 2013, n. 8678; Cass., 05 luglio 2018, n. 17612). In questo senso cfr. anche, più recentemente, Cass., 15 aprile 2019, n. 10443. Altre decisioni di legittimità hanno fatto leva sul distinguo tra “contenuto essenziale” e “contenuto eventuale”, statuendo che la separazione consensuale è un negozio di diritto familiare avente un contenuto essenziale (il consenso reciproco a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegno di mantenimento ove ne ricorrano i presupposti) ed un contenuto eventuale, che trova solo “occasione” nella separazione (costituito da accordi patrimoniali del tutto autonomi che i coniugi concludono in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata). Ne consegue che questi ultimi accordi non sono suscettibili di modifica (o conferma) in sede di ricorso “ad hoc” ex articolo 710 c.p.c., o anche in sede di divorzio, la quale può riguardare unicamente le clausole aventi causa nella separazione personale, ma non i patti autonomi, che restano a regolare i reciproci rapporti ai sensi dell'articolo 1372 c.c. (cfr. Cass., 19 agosto 2015, n. 16909; Cass., 30 agosto 2019, n. 21839, che ha ammesso l'azione di simulazione nei confronti di un patto, contenuto nelle condizioni di separazione consensuale omologate, che prevedeva trasferimenti immobiliari tra le parti). Per una recente sintesi del quadro giurisprudenziale cfr. SPOLETINI, *Il trasferimento di beni immobili nella separazione*, in *Riv. dir. fam. e succ.* 5/21.

¹⁹ Cfr., tra le altre, Trib. Firenze, 6 gennaio 1982, in *Riv. notar.*, 1982, 197 e s.; Trib. Pistoia, 1° febbraio 1996, ivi, 1996, 1421 s., con nota di P. GIURI, *Separazione consensuale, trasferimenti immobiliari, trascrivibilità*; Trib. Salerno, 4 luglio 2006, ivi, 2007, 386 s. con nota di R. ZISA, *Separazione personale dei coniugi, Trascrivibilità del (relativo) verbale di udienza contenente pattuizioni patrimoniali a effetti reali*; in *Fam. dir.*, 2007, 63 s. con nota di G. OBERTO, *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*; App. Milano, 12 gennaio 2010, ivi, 2011, 589 s., con nota di G. OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale: a neverending story*.

La suddetta contrapposizione dottrinale e giurisprudenziale esistente nel nostro ordinamento prima dell'intervento delle Sezioni unite trovava pieno riscontro anche nelle prassi dei Tribunali (circolari, protocolli, etc.).

Mentre, infatti, alcuni tribunali escludevano in radice la possibilità di effettuare trasferimenti immobiliari ad effetti reali direttamente in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto. Altri tribunali, invece, ammettevano detta possibilità fornendo tutta una serie di indicazioni (per lo più in ordine ai documenti necessari ed alle dichiarazioni da rendersi ad opera delle parti) volte a favorire la soluzione negoziale della crisi (anche) mediante trasferimenti immobiliari.

3.1. L'orientamento contrario ai patti tra coniugi, con efficacia reale, aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio

Nell'alveo dell'orientamento contrario ai trasferimenti immobiliari in esame, si distinguono le prassi di alcuni Tribunali²⁰ i quali hanno escluso la legittimità di trasferimenti immobiliari nell'ambito dei procedimenti di separazione e divorzio, dal momento che:

- non vi è la possibilità di individuare un soggetto che sia tenuto ad effettuare i controlli che, negli atti tra vivi, è chiamato ad eseguire il notaio: il legislatore, infatti (cfr. art. 29 comma 1 bis della legge 52/1985 aggiunto dal D.L. n. 78/2010, convertito nella Legge n. 122/2010) ha espressamente assegnato al notaio il compito della individuazione e della verifica catastale, nella fase di stesura degli atti traslativi;
- il provvedimento giurisdizionale avente ad oggetto il trasferimento del diritto reale, non può essere equiparato all'atto pubblico redatto da un notaio ai sensi della legge notarile;
- possono configurarsi elusioni al regime fiscale per il differente regime di tassazione degli atti pubblici rispetto agli importi dovuti a titolo di contributo unificato;
- l'obbligo del cancelliere di curare la trascrizione deriva da una norma fiscale (art. 6 TU imposte ipotecarie e catastali) che, se violata, determina una sanzione di tipo pecuniario e non la responsabilità prevista dall'art. 2671 c.c.;
- non vi è alcuna disposizione che attribuisca al magistrato che sottoscrive il verbale avente ad oggetto un trasferimento immobiliare tra coniugi la prerogativa ed il potere di accertare l'identità delle parti, la relativa legittimazione a disporre, né di adeguare le dichiarazioni dei coniugi alla normativa vigente, né di accertare la effettiva titolarità del bene e della sua libertà da ipoteche, vincoli, oneri o trascrizioni pregiudizievoli (cfr. obbligo di visure) ovvero della sua conformità catastale; il magistrato, infatti, non è pubblico ufficiale con poteri certificativi e/o roganti;
- nei casi di trasferimenti immobiliari in favore dei figli, si pone il problema della legittimità di un loro eventuale intervento nei giudizi di separazione e/o divorzio tra coniugi;
- non vi è alcuna disposizione che attribuisca al magistrato, che sottoscrive il verbale avente ad oggetto un trasferimento immobiliare tra coniugi, la prerogativa ed il

²⁰ Cfr. Tribunale di Genova - sezione IV Famiglia - Non ammissibilità dei trasferimenti immobiliari nei procedimenti di separazione e divorzio, verbale della riunione del 21 dicembre 2017.

potere di effettuare il controllo di legalità, come invece espressamente stabilito con riferimento al notaio dall'art. 28 l. notarile.

In senso parzialmente diverso, altri tribunali²¹ ammettevano solo i ricorsi nei quali era prevista esclusivamente l'assunzione dell'impegno alla cessione degli immobili, da realizzarsi con successivo atto notarile. Pur escludendosi, in altri termini, la possibilità di procedere direttamente al trasferimento immobiliare in sede di separazione e divorzio, si ammetteva espressamente la possibilità di assumere, in detta sede, l'obbligo di effettuare un trasferimento immobiliare, dopo la separazione o il divorzio, dinanzi ad un notaio con un apposito atto.

3.2. L'orientamento favorevole ai patti tra coniugi, con efficacia reale, aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio

Nell'ambito dell'orientamento favorevole all'ammissibilità degli accordi in esame si distinguono le prassi di alcuni Tribunali²², i quali hanno affermato che la clausola di un accordo

²¹ E' questo il caso relativo al Tribunale di Pesaro (menzionato dalla pronuncia delle S.U. in quanto richiamato anche dai ricorrenti); *adde* protocollo Trib. di Milano con circolare 9 marzo 2009, dopo l'insorgenza di problemi interpretativi ed applicativi derivanti dalle nuove normative emesse, aveva dato indicazioni alla cancelleria di sospendere l'iscrizione a ruolo dei procedimenti comportanti il diretto trasferimento di beni immobili ed ammettere solo quelli contenenti l'impegno a trasferire. In passato, però, lo stesso tribunale aveva emanato una circolare allo scopo di consentire la regolare esecuzione degli atti di trasferimenti immobiliari tra coniugi contenuti nei procedimenti di separazione consensuale e di divorzio.

²² Cfr. protocolli dei Trib. Salerno; Trib. Pistoia; Trib. Arezzo 11 marzo 2016 secondo il quale, alla luce del consolidato orientamento della Corte di Cassazione, sono legittime le attribuzioni di diritti reali nelle convenzioni relative ai procedimenti di separazione, divorzio, modifica delle condizioni di separazione e divorzio e nei procedimenti *ex art. 148 c.c.*, in quanto l'attribuzione di diritti reali nell'ambito dei menzionati procedimenti rappresenta la regolamentazione dei rapporti economici tra i coniugi, qualificabile come negozio giuridico atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni. Trattasi di disposizioni patrimoniali riferibili al riassetto patrimoniale conseguente alla disgregazione familiare ovvero alla funzione di mantenimento del coniuge o dei figli, ovvero a titolo di assegno divorzile una tantum ai sensi dell'art. 5, comma 8, L. div. Nondimeno, lo stesso protocollo afferma che le disposizioni in favore dei figli devono avvenire in forma di preliminare in favore di terzo, prevedendosi la stipula del definitivo dopo l'omologazione della separazione ovvero il passaggio in giudicato della sentenza, con indicazione della funzione della disposizione e con richiesta di esenzioni fin dall'atto che contiene gli accordi di separazione o divorzio. Tanto delineato, tale prassi limita, quantomeno in una fase iniziale, da fare oggetto di monitoraggio, le attribuzioni in esame alle seguenti ipotesi: attribuzione da un coniuge all'altro di quote di comproprietà o di proprietà dell'abitazione coniugale e pertinenze; attribuzione da un coniuge all'altro dei diritti reali relativi a pertinenze e/o accessori dei detti immobili, includendo in tali previsioni eventuali garage con partita catastale diversa e terreni con superficie inferiore a mq. 5.000. Si specifica altresì che altre attribuzioni più complesse, invece, potranno essere previste con l'assunzione di obblighi ai quali le parti provvederanno con successivo atto notarile, forma che rimane sempre possibile per ogni disposizione in materia immobiliare.

A dimostrazione della circostanza che i protocolli non danno solo mere indicazioni operative, bensì intervengono anche in relazione a delicate e complesse questioni ermeneutiche, si pensi al tema relativo alla qualificazione delle attribuzioni patrimoniali negoziate dai coniugi che abbiano come destinatari i figli, con o senza funzione solutoria dell'obbligo legale di mantenimento. Si registra in merito a questa questione un contrasto in dottrina. Parte della dottrina ritiene trattarsi di stipulazione a favore di un terzo (MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e impr.* 1988, 737). Altra dottrina (SIROLI MENDARO, PULIERI *Autonomia privata e diritto della famiglia «in crisi»*, cit.) ritiene, invece, che quest'ipotesi appare plausibile laddove l'attribuzione abbia funzione solutoria del mero obbligo di mantenimento dell'altro coniuge, che verrebbe a disporre così di un diritto proprio. In tale caso la sfera patrimoniale del minore non subisce alcun pregiudizio, implicando l'effetto dell'accordo unicamente l'acquisto in capo al medesimo minore di un diritto reale o di credito. Al contrario, nel caso di trasferimento del bene con funzione solutoria dell'obbligo di cui all'art. 147 c.c., risulta difficile affermarne la validità in quanto, trattandosi di un'attività di disposizione di un diritto proprio del minore, non sembra realizzabile concretamente al di fuori del meccanismo della rappresentanza legale. In ogni caso è escluso, secondo questa dottrina, che in quest'ultima ipotesi

traslativo della proprietà di un bene immobile, in quanto inserita nel verbale d'udienza, assume la 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 l'omologazione che lo rende efficace, anche titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c.

Secondo queste prassi, il verbale di separazione consensuale, contenente clausole relative al trasferimento di immobili tra i coniugi, costituisce un vero e proprio contratto atipico, con cui le parti intendono attuare un regolamento dei loro rapporti in occasione della separazione, ed è un atto pubblico costituente valido titolo per la trascrizione.

Muovendosi in quest'ordine di idee, taluni tribunali hanno adottato circolari e/o protocolli al fine di fornire tutta una serie di chiarimenti in ordine al contenuto del ricorso e, talvolta, anche al ruolo degli ausiliari giudiziari in relazione ai trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio.

Più in particolare, alcuni protocolli²³, oltre ad indicare gli elementi essenziali dei ricorsi (dichiarazione dell'intento traslativo *ex art.* 1376, necessarie allegazioni), puntualizzavano che la finalità dei trasferimenti dovesse essere solutoria-compensativa, mentre non potevano essere adottati, con gli accordi di cui si discute, atti di natura diversa, quali la vendita, lo scioglimento di comunioni e la divisione di beni che coinvolgono più beni, lo scioglimento di società, la donazione.

Altri protocolli, oltre alla prescrizione delle dichiarazioni e della documentazione da allegare in ordine ai dati identificativi delle parti o del bene, delle dichiarazioni in ordine alla regolarità edilizia, eventuali sanatorie, catastale, prestazione energetica, ponevano l'accento in ordine al ruolo dell'ausiliario in relazione alla verifica della conformità degli atti e della documentazione prodotta.

Secondo alcune prassi, in dettaglio, il giudice, con il decreto di fissazione di udienza di comparizione personale delle parti, nomina l'ausiliario conferendogli contestualmente l'incarico di verificare la conformità della clausola di trasferimento e dei documenti allegati a quanto previsto dal protocollo in esame.

Si danno indicazioni sulla scelta dell'ausiliario²⁴, il quale ha il compito di verificare la corrispondenza formale tra quanto riportato nella clausola del ricorso relativa al trasferimento immobiliare e i documenti depositati, nonché, almeno dieci giorni prima dell'udienza, di depositare in cancelleria il suo parere sulla fattibilità del trasferimento.

Si prevede, altresì, che l'ausiliario proceda agli adempimenti relativi alla trascrizione²⁵.

possa ravvisarsi la figura della stipulazione a favore del terzo, in quanto non presuppone in capo al medesimo un effetto meramente favorevole.

²³ Cfr. ad es. protocollo del Trib. di Perugia; Trib. di Pescara secondo il quale «nell'ipotesi di trasferimenti immobiliari nei procedimenti in materia di famiglia, al fine di consentire la loro regolare esecuzione, occorre che il trasferimento di immobili o quote immobiliari si inserisca nell'ambito di una più ampia soluzione concordata tra le parti con causa conciliativa - solutoria - compensativa così che il trasferimento immobiliare strumentalmente collegato ad altri obblighi economici familiari, non si connoti quale semplice vendita, donazione, divisione di beni comuni o scioglimento di società».

²⁴ In particolare, si puntualizza che ove l'ausiliario sia avvocato, la relativa scelta deve avvenire attingendo il nominativo della lista formata dal presidente del tribunale su indicazione del consiglio dell'ordine degli avvocati e distribuita ai presidenti di sezione, nonché ai giudici competenti tabellarmente per i giudizi aventi ad oggetto lo stato delle persone di cui al libro I c.c. Tale lista può essere oggetto di modifiche e di integrazione, previa verifica da effettuarsi a scadenza annuale entro il 31 gennaio di ogni anno. Il presidente del tribunale vigila sull'equa distribuzione degli incarichi degli ausiliari (vd. protocollo Trib. Bologna del 27 febbraio 2014).

²⁵ Vd. protocollo Trib. Bologna del 27 febbraio 2014.

Significativamente, come si vedrà, anche dopo l'arresto delle Sezioni Unite, in alcuni protocolli, sono riportati limiti all'oggetto che l'accordo in questione può contenere²⁶.

Alcuni protocolli, oltre ad affermare l'autonomia negoziale dei coniugi ai fini di accordi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di crisi coniugale, con correlata applicazione del regime fiscale favorevole, puntualizzano come sia possibile che, in concreto, si verifichino ipotesi in cui la separazione costituisce solo lo strumento fittizio per operare trasferimenti mobiliari o immobiliari aggirando il pagamento delle imposte. In particolare, si rimarca che occorre vi sia la verifica in concreto, da parte del giudice della separazione consensuale, in ordine alla (in)sussistenza di una mera divisione patrimoniale mascherata da separazione chiedendo alle parti le ragioni del trasferimento, da verbalizzare. Testualmente si afferma che: «dalle loro risposte si capirà se il trasferimento assolve a funzioni riparatorie, compensative o restitutorie nel qual caso ben può reputarsi valido o se invece l'intenzione sia stata esclusivamente quella di mettere in salvo i beni nella titolarità di un coniuge da aggressioni dei creditori usufruendo delle agevolazioni fiscali. In ogni caso, va tenuto presente che la verifica del Presidente nelle separazioni consensuali è esclusivamente preordinata alla tutela del superiore interesse familiare con particolare riferimento a quello della prole minore o comunque del coniuge più debole, il che non toglie che pur se diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi del 1322 c.c., possa comunque tradursi in un accordo che vada a ledere configgenti interessi di terzi»²⁷.

4. L'intervento della Corte di Cassazione, a sezioni unite, con la sentenza n. 21761 del 29 luglio 2021

Una volta esaminato il quadro delle prassi antecedenti alla sentenza delle sezioni unite, al fine di consentire un apprezzamento critico delle più recenti risposte rassegnate dai protocolli stipulati da tribunali e consigli degli ordini locali degli avvocati, all'indomani della suddetta pronuncia, si rivela di grande ausilio richiamarne, sia pur in estrema sintesi, i passaggi chiave, relativi:

- all'autonomia privata (artt. 2, 3, 41 e 42 Cost.), *sub specie* di autonomia contrattuale dei coniugi negli accordi in sede di separazione e divorzio con riguardo ai trasferimenti immobiliari;
- all'interpretazione degli accordi suddetti;
- alla forma dell'atto contenente detti accordi ed all'idoneità della stessa a costituire titolo per la trascrizione nei registri immobiliari;

²⁶ Vd. protocollo del Trib. Chieti, che riguarda l'ammissibilità dei trasferimenti immobiliari operati dalle parti del procedimento ovvero nei confronti dei figli ed avente ad oggetto la proprietà o altro diritto reale sulla casa coniugale e su altri immobili di proprietà comune o esclusiva delle parti, se acquistati in costanza di matrimonio, aventi causa nella soluzione della crisi familiare. Sono ammissibili anche gli accordi che riconoscono, con funzione divisoria del patrimonio e/o della comunione legale, in tutto in parte, ai coniugi o ai figli, la proprietà o altro diritto reale sui singoli immobili, se tali accordi trovino causa nella soluzione della crisi familiare. Per operazioni di trasferimento di maggiore complessità o per operazioni divisorie prive di una diretta correlazione con il patrimonio costituito dalle parti in costanza di matrimonio o prive di una funzione solutoria e compensativa ai fini della soluzione della crisi coniugale, i difensori e le parti devono rimettere l'esecuzione di eventuali accordi all'atto pubblico notarile o ad altra sede.

²⁷ Vd. le "Brevi linee guida sulle separazioni consensuali ai fini dell'omologa da parte del tribunale" del Tribunale di Roma, gennaio 2016, ove si richiama la sentenza della Cass. 12.4.2006 n. 8516, secondo la quale la separazione, ancorché omologata, non ne preclude l'impugnabilità tramite azione revocatoria, sia ordinaria che fallimentare, qualora si voglia evitare pregiudizio ai creditori del coniuge disponente, che ad esso eventualmente consegna.

- all'applicabilità (anche) in sede giudiziale della normativa in tema di conformità catastale;
- alla posizione del giudice, del cancelliere e del notaio rispetto all'effettuazione di determinati controlli da effettuarsi, sulla base della vigente normativa, con riferimento ai trasferimenti immobiliari, quali, segnatamente, quelli relativi all'identificazione catastale dell'immobile ed alla verifica della conformità alle risultanze dei registri immobiliari.

Sono molti gli interrogativi che emergono dall'esame di ognuna delle suddette questioni ermeneutiche.

4.1 La valorizzazione, ad opera delle sezioni unite, dell'autonomia privata dei coniugi in ordine agli accordi della crisi coniugale con riguardo ai trasferimenti immobiliari

La Corte ripercorre il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine al tema dell'ammissibilità – negli accordi raggiunti tra i coniugi in sede di divorzio congiunto o in sede di separazione consensuale – di un contenuto diverso, ossia eventuale, da quello necessario, coincidente, in particolare, con gli atti traslativi definitivi.

Inoltre, la pronuncia evidenzia l'equiparazione, sotto il profilo del contenuto e della forma, delle cessioni immobiliari perfezionate rispettivamente con atto notarile e in sede di conciliazione giudiziale, sottolineando che il verbale di conciliazione presenta tutti gli elementi essenziali dell'atto di compravendita, essendo il giudice un pubblico ufficiale alla stregua del notaio e assumendo il verbale valore di atto pubblico.

Non manca neanche, come si vedrà, un riferimento al trasferimento coattivo avvenuto ai sensi dell'art. 2932 c.c.: ipotesi diverse ma accomunate dall'esser riferite ad accordi raggiunti in sede processuale oppure confluiti in atti giudiziali.

Quanto alla natura, la Corte di legittimità ritiene che gli accordi dei coniugi in materia di sistemazione dei rapporti patrimoniali siano equiparabili a pattuizioni atipiche *ex art. 1322*, comma 2, c.c., con la conseguenza che nessun sindacato può esercitare il giudice al di fuori delle fattispecie tassative di contrasto degli accordi con norme inderogabili e con l'interesse dei figli.

Nondimeno, la medesima sentenza ribadisce espressamente l'ammissibilità anche della sola assunzione dell'obbligo di trasferire la proprietà di un bene o di un diritto reale con gli accordi di separazione o divorzio²⁸.

Affermata la piena legittimità dell'attuazione diretta del trasferimento della proprietà e degli altri diritti reali pattuito dai coniugi negli accordi della crisi coniugale, le Sezioni Unite tentano anche di superare gli ostacoli individuati dalla giurisprudenza di merito con riguardo alla validità e alla trascrivibilità degli accordi della crisi coniugale contenenti atti traslativi definitivi.

In primo luogo, la pronuncia, pur rammentando la comunanza, nella separazione consensuale e nel divorzio a domanda congiunta, dell'elemento della consensualità in ordine alla modificazione dello *status* coniugale, puntualizza il distinguo tra divorzio a domanda congiunta e separazione consensuale.

²⁸ In particolare, la sentenza in discorso ricorda che è pacifica anche l'ammissibilità dell'impegno di uno dei coniugi ad effettuare un trasferimento immobiliare direttamente in favore di un figlio, al fine di concorrere al mantenimento del figlio.

In particolare, in merito alla disciplina del divorzio a domanda congiunta (fattispecie oggetto del ricorso proposto dalle parti), la Corte riconosce alla sentenza emessa all'esito dell'audizione dei coniugi natura:

- costitutiva quanto alla sussistenza dei presupposti di legge per la pronuncia sullo *status*, che il giudice ha il dovere di verificare (riguardo ai quali l'accordo delle parti ha mero carattere ricognitivo);

- dichiarativa quanto alle condizioni inerenti alla prole ed ai rapporti economici, previa verifica da parte del giudice della conformità alle norme inderogabili ed agli interessi dei figli, tanto più se minori.

Sulla base di questa premessa di fondo, la Suprema corte ritiene che il giudice non può svolgere alcun sindacato sulle pattuizioni stipulate dalle parti, riprodotte nel verbale di separazione, come del resto - sul piano generale - il giudice non può sindacare qualsiasi accordo di natura contrattuale privato, che corrisponda ad una fattispecie tipica, libere essendo le parti di determinarne il contenuto (art. 1322 c.c., comma 1), fermo restando esclusivamente il rispetto dei limiti imposti dalla legge a presidio della liceità delle contrattazioni private; e, laddove si tratti di pattuizioni atipiche, sempre che l'accordo sia anche meritevole di tutela secondo l'ordinamento (art. 1322 c.c., comma 2).

Poiché anche l'accordo concluso tra i coniugi in sede di separazione consensuale ha analoga connotazione, le medesime conclusioni alle quali la Corte di legittimità giunge con riguardo agli accordi di divorzio sono ritenute valide anche per le pattuizioni raggiunte in sede di separazione.

Tanto per l'ipotesi del divorzio congiunto, quanto per l'ipotesi della separazione consensuale, la Suprema corte esclude, dunque, in radice che, a fronte della ritenuta natura contrattuale privata degli accordi di cui si discute, il giudice sia tenuto ad effettuare i controlli che competono al notaio qualora l'atto notarile contenga un trasferimento immobiliare.

Anche se, come avremo modo di vedere da qui a breve, la Suprema corte, al fine di supportare la posizione accolta, per un verso, si sofferma su uno di questi controlli (quello in tema di conformità catastale) e, per altro verso, sulla forma dell'atto indispensabile per l'accesso nei registri immobiliari e sul ruolo del cancelliere, pur non affrontando la connessa problematica dell'effettuazione dei relativi controlli sottesi al principio di autenticità del titolo di cui all'art. 2657 c.c.

Si sofferma, cioè, solo su taluno dei suddetti controlli e, una volta escluso che questi ultimi debbano essere effettuati dal giudice, non si sofferma sulla posizione del cancelliere (e segnatamente sugli obblighi e sulle responsabilità di quest'ultimo) rispetto a tutti i suddetti controlli, bensì (anche sotto questo profilo) solo su taluno dei suddetti controlli (sempre quello in tema di conformità catastale).

4.2 La forma essenziale, secondo le sezioni unite, per il trasferimento immobiliare oggetto dell'accordo tra coniugi

Un ulteriore passaggio fondamentale dell'iter argomentativo della sentenza della Corte di cassazione in esame risiede nel riconoscimento al verbale redatto dal cancelliere, in sede di separazione o divorzio, della forma dell'atto pubblico.

Più precisamente, le Sezioni Unite, seguendo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, ravvisano nel verbale in cui le parti hanno espresso le condizioni di separazione, redatto dal cancelliere con le modalità di cui all'art. 126 c.p.c., la forma dell'atto pubblico ai sensi

dell'art. 2699 c.c., costituente, a seguito dell'omologazione del Tribunale che lo rende efficace ovvero della sentenza emanata all'esito dell'audizione dei coniugi, titolo per la trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.

La sentenza puntualizza, in particolare, che il verbale del cancelliere è idoneo a cristallizzare trasferimenti immobiliari dal momento che «*realizza l'esigenza della forma scritta dei trasferimenti immobiliari, richiesta dall'art. 1350 cod. civ.*» ed è «*un atto pubblico avente fede privilegiata, fino a querela di falso, sia della provenienza dal cancelliere che lo redige e degli atti da questi compiuti, sia dei fatti che egli attesta essere avvenuti in sua presenza [...] Al cancelliere (esattamente come al giudice) compete la qualifica di pubblico ufficiale e lo svolgimento delle formalità relative all'udienza, ivi compresa la stesura del verbale, rientra nell'esercizio di una pubblica funzione (cfr. art. 357 c.p.); sicché gli atti redatti o formati con il suo concorso, nell'ambito delle funzioni al medesimo attribuite, e con l'osservanza delle formalità prescritte dalla legge, costituiscono atti pubblici ai sensi dell'art. 2699 c.c.*».

Si ritiene, dunque, che, in tema di separazione e divorzio, il cancelliere possa redigere un atto pubblico (qual è il verbale d'udienza) contenente (anche) trasferimenti immobiliari, ma non si affronta la delicata problematica, strettamente conseguente alla suddetta affermazione, attinente all'effettuazione dei controlli imposti dal principio di autenticità del titolo di cui all'art. 2657 c.c.

Dopo aver implicitamente escluso che detti controlli competano al giudice, per i motivi appena più sopra evidenziati, non si prende posizione espressa in ordine alla sussistenza di un obbligo del cancelliere di effettuare gli stessi, alle responsabilità dello stesso ed alle eventuali conseguenze. Mentre, invece, come avremo modo di vedere di qui a breve, si ritiene che ricada in capo al cancelliere l'obbligo di effettuare, a pena di nullità, taluni dei controlli in tema di conformità catastale.

4.3 Il ruolo del notaio e del cancelliere, nella prospettiva delle sezioni unite, in merito alla verifica della conformità catastale

A fondamento del proprio assunto, la Suprema corte invoca anche la tematica, già dibattuta nell'ambito della materia che ci occupa, della verifica della conformità catastale.

Più precisamente, la sentenza esclude che l'art. 29, comma 1 *bis*, della legge 27 febbraio 1985, n. 52, tendenzialmente richiamato dalla giurisprudenza di merito prevalente come argomento a favore della necessità dell'intervento notarile nei trasferimenti immobiliari frutto di un accordo negoziale, possa essere di ostacolo ad un trasferimento immobiliare inserito nel verbale del cancelliere, condividendo gli argomenti espressi nell'ordinanza di rimessione secondo la quale il controllo sulla conformità catastale oggettiva potrebbe essere svolto, non solo dal notaio, ma anche dal cancelliere, qualificato ausiliario del giudice.

Secondo la S.C., la validità di questi trasferimenti presuppone l'attestazione da parte del cancelliere secondo la quale le parti hanno prodotto gli atti e reso le dichiarazioni di cui all'art. 29, comma 1 *bis*, della l. n. 52 del 1985, mentre, invece, non determina la nullità del trasferimento il mancato controllo, da parte del cancelliere, circa la conformità catastale soggettiva.

In particolare, le Sezioni unite ripercorrono le oscillazioni giurisprudenziali, richiamando anche le tesi dottrinali più note, giungendo ad affermare che la disposizione relativa alla conformità catastale «*non è applicabile esclusivamente agli atti compiuti con il ministero del notaio, ma si*

attaglia invece a tutti i trasferimenti immobiliari che, oltre che in forma giudiziale, ai sensi dell'art. 2932 c.c., ben possono essere effettuati anche in un verbale di conciliazione giudiziale o in un verbale di separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta». All'uopo la Corte richiama le tesi sostenute da una parte della dottrina secondo la quale il legislatore, con le previsioni di cui alla l. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1 bis, ult. periodo, «ha certamente detto meno di quanto volesse, usando il riferimento al notaio come indicativo dell'accertamento che deve essere compiuto in ogni caso di redazione dell'atto da parte del pubblico ufficiale». Infatti, se «avesse voluto imporre l'intervento del solo notaio, il legislatore avrebbe dovuto chiarire che introduceva una norma in deroga all'art. 1350, sia pure limitatamente alle unità immobiliari urbane, mentre nulla ha disposto sul punto, dovendo pertanto ritenersi ancora pienamente lecite, e valide, semplici scritture private, che riportino trasferimenti o costituzioni di diritti reali, o scioglimento delle relative comunioni».

Per suffragare quanto affermato, la Corte puntualizza come i trasferimenti immobiliari siano possibili tramite atti giudiziali, ad esempio nel caso della conciliazione giudiziale *ex art. 185 c.p.c.*, ovvero per mezzo delle sentenze costitutive *ex art. 2932 c.c.*, laddove la conformità catastale oggettiva costituisce condizione dell'azione, mentre il mancato riscontro della conformità catastale soggettiva non determina la nullità dell'atto giudiziale medesimo e non preclude, pertanto, la sua trascrizione nei registri immobiliari.

4.4. Criticità e lacune processuali della sentenza delle Sezioni Unite

Conformemente a quanto già anticipato, non si entrerà in questa sede nella scelta di fondo effettuata dalle Sezioni Unite nel ritenere percorribile l'effettuazione di trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione e divorzio, concentrando, invece, l'attenzione su una serie di profili processuali solo accennati o per null'affatto indagati dalla Suprema corte, ma comunque posti a fondamento della scelta di fondo effettuata e rinviati, quanto meno in parte, all'adozione di protocolli da parte dei Tribunali d'intesa con i consigli dell'ordine degli Avvocati locali.

Più precisamente, la Corte, per agevolare il lavoro dell'ausiliario del giudice per gli incumbenti relativi alla verifica della conformità catastale, richiama la possibilità per gli uffici giudiziari di predisporre un protocollo d'intesa con il locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati²⁹.

Non a caso la nostra indagine prenderà le mosse proprio da questi protocolli, che, come vedremo, non si sono limitati a disciplinare profili pratico-operativi conseguenti alla scelta di fondo effettuata dalle Sezioni Unite, ma hanno tentato di colmare le lacune della sentenza delle Sezioni unite e superare talune criticità della stessa.

In ciò risiede, come avremo modo di vedere meglio di qui a breve, una prima grossa criticità della sentenza delle Sezioni unite, che finiscono, di fatto, per snaturare la funzione dei protocolli, se non anche, come già evidenziato in dottrina³⁰, per perpetrare una violazione della riserva di legge di cui agli artt. 97, comma 3, e 117 Cost.

²⁹ Testualmente, secondo la pronuncia in esame, «gli incumbenti relativi alla verifica della coincidenza dell'intestatario catastale con il soggetto risultante dai registri immobiliari - previsti dall'ultima parte della L. n. 52 del 1985, art. 29 - ben possono, di conseguenza, essere eseguiti dall'ausiliario del giudice, sulla base della documentazione che le parti saranno tenute a produrre, se del caso mediante un protocollo che ciascun ufficio giudiziario - come accade già in diversi Tribunali potrà predisporre d'intesa con il locale Consiglio dell'ordine degli avvocati».

³⁰ In tal senso G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit.

Nel merito di quanto affermato dalla Corte di cassazione, sotto il profilo processuale, desta perplessità, anzitutto, la qualificazione del cancelliere come ausiliare del giudice, non essendo il cancelliere, come avremo modo di evidenziare meglio più avanti, un ausiliare del giudice.

Ulteriori perplessità desta il parallelo operato, sotto il profilo dell'applicabilità della disciplina sulla conformità catastale, fra ipotesi strutturalmente diverse come la separazione e il divorzio, da un lato, e l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'art. 2932 c.c., dall'altro.

Invero, ci troviamo di fronte ad una tematica di indubbio rilievo che involge differenti tipologie di procedimenti civili non ancora del tutto indagata, in dottrina come in giurisprudenza, sotto svariati profili ³¹.

Nei circoscritti confini del presente contributo, basti evidenziare con riferimento alle due ipotesi messe a confronto dalle Sezioni Unite come, se, per un verso, pare innegabile la sussistenza di alcuni punti di contatto, per altro verso non possono sottacersi le peculiarità proprie di ciascuna delle suddette ipotesi, le quali potrebbero non consentire di tracciare un discorso unitario sotto il profilo in esame.

Più in particolare, il mero richiamo delle pronunce della Corte di cassazione in tema di sentenza costitutiva emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c.³², che hanno ritenuto applicabile in questa sede la suddetta disciplina, non sembra sufficiente per corroborare, così come fanno le sezioni unite, l'estensione di quest'orientamento giurisprudenziale agli accordi di separazione e divorzio.

Nel primo caso, infatti, la volontà delle parti si è già compiutamente formata con la conclusione di un contratto preliminare e la sentenza *ex art. 2932 c.c.* si limita ad accogliere la domanda di esecuzione in forma specifica "qualora sia possibile". Come parte della dottrina³³ puntualizza, quando la volontà delle parti non è completa in tutti i suoi elementi, il giudice non può accogliere la domanda di esecuzione in forma specifica né può modificare minimamente la volontà delle parti espressa nel contratto preliminare, in ragione del principio c.d. di intangibilità del preliminare che impone al giudice, adito *ex art. 2932 c.c.*, di non modificare l'assetto di interessi programmato dalle parti al momento della stipula dell'accordo preliminare.

Nel secondo caso, invece, siamo dinanzi ad un accordo che viene raggiunto dai coniugi in sede di divorzio, in ordine al quale sarebbe necessaria l'attività, propria del magistero notarile, di adeguamento della volontà delle parti all'ordinamento giuridico³⁴.

³¹ Da ultimo per un'indagine avente ad oggetto le patologie negoziali e la stabilità del giudicato con riferimento al giudizio di divorzio su domanda congiunta, ma svolgendo considerazioni di più ampio respiro, anche nel parallelo con altre tipologie di giudizi, come il giudizio di cui all'art. 2932 cod. civ., cfr. G. PETRELLI, *Patologie negoziali e stabilità del giudicato nel divorzio su domanda congiunta*, cit., 313 ss.

³² In senso diverso cfr. ARCERI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in fase di separazione consensuale e divorzio*, cit., 651 s.

³³ TORRONI, *Trasferimenti immobiliari nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio: un atto pubblico senza i controlli di legalità sostanziale e la responsabilità nei confronti delle parti?*, cit.

³⁴ TORRONI, *Trasferimenti immobiliari nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio: un atto pubblico senza i controlli di legalità sostanziale e la responsabilità nei confronti delle parti?*, cit., osserva come sia netta la differenza tra il contratto preliminare e gli accordi in esame. Questi ultimi consistono indubbiamente un accordo negoziale avente ad oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali rispetto al quale è necessaria l'attività di adeguamento della volontà delle parti all'ordinamento giuridico, sia per indirizzarla verso gli strumenti idonei a realizzare lo scopo avuto di mira dalle parti sia per il controllo di legalità prescritto dall'art. 28 l. not. L'A. puntualizza che la modalità prescritta dall'ordinamento per esercitare correttamente la descritta funzione di adeguamento, nell'ambito dell'autonomia privata negoziale, è l'applicazione delle prescrizioni della legge notarile, che debbono essere osservate anche dal segretario comunale e dai pubblici ufficiali roganti laddove essi stessi esercitino funzioni notarili. Il verbale di separazione personale, e tantopiù la sentenza di divorzio a domanda congiunta - afferma l'A. -,

Peraltro, non è dato comprendere, dalla lettura della sentenza delle Sezioni unite, come si concili l'effettuazione del suddetto parallelo con l'avere:

- per un verso, richiamato l'indirizzo della Suprema corte in tema di domanda di adempimento del contratto in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* tendente ad incentrare sul giudice il controllo in ordine alla «sussistenza della condizione dell'azione costituita dalla presenza in atti delle menzioni catastali di cui alla l. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1 *bis*», qualificato come «*error in iudicando* censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3 e non un vizio di contenuto-forma produttivo di nullità della sentenza»³⁵;

- per altro verso, ritenuto che, in tema di separazione e divorzio, compete al cancelliere effettuare detto controllo e più precisamente che «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*» («mentre, invece, 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»).

In altri termini, la Suprema corte sembrerebbe invocare detto parallelo, e la giurisprudenza della medesima Corte di cassazione in tema di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre di cui all'art. 2932 c.c., per superare l'ostacolo dell'inapplicabilità della normativa in tema di conformità catastale anche in sede di separazione e divorzio, ma, una volta superato quest'ostacolo, la piena identità fra le due suddette differenti tipologie di procedimenti civili, sotto il profilo in esame, sembrerebbe smentita dalle stesse conclusioni cui pervengono le Sezioni Unite. Queste ultime ritengono, infatti, che, in sede di separazione e divorzio, il controllo relativo alla presenza delle menzioni catastali debba essere effettuato dal cancelliere, e non dal giudice come nel giudizio di cui all'art. 2932 c.c.³⁶, così attribuendo, a ben vedere, anche una differente rilevanza e qualificazione sul piano processuale alle prescrizioni di cui all'art. 29, comma 1 *bis* cit. nell'ambito dei suddetti giudizi; qualora, infatti, dette prescrizioni dovessero atteggiarsi, anche in sede di separazione e divorzio, in termini di condizioni dell'azione, non si vede come il relativo controllo potrebbe essere rimesso al cancelliere, anziché al giudice, così come ritenuto per il giudizio di cui all'art. 2932 c.c.

Giova altresì evidenziare come gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di separazione o divorzio ben potrebbero essere suscettibili di diversa qualificazione alla luce della causa che in

sono palesemente incompatibili con l'osservanza delle prescrizioni della legge notarile, che garantiscono la funzione di adeguamento ed il controllo di legalità.

³⁵ Pur con la precisazione, pure effettuata da altra sentenza della Corte di cassazione, in ordine al fatto che al giudice competerebbe, in detta sede, il solo controllo della conformità catastale oggettiva e non anche di quella soggettiva

³⁶ Secondo il principio di diritto affermato dalla Corte di legittimità, nel giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di trasferimento immobiliare relativo ad un fabbricato già esistente, la conformità catastale oggettiva di cui alla l. n. 52 del 1985, art. 29, comma 1 *bis*, costituisce una condizione dell'azione e deve formare oggetto di accertamento da parte del giudice, che non può accogliere la domanda ove la presenza delle menzioni catastali difetti al momento della decisione (cfr. Cass. 20526/2020; Cass. 12654/2020; Cass. 21721/2019). Analogo principio è stato affermato con riguardo alla disciplina urbanistica. La Corte di legittimità (Cass. 2 settembre 2020, n.18195) ha affermato, in particolare, che non può essere emanata sentenza di trasferimento coattivo prevista dall'art. 2932 c.c., in assenza, non solo del certificato di destinazione urbanistica del terreno del D.P.R. n. 380 del 2001, *ex art. 30*, ma anche della dichiarazione, contenuta nel preliminare, o successivamente prodotta in giudizio, sugli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria, che costituiscono un requisito richiesto a pena di nullità dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46, ed integrano una condizione dell'azione *ex art. 2932 c.c.*, non potendo questa pronuncia realizzare un effetto maggiore e diverso da quello possibile alle parti nei limiti della loro autonomia negoziale.

concreto rivestono. Si osservi, al riguardo, come molti protocolli, sia prima che dopo l'arresto delle Sezioni Unite, pongono argini all'autonomia dei coniugi facendo leva sul profilo causale del trasferimento: soltanto quello che effettivamente trovi causa nella regolazione della crisi coniugale può essere cristallizzato negli accordi di cui si discute e beneficiare della relativa disciplina, di ordine civilistico e fiscale. L'interrogativo che, tuttavia, sorge riguarda la sindacabilità del profilo causale: a seconda dei margini che si riconoscano al sindacato giudiziale l'autonomia contrattuale dei coniugi ne risulta più o meno ristretta.

Come si vedrà dall'esame dei protocolli adottati dai Tribunali dopo l'intervento delle Sezioni Unite, non sono solo queste le problematiche emerse e non sono comunque problematiche relegabili nell'ambito dei confini delle mere difficoltà pratico-operative. Si tratta di vere e proprie lacune della sentenza delle Sezioni Unite, talune delle quali di ordine processuale.

Alla stregua di quanto affermato dalle Sezioni Unite, non si pone, infatti, solo il problema di stabilire quali siano gli elementi essenziali che deve contenere il verbale di udienza, nonché quale sia la verifica che sia tenuto ad effettuare il cancelliere sotto il profilo della conformità catastale di cui all'art. 29 della legge n. 52 del 1985, ma si pone anche il problema dell'effettuazione dei controlli connessi al principio di autenticità del titolo, nonché i problemi, di carattere più generale, legati al ruolo del cancelliere, di eventuali ausiliari (del giudice o del cancelliere) e del notaio nelle ipotesi in cui le parti decidano di effettuare trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione o divorzio.

Sono queste, fondamentalmente, le lacune processuali della pronuncia delle Sezioni Unite su cui, non a caso, si sono soffermati i suddetti protocolli e, dunque, da questi prenderemo le mosse per effettuare un'indagine in ordine alle stesse.

5. Le prassi dei Tribunali instauratesi dopo l'intervento delle Sezioni unite

All'indomani della pronuncia delle Sezioni unite sopra richiamata, moltissimi tribunali hanno emanato protocolli, d'intesa con i consigli dell'ordine degli avvocati locali, onde instaurare prassi uniformi, quantomeno nell'ambito del medesimo ufficio giudiziario, in ordine ad aspetti salienti degli accordi in oggetto.

In particolare, si definiscono le modalità di realizzazione dei predetti trasferimenti immobiliari al precipuo scopo, come si legge in alcuni protocolli, di «definire orientamenti giurisprudenziali stabili, fornire ai difensori linee guida per la predisposizione degli accordi, delimitare il perimetro degli adempimenti gravanti sulla cancelleria»³⁷.

In dettaglio, detti protocolli forniscono indicazioni e/o chiarimenti soprattutto in ordine:

³⁷ Così il protocollo del Trib. di Torino, nel quale si afferma altresì che «le considerazioni e valutazioni giuridiche contenute nel presente documento devono essere intese come linee – guida, indicazioni di massima sulla base della attuale evoluzione giurisprudenziale, che ovviamente non interferiscono con l'interpretazione delle norme da parte del giudice». Vd. anche protocollo del Trib. di Pordenone, secondo il quale «ritenuta altresì l'opportunità di garantire una celere definizione dei procedimenti mediante indicazioni per l'autonomia negoziale dei coniugi e la predisposizione di un modello contenente accordi dei coniugi secondo i requisiti di forma previsti dal codice civile e dalle leggi speciali per la validità del riconoscimento della proprietà esclusiva di beni - mobili o immobili, della titolarità di altri diritti reali ovvero del trasferimento a favore di uno dei coniugi o dei figli al fine di assicurarne il mantenimento contratto». *Adde* protocollo Termini Imerese, secondo il quale il protocollo si inserisce nel solco del processo civile, e segnatamente degli artt. 706 s, 126 e 130 c.p.c. e 4 della legge sul divorzio e intende indirizzare l'autonomia negoziale dei coniugi a favorire una più celere definizione del contenzioso familiare, predisponendo uno strumento contenete i requisiti inderogabili previsti nel codice civile e dalle leggi speciali per la validità del contratto e gli altri contenuti accessori a vario titolo sanzionati.

- alla natura degli accordi;
- alla funzione del giudice in relazione agli accordi dei coniugi;
- agli adempimenti successivi rispetto al raggiungimento degli accordi dei coniugi;
- al ruolo dell'ausiliario;
- alle dichiarazioni ed alle menzioni.

5.1. La natura degli “accordi a verbale” e gli obblighi informativi dei difensori

Con riferimento alla natura degli accordi in sede di separazione e divorzio, alcuni protocolli puntualizzano che si tratta di atti correlati all'autonomia negoziale delle parti e non atti del giudice.

In questa prospettiva, pertanto, si specifica che i difensori devono impegnarsi ad informare le parti del procedimento e a dare atto negli accordi predisposti a verbale della consapevolezza delle parti circa le seguenti circostanze:

- che gli eventuali trasferimenti immobiliari adottati sono atti delle parti³⁸ e non costituiscono atti del tribunale, atteso che la pronuncia del collegio si limita a raccogliere la volontà negoziale delle parti e le dichiarazioni necessarie ai fini della regolarità del trasferimento e, pertanto, a prendere atto degli accordi se non connotati da profili di illiceità. Il cancelliere, dunque, attesta a verbale che le parti hanno prodotto e reso le dichiarazioni attinenti al trasferimento immobiliare di cui alla disciplina della conformità catastale, e non assume nessuna responsabilità in relazione all'esattezza dei dati catastali, alla titolarità dell'immobile, all'esistenza di pesi, agli oneri e vincoli di qualunque genere tipo, alla legittimità urbanistica e alla regolarità impiantistica;
- che la responsabilità circa la validità e la trascrivibilità dell'accordo avente ad oggetto il trasferimento resta in capo alle parti del procedimento e che eventuali errori e omissioni nella formulazione degli accordi e conseguente eventuale rifiuto di trascrizione da parte del conservatore non saranno emendabili con il procedimento di correzione del provvedimento giudiziale (atteso che questo limitandosi a dargli atto degli accordi non sarebbe affetto di errori) ma comporteranno che l'accordo stipulato abbia solo valore obbligatorio con la necessità di ripeterlo in forme adeguate innanzi al notaio ai fini della trascrivibilità. In senso parzialmente differente su questo profilo, altri protocolli³⁹ specificano che qualora l'errore derivi da una non corretta trascrizione ad opera del cancelliere rispetto a quanto indicato nel ricorso depositato dalle parti, può procedersi con un procedimento di correzione di cui all'art. 288 c.p.c. Diversamente, nel caso in cui la non corrispondenza dei dati necessari per il trasferimento immobiliare sia

³⁸ Secondo il protocollo del Trib. di Lucca, «la valutazione del giudice avrà ad oggetto la verifica della sola conformità delle pattuizioni alle norme che tutelano interessi familiari indisponibili, rimanendo esclusa qualsivoglia valutazione, assimilabile a quella notarile, di interpretazione della volontà delle parti e traduzione in un atto pubblico, rispetto alle quali il giudice si limita a prendere atto delle dichiarazioni delle parti e di come esse intendono regolare per il futuro i loro rapporti economici. Occorre infatti che vi sia la dichiarazione delle parti, a pena di inammissibilità del ricorso, e limitatamente all'effetto traslativo del bene immobile, di essere a conoscenza che il presidente del tribunale nel caso di separazione consensuale, il tribunale in composizione collegiale nel caso di divorzio congiunto, scioglimento dell'unione civile, procedimento di regolamentazione della responsabilità genitoriale, e l'ausiliario si limiteranno a raccogliere le loro dichiarazioni in ordine al trasferimento di proprietà e/o di altro diritto reale senza assumere alcun tipo di responsabilità in merito alla correttezza della descrizione, alla titolarità dei beni oggetto di trasferimento di proprietà e/o altro diritto reale senza assumere alcun tipo di responsabilità in merito alla correttezza della descrizione, alla titolarità dei beni oggetto di trasferimento, all'esistenza di pesi, oneri o vincoli di qualunque genere e alla regolarità urbanistica e impiantistica».

³⁹ Vd. protocollo Trib. Torino.

conseguenza dell'errata trascrizione nel ricorso presentato dalle parti, queste ultime non potranno invocare l'intervento del tribunale, in quanto l'errore materiale è da considerarsi solo quello commesso dal magistrato (art. 287 c.p.c.) e dunque dovranno invocare l'intervento di un notaio.

Ancora, in ordine agli obblighi informativi facenti capo ai difensori, si specifica che questi devono informare le parti affinché le stesse si impegnino a curare nel modo più celere la trascrizione del verbale o gli accordi di trasferimento immobiliare presso i competenti uffici, esonerando il cancelliere e l'ufficio dalla relativa responsabilità⁴⁰.

Sulla responsabilità del cancelliere avremo modo di ritornare diffusamente più avanti, essendo fatta oggetto di più specifiche ed articolate previsioni da parte di altri protocolli.

In questa sede basti evidenziare come, i protocolli appena più sopra richiamati, oltre ad escludere la responsabilità del cancelliere, sotto svariati profili (esattezza dei dati catastali, titolarità dell'immobile, esistenza di pesi, oneri e vincoli di qualunque tipo, legittimità urbanistica e regolarità impiantistica), tendono:

- tutti a rimarcare la natura negoziale degli accordi di cui si discute, quali atti delle parti e non del Tribunale;
- talvolta a distinguere il contenuto immediatamente correlato alle parti e quello riferito, invece, al cancelliere, traendone conseguenze diverse in merito alla emendabilità con il procedimento di correzione degli errori materiali (del giudice).

5.2. La funzione del giudice in relazione agli accordi dei coniugi

Alcuni protocolli⁴¹ precisano che la funzione esclusiva attribuita dalla legge al giudice nei procedimenti consensuali in materia di famiglia è di verificare se gli accordi siano conformi all'interesse dei minori e se siano rispettate le norme che tutelano interessi indisponibili delle parti.

⁴⁰ Vd. protocollo Trib. Chieti. *Adde* protocollo del Trib. di Salerno, il quale dapprima ricorda che le sezioni unite non hanno affrontato in modo espresso la posizione del tribunale in ordine agli adempimenti successivi; inoltre, secondo tale protocollo, i difensori dovranno indicare nel ricorso o nell'accordo intervenuto in corso di causa che le parti sono consapevoli che il provvedimento di omologazione (o la sentenza resa dal tribunale e contenente la clausola di trasferimento immobiliare tra le parti) costituisce valido titolo per la trascrizione *ex art. 2657 c.c.*, la cui incombenza grava in via esclusiva sulle parti e costituisce requisito per l'opponibilità ai terzi del trasferimento. Le parti quindi dovranno espressamente obbligarsi a procedere alla trascrizione presso i competenti registri immobiliari del trasferimento e ad effettuare la relativa voltura catastale, esonerando espressamente la cancelleria da tali oneri, e si impegneranno a comunicare alla cancelleria l'intervenuta esecuzione di tali adempimenti nei venti giorni successivi al loro espletamento.

⁴¹ Cfr.: protocollo del Trib. di Civitavecchia; in senso analogo vd. protocollo del Trib di Chieti. Vd. anche Trib. Pordenone, 11 novembre 2021, secondo il quale, versandosi in ambito applicativo delle norme del codice di rito civile, la valutazione del giudice ha ad oggetto la verifica della sola conformità delle pattuizioni alle norme che tutelano interessi familiari indisponibili, nonché, rimanendo esclusa qualsivoglia funzione, assimilabile a quella notarile, di interpretazione della volontà delle parti e traduzione in un atto pubblico, lo stesso si limiterà a prendere atto delle dichiarazioni dei coniugi e di come essi intendono regolare per il futuro i loro rapporti economici; ne consegue, pertanto, che nell'accordo dovrà essere inserita preliminarmente una specifica clausola del seguente tenore: «le parti vengono informate e danno atto di essere a conoscenza che, non trattandosi di atto notarile, il Giudice si limita a raccogliere le loro dichiarazioni in ordine al trasferimento della proprietà e/o alla costituzione di diritti reali immobiliari. Le parti danno altresì atto di essere a conoscenza che restano fermi i poteri e le funzioni attribuite in materia di trascrizione al Conservatore dei registri immobiliari».

Si specifica altresì che «questa funzione non può mutare nel caso in cui le parti intendano disporre trasferimenti immobiliari a sistemazione dei reciproci rapporti tanto che il giudice e il cancelliere non sono investiti di una funzione rogatoria dell'atto di trasferimento ma si limitano a prendere atto dei trasferimenti operati dalle parti e delle dichiarazioni ad essi connesse, senza assumere nessuna responsabilità in ordine agli stessi e senza determinare in alcun modo l'effetto traslativo conseguente ai medesimi accordi». Il protocollo vale, in questa prospettiva, solo a fornire uno strumento utile per indirizzare l'autonomia negoziale delle parti e per favorire la più celere definizione del contenzioso familiare con la predisposizione di un modello che contenga formalmente i requisiti inderogabili previsti per i trasferimenti immobiliari senza interferire sui poteri del conservatore in ordine alla trascrizione dei registri immobiliari e senza vincolare il giudice eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione contro il diniego di trascrizione.

In ogni caso il tribunale, infatti, come specificato nei protocolli in discorso, valuta in piena autonomia e indipendenza la corrispondenza all'ordinamento giuridico dei patti contenenti attribuzioni o trasferimenti, eventualmente anche proposti al di fuori del protocollo stesso, assumendo ogni più appropriata decisione in merito⁴².

In alcuni casi⁴³ si specifica che siffatti accordi vanno intesi come un negozio di diritto familiare, espressamente previsto dagli artt. 150 e 158 cod. civ. e disciplinato nei suoi aspetti formali dall'art. 711 c.p.c. Nondimeno, poiché sono inseriti nel verbale di udienza (diretto a far fede di ciò che in esso è attestato), devono ritenersi assunti nella forma di atto pubblico ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2699 c.c. che costituisce, in quanto tale - dopo l'omologazione che lo rende efficace o la sentenza passata in giudicato che lo recepisce - titolo per la trascrizione, a norma dell'art. 2657 c.c., ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari. Senonché, quale che sia l'accordo al quale i coniugi intendono subordinare la pronuncia sulla separazione o sul divorzio, la valutazione che ne compie il giudice è focalizzata sulla verifica della sua conformità alle norme che tutelano interessi familiari indisponibili (dei figli minori e del coniuge economicamente più debole): verifica che giustifica, e al contempo esaurisce, la specifica funzione del giudice della famiglia. Secondo il protocollo in esame, questo compito essenziale del giudice non varia nei casi in cui i coniugi separandi o divorziandi intendano disciplinare i loro rapporti economici con trasferimenti immobiliari immediatamente trascrivibili: infatti, l'accordo si esprime sempre nel processo verbale previsto dall'art. 126 C.P.C., dove il giudice non è richiesto di redigere l'atto di trasferimento, ma si limita a prendere atto delle dichiarazioni dei coniugi, ne valuta la rispondenza agli interessi indisponibili sopra detti e resta sostanzialmente indifferente al fatto che le dichiarazioni espresse dai coniugi siano idonee a produrre effetti reali (per quanto possa parlarsi di effetto reale per un accordo che in caso di separazione consensuale deve attendere comunque la sua omologazione e in ogni altro caso l'irrevocabilità della sentenza), o effetti solamente obbligatori. Il giudice, insomma, non svolge il ruolo del notaio, che, richiesto dalle parti, ne interpreta la volontà e la traduce nell'atto pubblico (art. 47, comma 2, legge not.: atto quindi che è formato dal notaio); si limita a prendere atto delle dichiarazioni dei coniugi e di come essi intendono disciplinare i loro futuri rapporti economici e parametrare questa disciplina agli interessi indisponibili della famiglia⁴⁴.

⁴² Vd. protocollo del Trib. di Lamezia Terme.

⁴³ Vd. protocollo del Trib. di Ravenna.

⁴⁴ Oltre al protocollo in esame, similmente vd. anche quello del Trib. Cosenza e del Trib. di Termini Imerese.

Da questa precisazione – si puntualizza ad opera dei documenti di prassi in discorso - derivano importanti conseguenze nella definizione del senso e della portata del protocollo stesso, il quale s’inserisce nel solco del processo civile, e segnatamente degli artt. 706 s., 126, 130 c.p.c. e 4 della legge sul divorzio. Esso intende indirizzare l’autonomia negoziale dei coniugi e favorire una più celere definizione del contenzioso familiare, predisponendo uno strumento contenente formalmente i requisiti inderogabili previsti dal codice civile e dalle leggi speciali per la validità del contratto e gli altri contenuti accessori a vario titolo sanzionati. Il protocollo non interferisce sui poteri del Conservatore in ordine alla trascrizione dell’accordo nei pubblici registri e tanto meno vincola il giudice eventualmente chiamato a pronunciarsi contro il diniego della trascrizione.

I poteri che il giudice esercita sono quelli previsti dall’art. 158 c.c. e dall’art. 4, comma 16 della legge sul divorzio, anche nei casi in cui l’accordo si raggiunga all’interno delle procedure di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso. Non agendo come un notaio, il giudice non è obbligato alla verifica degli adempimenti previsti dalla legge a tutela dell’interesse delle parti (ad esempio, dell’insussistenza di un vincolo pregiudizievole sul bene; della capacità di disporre dell’alienante; non ha il c.d. dovere di consiglio; non è tenuto alla visura dei pubblici registri; ecc.) o di interessi pubblici (ad es., la verifica della dichiarazione di conformità alle planimetrie e ai dati catastali prevista per gli immobili urbani dall’art. 19, comma 14, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con la legge 30 luglio 2010, n. 122; la verifica del certificato di destinazione urbanistica prevista per i terreni dall’art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47; la verifica della dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà prevista dal comma 22 dell’articolo 35 del decreto-legge 4 luglio 2006, n.223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n.248, in ordine all’intervento del mediatore; ecc.).

Lo stretto ancoraggio dell’accordo dichiarato dai coniugi al verbale d’udienza, implica poi che la disciplina di questa è quella prevista dal codice di procedura civile e che nessuna analogia è possibile con il procedimento previsto dagli artt. 47 e s. della legge notarile; non è quindi prevista, ad esempio, alcuna presenza di testimoni; alcuna indagine della volontà delle parti; se i coniugi o uno di essi è sordomuto, la nomina dell’interprete segue la disciplina codicistica (artt. 122 e 123 c.p.c.) e non quella prevista dalla legge notarile.

Ancora una volta dunque, anche se sotto il differente profilo della funzione del giudice, si tende a rimarcare: per un verso la natura negoziale degli accordi di cui si discute; per altro verso, l’esclusione di qualsivoglia responsabilità, sotto ogni profilo, sia del giudice che del cancelliere, in ragione dell’esclusione in capo ad entrambi di una “funzione rogatoria” e, dunque, del corrispondente obbligo di effettuare determinati controlli che il notaio, in quanto funzionario rogante, è invece tenuto ad effettuare.

Più precisamente, i protocolli appena più sopra esaminati si muovono chiaramente nella direzione indicata dalle Sezioni Unite con riferimento al ruolo del giudice, escludendo che competa a quest’ultimo di effettuare qualsivoglia tipo di controllo legato alla vigente normativa in tema di trasferimenti immobiliari e, dunque, anche ogni equiparabilità, sotto il profilo in esame, con il notaio.

A fronte della denunciata lacuna della pronuncia delle Sezioni Unite sotto il profilo del ruolo del cancelliere (in generale e con specifico riferimento all’effettuazione dei controlli connessi al

principio di autenticità del titolo di cui all'art. 2657 c.c.), non è dato comprendere fino in fondo se muovano, anche sotto questo profilo, nella direzione indicata dalle Sezioni unite.

Sul punto avremo modo ritornare più avanti.

Basti in questa sede evidenziare come l'indirizzo espresso dai protocolli appena più sopra evidenziati è chiaramente nel senso di escludere la sussistenza di qualsivoglia obbligo di controllo (non solo del giudice ma anche) del cancelliere e, segnatamente, di effettuare i controlli che nel nostro ordinamento sono posti a carico del pubblico ufficiale rogante nelle ipotesi in cui quest'ultimo riceva atti destinati ad essere trascritti nei registri immobiliari.

Dalla lettura dei suddetti protocolli sembrerebbe emergere l'idea di fondo in forza della quale nelle ipotesi in cui le parti optino per l'effettuazione di trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione o divorzio, sotto il profilo della trascrizione nei registri immobiliari residuerebbe esclusivamente il controllo del Conservatore dei registri immobiliari. Un controllo, si badi, che è sempre previsto nel nostro ordinamento, anche quando l'atto pubblico sia ricevuto da un notaio, con conseguente atteggiarsi dello stesso, evidentemente, in termini di controllo distinto ed ulteriore rispetto a quello cui è tenuto, a monte, il pubblico ufficiale che riceve un atto pubblico destinato ad essere trascritto nei registri immobiliari.

5.3. Ammissibilità degli accordi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari: limiti

Alcuni protocolli⁴⁵ specificano che vi sono dei limiti di ammissibilità dei trasferimenti immobiliari oggetto di accordi in sede di separazione e divorzio; limiti sia di ordine soggettivo che oggettivo.

In particolare, si puntualizza che sono ammissibili i trasferimenti immobiliari operati tra le parti del procedimento ovvero nei confronti dei figli ed aventi ad oggetto la proprietà o altro diritto reale sulla casa coniugale e su altri immobili di proprietà comune o esclusiva delle parti sia acquistati in costanza di matrimonio con funzione solutoria, di adempimento degli obblighi di mantenimento e/o compensativo aventi causa nella soluzione della crisi familiare.

Talvolta si puntualizza che sono altresì ammissibili gli accordi con funzione divisoria del patrimonio o della comunione legale, che trasferiscono alle parti del procedimento, ovvero ai figli, la proprietà o altro diritto reale circa singoli immobili. Tanto semprché tali accordi trovino causa nella risoluzione della crisi.

Diversamente, con riguardo alle operazioni di trasferimento di maggiore complessità ovvero per operazioni divisorie prive di una diretta correlazione con il patrimonio costituito dalle parti in costanza di matrimonio o prive di una funzione solutoria e compensativa legata alla crisi coniugale, occorrerà rimettere l'esecuzione di eventuali accordi all'atto pubblico notarile ovvero ad altra sede⁴⁶.

In taluni dei protocolli adottati dai Tribunali si pone, dunque, l'accento anche sulla esigenza di interrogarsi in ordine alla delimitazione dei confini degli accordi suscettibili di essere inseriti nel

⁴⁵ Cfr. protocollo del Trib. di Chieti 14 marzo 2022. *Adde* protocollo del Trib. Perugia secondo il quale non possono essere introdotti con accordo atti che hanno una causa diversa come la vendita (ad es. se si prende che il marito trasferisce l'immobile ma la moglie gli versa una somma di denaro, pur se qualificata non come versamento del prezzo), lo scioglimento di comunioni e la divisione di beni che coinvolgono una pluralità di beni, lo scioglimento di società, la donazione.

⁴⁶Vd. protocollo del Trib. di Termini Imerese.

verbale di separazione o divorzio, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Operazione indubbiamente non agevole, qualora si vogliano tracciare con nettezza detti confini, come del resto emerge anche dalla lettura dei protocolli stessi.

A fronte, infatti, di ipotesi che, pur muovendosi nell'ordine di idee fatto proprio dalle Sezioni Unite, dovrebbero essere comunque insuscettibili di essere inseriti nell'ambito di accordi di separazione o divorzio (come quelle che non trovano evidentemente la loro causa nella risoluzione della crisi matrimoniale), vi sono indubbiamente ipotesi più difficilmente classificabili, così come accade quando, nei protocolli, si ricorre al criterio della maggiore complessità della operazione di trasferimento immobiliare.

5.4. La nomina di un ausiliario per la verifica della regolarità catastale

Alcuni protocolli⁴⁷ hanno previsto la nomina di un ausiliario al quale affidare un ruolo chiave sia con riferimento alla verifica della regolarità dell'accordo, sia con riferimento ai successivi adempimenti. Sono gli stessi avvocati, nel caso in cui le parti, nel ricorso, prevedano un trasferimento immobiliare, che chiedono al Tribunale la nomina di un ausiliario al fine di valutare la conformità della clausola di trasferimento e dei documenti allegati. Il giudice, con il decreto di fissazione d'udienza di comparizione personale delle parti, nomina l'ausiliario conferendogli contestualmente l'incarico di verificare la conformità della clausola di trasferimento e dei documenti allegati a quanto previsto nel protocollo.

Il compito basilare è quello di verificare la corrispondenza formale tra quanto riportato nella clausola inerente al trasferimento e i documenti correlati, esprimendo un parere sulla fattibilità del trasferimento stesso. Inoltre, in quest'ottica applicativa, l'ausiliario deve occuparsi anche di tutti gli adempimenti successivi relativi alla trascrizione⁴⁸.

⁴⁷ Si tratta della prassi instauratasi presso il Tribunale di Bologna, protocollo dell'8 luglio 2022. Il protocollo prende in esame anche il caso in cui le parti giungano ad un accordo successivamente al radicamento di un giudizio contenzioso e l'accordo preveda un trasferimento immobiliare: in tal caso le parti potranno richiedere al giudice designato la fissazione di una udienza di precisazione delle conclusioni, nonché la nomina di un ausiliario al fine di valutare la conformità della clausola di trasferimento e dei documenti allegati a quanto previsto nel protocollo.

In detto protocollo si stabilisce altresì che la scelta dell'ausiliario deve avvenire attingendo il nominativo dalla lista formata dal presidente del tribunale su indicazione del consiglio dell'ordine degli avvocati di Bologna, e distribuita ai presidenti di sezione, nonché ai giudici competenti tabellarmente per i giudizi aventi d'oggetto lo stato delle persone di cui al libro I. c.c. Tale lista potrà essere oggetto di modifiche e integrazioni, prevista verifica da effettuarsi a cadenza annuale. Il presidente del tribunale vigila sull'equa distribuzione degli incarichi agli ausiliari.

⁴⁸ Più in dettaglio, nel protocollo del tribunale di Bologna, si puntualizza che i legali consegnano all'ausiliario una copia conforme ad una trascrizione dell'atto giudiziario, di guisa che l'ausiliario procede entro dieci giorni dal ricevimento a richiedere la trascrizione, contenente anche la domanda di voltura, dell'atto di trasferimento. Inoltre, nel protocollo in discorso si indica il compenso degli ausiliari, che deve essere liquidato dal giudice, sulla base di una tabella, ove si distinguono tra le attività di: verifica della clausola di trasferimento, predisposizione e comunicazione del corrispondente parere (200,00 eu.); verifica della clausola di trasferimento con effetti obbligatori, la predisposizione e comunicazione del corrispondente parere (180,00 eu.); trascrizione dell'atto presso la conservatoria di Bologna, limitatamente alla prima unità immobiliare e relative pertinenze (200,00 eu.); verifica della clausola di trasferimento o di trasferimento con effetti obbligatori, predisposizione del parere, trascrizione dell'atto presso le conservatorie fuori Bologna, limitatamente alla prima unità immobiliare e successive pertinenze (500,00 eu), e per ogni successiva unità immobiliare e relativa pertinenza oltre alla prima (200, 00); redazione di parere negativo (200.00) oltre a spese generali, c.p.a. e iva come per legge, spese vive e anticipazioni. Per la verifica della clausola di trasferimento con effetti obbligatori, di un immobile compreso nel sistema tavolare, si puntualizza che l'ausiliario avrà l'incarico solo di controllare la conformità della clausola di trasferimento, previo confronto con un tecnico incaricato dai difensori o dalle parti per accertamenti tavolari o vista una sua relazione, restando l'intavolazione a cura e spese de difensori o delle parti e per il parere sulla conformità (300,00 eu).

Detta scelta sembrerebbe essere direttamente correlata a quelle segnalate in precedenza.

A fronte, infatti, della ritenuta natura negoziale dell'accordo – nonostante l'inserimento dello stesso nell'ambito di un atto processuale, qual è il verbale di separazione e divorzio – e, soprattutto, della ritenuta esclusione di un potere di controllo sia da parte del giudice che da parte del cancelliere, viene avvertita l'esigenza di individuare un altro soggetto che possa soddisfare dette esigenze di controllo, al fine di cercare di garantire alle parti un risultato che, ancorché non assimilabile *in toto* alla differente ipotesi in cui le parti preferiscano stipulare un atto dinanzi ad un notaio, non sia comunque privo quanto meno di talune delle garanzie di cui è portatore il controllo notarile.

Di qui a breve avremo modo di interrogarci in ordine alla percorribilità di una soluzione di questo tipo sul piano giuridico e sull'effettivo conseguimento, o meno, dell'obbiettivo appena più sopra indicato.

5.5. Le dichiarazioni e menzioni

Il profilo relativo alle dichiarazioni e menzioni è tendenzialmente quello più corposo che si rinviene nell'esame dei vari protocolli.

Una difformità di prassi si registra in merito al soggetto deputato a rendere la dichiarazione di conformità catastale *ex art.* art. 29, comma 1° bis, della legge n. 52/1985, ed in particolare la dichiarazione di corrispondenza tra lo stato di fatto dell'immobile oggetto del trasferimento e la planimetria catastale (c.d. conformità oggettiva), necessaria a pena di nullità.

Vi sono, infatti, alcuni protocolli⁴⁹ ove si prevede che la dichiarazione di conformità debba essere resa dalle parti.

Secondo altri protocolli⁵⁰, invece, detta dichiarazione di conformità può essere sostituita da un tecnico abilitato⁵¹.

Secondo altri protocolli⁵², ancora, infine, la dichiarazione di conformità dovrebbe essere redatta da un tecnico iscritto all'albo degli ingegneri, degli architetti o dei geometri.

Quanto alle allegazioni:

- alcuni tribunali chiedono una relazione notarile;
- altri una certificazione rilasciata dall'Agenzia del Territorio;
- altri ancora una visura storica ipocatastale.

Tra i più recenti vi sono alcuni protocolli che contengono una dettagliata indicazione delle menzioni e delle allegazioni.

Più in particolare, muovendosi in quest'ordine di idee, si prevede che al ricorso per separazione consensuale e al ricorso congiunto per divorzio deve essere allegata una perizia giurata redatta da un tecnico. A titolo esemplificativo, si osservi che, per i fabbricati, detta perizia deve contenere tutti gli elementi tecnici da menzionare nel ricorso:

⁴⁹ Cfr. protocollo del Trib. di Ferrara; Trib. di Perugia.

⁵⁰ Cfr. in particolare il protocollo del Trib. di Ravenna.

⁵¹ Nel protocollo del tribunale di Civitavecchia si specifica che la dichiarazione relativa all'articolo 29 comma uno bis della legge 52 dell'85 potrà essere sostituita da una attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale e in questo caso le parti intestataria dei diritti oggetto di trasferimento faranno proprio contenuto dell'attestazione di conformità di lasciare al tecnico abilitato.

⁵² Cfr. in particolare il protocollo del Trib. di Verona.

- identificazione catastale;
- la verifica della corrispondenza tra i dati catastali con le risultanze dei registri immobiliari;
- l'indicazione dei titoli abilitativi;
- indicazione degli estremi del provvedimento o delle richieste di rilascio del certificato di agibilità.

Alla perizia giurata devono essere allegati i documenti qui indicati ai fini del corretto trasferimento immobiliare:

- visura catastale storica aggiornata;
- visura ipotecaria presso la competente conservatoria dei registri immobiliari,
- certificato di stato legittimo dell'immobile.

Ugualmente, per i terreni la perizia deve contenere tutti gli elementi tecnici da menzionare nel ricorso: identificazione catastale, verifica della coincidenza degli intestatari catastali con le risultanze dei registri immobiliari, menzione del vincolo relativo alle zone boscate e ai pascoli i cui soprassuoli siano stati percorsi dal fuoco.

Alla perizia giurata devono essere allegati: la visura catastale storica giornata; la visura ipotecaria presso la competente conservatoria; il certificato di stato legittimo dell'immobile, ove occorra il certificato di destinazione urbanistica.

Il ricorso deve contenere:

- i dati anagrafici;
- il codice fiscale delle parti;
- l'indicazione degli estremi del provvedimento di volontaria giurisdizione ove il trasferimento avvenga a favore di figlio minore⁵³;
- l'indicazione del diritto reale che viene trasferito o della relativa quota;
- l'indicazione della causa del negozio di trasferimento, quindi a titolo di mantenimento oppure di sistemazione dei rapporti familiari;
- l'indicazione catastale dell'immobile;
- l'indicazione di almeno tre confini;
- l'indicazione del riferimento alle planimetrie depositate in catasto la dichiarazione degli intestatari della conformità dei dati catastali delle planimetrie dell'immobile allo stato di fatto;
- la dichiarazione che è stata verificata da coincidenza degli intestatari catastali con le risultanze dei registri immobiliari;
- l'indicazione dei dati dell'atto di provenienza dell'immobile;
- la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà attestante la circostanza secondo la quale la costruzione dell'immobile oggetto del trasferimento sia iniziata prima del primo settembre del 1967, mentre, invece, per le costruzioni la cui edificazione sia iniziata dopo il 1° settembre del 1967 è sufficiente la semplice menzione degli estremi dei titoli abilitativi;

⁵³ Nondimeno, secondo altri protocolli (vd. protocollo del Trib. di Lamezia Terme), laddove siano entrambi i genitori a operare il trasferimento immobiliare a favore di figlio minore, occorre nominare un curatore speciale che rappresenti il minore all'udienza e in tal caso deve essere depositato il relativo decreto.

- l'indicazione della concessione in sanatoria per le opere oggetto di sanatoria edilizia;
- l'indicazione degli estremi della domanda di concessione in sanatoria con indicazione dei pagamenti dell'oblazione degli oneri concessori, ove dovuti;
- l'indicazione degli estremi del provvedimento di agibilità/abitabilità o della richiesta di rilascio della stessa;
- l'indicazione degli estremi dell'attestato di prestazione energetica, del certificato destinazione urbanistica, degli estremi di eventuali convenzioni di lottizzazione, la presenza di eventuali trascrizioni e iscrizioni annotazioni pregiudizievoli, l'indicazione della rinuncia all'iscrizione di ipoteca legale;
- l'indicazione delle somme erogate a fronte del trasferimento, indicazione dei mezzi di pagamento, indicazione dell'intervento o meno di mediatore immobiliare;
- la dichiarazione secondo la quale il trasferimento è esente da ogni imposizione fiscale in quanto trattasi di trasferimento funzionale indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale;
- l'indicazione della rinuncia al diritto di prelazione ex articolo 230 bis e 230 ter del codice civile in caso di vendita relativa ad immobili facenti parte di imprese familiari⁵⁴.

⁵⁴ Molto analitico appare anche il protocollo del Trib. di Benevento, secondo il quale, oltre alla manifestazione di volontà ex articolo 1376 di procedere al trasferimento di bene, l'atto dovrà avere nell'ordine il seguente contenuto:

- l'indicazione dei dati soggettivi identificativi delle parti;
 - del regime patrimoniale dei coniugi;
 - del diritto reale che viene trasferito costituito o della sua quota identificazione attuale degli immobili per immobili corso di costruzione i dati di edificazione catastale su cui insistono con la specificazione che l'immobile sia gravato o meno da ipoteca o da altro peso;
 - l'indicazione della rinuncia all'iscrizione di ipoteca legale e certificato di destinazione urbanistica aggiornato ove necessario in caso di cessione fabbricato;
 - la dichiarazione secondo cui la costruzione sia ante 1967 oppure nel caso in cui la costruzione sia iniziata a partire dal giorno 1° settembre 67 indicazione di tutti i titoli abilitativi edilizi. Le parti dichiareranno di essere a conoscenza di tutti gli obblighi inerenti la certificazione prestazione energetica e la parte cessionaria deve dichiarare di aver ricevuto dal cedente relativamente la porzione di fabbricato oggetto di trasferimento un attestato di prestazione energetica.
 - la dichiarazione, da parte dell'alienante, ex articolo 19 comma 14 DI 78 2010 lite in merito alla conformità oggettiva.
 - nel caso di corresponsione di somme di denaro, l'indicazione analitica dei mezzi di pagamento nel caso di alloggio ricadente nel regime di diritto agevolato o convenzionato d'accordo deve contemplare le eventuali autorizzazioni previste la convenzione ora la delibera di ammissione al contributo pubblico nel caso l'immobile ricadente di regime di beni soggetti a vincoli cui al decreto legislativo 42 2004 i coniugi devono richiamare la relativa disciplina con particolare riferimento a quanto previsto dall'articolo 59 subordinando quindi trasferimento o la costituzione dito reale alla condizione sospensiva di legge.
 - le dichiarazioni delle parti circa regolamentazione le spese condominiali e dei benefici fiscali e nella redazione dell'atto le parti devono dichiarare che il trasferimento immobiliare esente da ogni posizione fiscal. Inoltre occorre produrre il certificato di destinazione urbanistica e planimetrie catastali visure ipocatastali attestato di prestazione energetica salvi casi di esenzione ex lege;
 - relazione notarile ultraventennale sui titoli di provenienza;
 - eventuale liberatoria dell'amministrazione di condominio sulle spese condominiali.
- Inoltre si richiede, in detto protocollo, che le parti dichiarino di aver autonomamente verificato sotto la propria responsabilità la reale realizzabilità dell'effetto reale dell'accordo sotto il profilo:
- urbanistico, edilizio e catastale;
 - della legittimazione ad alienare;
 - dell'assenza di iscrizioni, vincoli o formalità pregiudizievoli;
 - e sotto ogni altro profilo, anche se diverso o ulteriore rispetto a quanto sopra evidenziato e rilevante ai fini del trasferimento.

In detto protocollo si richiede altresì che le parti si dichiarano consapevoli che il giudice sarà chiamato ad esprimersi solo sulla compatibilità della cessione all'interesse dei minori e del coniuge più debole. Tanto precisato, si

Alcuni tribunali puntualizzano che è obbligatoria la rappresentanza tecnica, tanto per il deposito dei ricorsi per separazione consensuale, quanto per quelli per divorzi congiunti; tuttavia specificano che le parti possono avvalersi dell'assistenza anche di un unico legale per entrambe⁵⁵.

5.6. La clausola di esonero da responsabilità del cancelliere

Coerentemente con la prospettiva appena più sopra evidenziata, tendente ad escludere in via di principio ogni responsabilità sia del giudice che del cancelliere, in taluni protocolli si prevede anche una specifica clausola relativa all'esonero da responsabilità del cancelliere.

Più precisamente si tratta di una clausola del seguente tenore: *«le parti si obbligano ad effettuare, a loro cura e spese, la trascrizione o le richieste di ulteriori formalità di pubblicità immobiliare nonché la conseguente voltura del titolo presso i competenti pubblici uffici, esonerando il cancelliere da ogni responsabilità in merito. Le stesse parti si obbligano, pertanto, a depositare nel fascicolo telematico, entro 20 giorni, dalla data di deposito del provvedimento che conclude il giudizio di separazione divorzio, la ricevuta di avvenuta presentazione della richiesta di pubblicità immobiliare e, successivamente, a depositare nel fascicolo telematico anche la copia della nota di trascrizione (e/o annotazione) rilasciata dall'agenzia del territorio»*⁵⁶.

In realtà, non vi è chi non veda come la prospettiva interpretativa fatta propria dalla corte di legittimità con la sentenza, resa a sezioni unite (n. 21761 del 2021), induce ad invocare l'applicabilità dell'art. 2671 c.c., così come interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche con riferimento al cancelliere, per ragioni, non solo sistematiche, ma anche teleologiche, trattandosi di elevare il grado di certezza dei rapporti giuridici e di tutela delle parti.

Non è un caso che la dottrina che già in passato riteneva che anche il verbale di separazione fosse titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari, specificava che il cancelliere, che avesse redatto il verbale ai sensi dell'art. 130 c.p.c., fosse obbligato a norma dell'art. 2671 c.c. a trascriverlo nel più breve tempo possibile e comunque entro trenta giorni⁵⁷.

specifiche che le parti devono comparire personalmente innanzi al presidente del tribunale per confermare la volontà espressa nell'accordo mediante la sottoscrizione del verbale di comparizione. Le parti si impegnano, infine, alla trascrizione del verbale di separazione nei registri immobiliari nonché a eseguire le volture catastali.

⁵⁵ Vd. Trib. Torino.

⁵⁶ Vd. Trib. Torino; *Adde* Trib. Lucca, secondo il quale occorre che le parti dichiarano che si obbligano a curare la trascrizione e voltura del verbale presso il competente ufficio della pubblicità immobiliare, esonerando l'ausiliario dalle responsabilità connesse a tale incumbente.

⁵⁷ MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. notariato*, 2, 2000, 317. Proprio le riflessioni in merito all'art. 2671 avevano condotto parte della dottrina (TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio parentesi*, in *Riv. notariato*, 6, 2007, 1417 s.) a sollevare più di una perplessità nei riguardi dell'orientamento secondo cui, accanto alla competenza generale del notaio nella materia negoziale, anche il verbale di separazione è titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari. In particolare, in aggiunta alle aporie sistematiche, tale dottrina poneva in rilievo che: «l'ammissibilità generale (o particolare) del decreto di omologazione reca con sé la contraddizione intima dell'attribuzione ad un tale atto della funzione atipica e sconosciuta dell'accertamento in ordine alla provenienza soggettiva dell'accordo (non sussistendo peraltro norma che imponga al cancelliere un obbligo di accertamento dell'identità personale dei comparenti); in secondo luogo, la configurazione della responsabilità del cancelliere in ipotesi di ritardo nella trascrizione o di omissione degli accertamenti ipocatastali; in terzo luogo, la responsabilità in ipotesi di trasferimento di un manufatto non conforme alle regole che presidono la disciplina urbanistica o di un terreno (senza l'allegazione del relativo certificato di destinazione urbanistica, ove necessario, qualora difetti la natura donativa dell'attribuzione o senza aver accertato la trascrizione dell'ordinanza che accerta l'esistenza di una lottizzazione abusiva); in quarto luogo, che non vi

Ma anche più di recente, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, in dottrina⁵⁸ è stata affermata l'applicazione dell'art. 2671 con riferimento al ruolo del cancelliere al fine di innalzare il livello di certezza e di tutela delle parti. Per l'effetto, verrebbe esteso anche al cancelliere il principio affermatosi nel corso del tempo in forza del quale l'obbligo di curare la trascrizione è di natura pubblicistica, inderogabile, per questo non dispensabile ad opera delle parti.

A ciò si aggiunga che, alla dispensabilità dell'obbligo di curare la trascrizione sembrerebbe ostare, nel caso di specie, anche il ruolo processuale rivestito dalla figura del cancelliere. Infatti, la possibilità per le parti di derogare alla disciplina processuale trova margini esigui nel nostro ordinamento. Più in particolare, conformemente a quanto già evidenziato in dottrina⁵⁹, «mentre la disciplina del diritto civile è in larga parte dispositiva, per cui la regola è la sua derogabilità per contratto, non accade così nel diritto processuale civile, che lascia uno spazio esiguo e tipizzato all'autonomia negoziale delle parti, a causa del carattere di diritto pubblico della disciplina del processo civile».

A ben vedere, peraltro, nel caso in esame spesso non si tratterebbe neanche di autonomia delle parti con riguardo alle norme applicabili in tema di processo civile, in quanto la scelta di esonerare il cancelliere dall'obbligo di curare la trascrizione sovente emerge da un protocollo del tribunale, la cui cogenza in relazione al profilo in esame è da escludersi, non trattandosi, peraltro, neanche di atti giurisdizionali.

Queste considerazioni, e in particolare quelle relative alla responsabilità del cancelliere in ipotesi di ritardo nella trascrizione, pongono in luce uno degli aspetti più problematici dell'orientamento affermato dalle Sezioni unite, ossia l'attribuzione al cancelliere di un ruolo che esula da quelli che sono tradizionalmente i suoi compiti istituzionali. Come avremo modo di vedere meglio più avanti, infatti, nonostante tutti gli sforzi interpretativi che si possano effettuare per arrivare a ritenere che il cancelliere, in ragione del ruolo attribuitogli dalle Sezioni unite, è tenuto ad effettuare i controlli previsti nel nostro ordinamento per la trascrizione di un determinato atto nei registri immobiliari, residuano comunque significative differenze, rispetto al notaio, non solo sotto il profilo delle competenze professionali richieste per effettuare questo tipo di controlli (che evidentemente il cancelliere non possiede essendo istituzionalmente preposto a svolgere altre

sarebbe alcun obbligo di esercitare la funzione c.d. di adeguamento da parte dei pubblici ufficiali coinvolti, funzione che costituisce invero uno degli aspetti essenziali del ministero notarile».

⁵⁸ D. BARONE, relazione inedita (che per cortesia dell'Autore è stato possibile consultare a chi scrive) al Convegno dell'Associazione *Civil Law* tenutosi a Catania in data 28 maggio 2022, il quale, sottolineando l'importanza, nel nostro ordinamento, dei principi di affidabilità e completezza dei Registri Immobiliari e di tutela della sicurezza dei traffici giuridici, sostiene che dall'applicazione al cancelliere dell'obbligo di trascrizione ex art. 2671 c.c., stante la *ratio* pubblicistica di tale obbligo, deriva quale conseguenza necessaria anche la sua inderogabilità, dovendosi pertanto ritenere non legittime tutte le clausole di esonero del cancelliere dall'obbligo di curare la trascrizione che vengono apposte nei protocolli che i vari uffici giudiziari stanno predisponendo d'intesa con il locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e che vengono poi riprodotti nei verbali di udienza e nei ricorsi introduttivi.

⁵⁹ Cfr. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 3, 99 s., il quale evidenzia come la tematica in esame, per quanto di notevole interesse e complessità, non sia molto indagata nel nostro ordinamento, diversamente da quanto è invece avvenuto nell'ordinamento tedesco. In tale contesto, la dottrina tedesca ha esaminato il tema dell'autonomia negoziale in ambito processuale, riconoscendo l'ammissibilità di contratti processuali, quando essi non urtano con disposizioni cogenti del codice di procedura civile, puntualizzando che «le parti possono (senza necessità di un particolare fondamento legislativo) vincolarsi contrattualmente al compimento o all'omissione di atti processuali, se ciò non urti contro divieti legislativi, i buoni costumi o contro interessi dell'amministrazione della giustizia sottratti alla disponibilità delle parti».

attività), ma anche sotto il profilo degli ulteriori controlli previsti dalla vigente normativa in tema di trasferimenti immobiliari e delle relative responsabilità.

Sotto quest'ultimo profilo, peraltro, non è corretto raffrontare le sole disposizioni che disciplinano specificamente la responsabilità del cancelliere e quella del notaio, posto che, proprio in ragione del fatto che quest'ultimo è istituzionalmente preposto a svolgere un determinato ruolo, e segnatamente ad effettuare una serie di controlli di legalità ove sia richiesto di ricevere un atto contenente un trasferimento immobiliare, è assoggettato, non solo ad un peculiare regime di responsabilità professionale, ma anche ad un apparato di controlli particolarmente articolato e penetrante⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. E. FABIANI, M. LEO, *L'autenticità del titolo per la trascrizione nei Registri Immobiliari*, studio n. 463-2017/C, in *notaiato.it*. Si è altresì sostenuto che «il controllo notarile di legalità, capacità e legittimazione appare, allora, uno degli assi portanti del sistema della trascrizione immobiliare italiana, il fondamento giustificativo di una serie di disposizioni che - derogando al principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis* - tendono ad assicurare la massima tutela possibile al terzo acquirente (ed alle ragioni della sicurezza della circolazione giuridica immobiliare), sacrificando (apparentemente) la «tutela reale» dell'alienante (PALAZZO, *Autenticità del titolo e trascrizione dei trasferimenti immobiliari della crisi coniugale*, in *Cortedicassazione.it*). Critico dell'arresto delle Sezioni Unite in esame è TORRONI, *Trasferimenti immobiliari nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio: un atto pubblico senza i controlli di legalità sostanziale e la responsabilità nei confronti delle parti?*, cit., secondo il quale ammettere un trasferimento immobiliare all'interno del verbale di udienza o della sentenza di divorzio a domanda congiunta significa escludere tutto l'apparato di controlli formali e sostanziali che caratterizzano l'atto pubblico notarile e garantiscono la sicurezza delle contrattazioni e l'affidabilità dei pubblici registri immobiliari. In senso opposto, critica l'argomento basata sulla differenziazione dei ruoli e delle funzioni del magistrato e del notaio A. ARCERI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in fase di separazione consensuale e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2021, 651, dal momento che «l'attività prestata dal giudice nell'omologare l'accordo contenente trasferimenti immobiliari non è certo un *quam minus* rispetto all'attività del notaio, ma è semplicemente tutt'affatto diversa rispetto ad essa: infatti tale attività è inserita nell'ambito di una procedura giurisdizionale, retta da norme e principi completamente differenti rispetto a quelli propri del mandato conferito al notaio». Secondo l'Autrice, in particolare, è da cogliere un dato: «che il compendio della normativa che regola l'attività del notaio, corredata di sanzioni in caso di vizi e mancanze che affliggano l'esercizio delle funzioni a costui affidate per legge, consistenti, è vero, in principalità, in un ruolo assolutamente privilegiato in campo di atti traslativi riguardanti beni immobili, non può essere utilizzata quale utile termine di confronto con la diversa attività istituzionale dei magistrati, compiuta nell'esercizio delle loro - ben diverse - funzioni». Ancor più dettagliatamente, l'A. puntualizza che: «non vi è dubbio (...), che in moltissimi casi previsti dalla legge il magistrato ha altresì compito di attuare, con provvedimenti di varia tipologia, trasferimenti immobiliari: s'intende fare riferimento non soltanto alla sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., ma altresì alle già citate assegnazioni in fase di divisione immobiliare, in cui il provvedimento "traslativo" è una semplice ordinanza in cui il magistrato dichiara esecutivo il progetto di divisione su cui tutte le parti abbiano manifestato accordo, omettendo di frapporre contestazioni. Esaltare la funzione certificatrice ed adeguatrice, ex art. 72 l. not., del notaio, e le connesse gravi responsabilità nel caso di nullità dell'atto confezionato, per porle a confronto con il ruolo e la funzione del magistrato a fronte delle condizioni della separazione consensuale contenenti trasferimenti immobiliari, quasi a voler tratteggiare i contorni di una fattispecie di rango 'inferiore', per tale motivo non ipotizzabile in quanto "orba" di aspetti fondamentali, non tiene conto della innegabile diversità, per l'appunto, di ruolo e funzioni delle due figure: in altri termini, non è operazione condivisibile il richiamare le maggiori responsabilità e le sanzioni cui il notaio va incontro nel caso di confezione di atti di trasferimento di diritti immobiliari affetti da invalidità, rispetto alla più "irresponsabile" posizione del giudice, quasi a voler ricavare un inquadramento "in difetto" del trasferimento attuato dinanzi all'autorità giudiziaria. Un confronto non è possibile semplicemente perché, in tal caso, l'attività prestata dal giudice nell'omologare l'accordo contenente trasferimenti immobiliari non è certo un *quam minus* rispetto all'attività del notaio, ma è semplicemente tutt'affatto diversa rispetto ad essa: infatti tale attività è inserita nell'ambito di una procedura giurisdizionale, retta da norme e principi completamente differenti rispetto a quelli propri del mandato professionale conferito al notaio. Con ciò non si intende ovviamente affermare che l'esser magistrato significhi dare il via libera a trasferimenti nulli per vizi formali e sostanziali: invero, sono le parti, che intendono definire tramite atti traslativi la crisi coniugale, ad assumere il relativo rischio, in ciò comunque coadiuvate dall'ausilio di tecnici esperti che fungono da ausiliario del giudice ai sensi dell'art. 68 c.p.c., assumendo ogni responsabilità al riguardo. La natura e la *ratio* del controllo esercitato dall'autorità giudiziaria a fronte di tali trasferimenti non sono punto assimilabili a quelle che caratterizzano il controllo di legalità esercitato dal notaio: come più volte ribadito dalla Corte di cassazione, si tratta di un controllo volto alla tutela dei superiori interessi della famiglia, senza che, per ciò solo, possano ravvisarsi

5.7. Natura dell'accordo ed operatività delle prelazioni

Alcuni protocolli⁶¹ si spingono sino ad affermare che, secondo l'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza, non dovrebbe operare l'istituto della prelazione agraria, urbana e del conduttore, precisando che trattandosi di trasferimenti nei quali non c'è fungibilità delle parti contraenti, né delle prestazioni, la prelazione non sorge.

Muovendosi in quest'ordine di idee, talvolta si specifica altresì che l'eventuale presenza di aventi diritto alla prelazione non inficia la validità dell'atto, salve le conseguenze di legge in merito al riscatto.

5.8. Il valore attribuito alle dichiarazioni delle parti

La sostanziale assenza di controlli in relazione al trasferimento immobiliare oggetto dell'accordo tra coniugi ha indotto alcuni protocolli o documenti di prassi a far leva sulle dichiarazioni delle parti per affermare che non vi sono formalità pregiudizievoli o motivi ostativi al trasferimento di ordine urbanistico, edilizio, catastale, ecc.

Ciò anche in considerazione del fatto che detto deficit di controlli non può ritenersi comunque colmato dalla prassi di taluni tribunali, già segnalata nell'esaminare i relativi protocolli, tendente a ricorrere al deposito di una relazione notarile o di un certificato ipocatastale che documenti le risultanze delle visure catastali e dei registri immobiliari «attestante le formalità intervenute dalla data dell'atto di provenienza alla attualità»⁶².

E' del tutto evidente, infatti, come anche una prassi di questo tipo non potrà mai considerarsi equivalente sotto il profilo dei controlli e della garanzia per le parti rispetto all'ipotesi in cui le parti preferiscano effettuare il trasferimento immobiliare (non in sede di separazione o divorzio ma) dinanzi al notaio.

Infatti, è ineliminabile il lasso temporale, più o meno consistente a seconda dei casi, intercorrente tra il deposito della predetta relazione/verifica della fattibilità dell'accordo e la trascrizione di quest'ultimo nei registri immobiliari, con conseguente possibilità che, *medio tempore*, siano iscritte o trascritte formalità pregiudizievoli non preventivamente documentabili e pregiudizievoli per il coniuge acquirente in sede di separazione o divorzio.

Ciò consente di comprendere come anche detti Tribunali tendono talvolta a fare comunque leva sulle dichiarazioni delle parti.

Più precisamente, con soluzione evidentemente inidonea rispetto allo scopo che si intenderebbe conseguire, diversi tribunali fanno leva sulla dichiarazione della parte alienante con la quale quest'ultimo dà atto dell'assenza di formalità pregiudizievoli, della regolarità urbanistica ed edilizia⁶³.

minorazioni o depauperamenti in ragione della più incisiva pregnanza del controllo notarile. E ciò, semplicemente, perché le fattispecie sono differenti».

⁶¹ Vd. protocollo del Trib. Torino 10 giugno 2022.

⁶² Vd. Protocollo del Trib. di Salerno.

⁶³ Vd. protocolli dei Trib. Chieti; Trib. Pesaro.

È questo uno degli aspetti più delicati, se non aperto senz'altro acuito dalle prassi insorte all'esito della sentenza delle sezioni unite: sembrerebbe, infatti, che i protocolli tendano a rinvenire, nelle dichiarazioni delle parti, un surrogato dei controlli tradizionalmente connessi al magistero notarile, su cui avremo modo di soffermarci più avanti anche al fine di evidenziare come si tratti di prospettiva del tutto erronea e priva di risultati anche solo lontanamente paragonabili a quelli conseguibili in forza del magistero notarile.

Alcuni protocolli⁶⁴ “al fine di acquisire la certezza” in relazione alla titolarità dei diritti reali oggetto di trasferimento, richiedono che le parti si impegnino a depositare telematicamente la copia rilasciata dal notaio rogante o dall'archivio notarile dell'atto di provenienza dei beni oggetto di trasferimento nonché a depositare relazione notarile (o il certificato dell'agenzia del territorio o ancora la relazione di altro tecnico abilitato) al fine di rappresentare che, in relazione al bene oggetto di accordo, non siano state effettuate trascrizioni o iscrizioni pregiudizievoli successive all'atto di provenienza.

Si specifica altresì che, nel corpo dell'accordo, la parte alienante o cedente deve dichiarare espressamente, assumendosene l'esclusiva responsabilità, che dopo tale data non esistono formalità pregiudizievoli a suo carico relativamente a quanto in oggetto.

Analoghe prassi, come già detto priva di ogni reale utilità, emerge anche con riguardo alla regolarità urbanistica degli immobili.

In particolare, secondo alcuni protocolli⁶⁵, la parte alienante o cedente, consapevole di sanzioni penali previste dal d.p.r. 445/ 2000, articolo 76, deve impegnarsi a garantire, sotto la sua personale responsabilità, la regolarità urbanistica degli immobili ed effettuare le menzioni previste dalla normativa urbanistica ed edilizia. Le parti devono produrre ed allegare il certificato di prestazione energetica rilasciato da un tecnico abilitato; inoltre, assumendo l'esclusiva responsabilità circa le dichiarazioni effettuate a tal fine, indicano eventuali regimi fiscali di favore dei quali potranno avvalersi.

6. Esiti dell'indagine sinora condotta e conseguente necessità di effettuare un'indagine sul ruolo del cancelliere, sulla figura dell'ausiliario e sul possibile ricorso alla figura del notaio in sede giudiziale

All'esito dell'indagine sinora condotta emerge, con assoluta evidenza, come l'intervento delle Sezioni Unite, nell'ammettere la possibilità di effettuare trasferimenti immobiliari con il verbale d'udienza di separazione o di divorzio, lungi dal rappresentare l'epilogo risolutivo di un dibattito (dottrinale e giurisprudenziale) ormai risalente nel tempo, ha aperto una serie di problematiche giuridiche conseguenti all'effettuazione di questa scelta, che non possono certamente essere

⁶⁴ Vd. protocollo del Trib. di Chieti; cfr. protocollo Trib. Napoli, secondo il quale occorre il deposito dell'atto notarile di provenienza ma la parte alienante deve dichiarare espressamente, assumendosene la esclusiva responsabilità, che, dopo tale data, non esistono formalità pregiudizievoli. La relazione notarile deve peraltro risalire anche oltre il ventennio onde individuare un titolo di acquisto che permetta di invocare la sussistenza di un possesso ultraventennale. Secondo questo protocollo, peraltro, la relazione notarile dovrà essere estesa anche alla sussistenza di eventuali vincoli urbanistici, con conseguente segnalazione da parte del notaio, nonché all'individuazione degli intestatari catastali ai sensi della legge n. 52/85, art. 29, comma 1 – *bis*.

⁶⁵ Vd. tra gli altri il protocollo del Trib. di Civitavecchia; protocollo del Trib. di Ferrara.

degradate al livello di problematiche pratico-operative da affrontarsi attraverso il ricorso a protocolli adottati dai Tribunali d'intesa con il locale consiglio dell'ordine degli avvocati, così come auspicato dalle stesse Sezioni unite con la sentenza più volte richiamata.

Detti protocolli sono divenuti, di fatto, la sede ove i Tribunali hanno tentato di risolvere, con soluzioni non omogenee, dette problematiche giuridiche, cui sono legate conseguenze particolarmente rilevanti sotto il profilo della circolazione dei beni immobili nel nostro ordinamento.

Si tratta, cioè, di problematiche giuridiche ricche di significative ricadute con riferimento al suddetto profilo che, in assenza di un'approfondita indagine da parte delle Sezioni Unite, hanno trovato differenti soluzioni in una sede, quella dei protocolli, evidentemente inadatta allo scopo, indipendentemente dal merito delle soluzioni ivi indicate su cui avremo comunque modo di soffermarci di qui a breve.

Sia ben chiaro, non è certamente una novità il ricorso da parte dei Tribunali a circolari a fronte di interventi legislativi lacunosi o di difficile/controvertibile interpretazione e talvolta anche a fronte di rilevanti interventi della Suprema corte di cassazione.

Nel caso di specie, però, non si tratta di circolari ma di protocolli ed è la stessa Suprema corte ad auspicare un ricorso agli stessi, travisandone, però, il possibile ruolo, o ritenendo, più probabilmente, che, a fronte del principio di diritto dalla stessa enunciato, dovessero risolversi esclusivamente questioni di ordine meramente pratico-operativo (possibile oggetto, per l'appunto, di un protocollo adottato dal Tribunale d'intesa con il locale consiglio dell'ordine degli avvocati), mentre invece, come già sottolineato, non è così: siamo di fronte a delicate questioni giuridiche che avrebbero dovuto affrontare e risolvere le Sezioni Unite e che, invece, sono state sostanzialmente rimesse ai singoli Tribunali, i quali hanno tentato di risolverle percorrendo, attraverso i suddetti protocolli, fondamentalmente due strade:

- 1) quella tendente a delimitare, sul piano oggettivo, i confini del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite, facendo leva, in particolare, sul profilo causale degli accordi (indagine di assoluta complessità, cuore del sindacato giudiziale in materia di contratti ai fini della relativa qualificazione) e/o sulla (maggiore) complessità del trasferimento immobiliare;
- 2) quella tendente a spostare, sul piano soggettivo, il compimento di determinate attività e controlli dal cancelliere ad altri soggetti, quali, segnatamente, gli ausiliari giudiziari e/o il notaio.

Prima di soffermarsi sui contenuti dei protocolli adottati dai Tribunali, opportuno appare, dunque, rimarcare ulteriormente come la sentenza delle Sezioni unite, che sta a monte di questi protocolli, è affetta da lacune e criticità.

In particolare, la Suprema corte si è soffermata sulla qualificazione del verbale di separazione o di divorzio in termini di atto pubblico e sulla conseguente possibilità di trovare accesso, in ragione di questa forma, nei registri immobiliari - in forza di quanto disposto dall'art. 2657 c.c. -, ma non ha adeguatamente indagato il conseguente profilo, assai delicato, attinente al ruolo del cancelliere in questa peculiare fattispecie, posto che ci troviamo di fronte ad un atto pubblico contenente trasferimenti immobiliari. Tradizionalmente, infatti, i trasferimenti immobiliari rientrano nella competenza del notaio, e non in quella del cancelliere, e sono presidiati, com'è noto, da un apparato normativo volto ad assicurare il soddisfacimento di una pluralità di esigenze, talune delle quali,

peraltro, di ordine latamente pubblicistico (così come accade, in particolare, per le disposizioni in tema di trascrizione nei registri immobiliari).

Per dare una risposta compiuta agli interrogativi lasciati aperti dall'intervento delle Sezioni Unite occorre anzitutto soffermarsi sulla figura del cancelliere, ma occorre anche soffermarsi sulla figura dell'ausiliario, di cui all'art. 68 c.p.c., e sul possibile ricorso alla figura del notaio per lo svolgimento di determinate attività funzionali all'effettuazione del trasferimento immobiliare in sede giudiziale (separazione o divorzio), posto che, come già evidenziato, sono state queste le figure cui i protocolli dei Tribunali hanno fatto ricorso per tentare di risolvere le problematiche giuridiche aperte dalla scelta di fondo effettuata dalle Sezioni unite (o quanto meno talune di queste problematiche, quelle più significative).

In altri termini, una compiuta valutazione delle scelte effettuate dai Tribunali nei suddetti protocolli presuppone necessariamente un'indagine che abbia ad oggetto i suddetti profili.

7. La figura del cancelliere

La prima figura con la quale occorre inevitabilmente confrontarsi alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite e dei conseguenti interventi dei Tribunali, con i protocolli in precedenza esaminati, è indubbiamente quella del cancelliere⁶⁶.

Nel qualificare il verbale di separazione o di divorzio redatto dal cancelliere come atto pubblico, infatti, le Sezioni Unite pongono evidentemente al centro dell'impostazione propugnata la figura del cancelliere ed il ruolo che a questo è riconosciuto nell'ambito del nostro ordinamento.

Non a caso, infatti, una costante dei protocolli adottati dai Tribunali è rappresentata proprio dal ruolo che può/deve svolgere il cancelliere nell'ipotesi in esame, dalle relative responsabilità e dalla possibilità di escludere queste responsabilità ovvero, a monte, il compimento stesso di determinate attività, se del caso ricorrendo, a tal fine, a differenti figure giuridiche e professionali.

In linea generale, ed in estrema sintesi, è possibile sottolineare come il principale tratto caratterizzante della figura del cancelliere è rappresentato dall'estrema eterogeneità delle attività che il nostro legislatore gli attribuisce, tanto che la dottrina ha ormai da tempo chiarito come non sia possibile, o sia quanto meno estremamente complesso, formare un elenco completo delle funzioni del cancelliere, che si trovano peraltro disperse in numerose leggi. Più in dettaglio, si è rimarcato che «le funzioni del cancelliere sono caratterizzate da notevole estensione e da grande disparità di contenuto, tali da infrangere ogni tentativo di classificazione o raggruppamento che pretenda di procedere secondo criteri ordinanti desumibili dall'intrinseco delle varie attività, senza limitarsi ad una più o meno composita elencazione»⁶⁷.

In linea generale, si è ritenuto che dette attività possano essere fondamentalmente ricondotte in una delle seguenti funzioni: giurisdizionali, tecnico organizzative e di mera gestione degli uffici⁶⁸.

Per quanto maggiormente interessa in questa sede, le funzioni giurisdizionali sono disciplinate dagli artt. 57 e 58 del c.p.c. (benché altre ne siano previste dalle leggi speciali) e sono quelle che si realizzano nell'ambito dello svolgimento del processo, ovvero nell'esercizio della giurisdizione.

⁶⁶ Cfr., per un quadro relativo al ruolo e alle diverse funzioni del cancelliere, anche per i richiami, A. ROSSI, *Responsabilità del cancelliere*, in *processocivile.it*.

⁶⁷ Cfr. EVANGELISTA, *Cancelliere (voce)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. V, Roma, 1988. 1.

⁶⁸ Cfr. ROSSI, *Cancelliere (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. V, Milano, 1959, 1071-1072.

Le funzioni giurisdizionali si risolvono in attività di documentazione, assistenza e autenticazione.

Nell'attività di documentazione rientrano attività fra le quali si possono citare: la stesura del verbale d'udienza, lo svolgimento delle formalità relative al deposito degli atti delle parti e la custodia degli stessi, il rilascio di copie ed estratti autentici dei documenti prodotti.

Nell'assistenza, invece, rientrano attività come: la partecipazione alla formazione del processo verbale e alle udienze.

Nella funzione di autenticazione, rientra, essenzialmente, l'attività di sottoscrizione degli atti del giudice⁶⁹.

Nondimeno, altri autori avvertono che anche la suddetta distinzione è basata su un dato del tutto estrinseco e formale, atteso che, come la più stretta attinenza dei compiti propriamente giudiziari all'organizzazione e allo svolgimento delle attività processuali non ne implica di per sé la natura giurisdizionale, così i compiti diversi sottendono piuttosto il comune denominatore negativo dell'assenza di un'attinenza siffatta che non quello di una natura eterogenea rispetto agli altri, in ragione della quale se ne possano fondatamente differenziare⁷⁰.

L'estrema varietà dei compiti affidati al cancelliere rende altresì difficile ricostruirne la natura, oltre che l'estensione dei connessi poteri di valutazione.

Non a caso, mentre taluna dottrina⁷¹ qualifica il cancelliere come ausiliario del giudice, valorizzando in particolare il tenore letterale delle norme contenute nel titolo II, Capo III, delle disposizioni di attuazione del codice di rito civile, altra dottrina⁷², invece, qualifica il cancelliere come organo strutturale dell'ufficio giudiziario, ponendo in particolare l'accento sul fatto che il cancelliere ha delle attribuzioni e dei poteri che gli sono propri e, quindi, non svolge un semplice ausilio al giudice nello svolgimento delle sue funzioni.

Indubbiamente più convincente appare l'impostazione da ultimo richiamata, tendente a distinguere la figura del cancelliere da quella degli ausiliari del giudice, trattandosi evidentemente di un "organo strutturale dell'ufficio giudiziario" distinto dagli ausiliari del giudice, figure meramente eventuali che, peraltro, possono svolgere funzioni di ausilio (non solo rispetto al giudice ma) anche rispetto al cancelliere. La lettera dell'art. 68, primo comma, c.p.c. sembrerebbe, dunque, deporre chiaramente nel senso della impossibilità di qualificare il cancelliere come un ausiliario del giudice.

⁶⁹ Cfr. A. ROSSI, *Responsabilità del cancelliere*, in *processocivile.it*.

⁷⁰ Cfr. EVANGELISTA, op. cit., 1.

⁷¹ A favore della tesi che riconosce nel cancelliere un mero ausiliario del giudice, può richiamarsi, sotto l'previgente codice, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1904, 720, il quale precisa (vd. p. 723), tuttavia, che la legge non attribuisce al cancelliere «l'ufficio di collaboratore alla funzione giurisdizionale quando lo incarica di assistere (art. 53) il magistrato».

⁷² A favore della tesi che qualifica il cancelliere non figura non rientrante tra gli ausiliari del giudice, si esprimono, tra gli altri, MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto Processuale Civile*, I, Torino, 2017, 347; PUNZI, *Il processo civile, sistema e problematiche*, I, Torino, 2010, 281 s; EVANGELISTA, op. cit., 1, il quale ritiene non appagante la tradizionale definizione di cancelliere in termini di ausiliario del giudice, benché la stessa trovi riscontro nel codice di rito (il quale oltre a disciplinare le funzioni del cancelliere nel capo II del titolo I, dedicato agli organi giudiziari, le considera dettagliatamente nel capo III del titolo II delle disposizioni di attuazione, dedicato agli esperti e agli ausiliari giudiziari). Secondo la dottrina da ultimo citata, invero, da un lato, non sembra possa dirsi che il cancelliere coadiuvi il giudice nello svolgimento della funzione propria di questi essendo invece dotato di compiti autonomi; e dall'altro lato la detta definizione si pone «più come descrittiva del fenomeno che non come individuatrice della sua sostanza giuridica».

Conseguentemente, deve rimarcarsi la non corretta la qualificazione del cancelliere in termini di ausiliario del giudice effettuata dalla pronuncia delle Sezioni Unite, non solo in via di principio ma anche perché rischia di generare confusioni con riferimento alla problematica in esame.

Tenere distinte queste due figure rende, infatti, più agevole distinguere, come faremo di qui a breve, le differenti prospettive di fondo, astrattamente percorribili, tendenti ad incentrare lo svolgimento di una serie di attività funzionali all'effettuazione di trasferimenti immobiliare in sede di separazione o divorzio sul cancelliere ovvero su soggetti differenti dal cancelliere, qualificati, per l'appunto, in senso proprio come ausiliari (del giudice o del cancelliere).

Quanto al profilo che maggiormente rileva ai nostri fini, ossia l'effettuazione dei controlli che il cancelliere è tenuto ad effettuare in una peculiare ipotesi, come quella in esame, in cui l'atto dallo stesso redatto, avente la forma di atto pubblico, è destinato ad essere trascritto nei registri immobiliari, è assai poco indagato, trattandosi di ipotesi non certamente comune e divenuta quanto mai attuale proprio in forza del recente intervento delle Sezioni Unite in esame.

La tematica è stata indagata, in via più generale, sotto il profilo dei controlli connessi alla autenticità del titolo per la trascrizione nei registri immobiliari, non essendo pacifico se costituisca elemento imprescindibile del principio di autenticità un più ampio controllo del pubblico ufficiale avente ad oggetto (anche) legalità, capacità, e legittimazione delle parti del negozio⁷³.

Più precisamente, secondo taluna dottrina il controllo sul rispetto delle norme imperative, sulla capacità e legittimazione delle parti e sulle altre prescrizioni che incidono sulla validità dell'atto, sussisterebbe sia nell'ipotesi in cui il titolo da trascrivere provenga dal notaio (atto pubblico o scrittura privata autenticata), che nelle altre ipotesi in cui il documento provenga da altri pubblici ufficiali autorizzati⁷⁴. Altra dottrina, invece, ritiene «non persuasivo il tentativo di estrapolare dal titolo “forte” e cioè dall'atto notarile, la regola secondo la quale sarebbero coinvolti nel controllo di legittimità e capacità altri titoli»⁷⁵ di fonte extra notarile, in quanto «il minimo comun denominatore circa il collegamento fra titolo e attività del pubblico ufficiale» sarebbe «solo quello di documentare con fede privilegiata la provenienza di/delle dichiarazioni rese in atto»⁷⁶.

Non è, dunque, pacifica, in linea generale, la delimitazione dei confini del controllo che compete a pubblici ufficiali, differenti dal notaio, nelle ipotesi eccezionali in cui siano autorizzati dal legislatore a ricevere atti pubblici destinati a trovare accesso nei registri immobiliari.

Giova, però, evidenziare, a tal proposito, come detto dibattito, in verità, non involge la figura del cancelliere, bensì quella dei pubblici ufficiali differenti dal notaio eccezionalmente autorizzati dalla legge a ricevere atti pubblici contenenti trasferimenti immobiliari.

Il cancelliere non è un pubblico ufficiale eccezionalmente autorizzato dalla legge a ricevere atti pubblici contenenti trasferimenti immobiliari. Detta possibilità è divenuta attuale a fronte della pronuncia delle Sezioni Unite più volte richiamata, pur in assenza di una previsione normativa in tal senso.

8. La figura dell'ausiliario del giudice

⁷³ Cfr. più ampiamente E. FABIANI-M.LEO, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 50 s.

⁷⁴ Cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, spec. 633

⁷⁵ Così G. BARALIS, *Il titolo in Tratt. della trascrizione diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, III, Formalità e procedimento. Trascrizione mobiliare. Pubblicità. Intavolazione*, Torino, 2014, spec. 125.

⁷⁶ Così G. BARALIS, *Il titolo*, cit., spec. 125.

L'origine del termine "ausiliari del giudice" si rinviene negli scritti del Chiovena, il quale riconduceva al «nome generico di *persone ausiliari* ... quelle persone estranee al tribunale e alle parti che compiono nel processo singole operazioni, richieste dalle parti o dagli organi del tribunale per gli scopi del processo e necessarie allo svolgimento regolare della funzione giurisdizionale»⁷⁷.

Il codice di procedura civile prevede la figura degli "ausiliari del giudice" nel libro I, titolo I, dedicato agli "organi giudiziari", il quale è suddiviso in tre capi: 1) del giudice; 2) del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario; 3) del consulente tecnico, del custode e degli altri ausiliari del giudice.

Ciò ha indotto la dottrina a sottolineare come il codice:

- con riferimento alla nozione di "organo giudiziario", ha recepito una "nozione ampia", ossia «come organo complesso che comprende, da un lato, tre uffici permanenti e, dall'altro lato, le persone che vengono a fare parte di esso solo temporaneamente ed occasionalmente e perciò acquistano, negli stessi limiti, la qualità di organi giudiziari, svolgendo funzioni ausiliarie degli uffici permanenti»⁷⁸;

- con più specifico riferimento alla nozione di "ausiliari del giudice", parlandone «nel titolo dedicato agli organi giudiziari, e sottolineando a più riprese la funzione di assistenza che ad essi compete rispetto all'organo giurisdizionale (art. 61, 68)», ha «reso più difficile la delimitazione del termine, imponendo una distinzione tra i più diretti collaboratori (veri e propri ausiliari) del giudice, che vengono così a far parte, temporaneamente ed occasionalmente, dell'ufficio giudiziario, e tutti coloro che, senza avere un diretto rapporto col giudice, compiono comunque atti connessi col processo civile»⁷⁹.

Due sono, dunque, fondamentalmente, le nozioni di "ausiliare del giudice" che si contrappongono, l'una più lata e l'altra più ristretta.

Alla tradizionale, e più risalente concezione più lata facente capo al Chiovena – di cui sopra -⁸⁰, se ne contrappone, infatti, una più ristretta, la quale, ormai prevalente - e secondo taluno recepita anche dal vigente codice di procedura civile⁸¹ -, sottolinea l'esigenza di operare un distinguo all'interno della generica categoria dei "collaboratori di giustizia", riservando la qualifica di "ausiliari del giudice" solo a quei soggetti che vengono incaricati dell'esercizio di una determinata funzione pubblica all'interno del processo, occasionalmente e temporaneamente, sulla base di un provvedimento del giudice (o, talvolta, anche del cancelliere o dell'ufficiale giudiziario)⁸².

⁷⁷ Così CHIOVENA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 464 il quale indica, su tali basi, quali "singole persone ausiliari": "il P.M.; la Posta; le Casse postali di risparmio; la Cassa dei Depositi e Prestiti; il Ricevitore del Registro; gli uffici di pubblico deposito; la Polizia; la Forza Pubblica; i custodi, sequestratari, terzi pignoratori; i testimoni; i periti; gli arbitri conciliatori".

⁷⁸ Così LUPO, voce *Ausiliari del giudice*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, 1. Ma sulla nozione di "organi giudiziari" e su quella di "ausiliari" si veda anche VELLANI, voce *Ausiliari del giudice*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I², Torino 1964, 1542ss il quale sottolinea, in particolare, come il codice di procedura civile "quando parla di ausiliari, non si riferisce mai all'ufficiale giudiziario".

⁷⁹ Così DE MARINI, voce *Ausiliari del giudice*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 308.

⁸⁰ Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, 164ss; JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1943, 188ss i quali, sulla scia del Chiovena, estendono la qualifica di "ausiliario del giudice" ad ogni soggetto che compia atti comunque attinenti al processo.

⁸¹ Cfr. LUPO, *Ausiliari del giudice*, cit., 1.

⁸² Si tratta della nozione facente capo al DE MARINI, *Ausiliari del giudice*, 308ss. Cfr. per tutti, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, sulle due nozioni di "ausiliare del giudice": LUPO, *Ausiliari del giudice*, cit., 1.

Più precisamente, «l'elemento caratteristico sufficiente per individuare i veri e propri ausiliari del giudice» sarebbe rappresentato, secondo questa impostazione, «dall'incarico giudiziario».

Essendo, infatti, l'ufficio giudiziario composto da tre componenti necessari (il giudice, il cancelliere e l'ufficiale giudiziario), potrebbe darsi l'evenienza, in presenza di particolari esigenze del processo, che «l'ufficio stesso debba essere integrato con altri soggetti al fine di compiere attività coordinate e necessarie al processo, che i normali componenti dell'ufficio non sarebbero idonei a compiere», per cui «in tal caso il giudice, e talvolta anche il cancelliere o l'ufficiale giudiziario, conferisce ad un privato (persona fisica o giuridica) particolarmente abilitato l'incarico di compiere l'attività in questione» e «l'incaricato di una funzione giudiziaria viene così a far parte, temporaneamente ed occasionalmente, dell'ufficio giudiziario ed acquista conseguentemente la qualità di organo giudiziario» ma non quella di «organo giurisdizionale»⁸³.

Dovrebbero, dunque, escludersi, su tali basi, dalla categoria degli ausiliari del giudice «tutta una serie di soggetti i quali, pur svolgendo qualche attività connessa col processo, non possono definirsi incaricati giudiziari», mancando «la nomina individuale da parte dell'organo giurisdizionale» e la «collaborazione subordinata ... propria dell'ausiliare ... che gli vale la qualifica di organo giudiziario»⁸⁴.

Due sarebbero, dunque, a ben vedere, gli elementi caratterizzanti della figura dell'ausiliario del giudice:

1) la presenza di un «incarico giudiziario»;

2) la «assistenza» o «collaborazione subordinata» rispetto all'organo giudiziario che ha conferito tale incarico.

Volendo cercare di cogliere un ulteriore tratto caratterizzante della figura in esame, è possibile affermare come la stessa sia contraddistinta anche dall'estrema eterogeneità dei soggetti ad essa riconducibili, sia per qualifica che per tipologia di attività.

In più occasioni, la dottrina ha posto l'accento, in particolare, sull'assoluta non omogeneità dei soggetti alla stessa riconducibili, trattandosi comunque, anche ove si accolga la suddetta prospettiva tendente a circoscrivere i confini della nozione in esame in forza delle caratteristiche più sopra richiamate, di soggetti assolutamente differenti fra loro⁸⁵.

9. Il ruolo del notaio in relazione agli accordi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio

E' assolutamente pacifico che il notaio svolga nel nostro ordinamento un ruolo anche con riferimento ai trasferimenti immobiliari conseguenti, o in qualche modo legati, alla separazione o al

⁸³ Così DE MARINI, *Ausiliari del giudice*, 309.

⁸⁴ Così DE MARINI, *Ausiliari del giudice*, 309 il quale esclude, in particolare, che siano ausiliari del giudice «tutte quelle persone (pubbliche o private), che, nello svolgimento delle proprie funzioni o mansioni o semplicemente in quanto cittadini, siano dalla legge tenuti a compiere atti coordinati allo svolgimento del processo e che la dottrina ha talvolta qualificato come incaricati di un *servizio giudiziario*. Così ... il pubblico ministero ... la forza pubblica ... l'amministrazione postale ... l'ufficio del registro ... il capitano di nave mercantile ... il comandante di copro militare ... il Ministero degli affari esteri ... la pubblica amministrazione ... la polizia» e «per quanto riguarda i privati non sono ausiliari del giudice i proprietari dei giornali ... i portieri ... i testimoni ... i terzi soggetti ad ispezione o esibizione».

⁸⁵ Cfr. per tutti sulla non omogeneità della categoria degli ausiliari del giudice, pur muovendosi in un'ottica tendente a sottolineare l'esigenza di circoscrivere tale categoria: VOCINO, *La funzione processuale del notaio*, in *Riv. del notariato*, 1956, 1 ss. spec. 2 ed ivi ulteriori riferimenti dottrinali sul punto.

divorzio dei coniugi. Questo accade in tutte le ipotesi in cui le parti, anziché procedere all'effettuazione di trasferimenti immobiliari in sede di verbale d'udienza di separazione o divorzio, si limitano a conseguire in detta sede l'effetto tipico della separazione o del divorzio e, una volta fatto ciò, si rivolgono al notaio per la stipulazione di un atto notarile avente ad oggetto detti trasferimenti.

Non è, invece, per null'affatto pacifico che il notaio possa svolgere il medesimo ruolo, o un ruolo analogo, anche nell'ambito del percorso parallelo per così dire "giudiziale" avvalorato dall'intervento delle Sezioni Unite, ossia compiendo una o più attività funzionali all'effettuazione di trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione o di divorzio.

Nel primo caso, infatti, ci troviamo a pieno titolo nell'ambito della comune funzione notarile.

Nel secondo caso, invece, per consentire l'intervento del notaio occorre individuare una via che lo legittimi, consentendogli di intervenire in qualità di notaio o in forza di una differente qualificazione: sostituto del giudice o del cancelliere? ausiliario del giudice o del cancelliere? notaio in quanto tale?

Al fine di fornire una compiuta risposta all'interrogativo di fondo da cui siamo partiti, occorre dunque fornire una risposta a ciascuno dei suddetti interrogativi.

9.1 L'impossibilità di ricorrere al notaio in qualità di sostituto del cancelliere

Una prima possibilità che appare agevole escludere è quella tendente a percorrere la via del possibile coinvolgimento del notaio in qualità di sostituto del cancelliere.

In forza di quanto disposto, infatti, dall'art. 68, 2° comma, c.p.c. il solo giudice, e non anche il cancelliere, può commettere al notaio il compimento di determinati atti.

La possibilità di ricorrere alla vera e propria sostituzione, a differenza di quanto accade per il mero ausilio di cui al primo comma dell'art. 68 primo comma c.p.c., è riservata al solo giudice.

Non sussiste, dunque, alcun margine per ipotizzare un ruolo sostitutivo del notaio, (anche) nel caso di specie, rispetto a quello del cancelliere.

L'articolo 68 del codice di procedure civile è chiarissimo in tal senso.

E' vero che il legislatore, in sede di attribuzione al notaio del ruolo di sostituto del giudice ha talvolta attribuito al notaio anche competenze limitrofe a quelle del cancelliere o riconducibili all'ufficio giudiziario nel suo complesso, come è accaduto in particolare con la legge n. 302/98 in tema di delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata⁸⁶, ma ciò è accaduto in forza di una previsione legislativa espressa e non già in forza del disposto di carattere generale di cui all'art. 68 c.p.c.

9.2 L'impossibilità di ricorrere al notaio in qualità di sostituto del giudice

La suddetta formulazione dell'art. 68, 2° comma, c.p.c. potrebbe indurre a pensare, quanto meno sulla base di una prima superficiale lettura, che sia possibile ipotizzare nel caso di specie un possibile ruolo sostitutivo del notaio rispetto (non al cancelliere ma) al giudice.

⁸⁶ Cfr. più ampiamente E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata* in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 131 ss. artt. 68, 2° comma

Una lettura più attenta della previsione in esame conduce, però, agevolmente ad escludere anche questa possibilità, non tanto e non solo perché detta possibilità è consentita dal legislatore “nei soli casi previsti dalla legge” (non essendo comunque mancati i tentativi, nel corso del tempo, di valorizzare detta previsione normativa di carattere generale anche in assenza di disposizioni normative espresse)⁸⁷, quanto piuttosto per l’evidente considerazione che, nel caso di specie, l’attività di cui si discute non è un’attività giurisdizionale o, pur volendo riconoscergli impropriamente detta qualificazione, non è comunque un’attività che fa capo al giudice.

Ci troviamo, infatti, di fronte ad un’attività negoziale, come in più occasioni evidenziato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, ivi compresa, da ultimo, la stessa pronuncia della Corte di cassazione a sezioni unite più volte richiamata.

Non si vede, in altri termini, come il notaio potrebbe svolgere una determinata attività in sostituzione del giudice quando l’attività di cui si discute: 1) non è un’attività giurisdizionale; 2) non è un’attività del giudice - che, non a caso, si ritiene non sia tenuto ad effettuare tutti quei controlli strettamente legati all’effettuazione di un trasferimento immobiliare -.

Del resto, a conferma di quanto sostenuto, basti considerare come nel caso di specie mancherebbero tutti i tratti caratterizzanti della delega di giurisdizione⁸⁸.

Basti pensare a tal proposito, a titolo esemplificativo, alla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata, quale ipotesi paradigmatica di sostituzione del notaio rispetto all’attività del giudice in conformità al disposto di cui all’art. 68, 2° comma, c.p.c.

Non si vede quali dovrebbero essere, nel caso di specie, le prescrizioni dettate dal giudice rispetto allo svolgimento di un’attività che non è processuale (ed in via più generale giurisdizionale), che non è suscettibile di essere controllata in nessun modo dal giudice, né di sua iniziativa né a fronte di una impugnativa delle parti.

Non sussistono, evidentemente, nel caso di specie gli estremi della delega di funzioni giurisdizionali e, segnatamente, di un possibile ricorso al notaio in qualità di sostituto del giudice.

9.3 Ostacoli e difficoltà a ricorrere al notaio in qualità di ausiliario del giudice o del cancelliere.

Una volta esclusa la possibilità di percorrere la via della sostituzione, tanto del giudice quanto del cancelliere, non resta che volgere lo sguardo, così come hanno fatto la gran parte dei protocolli adottati dai Tribunali, alla figura dell’ausiliario di cui all’art. 68, primo comma, c.p.c.

Indubbiamente in tal caso la lettera della norma si presta ad accogliere, come già evidenziato, figure professionali estremamente eterogenee fra loro, la cui funzione di ausilio, peraltro, non è

⁸⁷ Si pensi al riguardo alla straordinaria evoluzione registratasi in merito all’istituto della delega delle operazioni di vendita forzata. Proprio in forza dell’art. 68, comma due, c.p.c. (nonché delle previsioni specifiche della legge notarile e della ritenuta natura non strettamente giurisdizionale delle operazioni concernenti gli incanti), nel 1992 Andrea Proto Pisani elaborava uno studio dal titolo “*Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella esecuzione forzata immobiliare*”, *Foro it.*, 1992, V, 444 s. con il quale, in considerazione della grave crisi del processo esecutivo, sosteneva la ammissibilità di tale delega *de iure condito*, in forza delle previsioni di cui agli c.p.c. e 1, n. 4 lett. c legge notarile del 1913. Si rinvia a E. FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata* in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 131 ss. per tutti i riferimenti della dottrina e della giurisprudenza, con particolare riferimento anche al quadro antecedente alla legge 302/1998.

⁸⁸ Su cui cfr., in via più generale, anche per ulteriori richiami, E. FABIANI, *La delega di giurisdizione*, in *Foro italiano*, 2015, V, 438 s.; E. FABIANI, *Dalla delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata alla delega di giurisdizione in genere*, in *Il giusto processo civile*, 2016, 161 ss.

riservata al solo giudice, posto che la norma reca un riferimento espresso anche al cancelliere ed all'ufficiale giudiziario.

Da questo punto di vista non sussistono, dunque, in via di principio ostacoli di sorta ad immaginare di ricorrere anche alla figura professionale del notaio, tanto nella prospettiva dell'ausilio alle funzioni del giudice, quanto in quella dell'ausilio alle funzioni del cancelliere.

I dubbi iniziano ad affacciarsi quando andiamo a verificare se sussistono, nel caso di specie, i tratti caratterizzanti della figura dell'ausiliario, così come individuati dalla dottrina prevalente ed in precedenza evidenziati, posto che, se non è difficile ravvisare gli estremi di un "incarico giudiziario", non è altrettanto agevole ravvisare anche gli estremi della "collaborazione subordinata" rispetto all'organo giudiziario che ha conferito detto incarico (indipendentemente dal fatto che lo si ravvisi nel giudice o nel cancelliere), stanti le peculiarità dell'attività di cui si discute: un'attività tipicamente negoziale (come del resto ritenuto dalle stesse Sezioni unite con la sentenza più volte richiamata) e non giurisdizionale; neanche latamente giurisdizionale, se si assume a parametro di riferimento il noto distinguo di fondo fra giurisdizione in senso stretto e giurisdizione in senso ampio⁸⁹.

Giova evidenziare, a tal proposito, la differenza rispetto alla vendita forzata, che si compone indubbiamente (anche) di attività qualificabili in termini di cd. giurisdizione in senso ampio, ma che, evidentemente, a differenza dell'ipotesi in esame, sono parte integrante e necessaria di un procedimento giurisdizionale – qual è il procedimento di espropriazione forzata -, oltre ad integrare un'ipotesi di vendita coattiva (e non già volontaria).

I dubbi diventano ancor più consistenti, o meglio ancora dirimenti, nel momento in cui, muovendosi in questo ordine di idee, dovrebbe prendersi atto che il notaio, incaricato dal giudice nei termini di cui sopra, svolgerebbe la sua attività in qualità di mero ausiliario del giudice o del cancelliere e non già in qualità di notaio (o quanto meno di notaio quale pubblico ufficiale).

Al fine di meglio esplicitare quanto appena più sopra affermato, basti in questa sede ricordare il dibattito che per lungo tempo ha accompagnato, subito dopo l'entrata in vigore della l. 302/98, la qualificazione del notaio delegato al compimento delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata⁹⁰.

A fronte, infatti, di un'impostazione dottrinale tendente a qualificare il notaio in termini di mero ausiliario del giudice, con conseguente applicazione di tutte le previsioni normative relative alla figura dell'ausiliario del giudice (ivi comprese quelle che ne disciplinano obblighi e responsabilità), ve ne era un'altra che riteneva si trattasse di un vero e proprio sostituto del giudice e che, solo percorrendo questa via, fosse possibile ritenere che il notaio continuasse a svolgere al contempo la funzione notarile.

In altri termini, qualora ci si muova nella prospettiva tendente a ricorrere alla figura del notaio quale mero ausiliario (del giudice o del cancelliere) occorre inevitabilmente porsi il problema dei conseguenti obblighi professionali e delle responsabilità, non essendo per null'affatto scontato

⁸⁹ Su cui cfr. A. PROTO PISANI, *Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella espropriazione forzata immobiliare*, in *Foro it.*, 1992, V, 444 ss.; nonché, anche per ulteriori riferimenti, E. FABIANI, voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare* in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010, 456 ss.

⁹⁰ Su cui cfr. più ampiamente E. FABIANI, voce *Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Torino, 2010; ID., *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare. Novità introdotte dalla riforma del 2005 e ricostruzione sistematica del nuovo istituto*, «*Studi e materiali*», 2007, 1; da ultimo, per la ricostruzione del dibattito, cfr. L. PICCOLO, *Il notaio delegato*, in *Espropriazione forzata immobiliare e attività notarile*, a cura di Di Marzio-Palazzo, Milano, 2021, 411 s.

che la qualificazione del notaio in termini di mero ausiliario del giudice consenta di ritenere che continui a trovare applicazione l'intero statuto professionale del notaio (obblighi, sistema dei controlli, responsabilità etc.).

Il rischio è, fondamentalmente, di ricorrere al notaio per poter beneficiare in sede giudiziale di tutte le garanzie legate a questa figura senza riuscire a conseguire comunque detto risultato, per i motivi appena più sopra sinteticamente esplicitati.

Del resto, a ben vedere, il notaio interviene in una fase successiva rispetto al perfezionarsi dell'accordo delle parti, contenuto nel ricorso congiunto proposto dalle stesse, per cui non si vede neanche come potrebbe effettuare quanto meno taluni dei controlli tipici dell'attività notarile (anche) in ipotesi di trasferimenti immobiliari (si pensi, per tutti, all'indagine sulla volontà delle parti).

Al più, dunque, come avremo modo di vedere più avanti, ammesso e non concesso che il notaio possa essere qualificato in tal caso come ausiliario, svolgerebbe l'attività richiesta in qualità di libero professionista, e non già di pubblico ufficiale.

Giova, peraltro, a tal proposito evidenziare come, pur volendosi pensare al notaio quale libero professionista, quest'ultimo non potrebbe essere neanche qualificato come consulente tecnico, il quale, notoriamente, sopperisce ad un *deficit* di conoscenza specialistica del giudice, mentre invece, secondo l'impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite, nel caso di specie, non viene in rilievo un'attività del giudice, ma del cancelliere, il quale, com'è noto, non può avvalersi di consulenti tecnici.

Nel caso di specie, muovendosi nell'ordine di idee dei protocolli che tendono a colmare il *deficit* di garanzie delle parti che intendano effettuare trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione e divorzio ricorrendo alla figura dell'ausiliario, la figura di ausiliario che viene in rilievo, a ben vedere, non è quella dell'ausiliario del giudice ma quella dell'ausiliario del cancelliere. Secondo le Sezioni unite, infatti, il compimento delle attività di cui si discute ricade in capo al cancelliere (e non al giudice).

Per un verso, dunque, si pone a monte un problema di possibile qualificazione del notaio in termini di ausiliario (del giudice o del cancelliere) nel caso di specie e, per altro verso, anche qualora dovesse ritenersi percorribile detta via, questa non condurrebbe comunque ai risultati sperati, stante l'impossibilità di ritenere che con riferimento all'attività del notaio quale ausiliario (del giudice o del cancelliere) trovino applicazione tutte quelle disposizioni di legge (in gran parte contenute nella legge notarile ed in parte in leggi che dettano disposizioni in tema di trasferimenti immobiliari) che presuppongono lo svolgimento, da parte del notaio, di una determinata attività in qualità (non di libero professionista ma) di pubblico ufficiale rogante.

La verità è che, ammesso e non concesso – per i motivi appena più sopra evidenziati – che il notaio sia qualificabile nel caso di specie come ausiliario (del giudice o del notaio), non è comunque possibile ritenere che lo stesso effettui una serie di valutazioni e/o adempimenti funzionali all'effettuazione di un trasferimento immobiliare in sede giudiziale in qualità di pubblico ufficiale rogante, essendo al più ipotizzabile che svolga dette attività in qualità di libero professionista. Sempre ammesso e non concesso che, come a suo tempo ritenuto da una parte della dottrina con riferimento al ricorso al notaio in sede di espropriazione forzata, la qualificazione del notaio come ausiliario non determini *de plano* l'applicazione della disciplina dettata dal codice di rito civile per gli ausiliari del giudice (ivi compresa quella attinente agli obblighi ed alle responsabilità).

Al fine di meglio esplicitare quanto appena più sopra sostenuto, si pensi alla differente ipotesi, rispetto a quella ora in esame, contemplata dall'art. 39 TUB⁹¹, ove, non a caso, il legislatore è intervenuto con un'apposita previsione normativa espressa al fine di consentire al giudice (nel caso di specie, il Presidente del tribunale) di ricorrere alla figura del notaio per lo svolgimento di un'attività negoziale che rientra a pieno titolo nell'ambito della funzione notarile e nell'esercizio della quale il notaio agisce (quanto meno anche) in qualità di pubblico ufficiale rogante ⁹².

In definitiva, appare estremamente superficiale il ricorso alla generica qualificazione del notaio come ausiliario (molto spesso senza specificare se del giudice o del cancelliere) non avendo ben presenti le problematiche appena più sopra evidenziate, non tanto e non sotto il profilo della qualificazione in sé, quanto soprattutto sotto il profilo delle conseguenze della stessa (anzitutto in termini di normativa applicabile allo svolgimento da parte del "notaio ausiliario" di determinate attività).

La confusione sul punto, peraltro, è acuita dalla pronuncia delle Sezioni unite nella parte in cui qualificano il cancelliere come un ausiliario del giudice.

Al di là della già evidenziata erroneità di questa qualificazione, la stessa ingenera ulteriori equivoci sotto il profilo del possibile ricorso ad altri ausiliari.

Muovendosi nell'ordine di idee delle Sezioni unite il notaio dovrebbe essere un ausiliario dell'ausiliario (cancelliere), con buona pace della lettera dell'art. 68 c.p.c. che, non solo contrasta, a monte, con la possibilità di qualificare il cancelliere come ausiliario, ma non contempla, a valle, neanche la possibilità per gli ausiliari giudiziari di avvalersi a loro volta di altri ausiliari.

Per intendersi, ai sensi di quanto disposto dall'art. 68 c.p.c., esistono gli ausiliari del giudice, del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario. Non anche gli ausiliari degli ausiliari.

La verità è che, muovendosi nella logica fatta propria dalle Sezioni unite nella parte in cui ritengono che determinati controlli/adempimenti connessi ai trasferimenti immobiliari - ove effettuati in sede giudiziale - debbano essere effettuati dal cancelliere, il possibile ricorso ad un notaio per l'effettuazione degli stessi in tanto sarebbe possibile in quanto sia contemplata a monte, nel nostro ordinamento, la possibilità per il cancelliere di farsi sostituire dal notaio. Ipotesi, questa, invece non contemplata dal nostro codice di rito civile, che, come già evidenziato, contempla, all'art. 68 c.p.c., la sola possibilità per il giudice di farsi sostituire da un notaio nel compimento di determinati atti (quanto meno latamente giurisdizionali).

⁹¹ Secondo l'art. 39, comma 6 *ter*, del Testo unico bancario, qualora la banca non provveda al frazionamento del mutuo, entro il termine indicato dal precedente comma 6-*bis*, il richiedente può presentare ricorso al presidente del tribunale nella cui circoscrizione è situato l'immobile. A questo punto, il presidente del tribunale, sentite le parti, ove accolga il ricorso, designa un notaio che, anche avvalendosi di ausiliari, redige un atto pubblico di frazionamento sottoscritto esclusivamente dal notaio stesso. Dall'atto di suddivisione del finanziamento o dal diverso successivo termine stabilito nel contratto di mutuo decorre, con riferimento alle quote frazionate, l'inizio dell'ammortamento delle somme erogate; di tale circostanza si fa menzione nell'atto stesso. Evidentemente si tratta di una disposizione posta a tutela del soggetto beneficiario del credito al fine di proteggere il contraente debole. La disposizione in esame nasce, in particolare, dalla necessità di disciplinare il meccanismo, sorto nella prassi, in virtù del quale la banca talvolta concede un mutuo edilizio con iscrizione di garanzia ipotecaria sull'intero complesso immobiliare, e solo successivamente (a lavori ultimati) procede alla suddivisione del mutuo e dell'ipoteca sulle singole unità componenti l'immobile, con annotamento di un proprio atto unilaterale. Cfr. più ampiamente sul punto, sulla *ratio* della norma e in particolare sul ruolo del notaio nominato dal presidente del tribunale onde procedere al frazionamento S. FAZZARI, *Il frazionamento del mutuo fondiario delegato al notaio ex art. 39 TUB*, in *notariato.it*

⁹² Cfr. più ampiamente sul punto, nell'escludere la qualificazione del notaio nell'ipotesi in esame sia in termini di sostituto del giudice che di mero ausiliario dello stesso, S. FAZZARI, *Il frazionamento del mutuo fondiario delegato al notaio ex art. 39 TUB*, cit.

A ben vedere, infatti, la peculiarità del caso di specie, secondo l'impostazione fatta propria dalle Sezioni unite, risiede nel fatto che saremmo di fronte ad un'attività che, pur rientrando in via generale nelle competenze del notaio, dovrebbe essere svolta dal cancelliere nelle ipotesi in cui il trasferimento immobiliare venga effettuato direttamente in sede di separazione o divorzio.

Una volta esclusa la percorribilità delle suddette strade, ed in assenza di una disposizione normativa espressa che consenta al giudice di ricorrere alla figura del notaio in quanto pubblico ufficiale (analogamente a quanto accade, per intendersi, con il suddetto art. 39 TUB), non resta, dunque, che verificare, prima di concludere, se sussista comunque una qualche possibilità di ricorrere alla figura del notaio in sede giudiziale, e se del caso in che termini, per colmare, in tutto o in parte, il *deficit* di garanzie delle parti che decidano di effettuare uno o più trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione o divorzio.

9.4 Il ricorso al notaio in quanto notaio (libero professionista e/o pubblico ufficiale): possibilità e limiti

Muovendosi nel suddetto ordine di idee, così cercando anche di comprendere fino in fondo la reale portata del vuoto di tutela lasciato aperto dalla soluzione accolta dalle Sezioni unite, occorre richiamare, sia pur in breve sintesi, le articolazioni delle differenti funzioni svolte dal notaio, al quale è affidato, nell'ambito del nostro ordinamento, il ruolo di perno della contrattazione immobiliare, di garante della sicurezza dei traffici e della certezza dei trasferimenti immobiliari.

La dottrina ha rimarcato distinte funzioni del magistero notarile, tra cui risaltano, per quanto maggiormente interessa in questa sede, il ruolo antiprocessuale⁹³ e di interprete della volontà delle parti, con la relativa funzione di adeguamento della stessa all'ordinamento⁹⁴.

Il vuoto di tutela lasciato aperto dalle sezioni unite finisce, tuttavia, per interessare non solo, sul piano soggettivo, la figura del notaio, ma anche, sul piano oggettivo, l'applicazione della legge notarile, la quale, grazie al reticolato di garanzie che assicura, rappresenta un autentico baluardo per la tutela delle parti. Tanto è vero che, quantomeno in talune delle più significative ipotesi, qualora norme speciali attribuiscono il potere di ricevere atti a pubblici ufficiali diversi dal notaio, richiamano l'applicazione delle norme della legge notarile, previste per la forma degli atti, ossia quelle che disciplinano i requisiti del documento e l'attività di documentazione, e pertanto, come ha rilevato parte della dottrina⁹⁵, quelle prescrizioni che impongono al pubblico ufficiale la descrizione

⁹³ CARNELUTTI, *La funzione giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, 1 ss.; ID., *Diritto o arte notarile?*, in *Vita not.*, 1954, 217.

⁹⁴ Come si afferma in dottrina, «il notaio non è un semplice registratore della volontà delle parti, in quanto ha l'obbligo di ricercare sempre i modi e le forme adeguate per il diligente e completo assolvimento dell'incarico al fine di individuare l'essenza non meno che la forma negoziale più idonea al conseguimento del risultato che si intende raggiungere»: vd. SANNINO, *Il ruolo del notaio nell'ambito degli accordi di separazione tra coniugi e la relativa responsabilità professionale*, in *Immobili e proprietà*, 2020, 8-9, 512. Cfr. per un approfondimento sulla centralità nel nostro ordinamento della funzione notarile: D'ORAZI - FLAVONI, *La responsabilità civile nell'esercizio del notariato*, in *Scritti giuridici di Mario D'Orazi-Flavoni*, a cura del Consiglio Notarile di Roma, Roma, 1965, 982; DETTI, *Natura del rapporto notarile, irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di s.r.l. senza preventivo deposito del capitale versato*, in *Riv. not.*, 1964, 187; LABRIOLA, *Fonti del diritto, interpretazione e funzione del notaio*, in *Atti del Convegno Autonomia privata e fonti del diritto*, tenutosi a Firenze il 16 maggio 2019, Milano, 2019, 63 ss.

⁹⁵ M. LEO, *Formalità degli atti rogati dai segretari comunali*, in *www.notariato.it*

- a mezzo di menzioni in atto - delle attività da esso poste in essere nella fase creativa del documento.

Basti a tal proposito richiamare, a titolo esemplificativo l'art. 96 del regolamento 2 maggio 1924 n. 827, secondo il quale «*i contratti stipulati in forma pubblica amministrativa sono ricevuti con l'osservanza delle norme prescritte per gli atti notarili*». Tale prescrizione, secondo parte della dottrina, conferma la tradizionale impostazione secondo la quale l'atto notarile rappresenta lo schema paradigmatico di atto pubblico⁹⁶.

Ne discende che è proprio l'applicazione della legge notarile che assicura la tutela delle stesse parti, prescrivendo determinate formalità⁹⁷.

Come già evidenziato in sede di esame delle prassi dei Tribunali, la funzione del notaio quale garante della legalità non può essere certamente surrogata dal ricorso a certificazioni di vario tipo (conformità urbanistica, catastale, o ancora relative a controlli ipotecari).

Occorre, allora, chiedersi se sia in qualche modo recuperabile il ruolo del notaio nella vicenda traslativa così come ritenuta possibile dalle sezioni unite.

A tal fine è utile discernere tra le diverse vesti in cui il notaio può operare.

Come chiarito in dottrina, «dal punto di vista strutturale, il notaio presenta una figura duplice: sotto il profilo soggettivo è un professionista; sotto il profilo oggettivo è un ufficio pubblico. Dunque, può dirsi che il notaio è ufficio pubblico all'esercizio del quale è preposto il notaio persona, legato al suo ufficio da un duplice rapporto, di servizio e professionale»⁹⁸. Ciò non esclude, come infatti ritiene una parte della dottrina, che il notaio possa essere considerato un libero

⁹⁶ Cfr. CRISCHI, *Atto pubblico* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 269 s. Sull'interpretazione del rinvio in esame cfr. M. LEO, *Formalità degli atti rogati dai segretari comunali*, in *www.notariato.it*, secondo il quale il rinvio alle norme sulla stipulazione degli atti notarili resterebbe svuotato di contenuto, e si attergerebbe quale sterile formalismo, qualora lo stesso non fosse inteso anche quale richiamo delle norme a presidio della regolare osservanza delle disposizioni sulla forma, pena l'invalidità dell'atto. Il rimando alla legge notarile operato dal R.D. del 1924 n. 827, deve estendersi dunque – secondo l'A. - anche all'art. 58 che sanziona con la nullità la violazione di determinate norme della medesima legge, a cui non si sottraggono i negozi stipulati dai segretari comunali nell'ambito delle competenze ad essi riservate. Pertanto – secondo la dottrina in discorso - la sanzione della nullità di cui all'art. 58, è applicabile agli atti rogati dai segretari comunali limitatamente ai numeri 4, 5 e 6 che contemplano le violazioni immediatamente rilevabili da una semplice lettura del documento. Non si riflettono invece sulla validità dell'atto, le violazioni di altre norme sulla forma che si traducono in mere irregolarità e che per il (solo) notaio vengono sanzionate disciplinarmente (cfr. art. 58 co. 2). Cfr. sulla norma richiamata anche S. PEPE, *Il Notaio quale «Giano bifronte»: tra «inutile aggravio di spesa» e «insostituibilità della funzione»*, in *Rivista del Notariato*, 4, 2020, 710 (nota a Cassazione civile, 10 febbraio 2020, n.3089), il quale rileva che, in base alle predette disposizioni normative, il segretario comunale può esercitare funzioni notarili ma solo ed esclusivamente a) nell'interesse dell'ente (che è parte o comunque ha un interesse specifico in relazione a quell'atto e, in ogni caso, su richiesta dell'ente stesso: art. 97 D.Lgs. 267/2000) oppure b) nei casi — comunque previsti dalla legge — di taluni atti da compiersi in luoghi in cui manchi un Notaio (art. 68, co. 2, R.D. 1669/1933 in materia di protesti cambiari). Secondo l'A., questi soggetti sono tutti pubblici ufficiali che fanno parte dell'amministrazione pubblica intesa in senso stretto e le cui «autentiche», peraltro, anche in ragione delle finalità essenzialmente «endoprocedimentali», per così dire, ossia limitate agli atti e alle attività specifiche cui sono preposti, quasi potrebbero essere ascritte al novero delle autentiche amministrative, piuttosto che di quelle negoziali.

⁹⁷ Con riguardo ai trasferimenti immobiliari tra coniugi “a verbale” in sede di separazione e divorzio cfr. S. PEPE, *Il Notaio quale «Giano bifronte»: tra «inutile aggravio di spesa» e «insostituibilità della funzione»*, cit., 710, il quale evidenzia le differenze tra le funzioni del notaio, del giudice e del cancelliere rimarcando come, nel nostro ordinamento, soltanto il notaio ha una generalizzata competenza certificativa negoziale, ponendo in luce, in particolare, l'attività di adeguamento. L'A. specifica che il complesso e oneroso sistema di doveri e controlli e responsabilità è il prezzo della funzione pubblica che è delegata al Notaio e costituiscono il fondamento della fiducia che, alla luce di tutto ciò, lo Stato può ragionevolmente riporre nel suo *ministerium*, mentre non risulta che gli altri pubblici ufficiali in questione siano soggetti ad un analogo sistema di penetrante e pervasivo controllo e responsabilità.

⁹⁸ S. CASSESE, *L'esercizio notarile di funzioni statali*, in *Foro. it.*, 1996, 69 ss.

professionista quando esercita funzioni di consulenza⁹⁹ o meglio quando non è chiamato ad esercitare una funzione pubblica¹⁰⁰.

Tanto nell'attività di libero professionista quanto in quella di pubblico ufficiale prevalgono elementi distinti¹⁰¹. Per quanto maggiormente rileva in questa sede, occorre aver ben presente come soltanto nel secondo caso opera lo statuto di disciplina applicabile al notaio quale pubblico ufficiale, e, soprattutto, il controllo di legalità.

Tanto delineato, in relazione agli accordi tra coniugi aventi ad oggetto i trasferimenti immobiliari in esame, non emergono elementi ostativi rispetto alla possibilità di affidare al notaio l'incarico, in qualità di libero professionista, di redigere una relazione onde descrivere le caratteristiche e la storia del bene immobile, non solo sotto il profilo della provenienza ma anche sotto il profilo urbanistico, edilizio, catastale ed energetico.

È questa una strada già individuata e seguita da alcuni tribunali, i quali, a fronte dell'assenza di controlli in ordine alla produzione di effetti reali immediati dell'accordo tra coniugi, così come ricostruito dalle sezioni unite: per un verso, richiedono la predetta relazione notarile; per altro verso, fanno leva, come sopra rimarcato, sulle dichiarazioni delle parti con riguardo all'assenza di formalità pregiudizievoli o di motivi ostativi al trasferimento di ordine urbanistico, edilizio, catastale, etc.

Nondimeno, si è già osservato che la suddetta relazione non potrebbe mai essere aggiornata sino al momento in cui opera l'effetto traslativo, tanto che non può escludersi l'insorgenza di problematiche inerenti o a nuove trascrizioni o iscrizioni contro il soggetto alienante oppure a vizi afferenti alle discipline speciali che pongono requisiti, anche di documentazione, a corredo del bene da trasferire.

A questa carenza di controlli, come già rimarcato, non possono in alcun modo sopperire le dichiarazioni delle parti.

⁹⁹ LOVATO, *Il notaio pubblico ufficiale e libero professionista nei notariati di tipo latino*, in *La riforma dell'ordinamento del notariato*, Milano, 1955, 6.

¹⁰⁰ CASU, *Notaio pubblico ufficiale e libero professionista* (voce) in *Dizionario giuridico del notariato. Nella casistica pratica*, Milano, 2006, 641 s., rileva come, anche se possono individuarsi, nell'attività del notaio, operazioni che sono tipicamente espressione di un'attività di pubblico ufficiale (si pensi, ad esempio, alla vidimazione di libri di commercio, al rilascio di certificato di vita, al rilascio di atto notorio), e di operazioni che sono tipicamente espressione di un'attività di libero professionista (si pensi, ad esempio, ad una consulenza fiscale o in materia societaria, non seguita da alcun atto), tuttavia non va dimenticato che l'organizzazione della quale si avvale il notaio in tutta la sua attività, anche quella prettamente di pubblico ufficiale, è ad un tempo strumento tipicamente di attività di libero professionista. Ciò comporta che ogni attività del notaio è sempre attività di libero professionista, nel senso che l'attività in discorso viene esplicitata sempre con un contratto d'opera professionale, nel quale una parte (il notaio) deve esplicitare la propria attività con la diligenza media del libero professionista, per il quale la diligenza non è quella del buon padre di famiglia, ma quella media tenuto conto della natura dell'attività esercitata, senza obbligo di risultato, ma solo con obbligo di prestare i mezzi più adeguati per conseguirlo; e l'altra parte (il cliente) ha l'obbligo di corrispondere un compenso sulla base di apposito accordo, oppure tenuto conto delle tariffe prestabilite.

¹⁰¹ A titolo esemplificativo, si osservi che, laddove il notaio sia richiesto di intervenire in qualità di libero professionista, l'attività notarile è esplicitata sulla base di una sollecitazione di parte che fa sempre nascere un contratto d'opera professionale; il notaio si avvale di una propria organizzazione, di propri collaboratori che operano sulla base di una stretta responsabilità del solo notaio; nella sua attività il notaio non ha autorità superiori, ma opera in modo autonomo. Laddove il notaio sia, invece, tenuto a svolgere una determinata attività in qualità di pubblico ufficiale, deve tenere lo studio aperto per uno spazio di tempo stabilito dal presidente della corte d'appello; deve conservare i suoi atti, e ciò lo fa qualificare come custode-archivista degli atti conservati; deve rispettare regole formali di comportamento nella sua attività; deve sottoporre periodicamente al controllo ispettivo di una pubblica autorità (il conservatore dell'archivio notarile unitamente al presidente del consiglio notarile) i suoi atti e repertori. Cfr. più ampiamente G. CASU, *Notaio pubblico ufficiale e libero professionista* (voce) in *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Milano, 2006.

Il risultato non cambia neanche ove si ipotizzi di ricorrere al notaio in qualità di ausiliario del giudice o di ausiliario del cancelliere (o di ausiliario dell'ausiliario, qualora si qualifichi il cancelliere come ausiliario del giudice, così come fanno le Sezioni unite).

Amnesso e non concesso, infatti, che si possano superare le perplessità in precedenza evidenziate sotto il profilo della qualificabilità del notaio, nel caso di specie, in termini di ausiliario (del giudice o del cancelliere), il notaio interverrebbe comunque in qualità di libero professionista e non troverebbe dunque applicazione, neanche in quest'ipotesi, lo statuto di disciplina che contraddistingue l'attività del notaio in qualità di pubblico ufficiale (*in primis* il controllo di legalità e le garanzie a questo strettamente connesse di cui alla legge notarile).

In definitiva, non è per null'affatto agevole, *de iure condito*, individuare degli "interventi correttivi" rispetto alla scelta di fondo effettuata dalle Sezioni unite per elevare il livello di garanzie in favore delle parti che decidano di effettuare un trasferimento immobiliare direttamente in sede di separazione o divorzio, anziché in un momento successivo rispetto alla separazione o al divorzio, con un atto ricevuto da un notaio, che agisce, in tal caso, in qualità di pubblico ufficiale rogante.

Al fine di riuscire a recuperare in qualche modo la figura del notaio in quanto pubblico ufficiale, con conseguente applicazione della legge notarile e del sistema di controlli più volte richiamati, si potrebbe immaginare di ricorrere al notaio in sede di autentica del ricorso congiunto di separazione proposto dalle parti.

In tal caso, a differenza delle altre ipotesi sinora prese in esame, il notaio interverrebbe indubbiamente come pubblico ufficiale, con conseguente applicabilità della legge notarile e, dunque, anche del controllo di legalità, capacità e legittimazione delle parti.

Ma, a ben vedere, anche quest'ipotesi, che indubbiamente eleva il livello delle garanzie delle parti in modo più significativo rispetto alle altre in precedenza esaminate, non riesce comunque a raggiungere il livello di garanzie proprio della differente ipotesi in cui il notaio interviene a valle della separazione o del divorzio ricevendo un atto notarile avente ad oggetto un trasferimento immobiliare.

Ciò in quanto, nell'ipotesi appena più sopra immaginata il notaio sarebbe comunque tenuto ad effettuare i controlli previsti per le ipotesi in cui gli è richiesto di autenticare un determinato atto (si pensi alla scrittura privata) e non già quelli previsti per le ipotesi in cui gli è richiesto di ricevere un atto pubblico.

Pur essendosi assistito, infatti, nel corso del tempo ad un'evoluzione (anche di ordine normativo)¹⁰² tendente ad elevare il livello dei controlli che il notaio è tenuto ad effettuare in sede di autentica di un determinato atto (non solo il controllo finalizzato a conseguire la certezza in

¹⁰² In passato, il divario tra l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata era notevolissimo, anche sotto il profilo della responsabilità del pubblico ufficiale che aveva certificato l'autenticità delle sottoscrizioni apposte in sua presenza. Successivamente, la distanza tra i due strumenti si è ridotta, e la scrittura privata autentica è oggi equiparata all'atto pubblico sotto il profilo del controllo di legalità a seguito della L. n. 246/2005 che ha modificato l'art. 28 L.N. Nondimeno, come è stato autorevolmente osservato (CASU, *L'atto notarile tra forma e sostanza*, 13 ss. 400 s.), mentre nell'atto pubblico l'autore del negozio posto in essere è il notaio, nella scrittura privata autenticata l'autore è la parte; nell'atto pubblico, pertanto, il negozio giuridico nasce già come un *unicum*; nella scrittura privata autenticata, invece, si ha l'attestazione di paternità separata sia di una dichiarazione di parte che dell'altra. Il discorso non muta neanche laddove il notaio rediga la scrittura da autenticare: anche in tal caso i due scritti (scrittura privata da una parte, atto pubblico di autenticazione da un'altra parte) sono diversi ed autonomi e, sul piano formale, le parti sono autrici della scrittura privata ("perché l'opera professionale del notaio resta nascosta sotto il profilo preparatorio dello scritto"), mentre il notaio è autore della sola autenticazione. Si aggiunga altresì, a dimostrazione dell'attenuazione delle differenze tra atto pubblico e scrittura privata autenticata, che con la legge 14 maggio 2005, n. 80 è stato riconosciuto, nell'art. 474 c.p.c., valore di titolo esecutivo anche alla scrittura privata autenticata, per l'esecuzione di obbligazioni pecuniarie.

ordine alla provenienza della scrittura da parte di colui che ne risulta autore, ma anche quello finalizzato ad assicurare l'inesistenza di cause di nullità), questi non sono comunque parificabili a quelli cui è tenuto quando riceve un atto pubblico.

Permangono, infatti, i distinguo in relazione all'indagine della volontà operata dal notaio, con riferimento all'atto pubblico, ai sensi dell'art. 47 legge not.: indagine idonea a prevenire problemi di incapacità, vizi della volontà, divergenze tra volontà e dichiarazione.

In definitiva, pur laddove volesse percorrersi la strada testé indicata, del ricorso al notaio, quale pubblico ufficiale, per l'autentica del ricorso congiunto, per l'effetto si recupererebbe il controllo di legalità sancito dall'art. 28 legge not., a tutela delle parti e della sicurezza della circolazione immobiliare, ma rimarrebbe comunque esclusa dal magistero notarile l'indagine della volontà delle parti a norma del richiamato art. 47 legge not.¹⁰³.

10. Il sistema del “doppio binario” per l’effettuazione dei trasferimenti immobiliari legati alla separazione o al divorzio fra coniugi: quello “notarile” e quello “giudiziale”.

In definitiva, all'esito dell'indagine sinora condotta è possibile affermare che, ove si intenda seguire l'impostazione di fondo fatta propria dalle Sezioni Unite, ci troviamo di fronte ad un “doppio binario”:

- quello “negoziale” o “notarile” contraddistinto dal ricorso al notaio, per la stipulazione di un comune atto notarile, dopo l'effettuazione della separazione o del divorzio (e, dunque, anche da una fase giurisdizionale circoscritta esclusivamente all'effetto tipico della separazione o del divorzio); a questo “binario”, giova precisarlo, è riconducibile anche l'ipotesi in cui le parti si limitino ad assumere in sede di separazione o divorzio un mero obbligo di trasferire e poi procedano all'effettuazione del trasferimento dinanzi al notaio (la tesi “intermedia” cd. bifasica);
- quello “giudiziale” contraddistinto dall'effettuazione di trasferimenti immobiliari direttamente in sede di separazione o divorzio facendo leva sulla figura del cancelliere, che, in quanto pubblico ufficiale, potrebbe redigere nel caso di specie un atto pubblico, qual è il verbale di udienza, contenente anche trasferimenti immobiliari.

Se così è, occorre dunque interrogarsi in ordine ai tratti caratterizzanti di queste due possibili vie sotto il profilo delle garanzie, dei controlli e della responsabilità dei soggetti preposti ad effettuare questi ultimi; profili, questi, non a caso particolarmente attenzionati da parte dei Tribunali in sede di adozione dei protocolli esaminati.

E qui, evidentemente, l'indagine non può che incentrarsi sulla “via giudiziale”, posto che la “via negoziale” rientra nei tradizionali e consolidati confini dell'attività tipicamente notarile, assistita dal massimo delle garanzie, sia sotto il profilo dei controlli funzionali all'accesso nei registri immobiliari che dei controlli più specificamente legati alla figura del notaio, oltre che della responsabilità di quest'ultimo.

Partiamo dai controlli funzionali alla trascrizione di un determinato atto nei registri immobiliari.

Come si è già avuto modo di evidenziare, sotto il profilo dei controlli legati al principio di autenticità del titolo, e dunque all'accesso nei registri immobiliari, non è per null'affatto pacifico in

¹⁰³ PETRELLI, *atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2005, 5, 542

dottrina se costituisca elemento imprescindibile del principio di autenticità un controllo del pubblico ufficiale avente ad oggetto anche legalità, capacità, e legittimazione delle parti del negozio. Più precisamente, non è pacifico se il controllo sul rispetto delle norme imperative, sulla capacità e legittimazione delle parti e sulle altre prescrizioni che incidono sulla validità dell'atto, sussista (non solo nell'ipotesi in cui il titolo da trascrivere provenga dal notaio ma) anche nelle ipotesi in cui il documento provenga da pubblici ufficiali autorizzati differenti dal notaio. A maggior ragione detti dubbi sussistono con riferimento al cancelliere che, come già evidenziato, non è un pubblico ufficiale rogante diverso dal notaio cui il legislatore attribuisce eccezionalmente il potere di ricevere atti pubblici contenenti trasferimenti immobiliari. Detta possibilità, pur in assenza di una previsione legislativa espressa, è venuta in rilievo, solo nel caso di specie, in forza della più volte richiamata pronuncia delle Sezioni unite.

In modo assai efficace, in dottrina, si è posto in rilievo come la trascrizione è stata trasformata nel nostro ordinamento in un «istituto di ordine pubblicistico, dagli impieghi più svariati, tra i quali finalità fiscali e pubblicistiche di varia natura», ha assunto ormai una «rilevanza ordinamentale di tipo pubblicistico»¹⁰⁴. Ma, anche qualora non si voglia estendere il discorso a questo profilo di carattere più generale, qualora ci si muova nell'ordine di idee fatto proprio dalle Sezioni unite non si vede come si possa escludere che anche il cancelliere sia tenuto ad effettuare detti controlli, posto che, ritenere altrimenti, significherebbe, nella sostanza, svuotare di contenuto il principio di autenticità del titolo, che è una componente essenziale del sistema di pubblicità immobiliare e che trova la sua ragione giustificatrice più profonda nella esigenza di accrescere la certezza e l'affidabilità delle risultanze dei registri immobiliari al fine di promuovere il massimo grado possibile di sicurezza della circolazione giuridica riguardante gli immobili¹⁰⁵.

Se si ravvisa, come pare corretto, il fondamento di quest'obbligo del cancelliere (quanto meno anche) nel principio di autenticità del titolo, deve, peraltro, anche ritenersi che, come già evidenziato, la previsione di cui all'art. 2671 cod. civ. trovi applicazione anche con riferimento al cancelliere e che non siano, dunque, per null'affatto legittime le clausole di esonero della responsabilità del cancelliere contenute in taluni dei protocolli esaminati.

Del resto, le stesse Sezioni Unite, pur non soffermandosi approfonditamente sul ruolo del cancelliere – così come, invece, avrebbero dovuto fare dopo aver avallato l'impostazione tendente a consentire l'effettuazione di trasferimenti immobiliari nell'ambito del verbale d'udienza dallo stesso redatto -, ritengono chiaramente che spetti al cancelliere, e non al giudice, il compito di effettuare quanto meno taluni dei controlli previsti nel nostro ordinamento in ipotesi di trasferimento di immobili, pur svilendone talvolta la rilevanza.

Più precisamente, secondo le Sezioni Unite, «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*», ma «non produce nullità del trasferimento, il mancato compimento, da parte dell'ausiliario, dell'ulteriore verifica circa l'intestataro catastale dei beni trasferiti e la sua conformità con le risultanze dei registri immobiliari».

Affermazioni quali l'ultima appena più sopra riportata, al di là della non condivisibilità in via di principio, appaiono molto poco coerenti con la scelta di fondo effettuata dalle Sezioni unite

¹⁰⁴ Cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, cit.

¹⁰⁵ Cfr. più ampiamente, E. FABIANI-M.LEO, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, cit.

nel ritenere ammissibile l'effettuazione di trasferimenti immobiliari in sede di separazione o divorzio e, segnatamente, nell'ambito del verbale d'udienza redatto dal cancelliere.

Una volta imboccata una strada di questo tipo, sempre ammesso e non concesso che la stessa costituisca l'espressione di un'opzione interpretativa effettivamente conforme alla normativa vigente, al fine di salvaguardare la tenuta del nostro sistema di pubblicità immobiliare e, in via più generale, la certezza dei trasferimenti immobiliari (presidiata da norme che prescrivono anche controlli ulteriori rispetto a quelli legati alla pubblicità immobiliare) andava, infatti, conseguentemente individuata una soluzione, se esistente, tale da assicurare l'effettuazione, anche in sede giudiziale, anzitutto dei controlli connessi al principio di autenticità del titolo, ma anche di tutti gli altri controlli prescritti dalla normativa vigente in tema di trasferimenti di beni immobili.

Detta soluzione non è stata individuata e, dalla lettura della motivazione della sentenza delle Sezioni unite, la sensazione è che detto tentativo non sia stato neanche effettuato fino in fondo, non essendo stata attribuita, a monte, la dovuta rilevanza al suddetto profilo, all'importanza che rivestono - nell'ambito del nostro ordinamento - detti controlli, alla professionalità richiesta per effettuarli, nonostante l'evoluzione che ha conosciuto negli ultimi anni la normativa in tema di trasferimenti immobiliari sia chiaramente contraddistinta dal non considerare più il contratto avente ad oggetto il trasferimento in proprietà di beni immobili semplicemente come strumento di sistemazione e organizzazione di interessi individuali, ma come modo di "conformazione" della proprietà del bene attraverso un complesso procedimento che implica nel suo sviluppo l'esame di un'articolata documentazione che si traduce in un reticolo di allegazioni, indicazioni e menzioni (catastali, urbanistiche, relative alla agibilità, agli impianti presenti nell'immobile ed alla efficienza energetica, etc.) rilevanti per i terzi e per l'interesse pubblico ¹⁰⁶.

Non è un caso che molti tribunali abbiano profuso sforzi volti ad individuare una possibile (e spesso molto corposa) griglia di verifiche da effettuare, dichiarazioni delle parti da rendere, documenti da allegare. Quel che non dovrebbe sfuggire, però, è che sottese a questi controlli vi sono analisi complesse, da plurimi angoli prospettici: oltre al piano della circolazione immobiliare, con il relativo studio dei registri immobiliari, e al piano della disciplina urbanistica, edilizia, catastale, energetica, può ben venire in evidenza un'ipotesi di conflitto di interessi, specie ove vi siano minori. Pur laddove non dovessero porsi problematiche complesse in ordine a questi profili, in ogni caso, resterebbe irrecuperabile, con ineluttabile pregiudizio per la stessa tutela delle parti dell'accordo, l'adeguamento della volontà delle parti, funzione che è prerogativa esclusiva del magistero notarile. Il recupero di più ampi margini per il ministero notarile potrebbe, pertanto, essere affidato all'ampiezza interpretativa con cui voglia intendersi la previsione, rinvenuta in diversi documenti di prassi, secondo la quale «le attribuzioni più complesse potranno essere previste con l'assunzione di obblighi ai quali le parti provvederanno con successivo atto notarile».

In altri termini, non è corretto soffermarsi, come hanno fatto le Sezioni unite, esclusivamente sul riconoscimento della natura di atto pubblico al verbale redatto dal cancelliere (questione giuridica, peraltro, già risolta in tal senso in epoca ormai risalente nel tempo dalla stessa Corte di cassazione ¹⁰⁷ ed evidentemente di per sé non risolutiva), senza soffermarsi altresì sulle peculiarità dell'atto pubblico di cui si discute nel momento in cui ha ad oggetto, come nel caso di specie, il trasferimento di immobili, con conseguente venire in rilievo della forma dell'atto anche

¹⁰⁶ Così PALAZZO, "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Condizioni economiche della crisi coniugale e trasferimento d'immobili: il titolo per la trascrizione e la sicurezza della circolazione immobiliare, in *Cassazione.it*.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. 15 maggio 1997, n. 4306, in *Vita notarile*, 1997, 842.

sotto il profilo della autenticità del titolo di cui all'art. 2657 cod. civ., nonché di tutta la normativa vigente in tema di trasferimenti immobiliari. Così come, del resto, non avevano mancato di evidenziare taluni Tribunali, con interventi di vario tipo (circolari, protocolli, pronunce giurisprudenziali), prima dell'intervento delle Sezioni unite.

Non può neanche escludersi che, ove la Suprema corte avesse effettuato fino in fondo la suddetta indagine, non sarebbe giunta alle conclusioni cui è giunta neanche sulla possibilità di effettuare trasferimenti immobiliari nell'ambito del verbale d'udienza redatto dal cancelliere in sede di separazione e divorzio. Così facendo, infatti, avrebbe probabilmente appurato che, per i motivi appena più sopra evidenziati, *de iure condito* non è possibile individuare una soluzione che assicuri l'effettuazione in sede giudiziale di tutti i controlli prescritti dalla normativa vigente in tema di trasferimenti immobiliari. Così come avevano pure ben evidenziato taluni Tribunali prima dell'intervento delle Sezioni Unite.

In sostanza, per effetto della scelta effettuata dalle Sezioni Unite si sono di fatto creati due "binari" per l'effettuazione dei trasferimenti immobiliari originati da separazioni o divorzi che non sono per null'affatto equivalenti sotto il profilo del rispetto della normativa vigente in tema di trasferimenti immobiliari e, conseguentemente, anche sotto il profilo delle garanzie delle parti del trasferimento e dei terzi, con evidenti effetti negativi sul nostro sistema di circolazione dei beni immobili nel suo complesso.

Pur ritenendo infatti, come si è più sopra sostenuto, che il cancelliere sia tenuto ad effettuare tutti i controlli connessi alla trascrizione di un determinato atto nei registri immobiliari, per un verso non appare sostenibile altrettanto con riferimento agli ulteriori controlli che la vigente normativa ricollega specificamente alla figura del notaio e, per altro verso, resta il problema di fondo delle competenze richieste per effettuare in modo appropriato detti controlli.

In altri termini, non può non considerarsi come, mentre il notaio è istituzionalmente preposto a ricevere atti aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari, il cancelliere è, invece, istituzionalmente preposto a svolgere attività di tutt'altro tipo, ma, in forza dell'indirizzo di recente propugnato dalle Sezioni unite, pur in assenza di una disposizione espressa può redigere, eccezionalmente, verbali d'udienza contenenti (anche) trasferimenti immobiliari ¹⁰⁸.

Il divario fra le due suddette vie, astrattamente percorribili dalle parti per effettuare un trasferimento immobiliare che trova la sua ragion d'essere nella separazione o nel divorzio, si acuisce ulteriormente ove i beni immobili oggetto del trasferimento siano assoggettati ad un peculiare regime sotto il profilo della circolazione ¹⁰⁹ o il trasferimento coinvolga i figli. Si tratta di ipotesi, infatti, in relazione alle quali può senz'altro acuirsi il bisogno della funzione notarile, soprattutto in ordine alla indagine relativa al bene.

Non è un caso che alcuni tribunali espressamente richiedono che la relazione notarile depositata sia riferita anche al piano urbanistico e catastale, mentre altri tribunali fanno leva, su questi ed altri profili, sulle dichiarazioni delle parti, unitamente agli obblighi informativi dei difensori. Né tantomeno stupisce che alcuni protocolli richiedano espressamente che, laddove il

¹⁰⁸ Per una serie di riserve in ordine alle competenze del cancelliere in materia cfr. G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit.

¹⁰⁹ Per un esame dei 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 e delle 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 cfr. G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit.

trasferimento immobiliare sia effettuato nei confronti di un figlio minore, sia nominato, per la protezione di quest'ultimo, un curatore speciale.

Si tratta, evidentemente, di tentativi tutti volti a tentare di colmare, con grande sforzo, i vuoti di tutela aperti dalla pronuncia delle Sezioni unite; così come quelli tendenti, invece, a ricorrere alla figura del notaio in qualità di ausiliario del giudice e/o di libero professionista incaricato di redigere una relazione più o meno articolata, sotto il profilo dei contenuti e delle verifiche richieste, a seconda delle prassi dei Tribunali.

Come più volte evidenziato, i Tribunali hanno tentato di colmare le lacune della pronuncia delle Sezioni unite con l'adozione di protocolli che, lungi dal presentare un contenuto conforme alla natura di un protocollo – che mira, in quanto tale, a dettare una disciplina volta a superare difficoltà pratico-operative -, si sono spinti fino ad effettuare scelte giuridiche particolarmente delicate e complesse in assenza di disposizioni normative espresse di riferimento; scelte che li hanno condotti, nel tentativo di elevare in tal modo il livello delle garanzie delle parti e dei terzi in ipotesi di trasferimenti immobiliari effettuati direttamente in sede di separazione o divorzio, ad imboccare fondamentalmente due strade:

- quella “sogettiva” del ricorso a figure professionali differenti dal cancelliere per l'effettuazione di adempimenti e controlli richiesti dalla vigente normativa in tema di trasferimenti immobiliari, facendo leva sulla categoria giuridica degli ausiliari giudiziari (art. 68, primo comma, c.p.c.);
- quella “oggettiva” della delimitazione dei confini dei trasferimenti immobiliari effettuabili direttamente in sede di separazione o divorzio, facendo leva, a seconda dei casi, su differenti tipologie di diversificazioni, quali, in particolare, la causa del trasferimento immobiliare (rinvenibile o meno nella separazione o nel divorzio), la maggiore o minore complessità dell'operazione attraverso la quale si realizza il trasferimento immobiliare, il coinvolgimento o meno nell'ambito di questa operazione dei figli.

Questi sforzi, però, oltre a non conseguire l'obiettivo sperato, e segnatamente un livello di garanzie equiparabile a quello proprio delle garanzie di cui alla differente ipotesi in cui le parti effettuino i trasferimenti immobiliari dinanzi al notaio dopo la separazione o il divorzio, finiscono anche per determinare una frammentazione delle attività tradizionalmente rientranti nel magistero notarile, ricorrendo in sede giudiziale ad una pluralità di figure professionali (per lo più genericamente qualificate come ausiliari), che, come non si manca di osservare in dottrina¹¹⁰, determina anche un inevitabile innalzamento dei costi che le parti devono sopportare qualora optino per l'effettuazione del trasferimento immobiliare direttamente in sede di separazione o divorzio.

¹¹⁰ Cfr. S. PEPE, *Il Notaio quale «Giano bifronte»: tra «inutile aggravio di spesa» e «insostituibilità della funzione»*, cit., il quale, dopo aver rimarcato che, sebbene la funzione notarile abbia dei costi, come del resto qualsivoglia attività di un libero professionista, sottolinea che alla stessa siano connessi fondamentali benefici e vantaggi, non solo per le parti, ma anche per l'ordinamento giuridico. Tanto precisato, l'A. afferma testualmente: «peraltro verrebbe da chiedersi quale sia il costo complessivo di: 1) uno/due avvocato/i che stendano il ricorso e/o il testo dell'accordo di mediazione; 2) un ausiliario/professionista che compia gli accertamenti ipocatastali (visurista o altre figure); 3) un ausiliario/professionista che compia gli accertamenti urbanistici e catastali (tecnico e simili); 4) un ausiliario/professionista che verifichi la legittimazione a disporre (avvocati? Tecnici? O, come avviene per le Relazioni notarili preliminari, sarebbe - limitatamente a questo aspetto - ancora una volta il Notaio?); 5) un ausiliario/professionista che proceda a i) registrazione, ii) trascrizione, iii) voltura catastale, iv) altre pubblicità (nel registro di stato civile e/o in altri registri) dell'atto in questione; e, a questo punto, confrontarlo con il costo della prestazione notarile e verificare se, tutto sommato, il costo sia «inutilmente gravoso» o non, addirittura, di maggior risparmio. Ovviamente salvo che a tutto quanto sopra provveda direttamente il Giudice o il Cancelliere, gratis et amore Dei...».

E ciò, giova ribadirlo, senza che venga raggiunto in sede giudiziale un livello di garanzie parificabile a quello proprio della stipulazione dell'atto di trasferimento dinanzi al notaio dopo la separazione o il divorzio.

A ben vedere, infatti, il vuoto di tutela lasciato aperto dalle Sezioni unite non si coglie tanto sul piano soggettivo della figura del notaio, quanto soprattutto sul piano oggettivo, dell'applicazione della legge notarile, la quale, grazie al reticolato di garanzie che assicura, rappresenta un autentico baluardo per la tutela delle parti: si pensi alla ampiezza ed eterogeneità della funzione notarile, partendo dalle previsioni relative all'adeguamento della volontà delle parti all'ordinamento giuridico giungendo sino a quelle inerenti ai soggetti sordomuti. Come si è già avuto modo di evidenziare, infatti, in relazione ad alcune ipotesi eccezionali e specificamente previste in cui è riconosciuta la competenza a stipulare atti negoziali a soggetti diversi dal notaio (come, ad esempio, il segretario comunale *ex art. 97, lett. c) d.lgs 18 agosto 2000, n. 267*) trovano applicazione le norme della legge notarile sulla forma degli atti¹¹¹.

Ciò posto, il divario fra le due suddette vie si coglie, a ben vedere, anche sotto altri profili, e dunque si amplia ulteriormente.

Il riferimento è, anzitutto, alla disciplina cui è assoggettata la figura del notaio rispetto a quella del cancelliere, *in primis* sotto il profilo della diligenza richiesta nello svolgimento dell'attività professionale e della corrispondente responsabilità, oltre che, come già evidenziato, sotto il profilo del sistema complessivo dei controlli cui è assoggettata l'attività notarile¹¹².

Ma la differenza si coglie anche sotto il profilo della trascrizione nei registri immobiliari e, segnatamente, sotto il profilo della tutela del soggetto acquirente, che è indubbiamente minore qualora le parti decidano di percorrere la "via giudiziale".

Mentre, infatti, seguendo la "via negoziale" la trascrizione dell'atto notarile contenente un trasferimento immobiliare che trova la sua ragion d'essere nella separazione o nel divorzio verrà tempestivamente effettuata dal notaio, così come accade per ogni altro atto notarile che abbia ad oggetto un trasferimento immobiliare, non può dirsi altrettanto per la "via giudiziale".

Secondo le Sezioni unite la trascrizione segue l'omologazione, per cui il proprietario dell'immobile trasferito in sede di verbale d'udienza redatto dal cancelliere potrebbe disporre del bene in favore di terzi *medio tempore* e detti terzi, trascrivendo tempestivamente il loro acquisto (o comunque in data anteriore rispetto al decreto di omologazione della separazione), prevarrebbero sull'acquirente in sede di verbale d'udienza redatto dal cancelliere¹¹³.

La situazione è ancor più penalizzante per l'acquirente in sede di divorzio su domanda congiunta, posto che è tutto da dimostrare che detta ipotesi sia parificabile sotto il profilo in esame (così come ritengono le Sezioni unite) alla separazione consensuale e che, in tal caso, per la trascrizione non si debba attendere la sentenza di divorzio¹¹⁴. Altrimenti ritenendo la situazione dell'acquirente sarebbe comunque parificabile all'ipotesi della separazione consensuale, e dunque assistita da un livello di garanzie anche in tal caso inferiori rispetto alla via negoziale/notarile.

¹¹¹ M. LEO, *Formalità degli atti rogati dai segretari comunali*, in www.notariato.it.

¹¹² Su cui cfr., anche per i richiami in tema di diligenza nella prestazione notarile, CACCAVALE - LENZI, *Dovere di consiglio e responsabilità notarile*, in [notariato.it](http://www.notariato.it); sulla responsabilità, anche per ulteriori richiami, cfr. TENORE, G. CELESTE, *La responsabilità disciplinare del notaio ed il relativo procedimento*, Milano, 2008, 1 ss.; SICCHIERO (nota a Cass. 21 giugno 2012, n. 10297) in *Quotidiano giuridico.it* del 20 aprile 2018, *Responsabilità del notaio nei trasferimenti immobiliari: gli orientamenti giurisprudenziali*.

¹¹³ Cfr. G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit.

¹¹⁴ Cfr. più ampiamente G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit.

Giova, infine, evidenziare come ci troviamo anche di fronte a due possibili vie per effettuare un trasferimento immobiliare originato da una separazione o da un divorzio “non comunicanti”, nel senso che non è neanche possibile immaginare di ricorrere al notaio per rimediare ad eventuali errori commessi dal cancelliere in sede di redazione del verbale d’udienza contenente il trasferimento immobiliare (che diano luogo, se del caso, a nullità dell’atto) nelle forme della “rettifica” o della “conferma” di quest’atto ¹¹⁵, posto che, detti istituti presuppongono evidentemente la sussistenza di un atto negoziale (non solo nella sostanza ma anche nella forma), così come non accade nel caso di specie, ove ci troviamo di fronte ad un atto che, quanto meno sul piano formale, riveste indubbiamente la forma dell’atto processuale, in quanto tale non “confermabile” o “rettificabile” da parte di un notaio ¹¹⁶.

Detta “incomunicabilità” delle due strade – quella negoziale e quella processuale – si coglie, a ben vedere, anche da altro punto di vista, affrontato anche dai documenti di prassi dei Tribunali, i quali si premurano talvolta di precisare che non è possibile emendare con il procedimento *ex art.* 287 c.p.c. il contenuto strettamente negoziale dell’accordo tra i coniugi avente ad oggetto il trasferimento immobiliare, dal momento che non si tratta di un atto del giudice.

In definitiva, dunque, non resta che prendere atto del fatto che, a fronte dell’intervento delle Sezioni Unite, la scelta ultima ricade sui coniugi, i quali, nel separarsi o nel divorziare, dovranno anche scegliere quale via intraprendere per l’effettuazione dei conseguenti trasferimenti immobiliari; una scelta che, evidentemente, ben potrà essere orientata dalle considerazioni di carattere generale appena più sopra evidenziate, ma anche da fattori più specifici, che si sono cercati anch’essi di evidenziare (es. i costi che saranno chiamati a sopportare nell’uno e nell’altro caso, che, come già evidenziato, rischiano di lievitare nella sede giudiziale per effetto del ricorso ad una pluralità di figure professionali esterne rispetto all’ufficio giudiziario competente a procedere sulla separazione o sul divorzio), se del caso legati anche alle peculiarità del singolo caso di specie (es. maggiore o minore complessità del trasferimento immobiliare che si intende effettuare, coinvolgimento o meno dei figli, etc.).

¹¹⁵ Su cui cfr. in via generale M. LEO, studio n. 618-2010/C, *Osservazioni sulla rettifica degli atti “certificata” dal notaio*, in *Studi e Materiali*, 2011, 1, 49 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti. Lo studio pone in evidenza come l’art. 59 bis L. N. non sia utilizzabile per rettificare i provvedimenti giudiziari, per i quali il meccanismo correttivo è solo quello giudiziale delineato negli artt. 287 ss. c.p.c. Nondimeno, l’A. espone come sia dubbio se la rettifica possa essere utilizzata per i verbali di separazione consensuale omologati, nella parte c.d. eventuale di questi, in cui i coniugi trasferiscono beni immobili o costituiscono diritti reali minori sui medesimi in conseguenza ovvero in occasione dello scioglimento del vincolo matrimoniale. In giurisprudenza, cfr. in particolare Cass. 19 giugno /2017, n.14498, e relativa nota di richiami, in *Foro it.*, 2017, I, 3674, secondo la quale “*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.*”

¹¹⁶ Cfr. più ampiamente G. FREZZA, *Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite*, cit.