

CASA FAMILIARE E TRASCRIZIONE
FAMILY HOME AND TRANSCRIPTION

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 461 - 476

Fecha entrega: 03/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dr. GIAMPAOLO FREZZA
Ordinario in Diritto civile
Lumsa (Libera Università Maria Ss. Assunta), sede di Palermo
frezza@lumsa.it

RESUMEN: Il saggio si occupa dell'analisi dei problemi afferenti alla trascrizione del provvedimento assegnativo della casa familiare, così provvisorio come definitivo.

Particolare attenzione è rivolta alla questione avente ad oggetto la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione, tenuto conto dell'assenza di una precisa disposizione in tal senso. Eppure, la necessità della trascrizione di tale domanda è fondamentale in funzione cautelare, conservativa, provvisoria e prenotativa rispetto all'opponibilità ai terzi conseguente alla trascrizione del provvedimento di assegnazione.

Infine, l'analisi intende trattare i problemi relativi alla trascrizione del diritto abitativo sorto a seguito del procedimento di negoziazione assistita fra più avvocati, in tema di separazione e divorzio.

PALABRAS CLAVE: trascrizione, casa familiare, domanda giudiziale, negoziazione assistita.

ABSTRACT: The paper examines the problem of transcription of the Family home in Italy, for the purpose of opposition, of the final, preliminary and urgent assignment ruling and the assignment proceedings, identifying technical and legal solutions in this regard aimed at stabilising housing rights. Finally, the paper examines the problems of the transcription and negotiation in legal separation and divorce.

KEY WORDS: transcription, family house, negotiation, legal separation, divorce.

SOMMARIO: I. PREMESA: INDIVIDUAZIONE DELLA NORMATIVA DI RIFERIMENTO.- II TRASCRIZIONE DEL PROVVEDIMENTO ASSEGNATIVO.- III TRASCRIVIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE DI ASSEGNAZIONE.- IV NEGOZIAZIONE ASSISTITA E TRASCRIZIONE DELLA CASA.

I. PREMESA: INDIVIDUAZIONE DELLA NORMATIVA DI RIFERIMENTO.

Nell'affrontare i rapporti fra trascrizione e casa familiare occorre, in linea di primo approccio, individuare la normativa di riferimento¹.

L'art. 106, comma 1, lett. *a*) del D. Lgs. n. 154 del 2013, infatti, prevede l'abrogazione dell'art. 155 *quater* cod. civ., il cui dispositivo è stato integralmente riprodotto nell'ambito dell'art. 337 *sexies*, comma 1, cod. civ., mentre l'art. 98, comma 1, lett. *b*) del decreto stesso non abroga l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, disposizione, quest'ultima, che contiene le norme sull'assegnazione della casa familiare nel divorzio.

Si badi, però, che l'art. 337 *sexies* cod. civ., qui in commento, si applica, in forza dell'art. 337 *bis* cod. civ., ai casi di “separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio”.

Il metodo utilizzato, dunque, è lo stesso che ha caratterizzato la recente introduzione, in seno al codice civile, delle disposizioni sull'affidamento condiviso (oggi abrogate *ex* art. 106, comma 1, lett. *a*) del D. Lgs. n. 154 del 2013): è noto, infatti, che l'art. 4, comma 2, della L.n. 54 del 2006 prevedeva l'applicazione dell'art. 155 *quater* cod. civ. (oggi abrogato) anche al divorzio.

Da qui, il delinarsi della prima essenziale questione, relativa ai rapporti tra previgente e novellata normativa. Oggi (come allora) si tratta di indagare cosa intende il D. Lgs. n. 154 del 2013 là dove afferma, con specifico riferimento alla nostra indagine, che le norme sull'assegnazione della casa si “applicano” anche all'assegnazione nel divorzio, tenuto conto che, in solo quest'ultimo caso, a differenza degli altri indicati dall'art. 337 *bis* cod. civ., esiste già una disciplina tipica, non abrogata espressamente: quella appunto di cui all'art. 6,

¹ Sulla nozione di casa familiare fra ordinamento italiano e quello spagnolo, CARAPEZZA FIGLIA, G., VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Interessi rilevanti nell'assegnazione della casa familiare. Un confronto tra le esperienze spagnola e italiana”, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 267 ss.

comma 6, L.n. 898 del 1970.

Occorre, in particolare, approfondire se sia necessario operare l'integrale applicazione della nuova disciplina, con conseguente abrogazione tacita di quella preesistente, ovvero "se debba essere compiuto un lavoro di elaborazione sistematica del complesso normativo che ne deriva, utilizzando il criterio della compatibilità"².

Con riguardo all'art. 4, comma 2, L.n. 54 del 2006 si sono contesi il campo due orientamenti³ ed è facile prevedere che le medesime soluzioni verranno oggi riproposte a commento dell'art. 337 *bis* cod. civ. Da un lato, la c.d. la tesi abrogazionista, la quale si articolava in due orientamenti: vi era chi propendeva per l'integrale abrogazione della disciplina preesistente (ed in particolare di quella divorzile)⁴ e chi ne ipotizzava un'abrogazione tacita, per "incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti"⁵. Di contrario avviso si manifestava altra parte della dottrina⁶, secondo la quale le disposizioni oggetto del rinvio non solo sopravvivono alla nuova legge, ma con essa dovevano coordinarsi: si trattava, in buona sostanza, dell'estensione di una disciplina ad un'altra.

Quest'ultima è l'impostazione che, allora come oggi, a noi sembra preferibile, onde le considerazioni che seguono avranno ad oggetto l'analisi del coordinamento, a livello interpretativo, fra il nuovo art. 337 *sexies* cod. civ. e l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970.

II. TRASCRIZIONE DEL PROVVEDIMENTO ASSEGNATIVO.

Ci occuperemo ora delle disposizioni sulla trascrizione del provvedimento assegnativo, sia provvisorio (si pensi all'ordinanza data dal Presidente del Tribunale in seno ai provvedimenti urgenti⁷) che definitivo.

² GIACOBBE, G.: "Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio", in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 707.

³ GIACOBBE, G., P. VIRGADAMO, P.: *Il matrimonio*, II, *Separazione personale e divorzio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, R., 3, *Le persone e la famiglia*, Utet, Torino, 2011, p. 113 ss.

⁴ ZANETTI VITALI, E.: *La separazione personale dei coniugi*, (Artt. 155-155-*sexies* cod. civ., artt. 708-709-*ter* c.p.c., artt. 3-4 l. 8 febbraio 2006 n. 54), in *Il codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER, P., diretto da BUSNELLI, F.D., Giuffrè, Milano, 2006, p. 58.

⁵ NAPOLITANO, L.: *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e di divorzio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 234.

⁶ QUADRI, E.: "Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare": la recente riforma, in *Famiglia*, 2006, p. 395 ss.

⁷ La necessità della trascrizione del provvedimento dato dal Presidente del Tribunale avente ad oggetto l'assegnazione è ribadita da Cass., 18 settembre 2009, n. 20144, in *Nuova giur. civ.*

Secondo l'art. 337 *sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ. “il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili ai terzi ai sensi dell'art. 2643 cod. civ.”.

La disposizione merita una precisazione. L'art. 2643 cod. civ. contiene, infatti, un'elencazione tassativa di atti soggetti a trascrizione, mentre il successivo art. 2644 cod. civ. prevede, com'è noto, gli effetti riconducibili a tale formalità. Ciò significa che, stando al tenore letterale della norma, il provvedimento assegnativo deve, oggi, trascriversi *ex art. 337 sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ. — ed in ciò si fa salvo il principio della tipicità degli atti soggetti a trascrizione — con opponibilità ai terzi non già ai sensi dell'art. 2643 cod. civ., ma *ex art. 2644 cod. civ.*, così presupponendosi la qualificazione del diritto che sorge in capo al destinatario del provvedimento quale situazione reale.

Tale interpretazione, però, è, a nostro avviso, sospetta di incostituzionalità, se coordinata con l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, il quale prevede che l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile ai terzi, ai sensi dell'art. 1599 cod. civ., e, dunque, rinvia ad un regime speciale di trascrizione ai fini dell'opponibilità, ovvero quello della locazione.

È forse utile ricordare, a tal proposito, che il richiamo all'art. 1599 cod. civ. sottintende la qualificazione della situazione che sorge in capo al destinatario del provvedimento assegnativo quale diritto personale di godimento⁸. All'opposto, se si sottolinea l'inciso, contenuto nell'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, “in quanto trascritta”, si deve, coerentemente, subordinare l'opponibilità ai terzi alla regola della trascrizione in assoluto, come se tale diritto abitativo fosse reale⁹.

La questione appena descritta non è stata risolta neppure dall'intervento della

comm., 2010, I, p. 390 ss. Vedi, inoltre, Cass., 3 marzo 2006, n. 4119, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1097.

⁸ Da ultimo, VIRGADAMO, P: “Opponibilità ai terzi del provvedimento assegnativo della casa familiare e affidamento condiviso”, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 1598 ss., ove ulteriori indicazioni di dottrina.

⁹ GABRIELLI, G.: “I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 131. Sulla natura reale del diritto, BIANCA, C.M.: *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 222, secondo il quale il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge separato o divorziato non può essere risolto secondo una qualificazione univoca. Si tratta di un diritto reale qualora la casa sia di proprietà del coniuge non assegnatario; di un diritto personale nella ipotesi di casa in locazione.

Corte Costituzionale¹⁰, la quale, con sentenza interpretativa additiva, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'allora vigente art. 155, comma 4, cod. civ., per contrasto con gli artt. 3, 29 e 31 Cost., nella parte in cui non prevedeva un meccanismo di opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione nell'ipotesi di separazione¹¹. In quella sentenza, la Corte ha omesso, nel dispositivo e nella motivazione, il richiamo all'art. 1599 cod. civ., per l'ipotesi dell'opponibilità nella separazione. Per ovviare all'errore, la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta con l'ordinanza n. 20 del 1990 (trattasi di un'ordinanza di "manifesta inammissibilità" della questione di legittimità costituzionale), affermando che "appare chiaro (...) come l'onere di trascrivere il provvedimento d'assegnazione nel caso di separazione, in analogia con la normativa vigente in tema di scioglimento del matrimonio, riguardi, ex art. 1599 cod. civ., la sola assegnazione ultranovenne, ferma restando l'opponibilità del provvedimento in tutte le altre ipotesi"¹². Poiché, però, un'ordinanza non può integrare sul piano del dispositivo una precedente sentenza interpretativa additiva, ne derivava un regime di trascrizione del provvedimento in analisi fortemente differenziato: per la separazione era vincolante la sentenza interpretativa additiva, che non richiamava l'art. 1599 cod. civ., per il divorzio, invece, non poteva non applicarsi l'art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970, ove, invece, il riferimento all'art. 1599 cod. civ. era (ed è) testuale.

Sulla questione sono successivamente intervenute le Sezioni Unite, le quali, molto opportunamente, si sono informate ad un regime unico ed unitario di trascrizione del provvedimento assegnativo, affermando che quest'ultimo, "avente per definizione data certa, è opponibile al terzo acquirente dell'immobile in data successiva, pur se il provvedimento *de quo* non sia stato trascritto, per il novennio decorrente dall'assegnazione ed anche dopo il novennio ove il titolo sia stato trascritto in precedenza"¹³, ed è questo l'orientamento ribadito dalla più recente giurisprudenza¹⁴.

Il nuovo art. 337 *sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ., però, è destinato a riaprire il dibattito, potendosi, oggi, ipotizzare due diversi regimi: quello della

¹⁰ Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 125 ss., con nota di GIACOBBE, E. "L'assegnazione della casa coniugale tra separazione e divorzio".

¹¹ L'adesione da parte della Corte Costituzionale alla c.d. *ratio* restrittiva ha lasciato aperta la questione dell'opponibilità dell'assegnazione disposta a favore del non affidatario; Trib. Verona, 13 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1, p. 386, nel senso della intrascrivibilità; Cass., 17 marzo 1989, n. 1315, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 558.

¹² Pubblicata in *Giur. cost.*, 1990, p. 54.

¹³ Cass., sez. un., 26 luglio 2002 n. 11096, in *Dir. fam. pers.*, 2004, p. 688 ss., a cui si è uniformata tutta la giurisprudenza successiva.

¹⁴ VIRGADAMO, P.: *o.c.*, p. 1598, per le indicazioni.

trascrizione in assoluto, introdotto dalla norma da ultimo citata e applicabile ai casi di assegnazione nella separazione, nella nullità, nell'annullamento del matrimonio e nei procedimenti aventi ad oggetto i figli i cui genitori non sono coniugati (art. 337 *bis* cod. civ.) e quello speciale delle locazioni per il solo caso del divorzio (art. 6, comma 6, L.n. 898 del 1970).

Per superare tale *impasse*, occorre affermare, a nostro avviso, che il nuovo art. 337 *sexies*, comma 1, ultima parte, cod. civ., intende l'art. 2643 cod. civ. come norma di rinvio e ciò allo scopo di individuare, in seno all'elenco tassativo ivi indicato, l'atto a cui riferirsi ai fini della trascrizione del provvedimento in esame. Tale atto, coerentemente con quanto previsto nell'ambito della legge divorzile, non può che essere quello di cui al n. 8: ne consegue che il provvedimento assegnativo è da ricomprendere, a pieno titolo, nell'ambito della previsione di cui all'art. 2643 n. 14 cod. civ., interpretato in rapporto al n. 8, che si coordina, a sua volta, con l'art. 1599 cod. civ.

L'assegnazione è, in sintesi, ancora oggi assimilabile *quoad effectum*, cioè ai soli fini circolatori, alla locazione ed il diritto che sorge in capo al destinatario del provvedimento è qualificabile quale situazione personale di godimento.

III. TRASCRIVIBILITÀ DELLA DOMANDA GIUDIZIALE DI ASSEGNAZIONE.

Altro problema nei confronti del quale il D. Lgs. n. 154 del 2013 tace, e sul quale si attendeva, invece, una norma tipica, è quello avente ad oggetto la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare in caso di separazione, di divorzio, di annullamento e di nullità del matrimonio e, infine, nei procedimenti riguardanti i figli nati al di fuori del matrimonio.

In assenza di una disposizione tipica, la giurisprudenza propone oggi un'interpretazione sistematica in "forza dei principi desumibili dagli artt. 2652 e 2653 cod. civ." e ciò allo scopo di colmare "una lacuna dell'ordinamento, in totale contrasto con le esigenze di tutela del coniuge assegnatario"¹⁵.

La dottrina che aderisce a tale orientamento afferma che il legislatore "nell'istituire la trascrizione dell'assegnazione della casa familiare, abbia automaticamente integrato le previsioni di cui all'art. 2643 (*Atti soggetti a*

¹⁵ Trib. Venezia, 20 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 262; Trib. Milano, 26 aprile 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 699. Aderiscono all'orientamento, Trib. Ascoli Piceno, 17 ottobre 2002, in *Rep. Foro it.*, 2004, v. *Trascrizione*, n. 29; Trib. Genova, 3 maggio 2001, in www.affidamentocondiviso.it.

trascrizione)” e abbia allo stesso modo integrato “la norma di cui all’art. 2652 (*Domande riguardanti atti soggetti a trascrizione*) o, quantomeno, di cui all’art. 2653 (*Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti*) cod. civ.”¹⁶.

Quello proposto è, però, definito da autorevole dottrina un “non-argomento”¹⁷. L’interpretazione sistematica contrasta con il principio della certezza della trascrizione¹⁸, e, per quanto qui ci occupa, con quello della tipicità delle domande giudiziali trascrivibili¹⁹. Appare, allora, discutibile affermare che la tipicità degli artt. 2652 e 2653 cod. civ. debba rapportarsi o collegarsi a quella di cui all’art. 2643 cod. civ. L’impressione che si ricava dalla lettura della citata giurisprudenza di merito è quella, invece, di una corrispondenza necessaria fra gli atti soggetti a trascrizione e la trascrizione delle domande giudiziali. Corrispondenza che, per essere tale, dovrebbe essere tipica, cioè stabilita dal legislatore. Così, in realtà, non è: la tipicità è, infatti, quella di cui all’art. 2643 e ss. cod. civ., per gli atti, e, autonomamente, quella di cui agli artt. 2652 e 2653 cod. civ., per le domande giudiziali.

Occorre, allora, individuare a quale delle ipotesi di cui all’art. 2652 cod. civ. ci si può riferire per individuare il meccanismo sotteso alla trascrizione della domanda di assegnazione²⁰. Un recente e condivisibile orientamento, ribadendo che “la trascrizione delle domande giudiziali assolve a funzioni diverse, tra di loro del tutto eterogenee”, afferma che, in astratto, “solo la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre o della domanda diretta ad ottenere l’accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private in cui è contenuto un atto soggetto a trascrizione o iscrizione, di cui all’art. 2652, nn. 2 e 3, cod. civ.” sia “strumentale ad anticipare gli effetti, di cui all’art. 2644 cod. civ., della trascrizione degli atti di cui all’art. 2643 cod. civ.”, norma nella quale viene fatta rientrare anche l’assegnazione²¹. I due casi, però, sono “alquanto peculiari e non certo suscettibili di una interpretazione estensiva alla domanda di assegnazione della casa coniugale, proposta nel corso del procedimento di separazione o divorzio, ma, al massimo, di una alquanto

¹⁶ FRACCON, A.: “Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare”, in *Dir. fam. pers.*, 1999, p. 670.

¹⁷ L’espressione è di GAZZONI, F.: “Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale”, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 742 ss.

¹⁸ Corte cost., 6 aprile 1995, n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁹ Cass., 30 agosto 2004, n. 17391, in *Foro it.*, 2005, I, p. 411.

²⁰ Si esclude dalla nostra indagine l’analisi dell’art. 2653 cod. civ., ove la trascrizione delle domande e degli atti ivi tipizzati è alquanto eterogenea e ciò non consente alcun parallelismo, neppure quello operante su un piano meramente descrittivo, con la fattispecie oggetto dell’indagine di cui qui al testo.

²¹ Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 737.

problematica applicazione in via analogica al caso in esame, che, tuttavia, non risulta compatibile con il principio di tipicità della trascrizione delle domande giudiziali”. Onde, in sintesi, la intrascrivibilità della relativa domanda.

Per superare tale *impasse*, due sono le soluzioni proposte. Autorevole dottrina riprende l’argomento avente ad oggetto l’interpretazione estensiva dell’art. 2652 n. 2 cod. civ. in punto di diritti potestativi, su cui si è sopra argomentato, per affermare che, poiché ogni sentenza costitutiva dovrebbe rientrare nell’ambito di applicabilità di tale disposizione, sarebbe irrazionale escludere la trascrizione della domanda di assegnazione dell’abitazione che tende ad una sentenza, appunto, costitutiva²².

In senso contrario, altrettanto autorevole dottrina ha osservato che “il provvedimento di assegnazione ha (...) un’evidente rilevanza circolatoria ai fini di cui all’art. 2644 cod. civ., sicché si è del tutto al di fuori dell’ipotesi di diritto potestativo seguito da sentenza, come nel caso della servitù coattiva. Ne consegue che la domanda potrà essere trascritta solo se rientrante a pieno titolo nella previsione dell’art. 2652 n. 2 cod. civ., se, cioè, si ipotizza un obbligo a contrarre²³. Tale sarebbe l’obbligo dei genitori di procurare un tetto ai loro figli, nella fase patologica del *menàge* familiare, “onde il genitore proprietario che non conviverà con i figli, pur se l’affidamento sarà condiviso, è obbligato per legge a garantire tale continuità, mediante, innanzi tutto, la stipula di un atto di godimento, legato, temporalmente, all’autosufficienza economica dei figli stessi”; atto condizionato sospensivamente, e con esplicita menzione della condizione, al provvedimento di assegnazione e “la cui natura è quella sessa del c.d. definitivo, in punto di *titulus-modus* e di possibile struttura unilaterale”²⁴.

Presupposto del ragionamento riferito è l’autonoma trascrivibilità di tale contratto atipico di godimento attuativo dell’obbligo (legale) di mantenimento diretto dei figli, la cui causa deve rinvenirsi nella separazione dei coniugi. Trascrivibilità che non può oggi negarsi alla luce della introduzione dell’art. 337 *sexies*, comma 1, cod. civ. L’orientamento descritto non merita di essere condiviso perché la fattispecie legale costitutiva di tale (presunto) obbligo è non solo quella di cui all’art. 337 *sexies*, comma 1, cod. civ., ma anche quella rilevante *ex art. 337 ter*, comma 2, cod. civ. Quest’ultima

²² GABRIELLI, G.: “Pubblicità dei diritti di abitazione, reali e personali, nei registri immobiliari del codice civile e nei libri fondiari”, in *Vita not.*, 2003, p. 583.

²³ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre”, in *La trascrizione delle domande giudiziali, Trattato della trascrizione*, diretto da GABRIELLI, E., GAZZONI, F., II, Utet, Torino, 2014, p. 113.

²⁴ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre”, cit., p. 114.

norma prevede il coordinamento, in merito alle condizioni di affidamento — e, dunque, anche riguardo all’assegnazione della casa — tra l’accordo dei coniugi e l’intervento del giudice, intervento che, però, non si situa sul piano degli effetti, come vorrebbe la teoria in esame allorché parla di condizione, ma su quello della fattispecie. L’art. art. 337 *ter*, comma 2, cod. civ., nella parte che qui ci occupa deve, infatti, coordinarsi con gli artt. 147, 148, 158, comma 2, cod. civ., 6, comma 2, L.n. 898 del 1970 e 30 Cost.

Da tale coordinamento risulta ineliminabile il sindacato del giudice su tali accordi quale coelemento perfezionativo della fattispecie. A nulla vale ribadire, in senso contrario, che “anche l’omologazione degli accordi di separazione opera alla stregua di una *condicio iuris* esterna”²⁵, perché in tal modo si porrebbero sullo stesso piano l’omologazione del giudice nella separazione consensuale e la sentenza costitutiva data in sede di separazione giudiziale, equiparazione che non può giustificarsi attesa la loro differenza tanto strutturale quanto funzionale. Tale equiparazione, allora, se può operare su un piano meramente descrittivo, non risolve alla radice, a nostro avviso, la critica che deve rivolgersi all’orientamento in esame, il quale, seppur autorevole, snatura la fattispecie sostanziale di riferimento per adattarla alle necessità della trascrizione della domanda di assegnazione.

Se quanto argomentato porta ad escludere la trascrivibilità della domanda di assegnazione della casa, l’unica via che residua è quella di sollevare una questione di costituzionalità, la quale dovrebbe essere risolta, non già con un’interpretazione “costituzionalmente orientata”, ma con sentenza interpretativa additiva da parte della Corte Costituzionale. Il tentativo di sollevare la questione, per la verità, è stato esperito per ben due volte, con esiti, tuttavia, negativi.

In una prima decisione²⁶, la Corte ha, infatti, ritenuto “manifestamente inammissibile la questione di legittimità degli art. 2652 e 2653 cod. civ., censurati, in riferimento agli art. 3, 24, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui non prevedono la trascrivibilità nei registri immobiliari della domanda giudiziale di assegnazione del diritto di abitazione nella casa familiare, proposta con il ricorso per separazione giudiziale nel quale si domandi l’affidamento dei figli minori, al fine di rendere il provvedimento opponibile ai terzi che abbiano acquistato sull’immobile diritti dopo la proposizione della domanda”. A sostegno di tale decisione, la Corte ha argomentato che nell’ordinanza di rimessione non si precisava se la domanda di assegnazione

²⁵ GAZZONI, F.: “La domanda diretta ad ottenere l’esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo a contrarre”, cit., p. 116.

²⁶ Corte cost., 27 febbraio 2007, n. 142, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2.

della casa fosse stata o meno accolta, e tale omissione incideva sulla rilevanza della questione, poiché l'eventuale accoglimento della domanda di assegnazione avrebbe reso priva di contenuto la richiesta di trascrizione della domanda stessa, in quanto il richiedente avrebbe potuto trascrivere proprio il provvedimento assegnativo.

Nella seconda²⁷, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile, “per difetto di legittimazione del giudice rimettente”, questione di legittimità costituzionale degli art. 155 *quater*, 2652 e 2653 cod. civ., sollevata in riferimento agli art. 3, 24, 29, 30 e 31, Cost., nella parte in cui tali norme non contemplano la trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa familiare contenuta in un ricorso per separazione giudiziale, perché “le questioni incidentali di legittimità costituzionale, infatti, possono essere sollevate dal giudice esclusivamente nel corso di un procedimento avente carattere giurisdizionale, mentre nella specie la questione è stata sollevata nel corso del procedimento (di cui agli art. 2674 *bis* cod. civ. e 113 *ter* disp. att. cod. civ.) originato dal ‘reclamo’ proposto al Tribunale, a seguito della trascrizione con riserva, per conservare gli effetti della formalità, procedimento di natura amministrativa, che non comporta esplicazione di attività giurisdizionale e il cui provvedimento conclusivo non è idoneo a passare in giudicato”.

In entrambi i casi, allora, sembra che la Corte non sia voluta entrare nel merito delle questioni, trincerandosi dietro argomentazioni definite “pretestuose”, onde si discute in dottrina se possa residuare la strada del sequestro giudiziale o conservativo dell'immobile, soluzione esclusa, però, dalla giurisprudenza di merito²⁸. Può allora, capitare, a livello pratico, che dopo la data del deposito del ricorso per separazione personale (contenente la richiesta di assegnazione) e prima della pronuncia dell'ordinanza del Presidente del Tribunale, il coniuge proprietario dell'immobile possa “essere in procinto di alienare”, con danno irreparabile per la prole.

Per scongiurare tale ipotesi, la giurisprudenza ritiene ammissibile, con argomentazione quanto mai fantasiosa, la richiesta di un provvedimento cautelare di urgenza *ex* art. 700 c.p.c. di assegnazione, e ciò in attuazione del principio generale di diritto interno di agire prontamente a tutela della posizione dei minori, introdotto in Italia dall'art. 7 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata con L.n. 77 del 2003²⁹.

²⁷ Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 47, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 574 ss.

²⁸ Da ultimo, Trib. Salerno, 8 maggio 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 169.

²⁹ Trib. Padova, ord. 29 luglio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 169 ss.

IV. NEGOZIAZIONE ASSISTITA E TRASCRIZIONE DELLA CASA.

L'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014 disciplina la convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le “soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio”.

Dal punto di vista del sistema della trascrizione, il contenuto di tale accordo di negoziazione può riguardare la costituzione di un diritto abitativo a favore dei figli oppure la costituzione o il trasferimento di diritti immobiliari nei rapporti fra coniugi.

Situazioni, quelle appena accennate, che meritano di essere trattate separatamente.

a) L'accordo di negoziazione può, innanzitutto, avere ad oggetto la costituzione di un diritto personale di godimento allo scopo di garantire ai figli (minorenni, maggiorenni non autosufficienti e portatori di *handicap*) la conservazione dell'*habitat* domestico, onde la necessità di individuare, nel silenzio del legislatore, se tale atto sia trascrivibile. La questione può essere correttamente inquadrata distinguendo i profili sostanziali da quelli formali della vicenda che qui ci occupa.

Dal primo punto di vista, non si ravvisano, a nostro avviso, diversità tra la condizione di assegnatario a seguito di divorzio o di separazione giudiziale e quella che sorge in capo al titolare del diritto abitativo determinato a seguito di un accordo di negoziazione assistita da un avvocato. La situazione giuridica che nasce, in entrambi i casi, è quella di un diritto personale di godimento sorto a tutela del diritto abitativo a favore dei figli, ma è necessario individuare la disposizione da scomodare ai fini della trascrizione perché, di per sé, un diritto personale di godimento non è trascrivibile ai fini dell'opponibilità.

La norma di riferimento è, secondo il nostro punto di vista, l'art. 337 *sexies* cod. civ. Potrebbe argomentarsi, in senso contrario, che tale disposizione, presupponendo l'intervento del giudice, sarebbe inapplicabile al caso di specie, ma deve ritenersi che la trascrizione non può essere negata sol perché nel caso di negoziazione assistita non è in atto una lite giudiziale, tanto più che la tutela dei figli alla conservazione dell'*habitat* domestico è identica in tutte le ipotesi qui esaminate. L'accordo di negoziazione, in sintesi, avrà ad oggetto lo stesso diritto personale di abitazione di cui all'art. 337 *sexies* cod. civ. solo se il destinatario del provvedimento assegnativo sia anche affidatario dei figli minorenni o portatori di *handicap* o maggiorenni non autosufficienti.

Se si passa dalla sostanza alla forma, ci si può chiedere se l'accordo di negoziazione costituisca titolo idoneo alla trascrizione *ex art. 2657 cod. civ.*, problema questo che non nasce in caso di divorzio o di separazione giudiziale, là dove il titolo è costituito dalla sentenza o dall'ordinanza del giudice della separazione. Per rispondere al problema posto, devono distinguersi due fattispecie, entrambe desumibili dall'art. 6, comma 2, d.l. n. 132 del 2014.

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

Veniamo ora all'analisi della seconda fattispecie. Se l'accordo di negoziazione non risponde all'interesse dei figli, il Procuratore della Repubblica lo trasmette entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, il quale, fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. È stato giustamente sottolineato in dottrina che “non è chiaro né per quale motivo sia stato previsto che, nelle ipotesi di accordi con figli che non risultino rispondenti all'interesse di questi, il P.m. trasmetta gli atti al solo Presidente del Tribunale, né cosa avvenga realmente dopo la comparizione delle parti (da disporsi ottativamente entro il termine di trenta giorni, che pure è all'evidenza termine solo ordinatorio)”³⁰.

Si ipotizzano due soluzioni: “la formula per la quale il Presidente «provvede senza ritardo» potrebbe infatti in astratto alludere a una sorta di trasformazione del rito in consensuale o congiunto, ovvero, come sembra più verosimile, a un intervento del presidente meramente autorizzativo e sostitutivo del nulla osta negato «a monte» dal P.m. Se fosse vero il primo corno dell'alternativa, avremmo ricreato un «pasticciato» modello processuale (con partenza con i soli avvocati, passaggio al P.m., quindi al Presidente e, infine, conclusione mediante omologa della separazione consensuale/sentenza del Tribunale di divorzio su conclusioni conformi)”³¹.

³⁰ DANОВИ, F.: “I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti”, in *Fam. dir.*, 2014, p. 1141 ss.

³¹ DANОВИ, F.: *o.l.c.u.c.*

A ciò si aggiunga che, in questo caso, l'accordo di negoziazione dovrebbe tener luogo della domanda giudiziale, così come esso, in altri casi, può tener luogo della sentenza. È evidente, però, che lo stesso atto, cioè l'accordo, non può svolgere talvolta la funzione propria di una domanda giudiziale e, in altri casi, quella della sentenza!

Se questa soluzione si considerasse esatta, dal punto di vista del sistema della trascrizione, l'atto da sottoporre a pubblicità sarebbe, all'evidenza, l'ordinanza data dal Presidente del Tribunale in seno ai provvedimenti urgenti.

Se, invece, fosse esatta la seconda soluzione sopra prospettata³², si creerebbe “nel sistema un *quintum genus* di separazione o divorzio su accordo: tradizionale — *id est* separazione consensuale *ex art.* 711 c.p.c. o divorzio su ricorso congiunto *ex art.* 4, comma 16, l. div. —, con accordo avanti al Sindaco di cui all'art. 12 l. n. 162/2014 (...), nonché, nell'art. 6 sempre della riforma in commento, con negoziazione assistita senza figli, con negoziazione assistita con figli, e per quest'ultima, con trasmissione degli atti al presidente del tribunale. Il che pare comunque francamente troppo”³³.

A prescindere, per quanto è qui utile, dall'approfondimento di tale aspetto della questione, deve ritenersi che l'atto da sottoporre a trascrizione, *ex art.* 2657 cod. civ., dovrà essere, ancora una volta, l'ordinanza del Presidente del Tribunale.

b) In mancanza di figli minorenni, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap*, ovvero di figli pur maggiorenni ma non economicamente autosufficienti, l'accordo di negoziazione potrà avere ad oggetto, da un lato, il trasferimento di diritti reali immobiliari nei rapporti fra coniugi, e, dall'altro, la costituzione di un diritto reale o personale di godimento sull'abitazione a favore di chi non è proprietario, onde la necessità di prevedere se, nel silenzio del legislatore, sia possibile individuare un meccanismo trascrittivo ai fini dell'opponibilità del relativo diritto.

³² È la posizione di autorevole dottrina: LUISO, F.S. : “Le disposizioni in materia di separazione e divorzio”, LUISO, F.S. (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 39, secondo il quale, in tal caso “l'udienza fissata dal Presidente del Tribunale equivale a quella presidenziale, nei casi in cui la separazione o il divorzio siano richieste al Tribunale. Viene così aperto *ex officio* un processo che ha come oggetto principale la separazione o il divorzio e come oggetto accessorio le disposizione relative ai figli. Essendovi accordo fra i coniugi, si seguirà il rito della separazione consensuale o del divorzio su domanda congiunta. Da questo momento in poi, si applicano le norme ordinarie”.

³³ DANOVI, F.: *o.l.n.c.*

Il problema è molto ampio ed involge l'analisi dell'ammissibilità dei trasferimenti immobiliari, nei rapporti fra coniugi, in occasione della separazione e del divorzio. Non essendo utile qui sintetizzare l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto³⁴, devono solo individuarsi i problemi connessi con la trascrizione di tali atti, posti in essere, ovviamente, in seno al procedimento di negoziazione assistita.

Anche in questo caso è necessario distinguere i profili sostanziali da quelli formali riconducibili a tali fattispecie.

Con riguardo al primo aspetto, i trasferimenti immobiliari possono avere ad oggetto una delle ipotesi tipiche di cui all'art. 2643 e ss. cod. civ., comprese quelle di cui agli artt. 2645 *bis* e *ter* cod. civ., onde a quelle norme occorrerà riferirsi ai fini dell'adempimento della formalità trascrittiva. Se, ad esempio, con tale accordo si costituisse a favore di un coniuge (o ex coniuge) un diritto reale abitativo, quello di cui all'art. 1022 cod. civ., la norma sulla trascrizione sarà, all'evidenza, l'art. 2643 n. 4 cod. civ.

Riguardo ai profili formali, sorge, ancora una volta, il problema di individuare, *ex art.* 2657 cod. civ., quale sia l'atto da presentare al Conservatore, non essendo l'accordo di negoziazione un atto pubblico, né una scrittura privata accertata giudizialmente o con sottoscrizione autentica, né, tantomeno, una sentenza.

La circostanza che il comma 2 dell'art. 6 d.l. 132 del 2014 preveda che, là dove il Pubblico Ministero non ravvisi irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti necessari, non conferisce certamente natura di atto pubblico all'accordo, che è e resta atto di natura privata.

Né può soccorrere, a tal proposito, l'art. 6 comma 3, in base al quale l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti della crisi familiare in esame. Tale disposizione, infatti, non è in grado di conferire all'accordo di negoziazione la natura di una sentenza, quella pretesa dall'art. 2657 cod. civ. ai fini della trascrizione.

Una possibile soluzione del problema può individuarsi nell'art. 5, comma 3, d.l. n. 132 del 2014, poco sopra commentato, onde la necessità di far accertare al notaio la sottoscrizione del processo verbale di accordo, ai fini

³⁴ Ampia trattazione e riferimenti in OBERTO, G.: "I contratti nella crisi coniugale: ammissibilità e fattispecie", in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, V., VI, *Interferenze*, a cura di ROPPO, V., Giuffrè, Milano, 2006, p. 225 ss., a cui si rinvia per le indicazioni.

trascrittivi.

Tale disposizione è specificamente prevista per l'accordo di negoziazione disciplinato nell'art. 2 del d.l. n. 132 del 2014, onde, sul piano formale, potrebbe escludersi che essa sia applicabile anche alle ipotesi qui in analisi, ove la negoziazione rileva in seno ai rapporti familiari. La circostanza, però, che il Capo II del d.l. in esame sia intitolato "accordo di negoziazione assistita da uno o più avvocati" fa ritenere che l'art. 5, comma 3, cit. sia regola generale applicabile a tutti i casi ivi tipizzati, onde anche a quello in esame.

c) Deve, infine, escludersi che un problema di trascrizione possa essere prospettato nell'ipotesi in cui la separazione consensuale, la richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio siano poste in essere davanti al Sindaco, *ex* art. 12 d.l. 132 del 2014.

Poiché tale disposizione non si applica in presenza di figli minorenni (o portatori di *handicap* o maggiorenni non autosufficienti), non può ammettersi la costituzione, per via negoziale, di un diritto abitativo in funzione della continuità dell'*habitat* domestico, né, infine, tale accordo può contenere, per precisa disposizione legislativa, patti, fra coniugi o ex coniugi, aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari da sottoporre a trascrizione.

ÍNDICE