
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

ALTERNATIVE DISPUTE REVOLUTION: LE QUESTIONI FAMILIARI ALLA PROVA DELLE PIÙ RECENTI RIFORME PROCESSUALI E SOSTANZIALI

DALLA DISCIPLINA DELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA PER LE IPOTESI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO CONSENSUALI ALLA RECENTE NORMATIVA SUL COSIDDETTO "DIVORZIO BREVE"

di Gianluca LUDOVICI¹ e Domenico DE RITO²

¹Autore dei paragrafi da 1) a 6) è l'Avv. Gianluca Ludovici (PhD in diritto dell'arbitrato interno ed internazionale). Coautore con l'Avv. Domenico De Rito del paragrafo 8).

²L'Avv. Domenico De Rito si è occupato della parte relativa ai paragrafi da 7) a 12).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La procedura: fasi, competenza, termini e natura degli atti. – 3. I parametri della convenzione di negoziazione: la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico, nonché il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive indisponibili. – 4. Il contenuto tipico e necessario della convenzione. – 5. Il ruolo del P.M.. – 6. Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di separazione. – 7. Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di divorzio. – 8. Le nuove norme sul cosiddetto divorzio breve. – 9. Negoziazione in tema di divorzio tra opportunità (mancate) e responsabilità. – 10. Segue: regime di comunione ed aspetto patrimoniale – 11. La procedura speciale in (eventuale) assenza di un avvocato: procedimento di separazione e divorzio davanti al Sindaco. – 12. Conclusioni.

Premessa.

Il D.L. 132/2014, convertito dalla Legge n. 162 in data 10.11.2014, come ormai universalmente noto, ha introdotto numerose novità nel nostro ordinamento giuridico, le quali hanno avuto particolare rilevanza soprattutto in ambito processuale o pre-processuale; il senso dell'ultimo intervento di riforma del sistema, infatti, è stato quello di potenziare gli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi o derogatori al processo, talvolta richiedendo ai contendenti, al pari di quanto già accaduto con la mediazione in materia civile e commerciale, di affrontare un passaggio obbligatorio verso la via della procedura giurisdizionale, a pena di improcedibilità della eventuale e futura domanda giudiziale.

Il tentativo di degiurisdizionalizzare buona parte delle dispute civilistiche che affollano le aule di giustizia italiane non si è limitato alle classiche ipotesi di controversie aventi esclusivamente ad oggetto situazioni giuridiche soggettive a carattere disponibile (ossia transigibili ai sensi dell'art. 1966 c.c., alienabili, rinunciabili e derogabili), ma ha finito per coinvolgere, e nei limiti che si spiegheranno tra breve, anche casi caratterizzati per loro natura da una inscindibile compresenza di posizioni tanto disponibili, quanto indisponibili: è questo indiscutibilmente il caso dei diritti e degli obblighi nascenti dai vincoli familiari e che si costituiscono, si modificano e si estinguono in ragione del progredire del rapporto tra coniugi e figli. Più precisamente, il nuovo istituto di derivazione francese³ della negoziazione assistita potrà essere applicato in via facoltativa alle ipotesi di crisi del rapporto di coniugio che sfocino nella sospensione e/o nella cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero nelle ipotesi di modifica delle condizioni di separazione o divorzio già in precedenza giudizialmente stabilite: questo non vuol dire che la convenzione di negoziazione sarà lo strumento per agire su posizioni in realtà indisponibili, che resteranno pur sempre intangibili per i rispettivi privati titolari, ma sta a significare che l'accordo di negoziazione potrà essere impiegato persino per la soluzione di questioni composite ed eterogenee, la cui complessità sarà data

³Lo strumento individuato dal Legislatore per il raggiungimento di tale obiettivo è un istituto che trova riferimento ed ispirazione nella *Loi sur l'acte de l'avocat* ovvero la negoziazione assistita, definita dallo stesso Legislatore all'art. 2, comma I come "...accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo...".

dal fatto che le decisioni adottate *inter privatos* circa situazioni giuridiche disponibili produrranno indirettamente, ma inevitabilmente, effetti anche su quelle indisponibili alle prime collegate. Pur rimanendo fermo il tradizionale e logico limite della indisponibilità per le soluzioni *ultra* o *extra* giudiziali, ammettere la possibilità di un'ipotesi di *alternative dispute resolution* per le controversie familiari di cui agli artt. 706 e ss. c.p.c. e di cui alla Legge 898/1970 si manifesta come un *quid novi* per l'esperienza giuridica italiana ed un passo nella direzione dell'ampliamento dei rimedi alternativi o derogatori rispetto alla giurisdizione statale, sorretto però non tanto dalla consapevolezza della validità dei mezzi di A.D.R., quanto dalla necessità di alleggerire il carico processuale delle corti di giustizia soprattutto in primo grado.

Senza ripercorrere in questa sede redazionale temi già trattati in precedenti scritti⁴, si appunterà ora l'attenzione sugli aspetti specifici della negoziazione assistita in tema di rapporti tra coniugi⁵, al fine di vagliare dal punto di vista dogmatico e pratico gli elementi costitutivi dell'istituto in questione, analizzando le eventuali problematiche e le relative possibili soluzioni, senza astenersi da una valutazione dello stesso, tenuto conto del contesto in cui questo è chiamato ad operare, del suo rapporto con altri strumenti giuridici aventi finalità analoghe e delle più o meno dichiarate aspettative del Legislatore.

L'esame condotto in queste pagine non potrà prescindere dalle prime pronunce giurisprudenziali emesse al riguardo ed ancor meno non potrà prescindere dal necessario coordinamento con le normative che sul piano tanto teorico, quanto pratico interagiranno con la negoziazione assistita familiare, prima fra tutte la disciplina del cosiddetto "divorzio breve"⁶.

Al riguardo, pur senza anticipare quanto si dirà in seguito (cfr. § 8), varrà sin d'ora precisare come debba accogliersi senz'altro con favore una novella che, nell'aura di una direzione di matrice europea, convogli nell'orientamento dell'abbreviazione del termine tra la separazione ed il divorzio, superando d'un tratto tutto quanto sinora di ostacolo su questo cammino, così come appare apprezzabile il tentativo di ricondurre alla sfera negoziale un aspetto della vita privata involgente diritti personali e rapporti patrimoniali e familiari, sino ad ora considerati indisponibili.

La procedura: fasi, competenza, termini e natura degli atti.

Il procedimento di negoziazione assistita *in subiecta materia*, a differenza di quella generalmente prevista dall'art. 2 D.L. 132/2014, si compone di due fasi

⁴Sia consentita l'autocitazione G. LUDOVICI - D. DE RITO, *L'insostenibile leggerezza della degiurisdizionalizzazione*, 2014, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014;

⁵Sull'argomento della negoziazione assistita in sede familiare si vedano necessariamente tra i primi più rilevanti commenti: A. MEI, *La mediazione familiare e la convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli nei procedimenti consensuali di separazione, divorzio e modifiche: due modi diversi di risolvere la crisi*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014; M. RINALDI, *D. L. n. 132/2014, separazione e divorzio consensuali: addio Tribunali? Si va direttamente all'ufficiale dello stato civile*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014; A. CICCIA, *La negoziazione assistita per separazioni e divorzi*, Italia Oggi, 2014, 21; S.U. DE SIMONE, *Le negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

⁶Legge in data 11.05.2015, n. 55, pubblicata in G.U. del 06.05.2015.

che potremmo definire rispettivamente *extra*-giudiziale e giudiziale⁷, nel senso che la prima è rimessa esclusivamente alla volontà ed alla autonomia negoziale dei coniugi, mentre la seconda prevede un passaggio obbligato attraverso il tribunale, che a seconda delle ipotesi che tra poco si prenderanno in considerazione, verrà adito nella persona del Procuratore della Repubblica e/o del Presidente del Tribunale competente per territorio.

Con riferimento alla prima fase *nulla quaestio*, poiché gli incumbenti e la procedura sono i medesimi previsti dall'art. 2 del decreto legge in commento, con la particolarità della necessaria presenza di un avvocato per parte, al fine di rendere effettiva anche sul mero piano formale l'esistenza di una trattativa e del raggiungimento di un risultato concordato tra le parti. A fianco a questo elemento di diversità deve rilevarsi pure che si versa in casi di negoziazione facoltativa ossia di negoziazione che non costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, residuando in capo ai coniugi che vogliono addivenire ad una separazione e/o ad un divorzio la possibilità, oltre che dell'esperimento della procedura particolare a mezzo dell'Ufficio del Sindaco (che sarà oggetto di autonoma trattazione nel presente scritto), di procedere nelle forme ordinarie del ricorso giurisdizionale. Peraltro la Legge consente la facoltà della negoziazione assistita in ambito familiare alle sole ipotesi di sospensione o cessazione degli effetti civili del matrimonio oppure di scioglimento del medesimo caratterizzate dalla consensualità della scelta dei coniugi e ciò sul non dichiarato presupposto che la conflittualità persistente anche dopo l'intervento di avvocati o mediatori familiari sia di tipo irriducibile e non sia, quindi, idonea ad una soluzione "negoziata" nelle forme e nei modi dell'*alternative dispute resolutions* previsti dall'ordinamento giuridico. In buona sostanza, coloro che intendano avvalersi dello strumento di cui all'art. 6 del decreto legge in esame dovranno procedere a concludere in forma scritta prevista a pena di nullità un accordo mediante il quale si convenga di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia e che contenga sia il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, che in ogni caso non dovrà essere inferiore a un mese, e l'oggetto della controversia, che non dovrà riguardare diritti indisponibili e che, nel caso in esame, non potrà che essere quello della separazione, del divorzio o della modifica di condizioni di separazione e/o divorzio precedentemente stabilite in via consensuale o giudiziale: esiste anche un contenuto specifico dell'accordo di negoziazione nelle ipotesi *de quibus*, contenuto del quale si darà compiutamente atto *infra* e che per ora può essere semplicemente indicato con l'obbligo di attestare che "*gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare*", nonché che gli stessi "*hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori*". In ogni caso gli avvocati certificheranno l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale. Una volta compiuti questi incumbenti si potrà pervenire al secondo e più specifico momento.

⁷La fase giudiziale non sarà comunque soggetta alla sospensione feriale, come ha avuto modo di chiarire il Ministero di Giustizia con nota in data 13.03.2015, n. 2309, per cui nel procedimento di negoziazione assistita non è applicabile la sospensione feriale dei termini processuali di cui all'art. 1, Legge n. 742/1969 e ss. mm. ed ii., in coerenza con la natura del procedimento non giurisdizionale.

Quanto alla seconda fase, l'attuale versione dell'art. 6 D.L. 132/2014 opera una distinzione di fondo basata sulla presenza o meno di soggetti deboli per età o per carenze fisico-psichiche ovvero socio-economiche, prevedendo una procedura formalmente e sostanzialmente differenziata diretta ad offrire una teorica tutela più stringente in ipotesi di coinvolgimento di figli minorenni o maggiorenni in posizione comunque "disagiata". Il comma II dell'art. 6 dispone, infatti, che in mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, comma III, Legge n. 104/1992, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita verrà trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente il quale, quando non ravviserà "irregolarità" (il termine impiegato dal Legislatore è volutamente generico), comunicherà agli avvocati il nullaosta per l'assolvimento dei successivi adempimenti. Al contrario, in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita dovrà essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente, il quale, allorquando riterrà che l'accordo risponda all'interesse dei figli, lo autorizzerà; laddove tale valutazione dovesse avere esito negativo, il medesimo Procuratore della Repubblica lo trasmetterà, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale territorialmente competente, il quale a sua volta disporrà, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti, provvedendo senza ritardo.

Per primo va evidenziato l'ambito di applicazione dell'istituto in esame: rispetto all'originaria formulazione in sede di conversione si sono apportate significative modifiche al testo del decreto legge in commento, cosicché la norma di cui all'art. 6 si rivolge ora anche ai casi in cui vi sia presenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti economicamente o incapaci o portatori di *handicap* grave. La differenza di soggetti sensibili coinvolti nelle due ipotesi regolate dalla norma *de qua* si riverbera, come già visto in *incipit* di paragrafo, sulla differente disciplina della procedura da seguire nell'uno e nell'altro caso, nonché nella sostanza del controllo operato dalla Procura della Repubblica.

Nella prima ipotesi, infatti, è sufficiente che il vaglio di conformità dell'accordo dei coniugi rispetto all'ordinamento giuridico si appunti sulla assenza di irregolarità: ciò, nonostante l'eccessiva genericità del termine, sembra opportuno debba intendersi come assenza di clausole contrarie all'ordine pubblico interno ed allo *ius cogens* ossia alle norme imperative (inderogabili ed irrinunciabili) dell'ordinamento giuridico stesso. In tal senso depone anche un'interpretazione di tipo sistematico rispetto agli altri commi dell'art. 6 ed alle disposizioni dettate dal D.L. 132/2014, in quanto, come tra breve si vedrà, tanto le disposizioni in tema di contenuto dell'accordo di negoziazione, quanto le regole che impongono il rispetto di certi parametri, richiedono l'assoluto rispetto dei principi fondanti e fondamentali operanti *in subiecta materia* nel sistema giudiziario italiano. In caso di rigetto dell'accordo, pur nel silenzio della Legge, si ritiene che la convenzione negoziale tra i coniugi dovrà essere rivisitata in ossequio ai rilievi mossi dal P.M. e conseguentemente ripresentata per un nuovo ed ulteriore vaglio di regolarità; laddove il controllo abbia esito positivo, invece, verrà rilasciato un nullaosta che consentirà alla parti o meglio ai rispettivi avvocati di porre in essere gli adempimenti di tipo amministrativo

diretti a rendere effettivamente operante (*rectius*: esecutivo) il contenuto della convenzione.

Nel secondo caso, invece, il D.L. 132/2014, così come convertito dalla Legge 162/2014, è previsto un preventivo esame da parte della Procura della Repubblica che abbia ad oggetto il soddisfacimento degli interessi dei figli dei coniugi in procinto di separazione o di divorzio o, più correttamente, l'assenza di pregiudizio per gli interessi della prole minorenni o maggiorenne ma in situazione di disagio rilevante ai sensi e per i fini del decreto legge in argomento⁸. L'espressione richiama quella di cui all'art. 155 *quater* c.c. dettata in tema di assegnazione della casa coniugale, che deve avvenire per l'appunto nel rispetto dell'interesse della prole a permanere nell'*habitat* domestico⁹, nonché quella di cui alla Legge n. 54/2006, cosiddetta "legge sull'affido condiviso", la quale prevede che l'affidamento del minore avvenga nell'esclusivo interesse di quest'ultimo¹⁰; in realtà quello del soddisfacimento preventivo del primario interesse della prole è una sorta di *lietmotiv* o *fil rouge* nel diritto di famiglia italiano previsto sia a livello normativo, sia a livello giurisprudenziale ed è espressione della necessità di tutela di quei soggetti che nel nucleo familiare, ancor più in situazioni di crisi dei coniugi e delle loro relazioni, appaiono i più deboli e soprattutto i più esposti, tanto sul piano personale, quanto su quello economico, alle spiacevoli conseguenze delle scelte dei propri genitori. Fermo restando che dovrà operarsi sempre una valutazione concreta effettuata caso per caso, l'interesse dei figli, dunque, risulterà astrattamente tutelato tutte quelle volte in cui non risultino pregiudicate le linee di indirizzo educativo, formativo, religioso le quali siano destinate ad incidere profondamente sulla formazione come persona dei figli, e siano, pertanto, in condizioni di svolgimento non critico dei rapporti coniugali e parentali, rimesse ad un esercizio congiunto della responsabilità genitoriale. Ne deriva che la convenzione di negoziazione assistita dovrà in questi casi avvenire senza pregiudizio per le decisioni sull'educazione (scolastica ed *extra-scolastica*) dei figli, per la scelta in merito alla confessione religiosa ed alle pratiche connesse, per le decisioni inerenti la salute dei figli ed ai relativi trattamenti sanitari e farmacologici. Dal punto di vista prettamente patrimoniale, l'interesse dei figli (minori) dovrà essere tutelato nel rispetto dell'art. 320 c.c.: l'accordo di negoziazione non dovrà, allora, essere lo strumento mediante il quale vengano compiuti atti di straordinaria amministrazione del patrimonio della prole, attività che come noto può essere

⁸Il riferimento all'interesse dei figli non è certamente confinabile alla sola prole minore di età, poiché solo una considerazione di tutte le categorie di figli ricompresi dalla normativa in esame può realizzare una effettiva e concreta tutela. In tal senso si veda pure: S.U. DE SIMONE, *Le negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in www.questionegiustizia.it, 2015, il quale ha argomentato sulle motivazioni per cui il Legislatore ha escluso la categoria dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché si è interrogato sul fatto "se i figli maggiorenni non economicamente autosufficienti i quali si sentano lesi nel loro diritto a godere di un contributo al mantenimento dall'accordo raggiunto dai loro genitori possano intervenire nella procedura per impedire il rilascio dell'autorizzazione ovvero ancora se, emessa l'autorizzazione dal P.M., essi siano legittimati ad impugnare l'atto frutto della negoziazione assistita, visto che a seguito dell'autorizzazione l'accordo viene direttamente trasmesso all'ufficiale dello stato civile per la annotazione nei registri di matrimonio o negli atti di nascita".

⁹Cfr. Cass., Sez. I, sentenza in data 15.07.2014, n. 16171, in www.altalex.com.

¹⁰Cfr. Cass., Sez. I, sentenza in data 03.12.2012, n. 21591, in www.altalex.com.

realizzata dai genitori solo se necessitata e previamente autorizzata dal Giudice tutelare, il quale ne dovrà verificare evidentemente la rispondenza agli interessi patrimoniali, economici e finanziari dei figli minorenni. Il controllo che la Procura dovrà operare non sostituirà mai il vaglio autorizzativo del Giudice tutelare, ma nella sostanza coinciderà *in parte qua* con quest'ultimo, atteso che si concretizzerà in una valutazione della convenienza ed opportunità delle decisioni dei coniugi-genitori.

In ottica prettamente procedurale, le prime applicazioni pratiche inducono a ritenere che il parere negativo del P.M. possa essere sconfessato dal Tribunale in persona del Presidente: si consideri al riguardo la pronuncia del Tribunale di Palermo, che chi scrive ritiene assolutamente condivisibile, secondo cui *"in tema di negoziazione assistita per la soluzione consensuale della separazione personale, ed, in particolare, in ordine ai poteri di verifica da parte dell'organo giurisdizionale della corrispondenza delle condizioni pattuite all'interesse dei figli, posto che il parere del P.M. è obbligatorio ma non certamente vincolante, deve ritenersi che il presidente del Tribunale, rivalutate le condizioni, le ragioni addotte a sostegno dell'accordo e la documentazione allegata, possa, in difformità al parere del P.M., ravvisare, invece, l'adeguatezza delle condizioni e sufficientemente salvaguardati gli interessi della prole, così da potere autorizzare l'accordo"*¹¹. Il Tribunale di Torino e parte dei primi commentatori¹², con un respiro più ampio hanno ritenuto che una volta trasmesso l'accordo non munito del *placet* al Presidente del Tribunale, questi fissi udienza, consentendo alle parti che non vogliano aderire supinamente ai rilievi dell'Ufficio del Pubblico Ministero di formalizzare una specifica istanza con cui introdurre delle modifiche sostanziali all'accordo già depositato: conseguentemente il Tribunale Piemontese ha chiarito come, qualora le parti non abbiano depositato alcun ricorso "integrativo" dell'accordo *de quo* e le stesse "comparendo davanti al Presidente dichiarino di aderire pienamente ai rilievi effettuati dal PM, l'accordo potrà essere autorizzato dal Presidente (di conseguenza restando nell'alveo della de-giurisdizionalizzazione di cui alla L.162/14)"¹³.

¹¹Sic: Trib.Civ. Palermo, sentenza in data 24.3.2015, in www.lanuovaproceduracivile.com.

¹²Trib.Civ. Torino, ordinanza in data 20.04.2015, in G. VACCARO, *Negoziazione assistita, no del PM all'accordo di separazione: la prima pronuncia è del Tribunale di Torino, 2015*, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

¹³Sic: Trib.Civ. Torino, ordinanza in data 20.04.2015, in G. VACCARO, *Negoziazione assistita, no del PM all'accordo di separazione: la prima pronuncia è del Tribunale di Torino, 2015*, in www.diritto24.ilsole24ore.com, secondo il quale: "Al contrario, ove le parti abbiano integrato, giusto lo specifico provvedimento di fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti, l'originario Accordo - non autorizzato- con una domanda giudiziale, nel rispetto dei canoni procedurali, ben si potrà considerare il primitivo accordo "rinunciato" con l'archiviazione del relativo fascicolo e la contestuale discussione, nella medesima udienza, del "nuovo" procedimento, iscritto al ruolo giusta la domanda "giurisdizionale" correttamente formulata, così potendo provvedere "senza indugio" nel merito, con il successivo passaggio della relativa pronuncia, avanti al PM per gli adempimenti normativi previsti dalla via ordinaria". In tema di primi contrasti giurisprudenziali sulla procedura giudiziale da seguire e sugli esiti del controllo della Procura della Repubblica si prenda in considerazione G. SPINA, *Negoziazione assistita familiare con figli minori: cosa accade se il PM non autorizza l'accordo? Contrasto giurisprudenziale nella prima giurisprudenza di merito*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2015.

Sebbene la Legge non dica nulla al riguardo, è ovvio attendersi che anche in questo caso il Pubblico Ministero, a fianco al controllo del rispetto degli interessi della prole minorenni o disagiata, debba sempre procedere ad un vaglio di regolarità analogo, se non identico a quello della prima ipotesi e ciò sia per ragioni di sistematicità, quanto di logicità (giuridica); ne deriva che anche in questo secondo caso l'accordo dovrà sempre rispettare le norme imperative e l'ordine pubblico, nonché essere conforme al paradigma procedurale degli artt. 2 e ss. D.L. 132/2014. L'esito positivo del vaglio del P.M. produce lo stesso effetto autorizzativo del nullaosta della prima ipotesi, consentendo alle parti ed ai loro avvocati di proseguire nell'*iter* amministrativo che approderà dinanzi all'Ufficiale dello Stato Civile per "legalizzare" e consacrare l'accordo di negoziazione. L'esito negativo, invece, conduce alla prosecuzione in sede giudiziale davanti al Presidente del Tribunale, il quale provvederà alla soluzione del caso concreto senza particolari formalità e soprattutto senza ritardo.

I termini cronologici indicati dalle norme in commento (i 5, 10 e 30 giorni che cadenzano i passaggi dal P.M. al Presidente del Tribunale) debbono intendersi avere carattere ordinatorio e ciò in conformità con l'art. 152 c.p.c., che stabilisce come il carattere perentorio dei termini debba essere espressamente indicato dalla Legge; ne deriva che il mancato rispetto dei medesimi non darà luogo ad alcuna conseguenza né per il procedimento, né per l'Ufficio che avrà determinato l'inadempimento del precetto normativo. Analogamente deve ritenersi per l'espressione "senza ritardo", la quale identificando un intervallo temporale assolutamente indeterminato dovrà essere interpretata nel senso di una sorta di vera e propria esortazione a provvedere in tempi rapidi, senza che al mancato ascolto della stessa sia collegata alcuna sanzione. I rilievi sin qui mossi in tema di non perentorietà dei termini, soprattutto all'esito della approvazione delle modifiche contenute nella Legge di conversione 162/2014, che hanno introdotto l'obbligatorietà dell'intervento del P.M. in caso di assenza di figli minorenni o maggiorenni in situazione di disagio socio-economico o fisico-psichico, rendono chiaro come il risparmio sui tempi delle procedure di separazione e divorzio consensuali sia stato in buona parte vanificato proprio dal provvedimento parlamentare di conversione, atteso che la necessità della fase "giudiziale" in qualunque situazione, seppur con il solo vaglio della procura della Repubblica, giustificherà (di fatto ed in costanza di termini procedurali meramente ordinatori) i consueti ritardi nelle decisioni dei magistrati, essendo certamente questi ultimi oberati da un eccessivo carico lavorativo; ciò si farà ancor più sentire, poi, in ipotesi di situazioni familiari connotate dalla presenza di prole minore di età o nelle condizioni di disagio previste *ex lege*, in cui la celerità dell'intervento è auspicabile e necessaria.

In secondo luogo si deve precisare come la norma in argomento presupponga la competenza territoriale prevista già dal codice di procedura civile in materia di separazione e divorzio¹⁴; il rinvio alle disposizioni di cui agli artt. 18 e/o 706

¹⁴Con la possibilità di applicare le regole generali in materia di competenza di cui agli artt. 18 ss. ovvero di applicare i criteri specifici previsti dal Legislatore per le separazioni personali dei coniugi di cui all'art. 706 c.p.c. (così come recentemente modificato dall'art. 2 comma III, lett. e) *ter* del Decreto Legge in data 14.03.2005, n. 35, convertito con modificazioni nella Legge in data 14.05.2005, n. 80). Sul punto si veda: D. PERRONE, *Criterio della competenza territoriale nel procedimento di separazione consensuale*, 2014, www.altalex.com, secondo cui: "Ora, risulta condiviso anche in giurisprudenza l'orientamento in base al quale qualsiasi domanda di

e ss. c.p.c. è implicito ed indiretto, ma altrettanto ovvio se si considera che nessuna deroga al riguardo è contenuta nella disciplina dell'art. 6 D.L. 132/2014. Conseguentemente la proposta di accordo elaborata in sede di negoziazione assistita sarà sottoposta al vaglio della Procura della Repubblica presso il Tribunale del luogo dell'ultima residenza dei coniugi o, in mancanza, del luogo nel quale il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio: se quest'ultimo risiede all'estero, la competenza spetta al giudice del luogo dell'ultima residenza o domicilio del ricorrente, mentre se entrambi i coniugi sono residenti all'estero sarà competente qualunque Tribunale della Repubblica. La terminologia impiegata dalle norme del codice di rito dovrà essere adeguata in ragione del carattere "negoziato" delle iniziative dirette alla regolamentazione della sospensione e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio, considerato che analogamente a quanto accade nelle procedure di separazione e/o divorzio consensuali non esiste un vero e proprio "ricorrente", né un vero e proprio "convenuto", ma tutt'al più una parte che ha dato origine alla trattativa in cui si sostanzia la negoziazione assistita (paragonabile al ricorrente) ed una parte che ha ricevuto l'invito a risolvere stragiudizialmente la *querelle* insorta (paragonabile al convenuto-resistente).

Particolare interesse riveste la questione della natura dell'accordo raggiunto dai coniugi dopo il nullaosta del P.M. o dopo l'eventuale provvedimento giudiziale emesso in caso di rilevata "non contrarietà" dell'accordo agli interessi dei figli nella seconda ipotesi di negoziazione in materia familiare. A tal proposito recita testualmente che l'art. 6, comma III: "*L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*". Ne deriva che nessun problema si pone circa l'inquadramento giuridico, particolarmente in tema di efficacia¹⁵, degli accordi realizzati tra i coniugi in vista della sospensione o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, laddove i medesimi abbiano superato con successo il controllo del Pubblico Ministero sulla regolarità procedurale (rispetto della cronologia della negoziazione, nonché dei contenuti e della forma dell'accordo) e sostanziale (disponibilità dei diritti, conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico) ovvero sull'assenza di pregiudizi per gli interessi della prole minore di età o nelle condizioni di disagio di cui si è detto: tali atti sono parificati *ex lege*

separazione, anche consensuale, debba comunque seguire le regole speciali in materia di competenza di cui all'art. 706 del codice di procedura civile. Tale conclusione, infatti si può agevolmente dedurre a contrario da diverse pronunce della Suprema Corte¹, in cui si afferma appunto la necessaria applicabilità delle regole comuni di cui agli artt. 18 e seguenti del codice di procedura civile nel caso di domande di modifica dei provvedimenti esclusivamente di contenuto patrimoniale disposti dal giudice nel corso del procedimento di separazione. In altre parole, nel caso di provvedimenti aventi contenuto esclusivamente patrimoniale, adottati ai sensi dell'art. 710 o dell'art. 711, quinto comma, del codice di procedura civile, si dovranno applicare le ordinarie regole in tema di competenza (per materia, per valore, per territorio), mentre in tutti i restanti casi si dovrà fare riferimento anche per la separazione consensuale alle regole previste in tema di separazione su domanda unilaterale ex art. 706 del codice di procedura civile, così come recentemente modificato dall'art. 2 comma 3° lett. e ter del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni nella L. 14 maggio 2005, n. 80".

¹⁵ In argomento si consideri: S.U. DE SIMONE, *Le negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, in www.questionegiustizia.it, 2015.

e *quoad effectum* al decreto di omologa della separazione o del divorzio consensuali emessi dal Tribunale in composizione collegiale ovvero alle sentenze che nella stessa composizione il Giudice pronuncia all'esito della procedura giudiziale, per cui saranno vincolanti per le parti¹⁶. Affinché una simile efficacia venga espressa dall'accordo di negoziazione *in subiecta materia* il decreto legge in esame impone agli avvocati delle parti coinvolte nella "disputa" di assolvere, sotto pena di rilevantissima sanzione amministrativa, l'obbligo di trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto¹⁷, copia autenticata dagli stessi dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5 D.L. 132/2014 ossia delle attestazioni relative alla conformità della convenzione alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Il richiamo al citato art. 5 sembra opportuno debba essere considerato integrale, cosicché il superiore vaglio da parte della Procura della Repubblica dovrebbe ritenersi non certamente sostitutivo del controllo operato dal Pubblico Ufficiale al momento della autentica delle sottoscrizioni del verbale di accordo, qualora con quest'ultimo i coniugi abbiano realizzato un contratto o un atto soggetti a trascrizione.

Analogamente non sorgono problemi per la qualificazione degli atti ordinatori e/o decisori posti in essere dal Tribunale all'esito del controllo negativo operato dal P.M. relativamente all'interesse dei figli; il confluire della procedura in sede giudiziale, nell'ambito dei procedimenti di cui all'art. 711 c.p.c. fa sì che gli atti adottati dall'organo giurisdizionale in fase presidenziale e camerale rispondano al paradigma legale predisposto dall'ordinamento processualciviltistico, in modo tale che i coniugi ne risulteranno vincolati in virtù di quanto previsto dal codice di rito.

Discorso a parte meritano, invece, gli atti realizzati dalla Procura della Repubblica: pur nel censurabile silenzio del Legislatore quanto alla forma dei provvedimenti *de quibus*, criticata anche in sede di lavori parlamentari¹⁸, nonché tenuto conto della natura del controllo operato dal Pubblico Ministero e delle funzioni svolte da quest'ultimo in relazione all'accertamento circa l'assenza di irregolarità e di pregiudizi per la prole minorenni o maggiorenne disagiata (a seconda che si versi nella prima o nella seconda ipotesi normativa), quella operata dal Procuratore della Repubblica è più che altro un'attività di carattere amministrativo¹⁹, destinata a produrre effetti endoprocedimentali e mai definitivi o sostanzialmente decisori.

¹⁶Come noto secondo autorevolissima dottrina (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, VII, Milano, 2013), che si condivide senza riserve, le sentenze hanno *inter partes* la stessa efficacia dei contratti, ragion per cui laddove i contendenti raggiungano un accordo in tal senso e pur sempre in ipotesi di statuizioni che involgano posizioni giuridiche disponibili, è sempre ammessa una deroga al *dictum* giudiziale.

¹⁷A seconda che si tratti di matrimonio civile o concordatario. Cfr. sul punto M. RINALDI, *D. L. n. 132/2014, separazione e divorzio consensuali: addio Tribunali? Si va direttamente all'ufficiale dello stato civile*, in www.lanuovaproceduracivile.com, 2014.

¹⁸Cfr. A. CICCIA, *La negoziazione assistita per separazioni e divorzi*, Italia Oggi, 2014, 21.

¹⁹Nel senso della rilevanza prettamente amministrativa dell'attività e degli atti del P.M. *in subiecta materia* si è pure espresso il Ministero della Giustizia, con nota in data 13.03.2015, n. 2309, in virtù della quale è stato chiarito che quando l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita viene depositato presso la Procura della Repubblica al fine di ottenere l'autorizzazione o il nulla osta richiesto dalla Legge, non è dovuto il pagamento del contributo unificato, proprio in considerazione del fatto che "nel procedimento di negoziazione assistita il

Nel caso in cui siano assenti figli minori e figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti, il P.M. si trova nell'alternativa di acconsentire o meno all'accordo; nel primo caso rilascia un vero e proprio nullaosta che consente alle parti ed ai rispettivi avvocati di procedere con le comunicazioni all'Ufficiale dello Stato Civile, mentre nel secondo mette i coniugi ed i rispettivi procuratori nella condizione di presentare di nuovo l'accordo con le opportune modifiche rese necessarie dai rilievi effettuati dalla Procura della Repubblica. Per tale motivo e nonostante il silenzio della Legge al riguardo, nonché in forza di ragioni di mera logica giuridica e di coerenza di sistema, chi scrive ritiene che il provvedimento di rigetto debba contenere un *minimum* di motivazione, finalizzata a porre i destinatari del diniego nella posizione di rivedere e calibrare il nuovo accordo nel rispetto dei parametri normativi e legali eventualmente violati.

Qualora si sia in presenza di figli minori e di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti le osservazioni sin qui svolte nella sostanza non cambiano: se la situazione è assolutamente identica per l'ipotesi del rilascio del consenso alla prosecuzione dell'*iter* verso la registrazione dell'accordo presso i registri dello stato civile, per l'ipotesi di diniego la decisione del P.M. mantiene ancor di più un carattere amministrativo endoprocedimentale, atteso che invece di rimettere la questione ai coniugi, la vicenda prosegue in sede giudiziale e sul provvedimento della Procura della Repubblica, così come su tutti gli altri aspetti coinvolti dall'accordo di negoziazione, si pronuncerà direttamente il Tribunale, in persona del Presidente, il quale, con il conforto dato dalla giurisprudenza di primo grado sin qui elaborata e *supra* richiamata²⁰, sarà assolutamente libero di esprimere valutazioni contrarie a quelle del P.M. e ritenere corretto l'accordo raggiunto dai coniugi.

I parametri della convenzione di negoziazione: la conformità alle norme imperative ed all'ordine pubblico, nonché il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive indisponibili.

Sotto il punto di vista dei parametri legali da rispettare per l'espletamento della procedura di negoziazione assistita in ambito familiare, l'art. 6 D.L. 132/2014 non prevede particolari differenze rispetto alla procedura di cui all'art. 2 del medesimo testo normativo, anzi considera gli stessi elementi che fanno da argine al tentativo di risolvere stragiudizialmente la controversia attraverso lo strumento della negoziazione. In altri termini, l'accordo eventualmente raggiunto dai coniugi in vista della separazione e/o del divorzio dovrà comunque risultare conforme alle norme imperative ed all'ordine pubblico ossia a quelle disposizioni espresse ed a quei principi impliciti che caratterizzano l'ordinamento e ne costituiscono la sua parte normativa irrinunciabile. Entrambi i parametri in questione, talvolta insieme al cosiddetto "buon costume", sono tradizionalmente previsti nel sistema di diritto italiano

procuratore della Repubblica svolge un'attività di controllo e verifica con caratteri di natura amministrativa in sintonia con lo spirito e la ratio della Legge che ha degiurisdizionalizzato la materia in oggetto".

²⁰ Trib.Civ. Palermo, sentenza in data 24.3.2015, in www.lanuovaproceduracivile.com.

come linee guida oltre le quali non può muoversi l'autonomia negoziale dei singoli, ponendosi a garanzia della coerenza logico-giuridica dell'intero ordinamento interno.

Per norma imperativa deve, quindi, intendersi secondo il più preferibile orientamento dottrinario²¹ *"la norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata"*. Il ricorso a soluzioni definitorie non codificate in testi normativi è conseguenza del fatto che il codice di diritto sostanziale non contiene una nozione delle norme imperative, né offre un'elencazione, neppure indicativa, delle singole disposizioni da considerare tali, tanto che, come autorevoli voci dottrinarie hanno avuto l'occasione di rilevare, *"si è chiamati a relazionare questa clausola elastica con l'intero sistema di diritto al fine di riempirla con i doverosi e necessari contenuti logico-giuridici"*²²: in estrema sintesi l'opera di individuazione caso per caso è rimessa all'interprete che dovrà procedere ad un'indagine sullo spirito della norma, in virtù del quale enucleare il carattere imperativo di una disposizione dalla indisponibilità dell'interesse tutelato dalla stessa, con particolare riferimento per la materia in esame agli *status* ed alle condizioni dei coniugi e dei figli. Dal punto di vista teorico si è, a bene vedere, in presenza di una linea discriminante molto sottile tra le norme di applicazione necessaria in esame e quelle che attribuiscono i diritti indisponibili, anche se sul piano pratico entrambe le categorie risultano intangibili a mezzo della negoziazione assistita.

L'ordine pubblico, invece, deve essere inteso come il nucleo di principi (e non delle norme scritte) espressione di precetti fondamentali e fondanti l'ordinamento giuridico in una parte specifica dello stesso e, nella sua accezione etico-politica e socio-economica, talvolta già desumibile dalle disposizioni espresse contenute nei testi normativi. Secondo taluni l'ordine pubblico è una formula descrittiva e riassuntiva dei precetti già posti in modo autonomo dalle singole norme imperative. Secondo un'opinione dottrina più recente, invece, l'ordine pubblico è in realtà l'espressione di una clausola generale che consente un utilizzo giurisprudenziale del principio, con ciò alludendo molto probabilmente alla possibilità di estrinsecazione da parte dei giudici, interpreti della norma in sede di risoluzione delle controversie, dello spirito essenziale ed incontrovertibile desumibile dalle disposizioni pronunciate *expressis verbis*.

Nell'ambito dei rapporti familiari, come per altri settori del diritto sostanziale, le norme imperative e l'ordine pubblico costituiscono una sorta di endiadi espressione di un nucleo invalicabile ed intangibile di norme e principi assolutamente inderogabili, date al fine di realizzare quelle garanzie riconosciute dal sistema giudiziale ai soggetti che nell'ambito del rapporto

²¹ C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, 393, per cui l'imperatività della norma giuridica consiste nella sua necessaria cogenza o inderogabilità; RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 585 e ss.

²² A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 120, il quale rileva che proprio la mancanza di una nozione legale della norma imperativa fa sì che diventi compito dell'interprete ricavarne la relativa nozione dall'intero sistema giuridico.

familiare possono e sono il più delle volte in posizione di "svantaggio" o di "subordine" non soltanto di natura economica. In tal senso la previsione di tali parametri ben si concilia con la necessità che la negoziazione, così come qualsiasi "attività" giuridicamente rilevante posta in essere dai singoli privati, abbia ad oggetto diritti disponibili, la qual cosa, pertanto, non deve essere ritenuta prerogativa della negoziazione assistita per le materie di cui all'art. 2 D.L. 132/2014, ma più in generale anche per la negoziazione assistita in tema di famiglia; nel caso di specie distinguere la disponibilità o meno di una situazione giuridica soggettiva sarà evento certamente più arduo atteso che i rapporti che si instaurano all'interno di un nucleo familiare con il matrimonio e/o con la filiazione tendono a sovrapporsi ed a costituire un complesso di non facile soluzione, nonché considerato che alcuni rapporti economici (tradizionalmente ritenuti *lato sensu* afferenti a posizioni giuridiche disponibili) non possono certamente ritenersi rinunciabili e/o derogabili in ragione del soddisfacimento di esigenze di carattere non esclusivamente privatistico, quali ad esempio il diritto agli alimenti.

In estrema sintesi la negoziazione assistita in caso di sospensione o cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero di scioglimento del medesimo dovrà avvenire con estrema cautela, dovendosi avere cura di discernere *cum grano salis* quali situazioni giuridiche possano esserne coinvolte e quali soluzioni siano più rispondenti non solo alle esigenze dei singoli coniugi, ma soprattutto dei figli minori e/o maggiorenni in difficoltà normativamente rilevante e riconosciuta. Non appare secondario che in questo ambito il ricorso alla negoziazione sia "confinato" ai casi di separazione e di divorzio consensuali e sia comunque del tutto eventuale (*id est*: facoltativo), in quanto rimesso alla volontà unanime di entrambi i coniugi, così come non appare secondario che a differenza della negoziazione assistita in generale sia previsto in ogni caso un passaggio pseudo-giudiziale mediante il ricorso al vaglio di un soggetto, la Procura della Repubblica presso il Tribunale territorialmente competente, che ha funzioni di garanzia del rispetto dell'intero sistema giuridico all'interno del quale avviene l'evento "separazione" o "divorzio", la quale dovrà rilevare irregolarità non solo di carattere formale o procedurale, ma soprattutto di ordine sostanziale (rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e della disponibilità dei diritti coinvolti nella vicenda).

Il contenuto tipico e necessario della convenzione.

Si è già avuto modo di chiarire come la negoziazione assistita in tema di separazione e divorzio sia, per quanto afferisce alla prima fase, sostanzialmente identica alla negoziazione prevista in generale dall'art. 2 D.L. 132/2014: ciò vuol dire che saranno sempre e comunque indispensabili la pronuncia di cooperazione in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia, l'indicazione del termine temporale non inferiore a trenta giorni per l'espletamento della procedura, nonché l'enunciazione dell'oggetto della controversia, in modo tale che possano essere chiare le situazioni giuridiche soggettive coinvolte nella disputa.

Tuttavia, a differenza di tutti gli altri casi per cui l'esperimento dell'istituto alternativo alla giurisdizione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, il contenuto necessario viene qui incrementato da ulteriori elementi tipici, propri delle sole ipotesi di sospensione o cessazione degli effetti civili del

matrimonio. L'art. 6, comma III D.L. 132/2014 è inequivocabile al riguardo: gli avvocati dei coniugi dovranno dare atto dell'avvenuto effettivo tentativo di conciliare le parti, dell'aver rilasciato un'informativa circa la possibilità per le parti di ricorrere alla mediazione familiare, nonché l'informativa sulla necessità dei coniugi di trascorrere tempi adeguati con i figli minori degli stessi.

A ben vedere si tratta di mere dichiarazioni che hanno come referente i soli avvocati dei coniugi, i quali dovranno allora preventivamente adempiere a degli obblighi presupposti rispetto alle attestazioni *de quibus*. In particolare, i procuratori delle parti dovranno esperire un tentativo di conciliazione analogo, se non identico a quello esperito dal Tribunale in sede di udienza presidenziale a mezzo del quale verificare se sussistono i presupposti perché la crisi coniugale-familiare possa essere affrontata e soprattutto superata, così da poter ricondurre i coniugi allo stato originario della serenità, della reciproca assistenza e della collaborazione. Quanto alla necessità di informare i coniugi della possibilità di ricorrere ad un mediatore familiare, si tratta di una quasi assoluta novità, considerato che sino ad oggi nessuna norma prevedeva che l'organo giurisdizionale dinanzi al quale celebrare il rito della separazione e/o del divorzio avrebbe dovuto rendere edotte le parti di una simile possibilità: né l'art. 708 c.c., né tantomeno l'art. 4 Legge 898/1970 hanno mai, infatti, fatto riferimento all'istituto della mediazione familiare, mentre il solo art. 337 *octies* c.c. prevede la possibilità che il giudice differisca l'adozione dei provvedimenti dell'affidamento dei minori in caso di separazione, allorquando le parti acconsentano a rivolgersi ad esperti per tentare una mediazione²³.

Gli obblighi in argomento, pertanto, vengono posti indirettamente a carico dei procuratori legali dei coniugi, poiché appaiono (e più propriamente sono) logicamente presupposti all'adempimento, in sé e per sé meramente formale, dell'obbligo di dare atto nell'accordo di avervi provveduto. Si tratta di attività ulteriori che vengono attribuite alla figura dell'avvocato e che sfuggono all'ufficio svolto tradizionalmente da quest'ultimo nel settore dei conflitti familiari, vagheggiando un ruolo diverso del difensore, definibile quasi "morale", che va oltre alla funzione di collaborazione nei confronti dell'ordinamento giuridico e del sistema giudiziale e sconfina in compiti socialmente e moralmente rilevanti.

Il ruolo del P.M.

Si è già affermato che la procedura di negoziazione assistita *de qua*, che potremmo definire "ordinaria" ovvero quella che presuppone il ricorso obbligato ad un Ufficio Giudiziario, prevede la necessità del passaggio per il tramite della Procura della Repubblica presso il Tribunale competente per territorio. Un simile coinvolgimento del Pubblico Ministero è forse facilmente spiegabile con la rilevanza non prettamente privatistica degli interessi coinvolti nei casi di separazione e/o divorzio e, quindi, con il carattere non esclusivamente disponibile delle posizioni giuridiche inerenti il rapporto matrimoniale nella sua fase critica o definitiva.

Come anticipato in premessa, infatti, i rapporti che legano coniugi e figli

²³ Sul punto si veda: A. CICCIA, *La negoziazione assistita per separazioni e divorzi*, Italia Oggi, 2014, 22.

all'interno della famiglia non hanno necessariamente il requisito della disponibilità ossia della possibilità di essere rinunciati o derogati *lato sensu*, anzi, al contrario, proprio quelli che caratterizzano da un punto di vista morale e giuridico il matrimonio ed i legami familiari in genere sono di ben altra natura, afferendo a nuclei e classi di valori tanto superiori, che l'ordinamento giuridico non concede ai relativi titolari la più ampia ed assoluta autonomia al riguardo.

Il ruolo del P.M. in queste particolari situazioni non è una novità introdotta dalla riforma del 2014, in quanto come noto il codice di rito richiedeva già l'intervento del Pubblico Ministero, tra le altre, nelle cause matrimoniali comprese quelle di separazione personale dei coniugi ex art. 70, n. 2) c.p.c. Quanto sin qui detto, dunque, dovrebbe avvalorare l'idea della presenza del P.M. come garanzia del rispetto delle norme irrinunciabili ed inderogabili (*rectius*: imperative) in tema di famiglia e matrimonio, delle norme che compongono il cosiddetto ordine pubblico interno e più in generale delle situazioni indisponibili quali, ad esempio, i diritti di libertà ed i diritti personalissimi dei componenti la famiglia, doveri coniugali di fedeltà, coabitazione, assistenza morale e collaborazione che non vengono comunque meno con la sospensione del matrimonio conseguente alla separazione, nonché il diritto agli alimenti ex artt. 433 e ss. c.c.

Non a caso gli incombenti che il D.L. 132/2014 e la Legge di conversione n. 162 in data 10.11.2014 assegnano ai componenti della Procura della Repubblica sembrano presupporre in capo al P.M. non solo il compito finale e mediato di vaglio preliminare alla validità ed efficacia dell'accordo raggiunto dai coniugi in esecuzione della negoziazione assistita, ma anche il ruolo (da esercitarsi in via immediata) di verifica della regolarità formale e sostanziale della procedura. La stessa natura "amministrativa" con efficacia endoprocedimentale dei provvedimenti di nullità e di diniego potenzialmente producibili dall'Ufficio del Pubblico Ministero, la cui qualificazione giuridica è già stata presa in esame in precedenza, depone necessariamente a favore della tesi secondo cui la Procura della Repubblica assolve a compiti di garanzia e coerenza rispetto all'assetto dei valori e dei diritti proprio dell'ordinamento giuridico, scongiurando essenzialmente soluzioni proposte dai privati (*id est*: i coniugi) non in linea con le norme inderogabili ed i principi di diritto e tutelando i soggetti coinvolti dalla separazione e dal divorzio che si trovino in posizione di debolezza o svantaggio socio-economico.

In questa ottica appare interessante ricordare quanto accaduto dinanzi al Tribunale di Torino il cui Presidente era stato adito a seguito del diniego espresso (e confermato con l'ordinanza del predetto Ufficio Giudiziario in data 20.04.2015²⁴) da parte della Procura della Repubblica del capoluogo Piemontese, sul presupposto che le parti avevano omesso di regolare la misura e le modalità del contributo al mantenimento sulle stesse gravante *ex lege* rispetto al comune figlio maggiorenne, ma ancora non autosufficiente sotto l'aspetto economico. Si è ritenuto da parte dei primi commentatori del provvedimento giudiziale *de quo* che un simile risultato manifestasse una grave

²⁴ Cfr. sull'argomento: G. VACCARO, *Negoziazione assistita, no del PM all'accordo di separazione: la prima pronuncia è del Tribunale di Torino*, 2015, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

lacuna del testo normativo quanto ad indicazione del contenuto necessario dell'accordo di negoziazione; a ben vedere quanto appena detto può essere fondato se ci si riferisce alle sole indicazioni espresse, ma perde di significato non solo se si ricorda che la convenzione di negoziazione in ambito familiare deve rispettare le norme imperative e l'ordine pubblico e, dunque, non deve presentare omissioni che possano determinare un simile effetto, ma anche e soprattutto se si pone mente al fatto che compito esplicito del Pubblico Ministero è proprio quello di vigilare al fine di tutelare l'interesse della prole minore e maggiorenne in posizione disagiata dal punto di vista sanitario e/o socio-economico. Al di là dei rilievi sin qui mossi dalla citata parte della dottrina, il caso in esame ed l'ordinanza in considerazione esprimono a pieno, conformandolo, il vero ruolo svolto dal P.M. in simili circostanze, che appare essere innegabilmente quello di garante del sistema giuridico in senso lato, con riferimento non solo agli aspetti procedurali, ma soprattutto a quelli di carattere sostanziale.

A completamento di quanto sopra, va accennato come in tema di negoziazione assistita l'art. 6 Legge n. 162/2014 non stabilisca quale sia la Procura della Repubblica competente per la verifica dei requisiti e successivo nulla osta. In realtà ciò stupisce in considerazione della "recente" esperienza avuta con la mediazione, laddove il Legislatore nell'anno 2013, a seguito degli esiti aberranti avutisi a causa dell'assenza di canoni per l'incardinamento della procedura²⁵, era stato costretto a correre ai ripari²⁶ statuendo come ora (ex art. 4 D.Lgs. 04.03.2010, n. 28, così come novellato dall'art. 84 comma I lettera b) del D.L. 21.06.2013, n. 69 convertito con modificazioni nella L. 09.08.2013, n. 98) la domanda di mediazione debba presentarsi "*nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia*". In tal senso, come detto, ci si aspettava un'indicazione che facesse sin dall'origine chiarezza: tuttavia in assenza di questa, occorrerà rifarsi alle regole di competenza in materia. In altre parole la Procura competente in caso di separazione sarà quella "*del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi*"²⁷, mentre in caso di divorzio quella del luogo di "*ultima residenza comune dei coniugi ovvero in mancanza nel luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio*"²⁸ (ex art. 4 Legge n. 898/1970). Ancora nel caso di revisione delle condizioni di separazione o divorzio sarà competente la Procura della residenza del beneficiario dell'obbligazione mentre in caso di revisione di condizioni di separazione o divorzio relativo a figli minori, la Procura del luogo di residenza del minore (rispettivamente artt. 709 *ter* e 710 c.p.c.).

Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di separazione.

L'aspetto del coordinamento con le norme dettate in tema di separazione e, più correttamente, in tema di adempimenti successivi alla pronuncia del provvedimento di separazione, è certamente molto importante, in quanto, a fronte di una cattiva abitudine che in passato il Legislatore aveva mostrato di

²⁵Si veda sul punto: M. TOCCI, *Competenza territoriale degli organismi di mediazione: problematiche applicative*, 2013, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

²⁶L'art. 4 del D.L.vo 4 marzo 2010 è stato sostituito in tal senso dall'art. 84 comma 1 lett. b) del D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni nella L. 9 agosto 2013 n. 98;

²⁷Art. 706 c.p.c. Comma 1.

²⁸Art. 4 comma 1 L. 898/70

seguire, l'attuale riformatore ha manifestato una maggiore sensibilità al riguardo. L'adattamento della normativa preesistente alle nuove disposizioni *in subiecta materia*, infatti, consente all'interprete di non avere dubbi o residuare perplessità in ordine all'applicazione della nuova disciplina ed alla compatibilità tra regole vecchie e nuove, tanto più nei casi, come quello in esame, che vengano introdotti *ex novo* nell'ordinamento giuridico istituti assolutamente estranei alla tradizione giuridica italiana.

Nell'ipotesi in esame, l'art 6, comma V D.L. 132/2014 ha espressamente previsto la correzione di norme preesistenti nei termini che seguono. Nel decreto del Presidente della Repubblica 03.11.2000, n. 396 all'art. 49, comma I, sono state aggiunte le lettere g-*bis*) e g-*ter*), secondo cui debbono annotarsi negli atti di nascita *"gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero autorizzati, conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio"* nonché *"gli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile"*; all'art. 63, comma I, dopo la lettera h), sono state aggiunte le lettere h-*bis*) e g-*ter*) per cui negli archivi informatici dove sono contenuti tutti gli atti formati nel Comune o comunque relativi a soggetti ivi residenti, riguardanti la cittadinanza, la nascita, i matrimoni e la morte l'Ufficiale dello Stato Civile iscrive *"gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero autorizzati, conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio"* nonché *"gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio"*; all'art. 69, comma I, dopo la lettera d), sono state infine aggiunte le lettera d-*bis*) e d-*ter*) in virtù delle quali negli atti di matrimonio si deve fare annotazione anche de *"gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero autorizzati, conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio"* e degli accordi *"di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile"*.

Quello che appare una mera, ma comunque necessaria ed opportuna azione di riformulazione della norma previgente al fine di evitare discrasie del sistema e difficoltà di interpretazione assume, però, attesa la sostanza ed il senso delle disposizioni modificate ed integrate, un carattere ben diverso ed ulteriore. Se ben si considera, infatti, che l'introduzione delle nuove espressioni attiene alla sfera degli atti che debbono essere iscritti ed annotati nei registri dello Stato Civile e che tali iscrizioni ed annotazioni costituiscono l'elemento discriminante ed il passaggio obbligato per l'acquisizione dell'esecutorietà dell'accordo di negoziazione assistita ai sensi degli artt. 5 e 6 D.L. 132/2014, allora si comprende come l'eventuale mancata indicazione nei tassativi elenchi del D.P.R. 396/2000 degli atti *de quibus* determinerebbe una sostanziale inoperatività di buona parte delle norme in tema di negoziazione assistita, così da impedire la corretta conclusione della procedura (non giudiziale) e la produzione di effetti non solo *erga omnes*, ma anche *inter partes* tra i coniugi.

Il coordinamento con le norme sostanziali in tema di divorzio.

La riforma ex artt. 6 e 12 Legge n. 162/2014 incide, come detto, in termini sostanziali e processuali sulla separazione e sul divorzio, non ultimo in relazione al *dies a quo* a partire dal quale è possibile accedere al divorzio nei casi di separazione anche "stragiudiziale" ovvero raggiunta mediante negoziazione assistita o procedimento innanzi all'Ufficiale di Stato Civile. La Legge n. 55/2015 consente di rivedere i termini di riferimento della Legge n. 162/2014 stabilendo, in luogo dei tre anni prima previsti, la riduzione a 12 o 6 mesi a seconda del tipo di separazione (giudiziale nel primo caso e consensuale nell'ultimo), precisando come per effetto della novella (vedi *infra*) il giorno tradizionalmente deputato per il decorso del termine dal quale far decorrere la separazione, ovvero quello di comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale, viene ad essere affiancato da quello di perfezionamento dell'accordo.

In particolare il Legislatore quanto al divorzio breve è intervenuto (in entrambi i casi disciplinando diversa tempistica nello scioglimento della comunione), sull'art. 191 c.c. e sull'art. 3 Legge n. 898/1970; con riferimento a tale ultimo aspetto, cuore della riforma, si è sostituito il termine dei "tre anni a far tempo dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale" con quello dei "dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi il Presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale" e di "sei mesi nel caso di separazione consensuale anche quanto il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale". A più ampio respiro, quindi, in virtù della riforma si potrà accedere alla domanda di divorzio attraverso un pregresso percorso sia di tipo giudiziale (separazione consensuale o giudiziale), che di tipo stragiudiziale (separazione mediante negoziazione o davanti al Sindaco) con le tempistiche di cui sopra per quanto riguarda la proponibilità della domanda.

Come detto la riforma sul divorzio rischia seriamente di diventare una riforma sulla separazione, comprimendone in modo essenziale i caratteri distintivi alla luce di uno smembramento della natura stessa dell'istituto²⁹. Si dirà sin d'ora che emerge dalla lettura come il Legislatore, proiettato nella ricerca di effettuare riforme (rigorosamente a costo zero) finalizzate alla deflazione del contenzioso, la cui provenienza (*rectius: ratio*) è sempre più marcatamente mutuata da paesi di *common law*, lasci in secondo piano la fase dell'inserimento delle nuove disposizioni in un tessuto normativo comunque collaudato, aumentando quindi il rischio di "rigetto" e lasciando, quindi, il compito di "ricucire" ed amalgamare le norme a dottrina e giurisprudenza, come peraltro già visto recentemente in altri ambiti. Cominciamo quindi con la Legge n. 55/2015.

Le nuove norme sul cosiddetto "divorzio breve".

²⁹ Si è difatti da alcuni (R. ROSSI, *Divorzio breve e negoziazione assistita tutte le novità*, Milano, 2015) profilato il nuovo assetto come sistema duale composto cioè da separazione quale diritto rimedio alla crisi coniugale e divorzio come ulteriore tassello volto a sancire in modo definitivo il venir meno del vincolo matrimoniale e relativo status di coniuge.

Il D.L. 132 del 12.09.14 (poi convertito in Legge n. 162/14) viene emanato dal Governo allorché in Commissione Giustizia Senato si discuteva del divorzio breve; ne è derivata una "commistione" tra le due riforme (degiurisdizionalizzazione anche nella parte relativa a separazione e divorzio e divorzio breve), in realtà null'affatto programmata, ma che comunque sono confluite in un *unicum*, tanto da far ritenere che vi fosse una *ratio* ispiratrice comune (cfr. *infra* a proposito delle criticità per la scelta legislativa di indicare il termine dei 12 mesi per le separazioni giudiziali).

Per divorzio breve deve intendersi la riduzione dei tempi al decorso dei quali è possibile, a seguito della separazione personale, procedere alla domanda di divorzio. Come sopra detto la Legge n. 55/2015 disciplinante l'istituto in parola consta di tre articoli che vanno ad incidere in misura sostanziale sull'art. 3 della 898/1970 e sull'art. 191 c.c.: in particolare, l'art. 1 sancisce la nota riduzione del termine per addivenire alla domanda di divorzio, l'art. 2 incide sul *dies a quo* dello scioglimento della comunione stabilito al "*momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato*". L'art. 3 specifica come la novella si applichi a "*procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, anche nei casi in cui il procedimento di separazione che ne costituisce il presupposto risulti ancora pendente alla medesima data*".

Partendo dal primo comma la novella sancisce la riduzione da tre anni o a sei mesi del tempo per chiedere il divorzio a far data, in caso di separazione consensuale, dalla comparizione davanti al Presidente del Tribunale: in particolare l'art. 3 L. 898/1970, come novellato dalla Legge n. 55/2015 sancisce che per la proposizione della domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente per almeno sei mesi nel caso di separazione consensuale da computarsi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale e ciò anche allorché il giudizio inizialmente incardinato come contenzioso si sia poi tramutato in consensuale. Diversamente, sempre il medesimo articolo, specifica in dodici mesi il periodo minimo di prosecuzione ininterrotta della separazione introdotta con modalità contenziosa quale requisito per la richiesta di divorzio a far data dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale.

La novella ("*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile - D.L. 12 settembre 2014, n 132 conv., con mod. in L. 10 novembre 2014 n. 162*") che con la sua struttura composita viene generalmente percepita, come anzi detto, come riforma univoca, consente con specifico riferimento agli artt. 6 ("*Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*") e 12 ("*separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'Ufficiale dello stato civile*") di parlare di separazione-divorzio stragiudiziale. La riforma *prima facie* appare incidere solo indirettamente e solo parzialmente sulla separazione: la compressione del periodo di separazione per accedere al divorzio, accentuata peraltro dalla diversa individuazione del *dies a quo* dal quale far decorrere i termini della separazione (ovvero dal momento in

cui il Presidente del Tribunale autorizza i coniugi a vivere separati ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale omologato dei coniugi dinanzi al Presidente), non elide la presenza del tradizionale rimedio della separazione legale quale elemento sostanziale per addivenire alla proposizione della domanda di divorzio. Si può parlare, quindi, in tal senso di più tipi di sospensione degli effetti civili del matrimonio idonei ai fini del "divorzio breve": "separazione titolata" ovvero tipologia di separazione in sede giudiziale ovvero separazione contenziosa o consensuale o *extragiuridica* per il tramite del meccanismo della negoziazione e della procedura dinanzi al Sindaco (da ritenersi questi ultimi compresi pur nel silenzio dell'art. 3, lett. b), n. 2). Resta cioè esclusa la separazione di fatto se non si considera l'ambito, certo residuale, di applicazione della Legge n. 898/1970, art. 3 n. 2 lettera b) ultimo periodo, nella parte in cui si fa riferimento alle separazioni iniziate prima del 18.12.1970³⁰.

L'annotazione appare doverosa in considerazione del fatto che paesi di *civil law* come la Francia e la Germania abbiano attribuito rilievo giuridico essenziale alla separazione di fatto, nella considerazione che è questa più ancora della canonizzazione dinanzi ad un Tribunale l'elemento essenziale per qualificare la cessazione del rapporto tra i coniugi; così, ad esempio, in Francia la separazione di fatto per due anni consente l'accesso al c.d. "divorzio rimedio", mentre la Germania consente nel caso di separazione di fatto protratta per oltre il triennio la presunzione assoluta del fallimento del rapporto matrimoniale. Al contrario in Italia la separazione di fatto non solo non assume alcun rilievo giuridico³¹, ma costituisce, per voce della giurisprudenza recente, addirittura un illecito³².

Quanto all'art. 2, si tratta di una disposizione in bilico tra il sostanziale ed il processuale, in quanto l'applicazione pratica della medesima ha come presupposto lo svolgimento di un passaggio giudiziale imprescindibile dinanzi al Presidente del Tribunale. Sebbene il nuovo secondo comma dell'art. 191 c.c. provveda a specificare parzialmente il primo, stabilendo quando nella separazione personale dei coniugi si sciogla la comunione, la norma strizza furbescamente l'occhio alla riforma della negoziazione assistita in ambito familiare, considerato che questa sarà applicabile anche alle ipotesi di separazione negoziata che non ricevano il nullaosta del Pubblico Ministero e

³⁰ Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da uno dei coniugi (*omissis*) nei casi in cui (*omissis*) è stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero è stata omologata la separazione consensuale ovvero è intervenuta separazione di fatto quando la separazione di fatto stessa è iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970.

³¹La separazione di fatto dei coniugi non ha effetti giuridici e non assume, pertanto, alcun rilievo ai fini dell'accertamento della sussistenza dei requisiti reddituali per poter favorevolmente deliberare in ordine alla domanda di regolarizzazione dell'occupazione dell'alloggio, costituendo i coniugi, fintanto che non intervenga la separazione legale, un unico nucleo familiare, con riferimento al quale va individuato il complessivo reddito. A diversamente ritenere si introdurrebbero agevoli meccanismi di aggiramento della prevista disciplina per effetto della mera rappresentazione di situazioni di separazioni di fatto strumentalmente allegare (cfr. Tar Lazio sez. II sentenza n. 5658/2013).

³² Nel matrimonio sussiste l'obbligo della coabitazione dei coniugi, talché la mera separazione di fatto costituisce un illecito, che non può essere ricompreso nell'ambito di previsione della norma, seppur interpretata estensivamente, prevedendo essa la sola ipotesi di separazione personale dei coniugi (così Trib. Genova, Sez. IV, sentenza in data 19.02.2015).

sfocino pertanto dinanzi al Presidente del Tribunale. Ma non solo, poiché gli effetti di scioglimento della comunione propri delle separazioni con approdo in Tribunale saranno così astrattamente più lunghi rispetto a quelli conseguenti alle separazioni negoziate supportate dall'assenso del P.M., si da indurre i separandi a preferire a priori la scelta "semplificata" della negoziazione assistita.

Come già anticipato in sede introduttiva del presente paragrafo, l'art. 3 Legge n. 55/2015 interviene ad introdurre una norma apparentemente innocua in virtù della quale anche alle separazioni pendenti alla data di entrata in vigore della detta normativa si dovranno applicare le disposizioni innovative dei primi due articoli della medesima legge. Orbene, sotto l'apparente semplicità di una norma di coordinamento con effettiva vigenza limitata e circoscritta nel tempo si nasconde, però, un problema di immediata evidenza che il Legislatore sembra non aver saputo cogliere per eccessiva ingenuità o per scarsa conoscenza del dato reale (quest'ultima ipotesi non dovrebbe essere quella preferibile, atteso che l'eccessiva durata dei processi ha costituito proprio il dichiarato presupposto del D.L. 132/2014 e successiva legge di conversione, a meno che non si voglia trascendere ad altro tipo di valutazioni sull'operato di Governo, prima, e Parlamento, poi): la criticità in argomento è data dal fatto che il termine dei 12 mesi dalla comparizione in sede presidenziale in ambito di separazione giudiziale per la proposizione della domanda di divorzio sarà di fatto un termine che non troverà mai effettiva concretizzazione se si pone mente al fatto che nell'anno dall'udienza presidenziale difficilmente il successivo processo si sarà protratto oltre la prima udienza di comparizione-trattazione oppure, nei casi più fortunati, oltre l'udienza di ammissione delle prove. Evidentemente il problema non si pone se ci si riferisce al più breve termine di 6 mesi in caso di separazioni consensuali; in simili ipotesi, l'appena ricordato intervallo di tempo dovrebbe essere sempre rispettato, avendo insegnato l'esperienza storica che in tale termine si perviene "facilmente" al decreto di omologa dell'accordo dei coniugi separandi. Analoga considerazione deve svolgersi per le separazioni cosiddette "negoziato" ossia quelle risolte in sede di negoziazione assistita, anche laddove vi sia il passaggio "giudiziale" dopo il rifiuto di nullaosta da parte del P.M., atteso che la tempistica (sebbene non cadenzata in modo perentorio) non dovrebbe giungere ad assomigliare a quella di un processo ordinario di separazione: in tal senso si evidenzia ancora una volta quella già ricordata identità di *rationes* tra le due normative in commento (negoziazione assistita familiare e divorzio breve) per cui viene semplice pensare che la citata "ingenuità" del Legislatore sia in realtà una subdola manovra per rendere ancor più praticabili e soprattutto praticate le soluzioni "negoziato" (e con esse le separazioni consensuali in genere) a fronte di una difficoltà oggettiva a rendere operante la disposizione afferente il termine dei 12 mesi. In ogni caso, considerato che la norma de qua esiste e deve essere teoricamente applicata, *quid iuris* se alla scadenza dei 12 mesi il processo di separazione è ancora pendente? Il Tribunale di Roma³³ ha proprio di recente (a poche ore di distanza dalla pubblicazione del presente lavoro) adottato una soluzione interpretativa in virtù della quale il problema in esame

³³ Notizia tratta dal *Il Sole 24 ore* in data 04.06.2015, articolo di G. VACCARO, il quale da' peraltro conto di analogo provvedimento del Tribunale di Milano in data 25.05.2015. Il commento degli autori delle presenti pagine è avvenuto in considerazione delle risultanze del testo giornalistico.

sarebbe risolto dal far proseguire il giudizio di separazione dal giudizio di divorzio, per cui anche se la separazione è pendente e gli unici provvedimenti giudiziali applicabili siano quelli presidenziali, la domanda divorzile potrebbe, anzi dovrebbe essere presentata dinanzi al medesimo giudice della separazione. Un simile convincimento appare alquanto criticabile se si considera che tra i due giudizi o meglio tra le due domande vi è una sensibile differenza di *causa petendi* e di *petitum*, sebbene per certi versi si possa riconoscere una certa identità tra i *petita* sostanziali; inoltre non si tratta di una interpretazione, ma di una vera creazione normativa che se da un lato ha il merito di offrire una soluzione materialmente praticabile, dall'altro però si scontra con il principio di ripartizione dei poteri (e con le mai sopite velleità legislative di buona parte della Magistratura), nonché con i principi fondamentali dell'ordinamento processuale civile. È proprio per onorare questi ultimi che gli autori di queste righe ritengono più corretto interpretare la norma de qua in modo sistematico, pervenendo ad un risultato sì restrittivo della portata della riforma, ma almeno teoricamente sostenibile e ciò senza introdurre elementi di distorsione (o di eversione) dell'assetto istituzionale. In altre parole, si ritiene che fermo restando il termine di 6 mesi, per le separazioni giudiziali il termine di 12 mesi vada considerato come uno *spatium* inderogabile sotto al quale non si possa mai in ogni caso scendere, anche nella paradossale ipotesi di soluzione giudiziale della separazione in tempi rapidissimi, ragion per cui la previsione dello stesso dovrebbe avere un'accezione negativa e non propositiva o positiva. Così se l'iter giudiziale della separazione non sarà terminato nell'anno dall'udienza presidenziale, le parti dovranno comunque attendere l'esito della procedura di separazione, poiché non è assolutamente immaginabile, né compatibile con il nostro ordinamento la fusione del processo di separazione con quello di divorzio, tanto più che il primo (che deve essere concluso) costituisce l'antecedente logico e giuridico del secondo. È evidentemente una soluzione in contrasto con lo spirito della norma, ma è l'unica teoricamente sostenibile e compatibile con il nostro sistema processuale civile, pena giungere ad una disapplicazione della stessa per impossibilità materiale di attuazione o ad interpretazioni cosiddette "abrogans". In attesa di un auspicabile ed auspicato correttivo del Legislatore, ai posteri l'ardua sentenza, anche se già sappiamo che sul piano pratico i tribunali faranno tesoro dell'orientamento romano.

Negoziazione in tema di divorzio tra opportunità (mancate) e responsabilità.

Il nuovo istituto della negoziazione si affianca e non si sostituisce al normale procedimento di separazione o di divorzio che restano, affiancati dal predetto istituto e dal procedimento, per taluni casi, dinanzi al Sindaco (vedi *infra*), saldamente i punti di riferimento per dirimere le questioni di crisi della famiglia. In altre parole partendo dalla semplice considerazione che saranno i legali nella quasi totalità dei casi a scegliere il procedimento ritenuto più idoneo per l'interesse dei coniugi, occorre soppesare alla luce della riforma l'opportunità del legale di abbracciare la nuova strada della negoziazione in luogo del procedimento ordinario.

Il Legislatore ha tentato di rendere più allettante la scelta con la Circolare del Ministero della Giustizia Dipartimento per gli Affari di Giustizia n. 2309 del

13.03.2015. La predetta circolare precisa anzitutto come la procedura di negoziazione sia esclusa dalla sospensione feriale dei termini processuali e soprattutto come sia esente dal pagamento del contributo unificato. Va precisato che in tema di separazione il contributo unificato è versato in misura fissa (€ 43,00 per il caso di separazione consensuale o di istanza congiunta dei coniugi di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio ed € 98,00 per i casi contenziosi) e pertanto in assenza di modifiche sostanziali sul punto dubitiamo che sia tale importo a far propendere per la scelta del nuovo istituto.

La negoziazione potrebbe tuttavia qualificarsi come un'ottima opportunità allorché ci si trovi dinanzi ad una separazione che implichi un'analisi patrimoniale e suddivisione del patrimonio che necessiti di apposita regolamentazione la quale, in taluni casi, come noto agli operatori del settore, viene a rappresentare il parametro di maggiore contrasto e maggiore dispendio in termini non solo negoziali, ma anche da un punto di vista meramente pratico, di individuazione ed identificazione ai fini della successiva trascrizione. Ciò anche in relazione al fatto che in molti fori italiani i magistrati siano restii ad avallare (in particolare in sede di omologa di separazione o di istanza di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio presentato congiuntamente) atti che contengano la descrizione di immobili che in detta sede vengono ad essere oggetto di divisione-attribuzione (anche a diverso titolo, al di fuori dell'attribuzione della casa familiare) tra i coniugi e che fungerà da atto finalizzato alla trascrizione presso i registri immobiliari. D'altro canto la diffidenza del magistrato è ampiamente condivisibile in quanto, specialmente nei casi più articolati, si presta ad essere "strumento" per l'assegnazione e conferimento di immobili, spesso, peraltro non integralmente o dettagliatamente descritti, con conseguenti potenziali ripercussioni in sede di trascrizione.

In tale ottica la negoziazione permette, con l'assistenza di un avvocato per parte, non escludendo a monte l'avallo di un ausilio "tecnico", di attribuire alle parti ed ai relativi legali non solo la "fase negoziale" della separazione inerente il patrimonio, ma anche quella della gestione degli immobili eventualmente con l'impegno (oggetto anch'esso di prodotto della negoziazione) a rivolgersi ad un notaio all'indomani dell'accordo. Va specificato che detta idea del nuovo istituto, certo percepibile anche quale opportunità, comporta in capo al legale una rilevante responsabilità. Ma prima un passo indietro: la parte finale della negoziazione è, come sopra accennato, caratterizzata dalla trasmissione, nel perentorio termine di dieci giorni, all'Ufficiale di Stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, della copia autenticata dallo stesso dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5 ovvero della certificazione di autografia delle firme e conformità dell'accordo a norme imperative ed all'ordine pubblico. L'art. 6, comma IV Legge n. 162/2014 specificatamente commina una sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.000,00 ad € 10.000,00 l'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma III, terzo periodo (il cui contenuto è sopra rammentato) specificando che sarà il Comune interessato ad essere competente per l'irrogazione della sanzione. La norma per come redatta ha dato adito sin da subito a non poche questioni, anzitutto in tema di opportunità: il Legislatore ha dimostrato, qualora ve ne fosse bisogno, che ciò che viene tratteggiato come degiurisdizionalizzazione per il tramite della responsabilizzazione degli avvocati non è altro che una *exit*

strategy: la volontà di trovare quante più strade possibili per evitare di proiettare il contenzioso nelle sedi ordinarie viste nell'ottica del Legislatore, nel medio tempo, come *extrema ratio* per la soluzione delle controversie anche allorché esse involgano caratteri personali come nel caso di specie. Ne deriva che alla categoria oggi designata dal Legislatore per sgravare il sistema giustizia, viene paventata, al contrario di quanto accade per tutti i precedenti interlocutori, nel tempo diversamente interessati, una sanzione amministrativa di tutto rispetto che non ha precedenti nell'ordinamento. Salta agli occhi il fatto che mentre al P.M. o alla magistratura in genere, anche nella novella in parola, vengono concessi termini sempre e comunque ritenuti (correttamente) ordinatori, tralasciando quelli, ove esistenti, degli Uffici Comunali, al legale non è concesso scampo, pena una sanzione amministrativa ad azione dello stesso Ufficio (*rectius*: Comune) che spesso è il primo ritardatario inadempiente nel disbrigo delle pratiche.

Le perplessità si erano concentrate in particolare sul *dies a quo* dal quale far decorrere i dieci giorni in considerazione, specie nei Fori più grandi, dell'impossibilità di avere esatta cognizione del giorno in cui il Procuratore autorizzi (nel caso di accordo in presenza di figli) o comunichi il nulla osta. Ed in effetti il Ministero dell'Interno con circolare n. 6 del 24.04.2015 ha specificato come il termine di dieci giorni decorra dalla comunicazione alle parti del procedimento da parte del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale.³⁴ La nota circolare n. 6 del 24.04.15 ha poi chiarito come "... *alla trasmissione è sufficiente che provveda uno soltanto degli avvocati che abbia assistito uno dei coniugi ed ha autenticato la sottoscrizione. La sanzione amministrativa pecuniaria sarà applicata pertanto solo qualora nessuno degli avvocati dei due coniugi abbia provveduto alla trasmissione nei termini di cui al punto 3....*". La stessa circolare ministeriale è apparsa di rilievo in tema di negoziazione anche in quanto si è concentrata sulla interpretazione di quella parte della norma che prevede la presenza di un avvocato per coniuge: alcuni tra i primi commentatori, sulla scorta di una certa interpretazione della disposizione *de qua*, avevano ritenuto che l'avvocato per ogni parte avrebbe potuto essere il medesimo. Ciò peraltro trovava sponda nella *ratio*, da rintracciarsi nella presenza tecnica di un legale finalizzata al percorso conciliativo, specificando al riguardo come in sede di separazione consensuale o di domanda di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è prevista quale opportunità la presenza di un solo legale per entrambi i coniugi. In detto contesto la scelta di un solo legale a tutela di entrambi i coniugi non solo rappresenta una libera scelta dei medesimi, ma anche una continuità con quanto accade nel percorso giudiziale e, sotto un profilo di mera "convenienza" addivenire ad un percorso più celere. Al contrario, probabilmente nella ricerca di un contraddittorio che tenga conto

³⁴ Circolare Ministero Interno n. 6 del 24 aprile 2015 - 3, Decorrenza del termine entro cui l'avvocato della parte deve trasmettere l'accordo autorizzato dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'articolo 6. In relazione a quanto rappresentato con la circolare ministeriale n. 16/14, appare utile specificare che il termine dei 10 giorni entro il quale l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere all'ufficiale dello stato civile copia dell'accordo, decorre dalla data di comunicazione alle parti del provvedimento (nulla osta o autorizzazione) del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale a cura della segreteria o della cancelleria (in forza del principio generale, di cui all'art. 136 c.p.c., per cui tutti i provvedimenti resi fuori udienza devono essere portati a conoscenza delle parti mediante comunicazione).

delle posizioni di entrambi i coniugi, per il tramite della nota circolare il Ministero ha reso noto come non sussistano margini per un'interpretazione diversa dal dato letterale, ribadendo come "...il dato letterale della disposizione normativa, secondo cui, in materia di separazione e di divorzio, la convenzione di negoziazione è conclusa con l'assistenza di "almeno un avvocato per parte" preclude l'interpretazione tesa a consentire alle parti di avvalersi di un unico avvocato". Ne consegue che anche sotto tale profilo il legale (unico) allorché investito congiuntamente dai coniugi per l'incardinamento della procedura, difficilmente opterà per una soluzione alternativa a quella giudiziale.

Segue: regime di comunione ed aspetto patrimoniale.

La nuova norma sulla negoziazione in tema di separazione e divorzio consente di scorgere nella poetica visione (spesso abusata) di Jemolo della famiglia quale "isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto" un rinnovato profilo di responsabilità dell'individuo, volta a declassare la dimensione giudiziale degli interessi familiari e patrimoniali sottesi al rapporto giuridico dettato dal rapporto matrimoniale in favore di un'aura di autonomia, sottratta all'invadente vaglio del potere giudiziario, talvolta visto quale garante degli interessi giuridici, altre volte fortemente invasivo della libertà individuale, progressivamente accentuato dalla nuova dimensione della famiglia che la norma fatica a raggiungere.

Ad ogni buon conto, proseguendo nella convinzione che l'istituto della negoziazione in materia di separazione e divorzio possa trovare linfa nelle ipotesi in cui la fattispecie che si pone dinanzi al legale sia caratterizzata dalla necessità di regolare situazioni economiche particolarmente rilevanti e complesse, appare utile ripercorrere brevemente il tratto di quell'ambito negoziale parzialmente tracciato da alcune pronunce giurisprudenziali in straordinario anticipo rispetto ad una (inevitabile) prossima regolamentazione normativa dei patti prematrimoniali.

Si sottolinea nuovamente come il Legislatore avrebbe potuto approfittare di tale sede per aprire definitivamente la strada a siffatto ambito del diritto e ciò soprattutto nell'ottica di una dimensione negoziale definitivamente sdoganata dalla norma. In altre parole, se come detto l'asserita illiceità di forme involgenti aspetti di diritti personali (in realtà diffusissime nei Paesi dai quali si stanno mutuando le diverse pratiche di a.d.r.) ha trovato una falla nella nuova concezione di separazione e divorzio, oggi a tutti gli effetti puramente di carattere negoziale, sfugge come venga tralasciato il mero dato patrimoniale anche se ciò è sinonimo di una *prenegoziazione*: se cioè il dato di riferimento è quello dei Paesi di *common law* con tutto ciò che consegue in termini di autonomia per la gestione delle singole fasi di separazione (assegnazione della casa familiare, mantenimento, modalità di visita, partecipazione nella vita dei figli, decisioni in merito alla loro vita scolastica ecc.) o di (pre)divorzio, con una rinnovata figura contrattuale che si spinge in ambiti personalissimi e privati da sempre ritenuti implicanti necessariamente una figura giudiziale a garanzia degli interessi dei coniugi e soprattutto dei minori (figura oggi relegata ad un ruolo marginale), tale evoluzione (rivoluzione) deve ritenersi compiuta solo allorché davvero ricomprendente e sin dall'origine, una propria struttura normativa. Un doppio binario reale che consenta di guardare al nuovo istituto senza le odierne perplessità non ultimo in considerazione della rinnovata

“fiducia” ai coniugi ed ai loro patrocinatori che comporti un’assunzione di responsabilità derivante dall’assenza (quasi assoluta) del vaglio del Tribunale. Il pensiero è all’esperienza statunitense ove i patti prematrimoniali (*premarital agreements*), sono accordi per mezzo dei quali i coniugi prestabiliscono mediante convenzione il regime patrimoniale o l’obbligazione di mantenimento, con dei limiti in termini di eseguibilità allorché sia iniquo o caratterizzato da vizio di volontà.

Nel nostro paese tuttavia la tesi che sostiene la nullità dei patti in vista del divorzio trova certamente conforto in un elemento testuale difficilmente eludibile: si tratta dell’art. 5, comma VIII legge sul divorzio. La giurisprudenza con pronunce di rilievo ha dapprima categoricamente considerato affetto da nullità (per causa illecita) il patto con il quale i coniugi per l’eventualità di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio prevedano il godimento della casa³⁵ o il diritto ad una data somma a titolo di assegno³⁶. Poi ci si è spostati, a partire dagli anni 2000 (sempre nel solco della nullità degli accordi volti a regolamentare il futuro divorzio) alla definizione di nullità relativa, statuendo come solo il coniuge che avrebbe diritto all’assegno fosse legittimato attivo³⁷.

Ma il *trait d’union* con l’odierna visione “negoziale” del rapporto matrimoniale è da rinvenirsi nell’ordinanza del Tribunale di Torino del 20 aprile 2012 che ha considerato valido un accordo tra due coniugi in sede di separazione disciplinante il rapporto in vista del divorzio, qualificando l’art. 160 c.c. come operante unicamente nella fase c.d. “fisiologica” del rapporto e non in quella “patologica”³⁸. Già in tale sede si assumeva quale fuori dal tempo la concezione

³⁵ “L’accordo con cui i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono per il periodo successivo al divorzio a favore dell’uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell’altro è nullo per illiceità della causa (nella specie la cassazione ha rilevato l’incidenza su materia, quella dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, sottratta alla disponibilità delle parti e la possibile influenza sul comportamento processuale delle parti stesse)” (cfr. Cass., Sez. I, sentenza in data 11.12.1990, n. 11788).

³⁶ “Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio devono considerarsi invalidi per illiceità della causa sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte concernente l’assegno spettante all’ex coniuge, in tutte le sue componenti” (Cass., Sez. I, sentenza in data 20.02.1996, n. 1315)

³⁷ Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in via preventiva, il regime giuridico patrimoniale del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa. Tale principio non trova applicazione qualora l’autorità giudiziaria accerti che l’accordo (in parte, recepito nel verbale di separazione) aveva la funzione di porre fine ad alcune controversie insorte fra i coniugi, senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all’eventuale pronuncia di divorzio. Parimenti il suddetto principio non trova applicazione qualora sia invocato dal coniuge che avrebbe potuto essere onerato dell’assegno divorzile, al fine di ottenere l’accertamento negativo dell’altrui diritto. (Cassazione Civile 14/06/2000 n. 8109).

³⁸ Sembra, anzi, che il nostro ordinamento (...) solleciti il soggetto, all’atto del matrimonio, a «costruire» le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita, stabilendo espressamente che le convenzioni matrimoniali possano essere stipulate in ogni tempo. Non si riesce quindi ragionevolmente a spiegare per quale motivo ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio(...). Infatti, il divieto di patti successivi trova fondamento nell’esigenza di tutelare al massimo la libertà testamentaria, mentre la regola che impedisce una preventiva rinuncia alla prescrizione si spiega con l’interesse generale su cui si basa l’istituto e con lo sfavore del legislatore per l’inerzia rispetto all’esercizio di un diritto. Neppure appare del tutto convincente il richiamo (di cui alla citata giurisprudenza di legittimità) all’art. 160 c.c. Ed invero detta norma, secondo cui “*gli sposi non possono derogare*

ostativa dell'art. 160 c.c. che può quindi alla luce della riforma pacificamente ritenersi non più attuale nella sua accezione di clausola di salvaguardia degli aspetti patrimoniali finalizzata alla redazione di un accordo anche nella fase iniziale del rapporto, che ne regoli in convenzione tra le parti, il futuro regime. Assume dirimente rilievo in tal senso la novella in tema di negoziazione e quindi la possibilità che le parti stipulino una convenzione di negoziazione assistita, con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, "al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'art. 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970 n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio". La dottrina più attenta³⁹ non ha mancato di sottolineare, come di fatto la convenzione di negoziazione potrebbe essere intesa come un patto relativo al futuro divorzio o separazione nel senso di regolamentare, al momento della crisi, lineamenti sull'aspetto patrimoniale che va instaurandosi.

Sulla scia della statuizione del Tribunale di Torino, apripista della qualifica negoziale sotto la poliedrica spinta della moltitudine di interessi sottesi al rapporto (post) matrimoniale appare possibile quindi qualificare nuovamente l'accezione del limite negoziale ai patti prematrimoniali anche in quanto, come già rilevato in detta sede e nella piena condivisione dell'assunto, appare difficile comprendere perché le intese preventive sul divorzio dovrebbero essere nulle (in quanto dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di *status*), mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di *status* che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali celebrate prima delle nozze (scelta tra comunione o separazione dei beni) siano invece perfettamente valide.

né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio" da un lato appare più afferente alla fase per così dire "fisiologica" del rapporto coniugale, dall'altro prova troppo, giacché come è noto a seguito della separazione, nella fase c.d. "patologica" del rapporto coniugale, cessano la maggior parte dei diritti-doveri discendenti dal matrimonio (come il dovere di fedeltà, di coabitazione..) onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al mantenimento debba invece, necessariamente, permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti. L'art. 160 cit., poi, va sistematicamente interpretato avuto riguardo alla sua peculiare collocazione all'interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica. E' lo stesso legislatore che, disciplinando le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nel capo V, rende evidente che la regola ex art. 160 c.c., dettata in apertura del capo successivo, vale quale disposizione generale (così infatti si intitola la Sezione I) in relazione alle sole norme ivi contenute.

³⁹Cfr. C. RIMINI, *Patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie, Il diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2015: in particolare l'Autore nota come le norme introdotte dalla riforma del 2014 svuotino di fatto le tesi circa la nullità dei patti in vista del divorzio essendo la convenzione un patto sullo *status* con la conseguenza che non può più assumersi che i patti sullo *status* siano nulli.

La procedura speciale in (eventuale) assenza di un avvocato: procedimento di separazione e divorzio davanti al Sindaco.

Come sopra detto l'ambito di separazione e divorzio di matrice stragiudiziale si compone ex art. 6 D.L. 162/2014 della convenzione di negoziazione assistita per soluzioni consensuali di separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio e della separazione e divorzio davanti al Sindaco (ex art. 12 L. 162/14). L'art. 12 della Legge n. 162/2014 (separazione consensuale richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile) introduce al capo III rubricato "*ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio*", nel solco dell'autonomia dei coniugi in direzione stragiudiziale, una nuova procedura di definizione della separazione personale o divorzio nonché per la definizione per la modifica delle condizioni di separazione o divorzio.

La procedura è attivabile unicamente allorché non vi sia presenza di figli minori o maggiorenni incapaci e portatori di handicap grave (ex art. 3 comma 3 Legge n. 104/1992) e non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. La limitazione trova la propria *ratio* nel fatto che l'istituto, *prima facie*, appare destinato a soggetti i quali si trovano in una condizione giuridica di massima linearità: sono coppie senza figli o i cui figli siano maggiorenni ed indipendenti e non hanno necessità alcuna di pattuire alcunché in ordine all'aspetto patrimoniale.

La percezione è avvalorata dal fatto che la stessa presenza dell'avvocato è meramente facoltativa; tuttavia nell'economia del procedimento la presenza o meno del legale inciderà fortemente al momento della definizione posto che si potrebbero in detta sede (davanti al Sindaco in qualità di Ufficiale di Stato Civile) presentare questioni non affrontate dai coniugi. Forse in quest'ottica di accertamento preliminare si è stabilito che in caso di separazione e divorzio il Sindaco inviti dinanzi a sé i coniugi per la conferma dell'accordo inviato. Tuttavia l'esclusione da detta fase "intermedia" dei casi relativi alla modifica delle condizioni di separazione e divorzio porta a ritenere che l'intento del Legislatore non sia tanto quello della revisione del contenuto dell'accordo quanto, piuttosto, quello di far esprimere i coniugi diretti interessati ad interloquire sugli aspetti della regolamentazione negoziale non precedentemente presi in considerazione.

Partendo dalla separazione l'accordo dovrà contenere il consenso a vivere separati e lo scioglimento della comunione legale dei beni tra coniugi ex art. 177 c.c. Quanto al divorzio, invece, si dovrà dare atto del decorso del termine di separazione di cui alla disciplina del cosiddetto divorzio breve, il quale, ovviamente, coinvolge a pieno titolo anche il caso conseguente alla modifica introdotta dall'art. 1 Legge n. 55/2015.

Quanto all'aspetto pratico l'art. 12 al comma III prevede che ciascun coniuge personalmente o per il tramite della presenza facoltativa di un legale di fiducia compaia innanzi al Sindaco (del Comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio) quale Ufficiale di Stato Civile, il quale riceverà le dichiarazioni dei coniugi e compilerà l'accordo per sottoporlo alla firma dei medesimi. L'accordo frutto delle condizioni concordate dai coniugi medesimi verrà sottoscritto dinanzi al Sindaco. Come sopra rammentato nel caso di separazione e di cessazione degli effetti civili del

matrimonio e scioglimento del matrimonio l'Ufficiale dello Stato Civile quando riceve le dichiarazioni dei coniugi li invita a comparire dinanzi a sé non prima di giorni trenta dalla ricezione, per la conferma dell'accordo. La mancata comparizione comporta la mancata conferma dell'accordo. Nel caso di conferma dell'accordo questo verrà annotato nei pubblici registri.

In ultima analisi occorre porre l'attenzione su alcune zone grigie della riforma, talune peraltro poste in rilievo dal Ministero dell'Interno con la già richiamata circolare n. 6 del 24.04.2015: la prima relativa al fatto che il rapporto di filiazione come indicato a termine per l'accesso all'istituto deve intendersi relativo ad entrambi i coniugi; più propriamente utilizzando le parole del Ministero dell'Interno, *"La disposizione di cui all'articolo 12, comma 2, del decreto legge in esame, in forza della quale è escluso il ricorso all'istituto in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, va intesa nel senso che è possibile accedere al procedimento di cui al citato articolo 12 in tutti i casi in cui i coniugi che chiedono all'ufficiale dello stato civile la separazione o il divorzio nonché la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio già intervenuti, non abbiano figli in comune che si trovino nelle condizioni richiamate nell'articolo. Non osta, invece, l'eventuale presenza di figli minori, portatori di handicap grave, maggiorenni incapaci o economicamente non autosufficienti, non comuni ma di uno soltanto dei coniugi richiedenti. Ne consegue che, il termine "figlio" ove ricorra nelle formule approvate con decreto del Ministro dell'Interno del 9 dicembre 2014, deve essere riferito ai figli comuni dei coniugi richiedenti"*.

Altro limite peraltro in parte condivisibile è nel divieto che in tale ambito rientrino patti di trasferimento patrimoniale ed anche sotto tale profilo la medesima circolare è intervenuta quale interpretazione autentica precisando come *"la disposizione di cui all'articolo 12, comma 3, del decreto-legge in esame, vieta espressamente che l'accordo possa contenere "patti di trasferimento patrimoniale" produttivi di effetti traslativi di diritti reali"*. Non rientra, invece, nel divieto della norma la previsione, nell'accordo concluso davanti all'Ufficiale dello Stato Civile, di un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico, sia nel caso di separazione consensuale (c.d. assegno di mantenimento), sia nel caso di richiesta congiunta di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio (c.d. assegno divorzile).

Viene invece espressamente esclusa la c.d. Liquidazione *una tantum*: *"Non può invece costituire oggetto di accordo la previsione della corresponsione, in unica soluzione, dell'assegno periodico di divorzio (c.d. liquidazione una tantum) in quanto si tratta di attribuzione patrimoniale (mobiliare o immobiliare)"*.

Oltre a tale aspetto che di fatto non riguarda unicamente questo istituto ma induce ad un ambito di riflessione più ampio, la norma come redatta rischia di trovare difficoltà di applicazione nei casi di figli che non siano, come vuole la norma, maggiorenni (pienamente) indipendenti. Quanto sopra si ricollega alla prima riflessione circa l'assenza di un legale: la carenza di un riferimento giudiziale che funga da garanzia anche in relazione a tali aspetti non certo marginali quali quelli del figlio maggiorenne non autosufficiente induce ad una riflessione di carattere prettamente tecnico che l'assistenza di un legale potrebbe meglio evidenziare anche ai fini di una più oculata considerazione da

parte dei coniugi sulla scelta del contenuto dell'accordo nonché sulla scelta del medesimo istituto individuato per la separazione o divorzio. Al contrario con l'attuale formulazione il Sindaco o meglio l'Ufficiale di Stato Civile viene chiamato, del tutto impropriamente, ad un vaglio discrezionale su ogni singola fattispecie che esuli da quella espressamente individuata *ex lege*. Ci si chiede cioè quale atteggiamento debba tenere l'Ufficiale di Stato Civile portato a conoscenza del fatto che l'accordo siglato dai coniugi non contempli affatto il figlio oggi maggiorenne (a titolo estremamente esemplificativo: studente lavoratore o con contratto a termine o a progetto di breve durata). Discrezionalità peraltro espressamente esclusa in sede ministeriale allorché si è precisato, nell'ambito della separazione o divorzio, che *"l'ufficiale dello stato civile è tenuto a recepire quanto concordato dalle parti, senza entrare nel merito della somma consensualmente decisa, né della congruità della stessa."*

Conclusioni.

Da un punto di vista pratico non ci si soffermerà su punti di politica sociale: per anni i detrattori di qualsiasi riforma volta a comprimere le tempistiche tra separazione e divorzio hanno sostenuto come la separazione sia passo obbligato al fine di un (auspicato) ricongiungimento familiare ed in tal senso il lasso di tempo assume rilievo proprio in virtù della sua importanza. Ebbene non v'è professionista che si dedica al diritto di famiglia che non abbia constatato come il percorso nella fase immediatamente successiva alla fase di separazione (a maggior ragione nel caso di procedimento contenzioso) sia quello più difficile per i rapporti interpersonali soprattutto in presenza di figli talvolta ostaggio delle pretese dei coniugi e come il divorzio quindi sia "traguardo" per la definizione di una rinnovata dimensione dei rapporti.

La criticità della riforma pertanto va rintracciata altrove: anzitutto, nell'inserimento in un tessuto collaudato non ha tenuto conto di talune criticità; inoltre, la riforma che di fatto solo in tema di divorzio consente la visione di tre mini riforme al suo interno (divorzio breve, negoziazione assistita ex art. 6 e divorzio innanzi l'ufficiale di stato civile) pur nelle nobili intenzioni tende a comporre un mosaico non propriamente omogeneo.

In particolare, quanto alle norme sul divorzio breve, da molti lungamente auspicato, nel merito generale dell'approdo alla conclusione dell'*iter* legislativo la novella getta luce sul fatto che di riflesso l'istituto della separazione ne esce fortemente ridimensionato sino a sollevare dubbi sulla effettiva utilità del medesimo. Come noto in molti ordinamenti è possibile passare direttamente alla fase divorzile specificando come in molti casi la separazione è accomunata ad una situazione di fatto più che di diritto, funzionale unicamente in vista del divorzio. Sfruttando l'onda della facoltatività si sarebbe potuto "osare" sino a definire questo passaggio (in particolare nei casi in cui la separazione è ridotta a sei mesi) di tipo facoltativo, attribuendo ai coniugi la responsabilità di definire la propria situazione familiare e propendere per l'una o l'altra soluzione.

Ma la criticità più grande a dire il vero, è nel non aver colto in tale innovazione l'occasione per un rinnovamento sostanziale anche da un punto di vista prettamente sociale e patrimoniale. In altre parole se come detto riforma c'è stata, questa appare priva di un vero spirito riformatore nella parte in cui non tiene conto né dell'aspetto prettamente dinamico-familiare, né (di conseguenza) dell'aspetto gestionale delle proprietà e delle economie familiari

che seguono il trauma della disgregazione della famiglia: non a caso l'analisi della riforma contiene un breve excursus in tema di patrimonio familiare, un ambito sinora lasciato del tutto "scoperto" e per il quale si è ritenuto dilungarsi. In altre parole i passaggi che chi scrive ritiene di rilievo per quanto concerne l'abbreviazione dei termini, vengono eclissati da un istituto, quello della negoziazione, non ancora ben a fuoco, proiettato in un'autonomia negoziale, sia pure facoltativa, senza precedenti nell'ordinamento (fatto salvo il caso dell'arbitrato) che involge peraltro un ambito del diritto particolarmente delicato ma ancora privo di un'ossatura solida.

A ciò si aggiunga che l'istituto presenta agli occhi dei legali degli oneri e delle responsabilità non di poco conto sia in termini deontologici, che formali (non va dimenticato che i passaggi successivi, non ultimo la trascrizione inerente gli immobili oggetto di negoziazione, verranno ad essere oggetto dei successivi adempimenti (agenzia del territorio, catasto, etc.) con la conseguenza che l'avvocato è chiamato ad uscire nel caso in cui si prospetti una negoziazione di tipo complesso, dal proprio ambito canonico di operatività in favore di un ambito più ampio, fortemente proiettato verso una diversa e più ampia dimensione).

La sensazione è quella che il Legislatore abbia inteso, e con cognizione, di proiettarsi immediatamente nella prosecuzione dell'a.d.r. avallando sin da subito l'incardinamento del nuovo istituto, e pur conscio delle criticità, lasciare a dottrina e giurisprudenza il compito di instaurare i correttivi che si renderanno necessari, sottovalutando fortemente il fatto che l'Italia non sia ancora un Paese rodato sotto il punto di vista di gestioni alternative del contenzioso ed il fatto che tutti questi istituti vengano "prelevati" da altri ordinamenti per poi essere gettati nel nostro sistema legislativo. Va precisato che se l'intento (più o meno confessato) è quello della *spending review* giudiziaria il traguardo di medio periodo sarà quello di consentire solo quale *extrema ratio* la soluzione giudiziale in favore di sistemi alternativi.

In tale ottica la mediazione civile, l'arbitrato, la negoziazione assistita, i disincentivi dettati dalle maggiorazioni delle spese di accesso alla giustizia e dalla soccombenza delle spese di lite nonché da ultimo la possibilità di gestire materie quali separazione e divorzio da un punto di vista essenzialmente negoziale senza il vaglio di un magistrato se non nei limiti qui rammentati, se non addirittura in autonomia (per i casi legislativamente previsti) senza neanche necessità di supervisione tecnica da parte di un legale, rappresentano senza dubbio una dichiarazione di intenti.

Preso atto della circostanza che il Legislatore non farà marcia indietro ed anzi proseguirà nel solco già tracciato, agli operatori ed *in primis* agli avvocati compete considerare tali nuove prospettive come opportunità, nella consapevolezza che la professione legale sarà d'ora in poi fortemente condizionata dal nuovo panorama normativo.

Da qui la rivoluzione da leggersi come rinnovazione della visione di un ambito di istituti da sempre sottratti alla capacità negoziale dei coniugi, in considerazione della personale e non commerciabile natura dei diritti in gioco; ad oggi invece sia pure facoltativamente, è consentita la negoziabilità di tutti gli ambiti della vita matrimoniale e di genitore, con il limite dell'ordine pubblico e della (non) contrarietà alle norme imperative, fatto salvo il vaglio del Procuratore della Repubblica presso il competente Tribunale ai fini del rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione (cfr. art. 6 Legge n. 162/2014).