

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/05/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37072-nuovi-spunti-interpretativi-in-merito-alla-separazione-e-al-divorzio-consensuali-avanti-all-ufficiale-di-stato-civile-alla-luce-della-circolare-del-ministero-dell-interno-n-6-2015>

Autore: Richter Paolo

Nuovi spunti interpretativi in merito alla separazione e al divorzio consensuali avanti all'Ufficiale di stato civile, alla luce della Circolare del Ministero dell'Interno n. 6/2015.

Paolo Richter Mapelli Mozzi

Nuovi spunti interpretativi in merito alla separazione e al divorzio consensuali avanti all'Ufficiale di stato civile, alla luce della Circolare del Ministero dell'Interno n. 6/2015.

Le condizioni per accedere al “modulo procedimentale amministrativo” dell'accordo innanzi all'Ufficiale di stato civile di separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio¹ sono state oggetto di un importante revirement interpretativo ad opera della Circolare del Ministero dell'Interno del 24 aprile 2015, n. 6.

Come non si era mancato di rilevare², il dover intendere l'assenza di figli minori ovvero maggiori di età ma in condizioni di particolare debolezza³ in senso assoluto — cioè comprensiva anche dei figli che i coniugi dovessero avere avuto in conseguenza di relazioni con persone diverse dal coniuge — era un'interpretazione formalmente rispettosa della lettera legge, tanto da indurre a stabilire “Che l'ufficiale di stato civile acquisisca da ciascuno dei coniugi adeguata dichiarazione circa l'assenza di figli — anche di una sola parte — [...] e disponga gli idonei controlli”⁴, ai sensi dell'art. 71 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

Era stata tuttavia evidenziata⁵ l'incoerenza, a livello logico e sistematico, di una siffatta interpretazione.

In particolare, laddove vi fosse stata la presenza di figli minori o maggiori di età ma in particolari condizioni di debolezza, i coniugi potevano ad esempio rivolgersi a due avvocati per aderire alla nuova procedura della convenzione di negoziazione assistita per la soluzione consensuale della separazione ovvero del divorzio⁶.

In questo caso, si osservava, l'eventuale autorizzazione che viene rilasciata dal Procuratore della Repubblica nel caso l'accordo risponda all'interesse dei figli, riguardava e riguarda esclusivamente la prole di entrambi i coniugi che intendono separarsi e non anche i figli che ciascuno dei due (ex) sposi può avere avuto in conseguenza di altre relazioni; questi ultimi figli, dunque, se è vero che non possono trovare tutela davanti all'Ufficiale di stato civile, non trovano una qualche forma di tutela nemmeno in occasione del vaglio giudiziale delle condizioni di separazione o di divorzio.

Si accoglie pertanto con favore la “nuova” interpretazione” del Ministero dell'Interno⁷ secondo cui il termine “figlio” deve intendersi riferito “ai figli comuni dei coniugi richiedenti”.

¹ Art. 12 D.L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162.

² Nel focus di marzo 2015, intitolato “Spunti interpretativi e note operative in merito alla separazione e al divorzi consensuali avanti all'Ufficiale di stato civile”, pubblicato in internet all'indirizzo <http://www.sepel.it> nel sito dell'editore della rivista Lo Stato Civile Italiano nonché nella rivista Semplice, n. 12/2014, edita da Demografici Associati (De.A.).

³ Vale a dire sottoposti a tutela (art. 414 Cod. Civ.), curatela (art. 415 Cod. Civ.), amministrazione di sostegno (art. 404 Cod. Civ.), portatori di handicap grave (art. 3, comma 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104), nonché economicamente non autosufficienti.

⁴ Così la Circolare del Ministero dell'Interno n. 19 del 28 novembre 2014.

⁵ Cfr. sub nota n. 2.

⁶ Ex art. 6 D.L. richiamato sub nota n. 1.

⁷ Contenuta nella Circolare richiamata nel titolo del presente intervento.

Per quanto riguarda il fatto che gli accordi di separazione e divorzio avuti all'Ufficiale di stato civile non possono contenere "patti di trasferimento patrimoniale"⁸ la primigenia interpretazione ministeriale⁹ soggiungeva che scopo della norma sarebbe stato quello di "escludere qualunque valutazione di natura economica o finanziaria nella redazione dell'atto di competenza dell'ufficiale dello stato civile", sicché "in assenza di specifiche indicazioni normative" doveva essere "esclusa dall'accordo davanti all'ufficiale qualunque clausola avente carattere dispositivo sul piano patrimoniale, come - ad esempio - l'uso della casa coniugale, l'assegno di mantenimento, ovvero qualunque altra utilità economica tra i coniugi dichiaranti".

Anche in questo caso, non si era mancato di rilevare¹⁰ come l'art. 12, comma 3 D.L. n. 132/2014 stabilisce espressamente che la separazione o lo scioglimento/cessazione degli effetti civili del matrimonio avvengono alle "condizioni tra di esse [n.d.r.: tra le parti] concordate", condizioni evidentemente aggiuntive e diverse rispetto al contenuto minimo o necessario dell'accordo di separazione o divorzio.

Peraltro, se il legislatore avesse voluto precludere la possibilità di inserire nell'accordo qualsivoglia condizione di carattere economico in senso lato, per quale ragione egli avrebbe previsto che le parti possono presentarsi davanti all'Ufficiale di stato civile per modificare le "condizioni" di separazione o di divorzio ?

Molto opportunamente, pertanto, il Ministero interviene nuovamente¹¹ per "rivedere l'orientamento già espresso [...] stante la complessità nonché la varietà delle fattispecie riconducibili" all'esclusione dei "patti di trasferimento patrimoniale".

La nuova interpretazione ministeriale specifica che i "patti di trasferimento patrimoniale" sono quelli "produttivi di effetti traslativi di diritti reali", altrimenti noti come contratti ad effetti reali o traslativi¹²; trattasi di quei contratti che producono l'effetto di trasferire immediatamente la

⁸ Cfr. art. 12, comma 3, terza proposizione D.L. richiamato sub nota n. 1.

⁹ Contenuta nella Circolare richiamata sub nota n. 4.

¹⁰ Cfr. sub nota n. 2.

¹¹ Sempre con la Circolare richiamata nel titolo del presente intervento.

¹² E' preferibile utilizzare l'espressione "ad effetti traslativi" piuttosto che quella "ad effetti reali"; l'aggettivo "reale" richiama la cosa (res), mentre la più generica dicitura "efficacia traslativa" riguarda ogni possibile diritto, ivi compresi i diritti di credito.

Da non confondere con i contratti **ad effetti** reali o (meglio) traslativi, sono i contratti reali; quest'ultima classificazione si riferisce non agli **effetti** ma al **momento** in cui si può considerare **concluso** o **perfezionato** il contratto stesso.

Elementi costitutivi dei contratti reali sono il consenso delle parti e la consegna della cosa (re perfitur obligatio); la consegna (traditio o datio rei) rappresenta dunque, nei contratti reali, un elemento costitutivo e non solo esecutivo (come avviene per i contratti consensuali). Un esempio di contratto reale è il mutuo (artt. 1813 e ss. Cod. Civ.): se Tizio chiede alla banca un prestito di diecimila euro e la banca, esaminata la richiesta, accetta la richiesta di Tizio, il contratto di mutuo non si è ancora concluso perché non è ancora avvenuta la consegna (traditio) del denaro; l'accettazione della richiesta da parte della banca vale solo quale promessa di mutuo, tipico contratto **ad effetti** obbligatori (contratto preliminare).

Peraltro, il nostro ordinamento recepisce il principio in base al quale il contratto si considera concluso "per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato" (c.d. **principio consensualistico**, scolpito dall'art. 1376 Cod. Civ.).

I contratti si perfezionano dunque, **di regola**, con il consenso delle parti; ad es. nella vendita (artt. 1470 ss. Cod. Civ.), il contratto si considera concluso con il consenso delle parti e la datio rei rappresenta solo un elemento esecutivo ovvero una delle principali obbligazioni dell'alienante (art. 1476, n. 1 Cod. Civ.); la vendita è, dunque, un contratto consensuale (perché si perfeziona con il consenso delle parti) e, **normalmente**, ad effetti reali (perché produce l'immediato trasferimento della proprietà di una **cosa determinata** o del diritto cui si riferisce); se, ad esempio Tizio vende a Caio la sua auto usata, Caio ne diviene subito proprietario anche se la consegna (datio rei) viene prevista in un momento successivo; è importante stabilire il momento in cui la proprietà si trasferisce in capo all'acquirente, poiché vige il principio res perit domino (art. 1465 Cod. Civ.: il danno derivante dal perimento dell'auto, trattandosi di cosa determinata, deve essere sopportato da Caio, quale nuovo proprietario dell'auto, sebbene l'auto non fosse ancora stata consegnata da Tizio a Caio, in base agli accordi intercorsi al momento della conclusione del contratto).

proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono, sempre con effetto immediato, diritti reali (art. 1465, comma 1, Cod. Civ.), ovvero producono l'immediato trasferimento di un diritto obbligatorio¹³.

Stante quanto sopra, non si comprende per quale ragione i "patti di trasferimento patrimoniale" dovrebbero essere soltanto quelli "produttivi di effetti traslativi¹⁴ di diritti reali"¹⁵ e non anche quelli che comportano l'effetto traslativo di un diritto obbligatorio.

Se, dunque, la vendita è un contratto consensuale "normalmente" **ad effetti reali**, vi sono tuttavia dei casi in cui il contratto di vendita si configura, secondo l'opinione prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, come un contratto consensuale **ad effetti obbligatori** (secondo altri si tratterebbe, invece, di effetti reali differiti, in virtù dell'efficacia traslativa immediata del consenso precedentemente espresso), in cui il trasferimento della proprietà della res avviene in un momento successivo al perfezionamento del contratto; si intende, in particolare, alludere al contratto di vendita di cosa generica ovvero determinata solo nel genere (es. una quantità di zucchero), dove le parti si impegnano e il trasferimento della proprietà avviene nel momento dell'individuazione della res (scelta di quella quantità di zucchero), sicché la cosa da generica viene ad essere determinata (art. 1378 Cod. Civ.), alla vendita di cose future, nel senso che il contratto prevede il trasferimento della proprietà di una res che ancora non esiste o è in corso di realizzazione, o che verrà realizzata, solitamente mediante un comportamento attivo del venditore che rappresenta gli effetti obbligatori del contratto (come, ad esempio, nel caso di vendita di immobile su carta, in cui la proprietà si trasferisce quando il bene viene edificato; nel caso in cui lo stesso venditore sia titolare di una ditta di costruzioni edilizie) e il solo effetto traslativo della proprietà si verifica nel momento in cui la res viene ad essere esistente (art. 1472 Cod. Civ.), alla vendita di cosa altrui, in cui il venditore si obbliga ad acquisire la proprietà della res e il passaggio di proprietà in capo all'acquirente ab origine della cosa si produce automaticamente nel momento in cui il venditore acquisisce nel proprio patrimonio il bene dal terzo proprietario (art. 1478 Cod. Civ.), alla vendita con riserva di proprietà, altrimenti nota come "vendita a rate", in cui il compratore acquista la proprietà della res solo con il pagamento dell'ultima rata di prezzo, assumendo, tuttavia, i rischi dal momento della consegna (art. 1523 Cod. Civ.).

Ribadito che, in virtù del principio con sensualistico, i contratti si perfezionano, di regola, con il consenso delle parti, ne consegue che i contratti reali rappresentano un'eccezione e, quindi, un *numerus clausus*: in altri termini, le parti non possono creare altri "tipi" di contratti reali rispetto a quelli espressamente previsti dal legislatore come tali; oltre al mutuo, sono contratti reali il comodato (artt. 1803 ss. Cod. Civ.), il deposito (artt. 1766 ss. Cod. Civ.), il pegno (artt. 2784 ss. Cod. Civ.), la donazione di modico valore (art. 783 Cod. Civ.), il contratto estimatorio (artt. 1556 ss. Cod. Civ.), il contratto di trasporto per ferrovia di cose (artt. 1678 ss. Cod. Civ.) e il contratto di riporto (artt. 1548 ss. Cod. Civ.).

In conclusione, in base al **momento perfezionativo**, distinguiamo i contratti consensuali (che rappresentano la regola) da quelli reali; in base **agli effetti**, si distinguono i contratti ad efficacia reale o (meglio) traslativa dai contratti ad effetti obbligatori.

Il contratto consensuale (es. vendita) può a sua volta essere ad effetti reali o traslativi (es. vendita di cosa determinata) oppure ad effetti obbligatori (es. vendita di cosa generica).

A sua volta, anche il contratto reale può essere ad effetti reali (es. il riporto, il mutuo e il pegno) oppure ad effetti obbligatori (es. il comodato e il deposito).

¹³ Es. cessione del credito (art. 1260 Cod. Civ.).

¹⁴ Effetti traslativi da intendersi in senso lato, comprensivi cioè anche degli effetti costitutivi e modificativi dei diritti reali (es. costituzione o modifica del diritto d'uso o d'abitazione sulla casa coniugale).

¹⁵ Trattasi di diritti soggettivi che attribuiscono al titolare un potere immediato e assoluto sulla cosa. Si parla di diritti reali perchè sono diritti che hanno per oggetto una cosa (res). Caratteristiche dei diritti reali sono:

- a) l'assolutezza, cioè possono essere fatti valere erga omnes (contro tutti), e non solo contro l'alienante (come i diritti relativi);
- b) l'immediatezza del potere sulla cosa, senza che sia necessaria la cooperazione di altri soggetti come, ad esempio, nelle obbligazioni;
- c) la tipicità, cioè sono tali soltanto quelli stabiliti dalla legge (si parla di numero chiuso);
- d) la patrimonialità, in quanto il contenuto è suscettibile di essere valutato economicamente.

All'interno della categoria dei diritti reali, si distinguono i c.d. *ius in re propria* e *ius in re aliena*: il primo tipo è rappresentato dal diritto di **proprietà** (art. 832 e ss. Cod. Civ.) mentre i secondi (*ius in re aliena*) sono i diritti reali su cosa altrui, o diritti "limitati", poiché si esercitano su cose di cui è proprietario altro soggetto, con conseguente riduzione delle facoltà concesse al titolare del diritto.

A loro volta, i diritti reali su cosa altrui si distinguono in diritti di godimento (**superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione, servitù prediali, obbligazioni reali o propter rem**), da non confondere con i diritti personali di godimento, che richiedono sempre l'intervento di un altro soggetto (es. bene concesso in locazione); e diritti reali di garanzia, che costituiscono un vincolo giuridico sul bene per la tutela di un credito (**pegno e ipoteca**).

Merita invece di essere condivisa l'osservazione del Ministero secondo cui *“non rientra [...] nel divieto della norma la previsione [...] di un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico [...]”*.

Trattasi di un tipico esempio di contratto consensuale ad effetti obbligatori¹⁶, dal quale origina cioè un rapporto obbligatorio, tramite il quale un soggetto (debitore) si impegna ad una prestazione, suscettibile di valutazione economica, per soddisfare l'interesse anche non patrimoniale, di un altro soggetto (creditore)¹⁷.

In questa prospettiva il Ministero soggiunge che trattasi di *“disposizioni negoziali che determinano tra i coniugi l'insorgenza di una rapporto obbligatorio che non produce effetti traslativi [n.d.r.: immediati] su di un bene determinato preclusi dalla norma”*.

Ad avviso dello stesso Ministero non potrebbe, invece, costituire *“oggetto di accordo la previsione della corresponsione, in un'unica soluzione, dell'assegno periodico di divorzio (c.d. liquidazione una tantum) in quanto si tratta di attribuzione¹⁸ patrimoniale (mobiliare o immobiliare)”*¹⁹.

In realtà, a ben vedere, l'accordo suggellato avanti all'Ufficiale di stato civile che dovesse prevedere l'obbligo di corresponsione del c.d. assegno di divorzio in un'unica soluzione, anziché in modo differito nel tempo, non muta gli effetti del *“patto”*, posto che tali effetti erano e restano obbligatori, a prescindere dalle modalità di corresponsione dell'assegno.

Con maggiore impegno esplicativo, si vuole dire che l'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio mediante la c.d. liquidazione una tantum (e, indifferentemente, mediante un'attribuzione mobiliare o immobiliare), non muta gli effetti obbligatori del *“patto”*, mentre l'effetto reale o (meglio) traslativo di attribuzione patrimoniale si realizza in un momento successivo, secondo le condizioni e i termini stabiliti nell'accordo a effetti obbligatori sottoscritto avanti all'Ufficiale di stato civile.

Per concludere, si ha dunque motivo di ritenere che con l'espressione *“patti di trasferimento patrimoniale”* il legislatore abbia voluto espungere dagli accordi che i coniugi possono sottoscrivere avanti all'Ufficiale di stato civile soltanto i contratti ad effetti reali o traslativi, secondo quanto sopra illustrato, dovendosi di conseguenza ritenere ammessi i contratti ad effetti obbligatori.

I coniugi potranno quindi obbligarsi, avanti all'Ufficiale di stato civile, ad assegnarsi l'uso della casa coniugale²⁰ così come potranno obbligarsi ad alienare la proprietà o altro diritto reale di un qualsivoglia bene, anche immobile o mobile registrato o di altro diritto; trattasi all'evidenza, per quanto fin qui detto, di *“patti”* ad effetti meramente obbligatori, che in ogni caso non producono effetti immediatamente traslativi e che quindi non ricadono nello spettro applicativo della preclusione dei *“patti di trasferimento patrimoniale”*.

I diritti reali sono diritti che hanno per oggetto una cosa (res) o, meglio, un bene; possono essere di godimento (proprietà, superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione, servitù prediali, obbligazioni reali o propter rem) oppure di garanzia (pegno sui beni mobili e ipoteca, di regola sui beni immobili).

¹⁶ Ancorché differiti nel tempo, stante la periodicità con cui il debitore è tenuto a versare l'assegno; si veda amplius sub nota n. 12.

¹⁷ Cfr. artt. 1173 e ss. Cod. Civ..

¹⁸ Il termine *“attribuzione”* appare improprio e fuorviante: nell'accordo suggellato avanti all'Ufficiale di stato civile, infatti, i coniugi si impegnano ad attribuire e a ricevere in attribuzione, mentre non attribuiscono alcunché (l'accordo suggellata avanti all'Ufficiale di stato civile non sortisce efficacia reale o traslativa ma solo obbligatoria).

¹⁹ Cfr. sub nota n. 11.

²⁰ Trattasi, infatti, di contratto consensuale ad **effetti obbligatori**.

Così, l'obbligo assunto avanti all'Ufficiale di stato civile di alienare un determinato immobile sarà adempiuto quando le parti formalizzeranno la loro volontà "traslativa" nella prescritta forma scritta²¹ nonché, per ottenere la trascrizione del contratto nei registri immobiliari ai fini dell'opponibilità ai terzi, nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata²².

Va da sé che l'Ufficiale di stato civile dovrà limitarsi a recepire solo i patti ad effetti obbligatori concordati tra le parti, senza entrare nel merito degli accordi stessi.

La convenienza di tali accordi potrà eventualmente essere valutata, prima di comparire avanti all'Ufficiale di stato civile, dall'avvocato o dagli avvocati che assistono i coniugi.

In proposito, occorre infine ricordare che gli avvocati eventualmente presenti "assistono" e non anche "rappresentano" i clienti²³; di conseguenza, unico interlocutore dell'Ufficiale di stato civile sono i coniugi, sicché gli avvocati presenti potranno, se del caso, interloquire con i loro clienti e non anche direttamente con l'Ufficiale di stato civile.

²¹ Art. 1350, n. 1 Cod. Civ..

²² Art. 2657, comma 1, Cod. Civ..

²³ In tal senso, Circolare del Ministero dell'Interno n. 19 del 28 novembre 2014.