

L. 10 novembre 2014, n. 162

# I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti

di Filippo Danovi

La l. 10 novembre 2014, n. 162 ha convertito il d.l. n. 132/2014 («*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*») e completato così l'iter della riforma. Rimangono ferme per separazione, divorzio e relative modifiche le due nuove possibili strade offerte ai coniugi, entrambe caratterizzate per la prima volta in assoluto dallo svincolo dall'intervento del Tribunale. La legge di conversione altera tuttavia profondamente l'impianto originario del decreto, estendendo da un lato la nuova figura della negoziazione assistita a tutte le ipotesi di separazione e divorzio (anche con figli minori), ma inserendo un necessario «filtro» (modulato nella forma e nelle conseguenze a seconda proprio della presenza o meno di figli minori) da parte del pubblico ministero. L'innovazione si presenta incongruente dal punto di vista sistematico e dei principi e introduce nelle future prassi un appesantimento in molti casi ridondante e inutile. Parimenti, anche l'ulteriore ipotesi di accordo di separazione o divorzio stipulato direttamente dalle parti avanti all'ufficiale dello stato civile è stata oggetto di interventi correttivi, che tuttavia non si dimostrano idonei a fugare i dubbi che la nuova figura presenta.

## 1. Premessa

Bizzarra sorte quella che da tempo tocca alle nostre riforme processuali. Portate avanti dapprima con impeto, anche forzando i binari del tradizionale percorso formativo delle leggi nel nome di una necessità molte volte sbandierata e non sempre reale, subiscono poi improvvise battute d'arresto, ovvero vengono – nel definitivo iter di approvazione – modificate a tal punto da snaturare persino l'originario progetto e con esso il messaggio che si intendeva dare all'utente del servizio-giustizia.

Il primo è il destino del c.d. «divorzio breve», approvato il 29 maggio di quest'anno alla Camera con una maggioranza di voti che ha colpito tutti, e poi impantanatosi nelle spire del Senato, alla ricerca di emendamenti, modifiche e revisioni che possano scioglierne i nodi critici; il secondo è invece il caso del d.l. n. 132/2014 sulla riforma della giustizia civile, emanato dal Governo lo scorso 12 settembre e giunto definitivamente in porto alla legge di conversione (l. 10 novembre 2014, n. 162 (1)). Fermo l'impianto generale, che tuttavia esula dall'ambito del presente commento, e con esso la

molteplicità di innovazioni arrecate al sistema di diritto processuale (in particolare in materia di trasferimento del contenzioso pendente in arbitrato, di negoziazione assistita nelle controversie su diritti disponibili, di tutela del credito e processo esecutivo), per la separazione e il divorzio si registra un inaspettato radicale cambiamento e con esso anche un'incomprensibile «marcia indietro».

## 2. Le due nuove modalità di separazione e divorzio

Rimane immutata l'impostazione di fondo, volta a svincolare, per la prima volta in assoluto, le separazioni, i divorzi e le relative modifiche (purché, naturalmente, su accordo delle parti) dalla competenza, sino a ieri esclusiva e inderogabile, del Tribunale.

Analogamente, restano ferme le due figure portanti, rispettivamente contenute negli artt. 6 e 12 del testo legislativo: da un lato la negoziazione assistita «per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o

(1) Pubblicata in G.U., 10 novembre 2014, n. 261, suppl. ord. n. 84.

di divorzio» (così la rubrica dell'art. 6), dall'altro la possibilità di ancorare gli effetti della separazione, del divorzio e delle modifiche (ma con forti limiti, che vedremo) a un semplice accordo direttamente raggiunto dalle parti «*innanzi all'ufficiale dello stato civile*» (così la rubrica dell'art. 12).

Entrambi gli istituti sono stati tuttavia significativamente rimodellati nella legge di conversione, con l'introduzione di modifiche non sempre chiare nella forma e soprattutto tali da indebolire fortemente la valenza dell'accordo *inter partes*, che avrebbe potuto essere l'unico vero *atout* della riforma (già nella originaria versione del d.l. n. 132/2014 disseminata da non poche zone d'ombra (2)).

### 3. La negoziazione assistita da avvocati (ma con la necessaria «presenza» del p.m.)

Con riferimento alla negoziazione assistita di cui all'art. 6 si registra il più eclatante cambiamento di prospettiva: mentre infatti la formula originaria del d.l. n. 132/2014, pur limitando la negoziazione in materia di separazione e divorzio alle sole ipotesi di coppie prive di figli minorenni (ovvero maggiorenni non autosufficienti, o incapaci, o portatori di handicap), attribuiva gli effetti del nuovo *status* direttamente all'accordo stipulato tra le parti con l'assistenza dei soli avvocati, il testo definitivo della l. n. 162/2014 da un lato ne estende il possibile ambito a tutte le famiglie, ma ne subordina in radice l'efficacia all'espletamento di un previo controllo da parte del pubblico ministero.

Viene infatti previsto che l'accordo raggiunto per il tramite degli avvocati debba sempre essere «*trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente*».

Le modalità e l'ambito del controllo del p.m. variano poi sensibilmente a seconda della fattispecie. Invero, nelle ipotesi di accordo «*in mancanza 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*», l'organo requirente risulta chiamato a una semplice verifica di regolarità formale dell'accordo. Si legge infatti che il p.m. «*quando*

*non ravvisa irregolarità comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti ai sensi del comma 3*».

Laddove vi siano invece figli minori o comunque bisognosi di protezione, la verifica si espande al merito dell'effettiva rispondenza dell'intesa all'interesse di questi ultimi. In queste ipotesi il p.m., laddove ravvisi che l'accordo rispetti effettivamente la posizione dei figli, lo autorizza, mentre diversamente è tenuto a trasmettere il fascicolo «*entro cinque giorni*» al presidente del tribunale «*che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo*» (art. 6, 2° comma, ultima parte, l. n. 162/2014).

Nel dettato della legge appaiono *in primis* alcune particolarità di carattere formale: se nelle ipotesi di coppie con figli minori o comunque da tutelare l'accordo deve essere trasmesso al p.m. entro dieci giorni, nessun termine è invece previsto per le restanti ipotesi di assenza di soggetti minori o comunque protetti (3).

Inoltre non è specificato né come deve avvenire la «*trasmissione*» all'ufficio del p.m. (si ritiene attraverso un formale deposito), né come quest'ultimo debba poi procedere a seguito dell'autorizzazione: anche se viene naturale immaginare che al nulla osta del p.m. debba fare seguito una formale comunicazione (anche mediante posta elettronica certificata) agli avvocati.

Infine, non è chiaro né per quale motivo sia stato previsto che, nelle ipotesi di accordi con figli che non risultino rispondenti all'interesse di questi, il p.m. trasmetta gli atti al solo presidente del tribunale, né cosa avvenga realmente dopo la comparizione delle parti (da disporsi ottativamente entro il termine di trenta giorni, che pure è all'evidenza termine solo ordinatorio). La formula per la quale il presidente «*provvede senza ritardo*» potrebbe infatti in astratto alludere a una sorta di trasformazione del rito in consensuale o congiunto, ovvero, come sembra più verosimile, a un intervento del presidente meramente autorizzativo e sostitutivo del nulla osta negato «*a monte*» dal p.m.

Se fosse vero il primo corno dell'alternativa, avremmo ricreato un «*pasticciato*» modello processuale (con partenza con i soli avvocati, passaggio al p.m., quindi al presidente e infine conclusione mediante omologa della separazione consensuale/sen-

(2) Per un commento al testo originario degli artt. 6 e 12 del d.l. n. 132/2014 sia consentito il rinvio a Danovi, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 2014, 10, 949 ss.

(3) A questo proposito riterrei che la lacuna sia frutto di una svista, e che il termine debba valere in linea di principio per en-

trambe le ipotesi. Va tuttavia anche ricordato che in assenza di una espressa qualifica di legge non può trattarsi di termine perentorio e dunque il p.m. deve considerarsi tenuto a vagliare anche accordi che non gli siano stati trasmessi tempestivamente.

tenza del tribunale di divorzio su conclusioni conformi); nel caso opposto avremmo comunque nel sistema un *quintum genus* di separazione o divorzio su accordo: tradizionale – *id est* separazione consensuale ex art. 711 o divorzio su ricorso congiunto ex art. 4, 16° comma, l. div. –, con accordo avanti al Sindaco di cui all'art. 12 l. n. 162/2014 (figura che si esaminerà in seguito), nonché, nell'art. 6 sempre della riforma in commento, con negoziazione assistita senza figli, con negoziazione assistita con figli, e per quest'ultima, con trasmissione degli atti al presidente del tribunale. Il che pare comunque francamente troppo.

#### 4. L'incongruenza dell'introduzione del filtro del p.m.

Ma soprattutto, la scelta di subordinare l'efficacia dell'accordo al necessario filtro del p.m. si rivela incomprensibile e incoerente sotto plurimi profili. In primo luogo, l'introduzione di un controllo inamancabile e *quoi qu'il en soit* da parte del Procuratore della Repubblica «presso il Tribunale competente» (e diamo per scontato che la competenza sia quella stabilita sulla base delle norme ordinarie, anche se il tribunale in virtù della nuova figura è proprio l'organo che si è inteso sopprimere) contrasta con la stessa idea di fondo che sostiene la nego-

ziazione assistita, per la quale la soluzione della controversia deve essere responsabilmente affidata ai difensori, garanti degli interessi delle parti. Inserire un ulteriore soggetto, «garante dei garanti», o – peggio ancora – «controllore dei garanti», significa non credere nemmeno nell'istituto che si è voluto introdurre con una figura generale e addirittura in via di decretazione d'urgenza (implicitamente ravvisandone una supposta indispensabilità per il sistema). Più onesto sarebbe stato allora attribuire in questo caso un *nomen iuris* diverso, per differenziare l'ipotesi in esame da quella in cui al contrario l'intesa certificata dai difensori è in grado di produrre direttamente i suoi effetti.

E' poi vero che la negoziazione assistita può esplicarsi in linea generale solo nell'area dei diritti disponibili, mentre nell'ambito delle relazioni coniugali (e segnatamente nella patologia e crisi del rapporto) non si ritiene sussista una piena disponibilità delle situazioni soggettive delle parti (4); ma è parimenti vero che sino a oggi l'indisponibilità è sempre stata solo «sostanziale» e ad essa faceva invece da contraltare una vasta area di disponibilità «processuale» (5). Ed invero, gli accordi *inter partes*, prescindendo dalle ipotesi di figli minori o maggiorenni non autosufficienti (6), sono sempre stati direttamente produttivi di effetti (pur nel pas-

(4) Sul complesso tema della disponibilità e indisponibilità dei diritti della coppia cfr. *ex plurimis* Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2012, 69 ss.; Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur.*, 2000, 1023 ss.; Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 ss.; Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 245 ss.; Al Mureden, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 990 ss.; Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 6 ss.

(5) In effetti, la componente pubblicistica che è comunque sottesa ai giudizi di separazione e divorzio attenua (o sovente addirittura elide) la libera disponibilità dei diritti dal punto di vista sostanziale e preprocessuale, ma viene a perdere la propria tradizionale connotazione nel momento in cui il processo è pendente e i coniugi si trovano di fronte all'autorità giurisdizionale. Per descrivere tale complesso fenomeno si è parlato proprio di *indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale* (Dalmotto, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, nota a Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, I, 1, 345 ss.), mettendo in evidenza con tale formula che la tutela dei profili metaindividuali – alla presenza dell'autorità giudiziaria – si considera soddisfatta per il tramite di una piena estrinsecazione del principio del contraddittorio e del controllo del giudice che sovrintende al corretto dispiegarsi dei principi di legge all'interno del giudizio. Sul tema v. anche ad es., oltre ai contributi citati nella n. precedente, Oberto, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in questa *Rivista*, 2003,

389 ss.; Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 699 ss.

(6) Per tutti i provvedimenti che riguardano gli eventuali figli minori coinvolti nel conflitto genitoriale è noto come i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato trovino una vistosa deroga, nella misura in cui il giudice della separazione e del divorzio ben può assumere provvedimenti diversi, se non addirittura contrari, rispetto a quelli richiesti dalle parti (cfr. ad es. nella dottrina privatistica tra gli altri Bianca, *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1993, VI, I, 373 ss.; Dogliotti, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 58 ss.; Mantovani, *La separazione personale dei coniugi* (artt. 150-158 c.c.), Padova, 1983, 240; e nella dottrina processualcivilista Grasso, *La pronuncia d'ufficio. I. La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 169 ss.; Mandrioli, *Separazione per ordinanza presidenziale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 204 ss.; Tommaseo, *sub art. 4 l. n. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, Padova 1997, 284; Danovi, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 729 ss.; Cipriani, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 143; Graziosi, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 1140; Cea, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della l. n. 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 127 ss.; Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *Il giusto proc. civ.*, 2006, 44. In giurisprudenza v. *ex plurimis* Cass. 31 marzo 2014, n. 7477; Cass. 10 maggio 2013, n. 11218; Cass. 20 giugno 2012, n. 10174; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30196, in questa *Rivista*, 2013, 174 ss., con nota di Serra, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosuf-*

saggio avanti al tribunale, peraltro strutturato come necessario più per la pronuncia sullo *status* che per altri motivi), così come addirittura nei giudizi contenziosi si è sempre attribuito valore immediato alla rinuncia a domande coinvolgenti le sole parti, come quella sull'addebito o quelle volte a ottenere un assegno di mantenimento o divorzile. In queste ipotesi, di fronte a un atteggiamento di «resa» della parte, il tribunale non può provvedere in forza dell'originaria domanda poi rinunciata, pena una violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato consacrato nell'art. 112 c.p.c.

In questa prospettiva, il nuovo istituto e la previsione di un filtro da parte del p.m. anche per i casi di rapporti che riguardano esclusivamente i coniugi appaiono poco coerenti e sintomatici di una totale assenza di coraggio. Per quale arcano motivo, allora, abbiamo smosso un principio sino a ieri indeclinabile, *id est* quello della necessaria presenza del tribunale nelle azioni relative agli *status* personali, per introdurre un altrettanto imprescindibile controllo da parte di un altro giudice (nella persona del procuratore della Repubblica)? Ciò tanto più se si consideri che quest'ultimo, negli accordi tra coniugi senza prole da tutelare, viene relegato a una mera verifica di regolarità: una sorta di *exequatur*, e quindi di suggello solo formale, di cui si fatica a comprendere il reale significato.

Oltre tutto, per quale motivo il p.m. dovrebbe essere più preparato degli avvocati nella verifica del rispetto delle forme della negoziazione assistita? E se gli avvocati possono essere (*rectius*, sono) responsabili per il loro operato (7), in quale responsabilità potrebbe invece incorrere il p.m. che abbia erroneamente dato il nullaosta a un accordo invalido nella forma? E *quid* nell'ipotesi speculare in cui il p.m. dovesse invece illegittimamente rifiutare il nulla osta in un accordo valido (erroneamente non

ritenendolo tale)? Convocherà le parti e i difensori davanti a sé, ma, di fronte a un (magari anche legittimo) irrigidimento di questi, che ritengano di avere bene adempiuto al loro operato, quale scenario potrà immaginarsi? La legge nulla dispone, ma è ragionevole prevedere che nell'ipotesi di perdurante contrasto gli avvocati, pur «beffati», non potranno che proporre un nuovo ricorso nelle forme ordinarie al tribunale, cercando di spiegare alle parti che il problema non è in realtà dipeso da loro.

L'inutile appesantimento che la necessaria presenza del p.m. provoca nelle ipotesi in cui l'accordo riguardi solo le parti appare poi tanto più censurabile in quanto snatura anche la figura dell'organo requirente, che non deve essere ridotta a funzioni certificative o «notarili», e che anzi è stato spesso giustamente criticato laddove – come nella prassi purtroppo sovente accade, a motivo anche della ridotta presenza di organici – finisce per essere nelle separazioni e nei divorzi un figurante che si limita a esprimere la sua opinione «dietro le quinte», apponendo sui fascicoli una sorta di «visto». Si è tanto dibattuto circa l'opportunità di mantenere il p.m. addirittura nei contesti giudiziali, decisamente più difficili e delicati di quelli su accordo, e si sceglie ora di ergerlo a paladino della verifica formale di accordi stilati davanti a professionisti e riguardanti anche solo le parti!

Ma anche la previsione di affidare al p.m. un controllo (questa volta di sostanza e merito e non più solo formale) nelle ipotesi di prole minore o comunque da tutelare non appare una scelta convincente, né dal punto di vista sistematico, né da quello della concreta organizzazione degli uffici giudiziari.

Sotto il primo profilo, invero, nel processo civile il p.m. dispone in effetti di una funzione di controllo e tutela di interessi metaindividuali e pubblicistici, ma pur sempre esercitata come parte (8). Una par-

*ficienti e poteri officiosi del giudice*). Tale conclusione trova oggi un sostegno anche formale nell'art. 337-ter c.c. (laddove la norma stabilisce che, intervenendo nella crisi familiare, il giudice «adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole») e deve ritenersi valida per tutte le tipologie di provvedimenti assunti nel corso del giudizio. In questa prospettiva, quindi, le domande formalmente proposte dalle parti vengono dunque in un certo senso «degradate» a semplici sollecitazioni di un potere giurisdizionale che può estrinsecarsi *ex officio* (in giurisprudenza v. ad es. Cass. 24 febbraio 2006, n. 4205). La ragione di ordine sistematico di tale regola risiede nella considerazione che in questi casi il processo persegue una finalità metaindividuale che prescinde dalle posizioni soggettive in concreto fatte valere, realizzando una sorta di «amministrazione giudiziale di diritto privato» (Luiso, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, cit., 43).

(7) A questo proposito è stata ribadita la regola per la qua-

le, una volta perfezionato l'accordo – deve ritenersi ora tramite il nullaosta del p.m. –, l'avvocato deve trasmettere entro dieci giorni all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia dello stesso, da lui autenticata; in caso di violazione è stata dalla legge di conversione mantenuta la sanzione pecuniaria a carico del legale, anche se ridotta, rispetto all'originaria previsione, e variabile da € 2.000,00 a € 10.000,00.

(8) In generale sulla figura e sul ruolo del p.m. nel processo civile v. *ex plurimis* Allorio, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 212 ss.; Carnelutti, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 257 ss.; Proto Pisani, *Del pubblico ministero*, sub art. 70 c.p.c., in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 800 ss.; Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 296 ss.; Grasso, *Il pubblico ministero. II) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXV, Roma,

te *sui generis*, certo, ma comunque un soggetto del processo dotato solo di poteri più o meno ampi di impulso, non di finale valutazione e accertamento dei diritti in contesa. Per questo motivo, se certamente più coerente sarebbe stato evitare (come nella formula originaria) la presenza del p.m. almeno per gli accordi che non intacchino le posizioni sostanziali di figli minori o da tutelare, ugualmente preferibile sarebbe stato affidare il controllo degli accordi relativi alla prole minore al tribunale, eventualmente nella figura del presidente o del giudice tutelare. Questo anche perché, come già accennato, secondo il testo della legge laddove il p.m. non ravvisi l'effettiva rispondenza dell'intesa raggiunta all'interesse dei figli, lo stesso è comunque tenuto a passare la palla nel campo del giudice, trasmettendo gli atti al presidente del tribunale, con ciò ritornando quindi di fatto a coinvolgere quest'ultimo nella finale valutazione della situazione (pur con i dubbi che si sono in precedenza espressi).

Ancora, anche dal punto di vista dell'organizzazione giudiziaria, la nuova normativa non pare cogliere nel segno. Rispetto agli uffici della Procura della Repubblica, certamente più attrezzati sarebbero stati per gli incombenti in esame i tribunali stessi (9). Ove si fosse scelta questa strada, la riforma avrebbe comunque avuto una positiva rilevanza, ovvero quella di sopprimere l'udienza di comparizione dei coniugi avanti al presidente, e già questo risultato sarebbe stato apprezzato dai nostri giudici, gravati oggi da carichi di ruolo spesso esorbitanti e chiamati a gestire convocazioni delle parti che, nella assoluta maggioranza dei casi, comportano un inutile dispendio di tempi, energie e risorse.

Senza contare, infine, che la nuova norma pone problemi anche dal punto di vista della certificazione richiesta dalle norme del Regolamento CE n. 2201/2003. Tale normativa stabilisce infatti che il certificato necessario per la trascrizione negli altri

Stati dell'Unione debba essere rilasciato dalla autorità che ha pronunciato il divorzio (10). Ma nel caso in esame non è più chiaro se si debba trattare degli avvocati, della procura della Repubblica ovvero ancora del tribunale.

### **5. La decorrenza del termine di trasmissione dell'accordo all'ufficiale dello stato civile**

Vi sono poi altri aspetti negativi della riforma, poiché, nel passaggio tra il testo originario e quello finale della legge e con l'introduzione del filtro del p.m. dapprima non previsto, si sono create ulteriori distonie.

Così, ad esempio, permane la previsione dell'obbligo per l'avvocato, una volta raggiunto l'accordo, di trasmetterlo entro dieci giorni all'ufficiale dello stato civile per le annotazioni di legge (art. 6, 3° comma, ultima parte, della legge): tuttavia non si precisa la decorrenza di detto termine, oggi subordinato alla previa autorizzazione del p.m.

Al riguardo, non vi è dubbio che il termine per l'avvocato di fatto non possa che iniziare a decorrere dal rilascio (*rectius*, dalla comunicazione) del nulla osta del p.m., ma se da un lato sarebbe stato opportuno prevederlo, dall'altro la rivoluzione da ultimo operata svuoterà di significato tale previsione, poiché il complessivo *iter* di formalizzazione dell'accordo verosimilmente comporterà, attraverso il coinvolgimento dell'organo requirente, tempi di gran lunga superiori.

### **6. I doveri degli avvocati nei confronti delle parti da riportare nel contenuto dell'accordo**

Nel testo finale della legge è stato poi aggiunto (art. 6, 3° comma, seconda parte) che «nell'accordo si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possi-

1991, 2 ss.; Vellani, *Pubblico ministero nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, 140 ss. Insistono in particolare nel qualificare il p.m. ad ogni effetto come parte, Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1965-70, 437 ss.; Andrioli, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973, 301; Siracusa – De Bellis, voce *Pubblico Ministero (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 536; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6° ed., Napoli, 2014, 292; Mandrioli, *Diritto processuale civile, nozioni introduttive e disposizioni generali*, 23° ed., I, Torino, 2014, 479. Anche la giurisprudenza spesso qualifica il p.m. come «organo propulsore dell'attività giurisdizionale», una parte quindi *sui generis* non titolare del diritto sostanziale in contesa, ma portatore di un interesse pubblico a che lo stesso trovi tutela (cfr. Cass. 17 febbraio 2010, n. 3824; Cass. 28 luglio 2004, n. 14199; Cass. 10 aprile 1990, n. 2983).

(9) In questo modo si sarebbe anche mantenuto un più ampio controllo statistico diretto circa separazioni, divorzi e relative modifiche presentate sul territorio, pur con le riserve di cui all'ipotesi prevista nell'art. 12 e di cui *infra* nel testo.

(10) Ai sensi dell'art. 39 del Regolamento «L'autorità giurisdizionale o l'autorità competente dello Stato membro d'origine rilascia, su richiesta di qualsiasi parte interessata, un certificato utilizzando il modello standard di cui all'allegato I (decisioni in materia matrimoniale) o all'allegato II (decisioni in materia di responsabilità genitoriale)». E nel punto 24 dei considerando viene premesso che «Il certificato rilasciato allo scopo di facilitare l'esecuzione della decisione non dovrebbe essere impugnabile. Non dovrebbe poter dare luogo a una domanda di rettifica se non in caso di errore materiale, ossia se il certificato non rispetta correttamente il contenuto della decisione».

bilità di esperire la mediazione familiare. Si dà anche atto che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascun genitore».

Dispiace dirlo, ma la formula scelta dal legislatore non avrebbe potuto essere più insipiente.

Iniziamo con il dovere per gli avvocati di dare atto nell'accordo di avere tentato di «conciliare» le parti.

Come sempre non è chiaro cosa si debba intendere con questo verbo, e il legislatore dimostra di non avere contezza del dibattito (probabilmente anche eccessivo) che per lungo tempo è stato coltivato in dottrina (ma anche nella giurisprudenza) sulle analoghe formule contenute negli artt. 708 c.p.c. e nell'art. 4, 7° comma, l. div. circa il tentativo di conciliazione dei coniugi ad opera del presidente del tribunale (11).

Invero, se il significato del tentativo di conciliare deve essere quello (originario) di riconciliare i coniugi, *id est* cercare di adoperarsi per la ripresa del *consortium vitae*, se questo poteva avere un senso nell'impostazione originaria del codice del 1940, che prevedeva soltanto la separazione e non lo scioglimento o la cessazione degli effetti del matrimonio, e se analogamente aveva una logica affidare tale delicato compito al presidente del tribunale (12), ci si chiede che senso abbia riproporre ancora tale formula oggi, in una temperie culturale e

sociale sideralmente modificata, e soprattutto affidare tale compito agli avvocati. L'avvocato esperto di diritto di famiglia deve certamente proteggere l'assistito (o gli assistiti) e gli eventuali figli, ma non gli va attribuito il ruolo di terapeuta della coppia, proteso a sollecitare quest'ultima affinché, se possibile, venga riattivata la comunione spirituale e materiale ormai venuta meno (magari anche da tempo e addirittura dopo una già formalizzata separazione).

Ma se anche, come più verosimilmente è, la formula vuole alludere alla conciliazione intesa come accordo sulle condizioni della separazione, allora l'inciso è totalmente inutile e il legislatore dimostra l'assenza di ogni minima attenzione nella revisione del testo, poiché il presupposto fondante della norma è che l'accordo sia stato raggiunto, e quindi non vi è proprio motivo per limitarsi a dare atto di avere «tentato» di raggiungerlo!

Ma non migliore giudizio riesce per gli ulteriori doveri prescritti al difensore. Ed invero, quanto all'inserimento nell'accordo del dovere per l'avvocato di avere informato le parti della possibilità di esperire la mediazione familiare, la stessa può essere una formula meramente programmatica, ma riesce del tutto lacunosa. E non è senza rilievo (né responsabilità per il legislatore) il fatto che oggi, che la mediazione è divenuta figura generale nel sistema, dotata di un testo normativo che certamente potrà

(11) In proposito, l'impostazione iniziale era nel senso che il presidente dovesse sempre tentare, più che una conciliazione giuridica in senso stretto, una vera e propria riconciliazione di vita, e sosteneva quindi una chiara valenza pubblicistica per il *favor matrimonii* (la norma della separazione era stata redatta in una temperie culturale e sociale in cui nell'ordinamento il divorzio non era ancora contemplato e imperava il dogma dell'indissolubilità del matrimonio, come ricordano Tommaseo, in Bonilini, Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, 3° ed., Milano, 2010, 381; Cipriani, *I provvedimenti presidenziali «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, Napoli, 1970, 135 ss.; Barchi, *Il procedimento di separazione personale dei coniugi*, Padova, 1987, 35; Vullo, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, I*, Bologna, 2011, 122), che con gli anni è venuta via via sfumando, sino a doversi considerare oggi verosimilmente superata. Questo processo di adattamento, unito alla considerazione che anche la prassi ha dimostrato che le concrete possibilità di una riconciliazione tra i coniugi e di una ripresa dal *consortium vitae* sono decisamente ridotte, per non dire pressoché inesistenti (come ricordano ad es. Lupoi, voce *Procedimento di separazione e divorzio*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 964; Campus, *La fase presidenziale del nuovo procedimento di separazione giudiziale: il tentativo di conciliazione e i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole dopo la riforma introdotta dal D.L. n. 35/2005 (art. 708 c.p.c.)*, in *Codice ipertestuale di separazione e divorzio*, a cura di Bonilini, Chizzini, Confortini, 2° ed., Torino, 2008, 298) hanno quindi influito sull'interpretazione originaria, inducendo a ritenere come più frequente (e anzi fisiologica) finalità dell'attività in esame quella di reperire una composizione giudiziale degli interessi e porre così in essere un mutamento del

rito della separazione da contenzioso a consensuale. In questo senso cfr. *ex plurimis* Cipriani, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 440 ss.; Morozzo della Rocca, voce *Separazione personale (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1387; Tommaseo, *Commento agli artt. 706-711 cod. proc. civ.*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, 568; Di Iasi, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino, Ruscello, II, Milano, 2002, 1420; Scardulla *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, 5° ed., Milano, 2008, 800; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, III, 20° ed., Torino, 2009, 109 ss.; Vullo, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, cit., 122.

(12) Il tentativo di conciliazione nella separazione e nel divorzio mantiene in effetti una sua specifica connotazione e funzione, che non può essere integralmente equiparata a quella della conciliazione giudiziale su diritti disponibili (prevista ad es. dagli artt. 185, 185-bis e 420 c.p.c.), e ciò sia perché non si può escludere *a priori* che, per suo tramite, il *consortium vitae* tra i coniugi venga effettivamente ripristinato, sia perché in ogni caso gli aspetti che il giudice è chiamato ad approfondire riguardano le relazioni familiari in senso ampio e con esse i diritti e gli interessi degli eventuali figli minori della coppia (in questo senso ad es. Tommaseo, in Bonilini e Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, 3° ed., cit., 381, per il quale il tentativo di conciliazione in esame è funzionalmente destinato «al raggiungimento di un obiettivo a cui non si addicono gli strumenti negoziali»; Campus, *La fase presidenziale del nuovo procedimento di separazione giudiziale*, cit., 306; Di Iasi, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, cit., 1419).

essere affinato ma che finalmente rappresenta il quadro di riferimento per gli operatori (13), la mediazione familiare rimane forse l'unica in ambito civile a non essere ancora normativamente regolamentata (14).

Infine, quanto all'informativa alle parti «dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori», o interpretiamo la formula come sineddoche (e la arricchiamo dei doverosi significati), ovvero, per coloro che si occupano responsabilmente di diritto di famiglia la stessa riesce quasi fastidiosa: come se il complesso tema della genitorialità a seguito della crisi della coppia fosse riconducibile a una semplice dimensione quantitativa degli spazi a disposizione con i figli. E non si tratta di un elemento soltanto formale, perché è facile immaginare che ad esso si potranno attaccare le parti assistite, avanzando pretese irragionevoli e costringendo quindi i difensori a ulteriori sforzi per spiegare loro che il concetto di adeguatezza non significa pariteticità di spazi e neppure va costruito unicamente sulla base di calcoli matematici.

In ultima analisi, quindi, la norma ha introdotto una serie di formule quasi di stile, che non potranno per sé sole colmare l'effettivo bisogno del cittadino, ovvero l'assistenza da parte di avvocati realmente qualificati per queste tipologie di controversie.

## 7. La necessaria presenza di un avvocato per parte

E veniamo all'ultimo aspetto a mio avviso nevralgico, che dimostra ulteriormente la scarsa avvedutezza del legislatore.

Già nel commento al d.l. n. 132/2014 apparso su questa Rivista avevo avuto modo di rilevare che l'impianto originario lasciava dubbi circa la necessaria presenza, ai fini della negoziazione assistita, di un avvocato per parte, ovvero anche la possibilità per un solo legale di assistere entrambe le parti per portarle a raggiungere l'accordo. A tal fine, avevo annotato la mancanza di coordinamento tra l'incipit dell'art. 2 d.l. n. 132/2014 («*negoziazione assistita da un avvocato*»), nonché del suo 5° («*la convenzio-*

*ne è conclusa con l'assistenza di un avvocato*») e ulteriori disposizioni (sempre l'art. 2, 1°, 6° e 7° comma, l'art. 3, l'art. 4, 2° comma, l'art. 5, 1°, 2° e 4° comma), dalle quali pareva invece che la riforma intendesse in generale fare riferimento a una figura di negoziato condotto da un legale per ciascuna parte. Per parte mia avevo segnalato che, quanto meno nel campo della separazione e del divorzio, non sussistevano ragioni ostative assolute a che le parti optassero per una forma di negoziato attraverso un legale comune, tenuto conto del fatto che nei procedimenti su accordo – separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta – che rimangono le figure generali di riferimento, tale eventualità è ben possibile (altro tema, naturalmente è quello del dovere di terzietà ed equidistanza rispetto alle posizioni degli assistiti che in queste ipotesi l'avvocato è tenuto a rispettare).

Ebbene. La legge di conversione recepisce sul piano generale tale linea di pensiero e precisa che il nuovo istituto può essere gestito direttamente da un unico avvocato. L'intestazione del capo II e le norme generali parlano ormai infatti tutte di procedura (e convenzione) di «*negoziazione assistita da uno o più avvocati*».

Inaspettatamente, invece, solo per le separazioni e i divorzi l'art. 6 esordisce indicando che la convenzione tra i coniugi può essere conclusa con l'assistenza di «*almeno un avvocato per parte*».

Ora, a prescindere dal fatto che il legislatore non ha prestato neppure il minimo di attenzione formale indispensabile, posto che la scelta finale appare distonica rispetto alla rubrica – pure modificata – della norma in esame, che contraddittoriamente riporta ora la dizione «*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*», la norma ha al suo interno, come detto, stabilito l'opposta regola della necessaria assistenza di (almeno) un legale per parte.

Un appesantimento anche sotto questo profilo, quindi, che risulta poco comprensibile, tenuto conto che non è la pluralità di avvocati che dà di per

(13) Il riferimento è ovviamente al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, come modificato ad esito dapprima della sentenza Corte cost. 24 ottobre/6 dicembre 2012, n. 272 e quindi in virtù del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. «decreto del fare»), poi convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98.

(14) Sulla mediazione familiare v. ad es. Spadaro, *La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio*, in questa Rivista, 2008, 209 ss.; Ciliberto, *Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare*, in questa Rivista,

2009, 293 ss.; Impagnatiello, *La mediazione familiare nel tempo della mediazione finalizzata alla conciliazione civile e commerciale*, in questa Rivista, 2011, 525 ss.; Fantetti, *La mediazione familiare quale facoltà del giudice*, in questa Rivista, 2011, 31 ss.; Tommaseo, *Mediazione familiare e processo civile*, in questa Rivista, 2012, 831 ss.; Oberto, *Gli aspetti di separazione e divorzio nella famiglia*, Padova, 2012, 172 ss.; Danovi, Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 249 ss.

sé effettiva rispondenza dell'accordo agli interessi di entrambe le parti, e che un unico difensore specializzato e competente può gestire il conflitto meglio di due non adeguatamente preparati. Non senza considerare, poi, che per la presentazione del ricorso dal contenuto «analogo» avanti al Tribunale continua a essere sufficiente la presenza di un unico difensore.

Infine, ci si deve anche domandare se il requisito disposto dalla legge non provochi problemi di natura deontologica e nel rapporto tra colleghi. Non è chiaro ad esempio se possa considerarsi valido un accordo stipulato tra due legali dello stesso Studio, ovvero tra colleghi che pur mantenendo una propria autonomia condividano (come sovente avviene) i locali professionali. E se si dovesse questionare su tali situazioni, quale può essere (di fatto, anche se non formalmente) la differenza con i casi di legali che hanno ad esempio una lunga esperienza di difese congiunte? In altri termini, la nuova formula non dà le garanzie che vorrebbe, appesantisce il procedimento e solleva una serie di dubbi che si sarebbero ben potuti evitare consentendo alle parti di farsi assistere anche da un solo legale.

### 9. Separazione e divorzi per accordo avanti al Sindaco

La legge di conversione mantiene poi il secondo nuovo modello alternativo, che consiste nell'accordo di separazione, divorzio o modifica raggiunto dalle parti personalmente avanti all'Ufficiale dello Stato civile (art. 12) (15). Questa opzione rimane tuttavia riservata alle sole coppie senza figli minori o economicamente non autosufficienti o incapaci o portatori di handicap grave.

Anche in relazione a tale figura non sono peraltro mancate modifiche rispetto all'originario testo del d.l. n. 132/2014. Con riferimento al soggetto deputato a ricevere l'accordo e formalizzare il procedimento si stabilisce innanzi tutto che questi debba in linea di principio essere il Sindaco (fatta salva la possibilità da parte di questi di farsi sostituire da un suo delegato ai sensi dell'art. 1 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (16)).

Una seconda, ragionevole modifica, introduce ora la facoltà per le parti di farsi assistere da un avvocato. In effetti, considerata l'importanza del passo che i coniugi intendono compiere e per quanto l'accordo debba essere ricevuto da un organo pubblico, la presenza del legale non può che costituire una opportuna ulteriore garanzia di tutela.

La modifica di maggiore rilievo è tuttavia nell'iter: il nuovo testo dell'art. 12 specifica infatti che «*nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate, l'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo*».

E' quindi in sostanza stabilito che nei casi di separazione o divorzio (solo le modifiche rimangono fuori dalla previsione in esame), le parti siano invitate dall'ufficiale dello stato civile a comparire davanti a lui entro un termine dilatorio di trenta giorni (ma sarebbe stato opportuno prevedere anche un termine massimo) «*per la conferma dell'accordo*».

La norma rimane confusa nella individuazione del preciso percorso da seguire, che tuttavia, tenuto conto della modifica introdotta, dovrebbe per la separazione e il divorzio immaginarsi nei seguenti termini:

- i coniugi sono tenuti a rivolgersi al Sindaco, trasmettendogli la dichiarazione di accordo già redatta;
- il Sindaco convoca le parti «*non prima di trenta giorni*»;
- di fronte all'ufficiale dello stato civile le parti sono tenute a comparire e a confermare il contenuto dell'accordo;
- la mancata comparizione implica la rinuncia al procedimento;
- gli effetti della separazione e del divorzio sono subordinati alla formalizzazione dell'accordo avanti al Sindaco, che deve quindi considerarsi a tutti gli effetti parte attiva del procedimento.

(15) Per questa figura v. già Danovi, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, cit., 952 ss.

(16) Ai sensi del 2° comma di tale norma, «*il sindaco, quale ufficiale del Governo, o chi lo sostituisce a norma di legge, è ufficiale dello stato civile*»; il successivo comma precisa poi che «*le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate ai dipendenti a tempo indeterminato e, in caso di esigenze straordinarie e temporalmente limitate, a tempo determinato del comune, previo superamento di apposito corso, o al presidente*

*della circoscrizione ovvero ad un consigliere comunale che esercita le funzioni nei quartieri o nelle frazioni, o al segretario comunale. Per il ricevimento del giuramento di cui all'articolo 10 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, e per la celebrazione del matrimonio, le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate anche a uno o più consiglieri o assessori comunali o a cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale*».

Permangono invece i dubbi già profilati in ordine alla tipologia di controllo che l'ufficiale dello stato civile è tenuto a effettuare circa la sussistenza dei presupposti per la modifica dello *status*, e soprattutto, l'interrogativo di maggiore rilievo, relativo alla portata della affermazione per la quale nell'ipotesi prevista dall'art. 12 l'accordo concluso direttamente dalle parti innanzi al Sindaco «*non può contenere patti di trasferimento patrimoniale*».

Avevo già segnalato la possibilità in astratto di due letture di tale inciso.

In senso letterale, la dizione parrebbe drastica, nel senso di vietare non soltanto trasferimenti immobiliari, ma anche qualunque previsione di natura economica (con conseguente preclusione non solo di eventuali assegni in unica soluzione ai sensi dell'art. 5, 8° comma, l. div., ma addirittura, di qualsiasi assegno di mantenimento o divorzile). Se questa fosse l'interpretazione, i coniugi potrebbero unicamente limitarsi a chiedere la separazione o il divorzio, senza condizioni ulteriori.

Tale interpretazione, tuttavia, da un lato appare contraddetta dalla circostanza per cui ai sensi dell'art. 12 è comunque possibile anche attivare il procedimento previsto nella norma per ottenere una modifica delle condizioni della separazione o del divorzio (e sotto questo profilo si dovrebbe allora pensare che il legislatore abbia inteso limitare tale eventualità alle sole modifiche senza passaggi economici, *id est*, di fatto, alle rinunce dei coniugi a precedenti assegni già stabiliti o concordati), ma soprattutto è smentita dal fatto che, sempre secondo la formula della norma in esame, la separazione e il divorzio sono possibili per le parti «*secondo condizioni tra le stesse concordate*», e tale locuzione è ribadita ora nella nuova parte del 3° comma in cui si fa obbligo alle parti di comunicare previamente all'ufficiale dello stato civile tali condizioni. Ciò significa che il legislatore dà per scontato che l'accordo tra le parti non debba necessariamente essere limitato alla sola intesa sulla modifica dello *status*. Pare quindi più ragionevole (anche se non si nasconde che ciò costituisce in parte una forzatura

della lettera della legge) ritenere che il procedimento in esame vieti i soli atti di trasferimenti di natura immobiliare, ma non anche la previsione di obbligazioni di natura economica, tra le quali almeno l'assegno di mantenimento o divorzile (mentre maggiori dubbi in effetti permangono sul c.d. *una tantum*, che verrebbe svincolato dalla verifica di congruità da parte del tribunale).

## 10. Conclusioni

Un giudizio sulla riforma non riesce quindi a essere benevolo: al di là delle censure sul mezzo (l'utilizzo ormai indiscriminato da parte del Governo dello strumento della decretazione d'urgenza), numerose sono le perplessità anche nel merito.

Da un lato, e come detto, il Governo intendeva chiaramente svincolare separazioni e divorzi (senza figli minori) da un necessario controllo giudiziale – un intervento innegabilmente incisivo ma al passo con i tempi e con le esigenze della macchina della giustizia – mentre ci troviamo ora ad avere di fatto abolito la sola udienza davanti al presidente del tribunale, ma aggiunto un necessario «filtro» del pubblico ministero (che nelle ipotesi di coppie senza figli appare davvero ridondante); dall'altro il testo emanato denota l'assenza di una meditata riflessione e di un coordinamento con gli interventi normativi già programmati ma ancora in attesa di entrare in vigore: ci si riferisce ad esempio alla accennata riforma del c.d. «divorzio breve», approvata alla Camera nello scorso mese di maggio e tuttora «in parcheggio» al Senato, o a quella dei nuovi tribunali della famiglia, a sua volta *in pectore* ma non ancora definita.

Il diritto delle persone e della famiglia è per definizione, tra i settori dell'ordinamento giuridico, quello che maggiormente risente dei cambiamenti della società e del costume; ma in Italia, per una concorrente serie di motivi (che sarebbe troppo lungo elencare) siamo ormai da tempo abituati a una legislazione senza coraggio, che ci relega sotto molti profili agli ultimi gradini della scala d'Europa.