

5. DIRITTO DI FAMIGLIA



5.1. ATTI STIPULATI “IN OCCASIONE” DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO ED ATTI “RELATIVI” ALLA SEPARAZIONE E AL DIVORZIO AI FINI DELL’ESENZIONE DA IMPOSTE E TASSE SECONDO CASSAZIONE 3 FEBBRAIO 2016 N.2111 E 17 FEBBRAIO 2016 N.3110

di Paolo Giunchi

Il problema della causa negoziale dei negozi *de quibus*.

Le sentenze suddette affrontano gli aspetti giuridici, processuali e, conseguentemente, fiscali dei negozi che *attengono*¹ alla crisi del matrimonio e si pongono, inaspettatamente, in palese contrasto con la giurisprudenza della stessa Cassazione finora dominante e coll’interpretazione della scarna e frammentaria legislazione tributaria elaborata in materia dall’amministrazione finanziaria.

Dopo anni di incomprensibile disinteresse, la dottrina, ricevendone *input* dalla copiosa letteratura di matrice notarile sia risalente che attuale, si è sostanzialmente attestata su posizioni che tendono ad identificare, a sostegno di tali negozi, l’esistenza di una causa specifica, una causa tipica di definizione degli interessi sottostanti alla crisi matrimoniale che richiedono un’adeguata e rapida sistemazione a beneficio dei coniugi stessi e dei figli.

Non è questa la sede per approfondire le diverse qualificazioni elaborate in materia dalla dottrina e relative alla coesistenza di accordi alla separazione ed accordi “eventuali” e alla rilevanza di tali accordi come “condizioni funzionali” alla soluzione della crisi.

¹ L’utilizzo del verbo non è casuale; la ricerca della loro causa giuridica ha determinato, nel tempo, un’incertezza lessicale che ha contribuito alla difficoltà di una loro classificazione unica, omnicomprensiva.

Ciò si osserva non solo nelle diverse ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali ma anche nelle norme fiscali che li riguardano.

Ogni verbo che si usi per identificarli rischia di attribuire loro precisi significati “esclusivi” che ne sottintendono una preventiva definizione della natura.

In via esemplificativa li si è trattati come negozi stipulati “*in occasione della crisi matrimoniale*” o ad essa “*connessi*”, o “*a causa*” di essa” o “*relativi al procedimento di divorzio e di separazione*” e così via; cosicché non di rado si è generata una confusione che si è arenata in aspetti prettamente nominalistici.

A rispetto dell’*omen*, che interpreta la parola, nel testo si evidenziano in corsivo le diverse allocuzioni utilizzate per la loro identificazione: *nomen omen*.

E' qui sufficiente rilevare come la dottrina maggioritaria ritenga che la causa negoziale dei negozi "relativi"² al procedimento vada ricercata nella stessa separazione e nello stesso divorzio; una *causa divortii* già nota nel diritto giustiniano: non quindi nel procedimento stesso che non può dettarne la forma né rendere necessaria in esso la loro collocazione.

Nell'elaborazione dottrinale si è generalmente ritenuta come imprescindibile una linea di demarcazione fra i negozi aventi causa tipica nella separazione o nel divorzio (nel senso che siano destinati alla soddisfazione di determinati interessi strettamente connessi alla crisi matrimoniale) e negozi aventi una loro precisa causa tipica e che dalla crisi del matrimonio traggano, semmai, il loro motivo; negozi che, in sintesi, siano stipulati dai coniugi *in occasione* della crisi matrimoniale, nella loro forma tipica.

La causa unificante dei negozi in oggetto nelle sentenze citate

La sentenza n.2111\2016 sembra invece approdare ad un concetto unificante della causa negoziale cui "*debba riconoscersi il carattere di negoziazione globale a tutti gli accordi di separazione che, anche attraverso la previsione di trasferimenti mobiliari ed immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale*".

In sostanza si uniscono sotto un'unica causa giuridica sia i negozi *relativi* ai procedimenti (di separazione o di divorzio) che quelli conclusi *in occasione* di tali procedimenti.

Appare indiscutibile che *trasferimenti mobiliari ed immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale*"; non si condivide, per contro, l'assunto che qualunque trasferimento che i coniugi in crisi mettano in atto *in concomitanza* col fenomeno "separazione – divorzio" rinvenga in essi la sua causa giuridica.

Con riferimento alla linea di demarcazione fra diversi negozi in ragione della causa, cui si è accennato, si è osservato che un contratto fra coniugi che si separano ove uno dei due trasferisca all'altro un immobile ricevendone in cambio il prezzo, ha una sua inequivocabile causa tipica - lo scambio dell'immobile col prezzo - ed ove la crisi coniugale e l'intenzione di trasferire la residenza di colui che vende in altra città si pongono, appunto, come motivi.

² Così la norma fiscale istitutiva dell'esenzione per gli atti relativi al divorzio (art.19 l.74\1987), estesa agli atti relativi alla separazione dalla sentenza della Corte Costituzionale n.154\1999.

Ancor più evidente appare la necessità del ricorso a tale linea di demarcazione se il negozio tipico cui fare riferimento sia rappresentato dalla donazione.

Se la si inserisca fra i negozi ricompresi indistintamente sotto l'ampia qualifica di *contratti della crisi coniugale* non è pensabile che per essa si possa prescindere dalla sua "genetica" collocazione e dalla sua forma vincolante; né dalle conseguenze che le sono proprie in ambito successorio³.

Sembra a chi scrive quanto meno "azzardato", all'attuale stato civilistico e con riferimento alla forma ed al contenitore degli atti di trasferimento, qualificare (per esempio) la donazione o la vendita cui si è accennato come negozi aventi causa giuridica ovvero la loro funzione economico – sociale, nella separazione o nel divorzio.

Autonomia negoziale dei coniugi

D'altro canto è interessante osservare come ancor oggi operi, in parte della giurisprudenza e indiscriminatamente nella prassi fiscale, il nesso causale relativo alla collocazione dei negozi di cui si tratta all'interno del procedimento giudiziale e perciò strettamente *connesso* alle necessarie fasi procedurali; come se i negozi derivanti dalla volontà dei coniugi ed estranei agli obblighi degli stessi fra loro e nei confronti dei figli, ancorché nascenti dalla separazione o dal divorzio e diretti alla soddisfazione degli interessi nascenti dalla crisi matrimoniale, non rinvenissero la loro causa negoziale nella separazione o nel divorzio⁴.

Seppure non si sottoscrivano *in toto* le conclusioni delle sentenze del 2016, in relazione alla loro unificante causa negoziale, si deve sottolineare in esse, una visione aggiornata dei negozi di cui si tratta, sia con riferimento alla loro collocazione che ai fini del loro trattamento tributario.

Viene, infatti, evidenziato un "*mutato contesto normativo di riferimento*" che manifesta un'evoluzione ancora in atto, tendente ad una progressiva riduzione dell'intervento del giudice in materia, rendendo centrale l'accordo dei coniugi nel raggiungere la definizione della crisi; con particolare riferimento all'introduzione del divorzio a domanda congiunta, del divorzio stipulato dalle parti innanzi al Sindaco e,

³ Si pensi alla commistione ... familiare di natura patrimoniale che la riduzione della donazione potrebbe creare, deceduto il coniuge donante; il Notaio spesso si è trovato a dover risolvere problemi analoghi in sede di attuazione di accordi malamente raffazzonati all'interno del procedimento di separazione o di divorzio.

⁴ Si veda la recente sentenza della Corte di Cassazione n.23.225 del 13 novembre 2015 che, in materia di cessione di un immobile prima del decorso del quinquennio dall'acquisto, effettuato usufruendo delle agevolazioni c.d. prima casa, ritiene non prodursi decadenza dal beneficio, solo ove il trasferimento avvenga in capo al coniuge affidatario dei figli in quanto l'assegnazione continua a soddisfare la conservazione della casa familiare a favore della prole.

Cassazione n.2263\2014 disconosce, l'equal causa dei due negozi, affermando per il primo il mantenimento del beneficio, negato al secondo, ove la cessione è da ricondursi alla libera volontà dei coniugi, non "costretta" dagli obblighi nascenti dal procedimento.

in generale, della negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, di cui alla legge n.162\2014.

La riflessione delle due sentenze sul mutato quadro normativo apre finalmente la strada al riconoscimento di un'ampia autonomia negoziale dei coniugi nel pervenire alla sistemazione degli interessi sottostanti alla crisi del matrimonio, spesso auspicata dalla dottrina notarile, limitando l'intervento del giudice alla sola tutela dei figli minori o non autosufficienti.

Ne deriva lo sdoganamento dei negozi in oggetto dalla gabbia dei procedimenti di separazione e divorzio ivi costretti in forza del permanere di una ormai risalente concezione che ne aveva determinato la nullità in ragione della loro collocazione al di fuori del procedimento giudiziale, al quale era formalmente ricondotto il rapporto di causalità necessaria.

Il considerare tali negozi come manifestazione dell'autonomia negoziale dei coniugi permette di evitare equivoci e carenze dovuti alla loro impropria formazione e collocazione: essi devono essere ricondotti nell'alveo dell'ordinaria contrattazione, coll'intervento del Notaio, soggetto terzo, istituzionalmente delegato al loro ricevimento, nel rispetto delle norme che ne assicurino la validità⁵.

Il trattamento fiscale

La controversia che ha portato alla sentenza della Cassazione n.2111\2016 riguarda la pretesa dell'amministrazione finanziaria di negare il trattamento di favore a fattispecie negoziali non riconducibili all'assegnazione della casa familiare, all'attuazione di obblighi dei coniugi fra loro e nei confronti dei figli.

In evidente contrasto non solo con parte della giurisprudenza della Cassazione ma anche coll'inequivocabile dettato della Corte Costituzionale (si veda, in particolare, la sentenza n.154\1999⁶, relativa al trattamento fiscale degli atti relativi della separazione, che assume natura additiva, stante l'inerzia del legislatore fiscale come essa stessa rimarca).

Sembra peraltro che la tesi che tende ad unificare tutti i trasferimenti *de quibus* sotto l'ombrello protettivo dell'accennata causa unificante, oltre che determinare in materia fiscale possibili finalità elusive⁷, accomunando ogni e qualunque trasferimento

⁵ Una volta che si riconosca che il procedimento giudiziale non costituisce inevitabile luogo di collocazione dei negozi in oggetto, ad evitarne la nullità, si rende necessaria per essi la *expressio causae*.

⁶ Che ha definitivamente tratto dal limbo fiscale gli atti "relativi" alle separazioni personali, equiparandoli agli atti *relativi* al divorzio.

⁷ La Cassazione n.2111\2016 ritiene superabile questa obiezione, rilevando come la recente legislazione regola compiutamente la materia (d.lgs.128\2015) ponendo a carico del fisco la prova dell'esistenza della finalità elusiva.

Principio che appare corretto ma che non tranquillizza sulla certezza del diritto.

Cfr. anche R. Trabace, e mail 5.2.2016 in sigillo@listasigillo.net.

stipulato dai coniugi “*in concomitanza*” della separazione o del divorzio renda possibile un’ingiustificata disparità di trattamento fiscale fra negozi soggetti al medesimo trattamento tributario.

Ribadita questa osservazione, in questa sede occorre rilevare come il “*mutato contesto normativo*” cui fa riferimento la citata sentenza non abbia inciso sul trattamento fiscale dei negozi dei quali ci occupiamo; l’amministrazione finanziaria, infatti, resta fermamente ancorata nella concessione del trattamento di favore alla necessità non solo che il negozio sia contenuto all’interno del procedimento giudiziale ma anche che le uniche fattispecie negoziali degne di accedere a tale trattamento siano quelle strettamente nascenti dagli obblighi dei coniugi fra loro e nei confronti dei figli: una sorta di sovrapposizione fra agevolazione e procedimento giudiziale, a prescindere dall’effettiva causa giuridica dei negozi stessi⁸.

⁸ Cfr. La circolare ministeriale n.46/E del 16 marzo 2000, tuttora applicata, recita che il beneficio *deve essere applicato anche agli atti posti in essere in esecuzione degli accordi assunti in sede di separazione, purché tali accordi risultino formalizzati nel provvedimento di separazione e ad esso connessi*. Ancora: la circolare della Agenzia delle Entrate n.27/E del 21 giugno 2012, in oggetto all’estensione del beneficio ai figli della coppia in crisi, testualmente, sottopone gli atti al trattamento di favore *a condizione che il testo dell’accordo omologato dal tribunale, al fine di garantire la certezza del diritto, preveda esplicitamente che l’accordo patrimoniale a beneficio dei figli, contenuto nello stesso, sia elemento funzionale e indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale*. In entrambe le istruzioni dell’amministrazione finanziaria si escludono dall’ambito del beneficio i negozi conclusi all’esterno del procedimento, anche se “*relativi*” ad esso, includendovi cioè i soli atti attuativi degli accordi ivi “*formalizzati*” (sic).