

Barbara Polisenò

La degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare: l'impatto sulle prassi e la promozione del fenomeno anche per le unioni civili

SOMMARIO: 1. Gli effetti della degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare tra pronostici e prime prassi applicative – 1.1 I procedimenti di separazione e divorzio iscritti al ruolo e le convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dal Pubblico ministero: i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Bari – 1.2 (*Segue*): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Milano – 1.3 (*Segue*): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Catania – 1.4 (*Segue*): la degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare in termini di percentuale a Bari, Milano e Catania – 2. Il «nullaosta» del Pubblico ministero – 3. L'esiguo riscontro applicativo di un ipotetico interregno tra il diniego del P.M. e il successivo controllo dell'accordo da parte del Presidente del tribunale: prassi giurisprudenziali e tentativi ministeriali di razionalizzazione del sistema – 4. La negoziazione assistita quale 'risoluzione alternativa' delle «unioni civili tra persone dello stesso sesso» e non anche delle «convivenze di fatto» eterosessuali

1. Gli effetti della degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare tra pronostici e prime prassi applicative

Il fenomeno della degiurisdizionalizzazione della tutela dei diritti ha determinato un impatto piuttosto considerevole in materia di separazione e divorzio. Nonostante le reticenze da più parti manifestate nella 'rimozione dei sigilli' alla tradizionale indisponibilità delle situazioni sostanziali, *status* e diritti coinvolti nel contenzioso familiare, la procedura di negoziazione assistita dagli avvocati, introdotta dall'art. 6, l. 162/2014, che ha convertito con modificazioni il d.l. 132/2014, ha, di fatto, suscitato un chiaro riscontro positivo per la risoluzione consensuale del rapporto tra coniugi¹.

¹ Sulla negoziazione assistita in tema di separazione e divorzio si rinvia, per quanto non riportato nel testo, a B. POLISENO, *Negoziazione assistita e accordi "amministrativi" in materia di separazione e divorzio*, in «Giusto proc. civ.», 2015, pp. 191 ss.; cfr., tra gli altri, F. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in

In assenza di una situazione di conflitto, è parsa, infatti, ai più, buona cosa rinunciare ai tempi e ai costi della tutela giurisdizionale²; numerose sono state le coppie che, in procinto di separarsi, divorziare, ovvero di modificare le condizioni di separazione o divorzio già stabilite, hanno scelto di evitare le forme di tutela *stricto sensu* giurisdizionali previste per la separazione consensuale, il divorzio congiunto o la revisione ‘camerale’ dei provvedimenti già assunti (secondo le disposizioni previste dall’art. 710, c.p.c. e dall’art. 9, l. div.), e di accedere alle nuove regole di composizione della crisi coniugale, anche laddove l’accordo fosse diretto a disporre sull’affidamento e/o mantenimento di figli minori, maggiorenni non autosufficienti, incapaci o portatori di *handicap* grave.

Nonostante la ‘buona riuscita’ delle nuove tecniche di tutela, di cui si cercherà di dare conto nei paragrafi che seguono, riportando le prime esperienze di alcuni uffici giudiziari del territorio nazionale, corre l’obbligo di rilevare che la denominata «rivoluzione»³ in atto si attesta, a ben guardare, su un profilo strettamente teorico.

«Famiglia e dir.», 2014, p. 1146; ID., *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, *ibid.*, pp. 949 ss.; M. CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in <www.questionegiustizia.it> (ultimo accesso 02.03.2016); R. LOMBARDI, *Separazione consensuale e divorzio congiunto senza l'intervento del giudice*, in «Gazzetta forense», 2014, fasc. 5, p. 8; M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in «Corriere giur.», 2015, pp. 515 ss.; F.P. LUIO, *La negoziazione assistita (art. 6 e 12 d.l. n. 132/14)*, in «Nuove leggi civ.», 2015, pp. 665 ss.; F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in «Famiglia e dir.», 2015, p. 157; E. D’ALESSANDRO, *Le negoziazioni assistite in materia di separazione e divorzio*, in «Giur. it.», 2015, pp. 1278 ss.; A. CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, *ibid.*, 2015, pp. 1287 ss.; S. CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio*, in «Riv. dir. civ.», 2015, pp. 709 ss.; G. DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2015, *passim*; M. GIORGETTI, *La negoziazione assistita*, Giuffrè, Milano 2015, *passim*; S. MAFFEI, *Negoziazione assistita e accordo per l'interesse del figlio*, in «Venticquattro avvocato», 2015, fasc. 12, p. 50; G. FREZZA, «Degiurisdizionalizzazione», *negoziazione assistita e trascrizione (l. 10 novembre 2014 n. 162, di conversione del d.l. 12 settembre 2014 n. 132)*, in «Nuove leggi civ.», 2015, p. 18; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162)*, in «Foro it.», 2015, V, coll. 28 ss.

² Va rilevato che l’introduzione dell’istituto rappresenta la formalizzazione di una prassi, perché, di fatto, la negoziazione è una procedura che gli avvocati del settore già praticavano (e continueranno, con ogni probabilità a praticare) per raggiungere l’accordo da far «omologare» poi in tribunale.

³ La parola virgolettata è di G. CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Degiurisdizionalizzazione*, cit., *ibid.*, col. 45.

Come si è già avuto occasione di affermare, le nuove tecniche di risoluzione del rapporto di coniugio non possono, infatti, incidere in maniera radicale in termini di deflazione del contenzioso familiare. Da un canto l'effetto deflattivo, pur riconosciuto dai più, non può, di per sé solo, sovvertire i dati critici riportati dalle statistiche del settore, atteso che il fenomeno della degiurisdizionalizzazione *de quo* interviene limitatamente a quella porzione di giurisdizione volontaria dedicata alle separazioni consensuali e ai divorzi congiunti, che, in termini numerici, rappresenta soltanto un quarto del contenzioso familiare affidato alla cognizione del giudice⁴.

Dall'altro, la fetta del carico di lavoro sottratta all'autorità giudiziaria, poiché priva di quel tasso di litigiosità diretto a determinare i veri ritardi del sistema processuale, rappresenta, senza ombra di dubbio, il 'male minore' della giustizia in tema di famiglia.

Anche alla luce dei primi dati statistici che, comunque, attestano un discreto accesso alle novelle procedure, l'interprete non potrà non considerare che l'intervento deflattivo sul procedimento, per un verso allettando gli utenti ad un auspicabile risparmio nelle parcelle degli avvocati⁵, per l'altro evitando il deposito del ricorso per la separazione o per il divorzio e, rispettivamente, l'udienza presidenziale (art. 711, c.p.c.) o collegiale (art. 4, 16° comma, l. div.), nonché l'attività di cancelleria ad esse relativa⁶, si è, di fatto, rivelata una scelta foriera di non poche inconsapevolezze delle criticità reali ed effettive del contenzioso familiare⁷.

Ad un anno dalla entrata in vigore delle nuove forme di separazione e divorzio⁸, gli uffici giudiziari di Bari, Milano e Catania si sono resi disponibili

⁴ Corre l'obbligo di rammentare che 'il divorzio breve', successivamente introdotto con la l. 83/2015, operando indipendentemente dal consenso dei coniugi, non soffre delle stesse limitazioni applicative.

⁵ Che il compenso degli avvocati possa risultare inferiore rispetto alle procedure giurisdizionali è un dato, peraltro, ancora tutto da dimostrare; le rilevanti responsabilità in cui potrebbe incorrere il legale nella procedura di negoziazione assistita non lasciano, infatti, intravedere spazi per una decurtazione significativa di tali costi.

⁶ Con una previsione approssimativa di 100 mila ricorsi e udienze di comparizione (e relativi adempimenti) in meno all'anno per l'intero Paese.

⁷ «Il mancato ricorso al giudice (per la omologazione della separazione consensuale o per il divorzio congiunto) [...] sembra destinato a determinare una economia dei giudizi incapace di incidere sui grossi numeri della giustizia civile»: in tal senso A. PROTO PISANI, *Tristi notizie per la giustizia civile*, «Foro it.», 2014, V, col. 221.

⁸ La nuova disposizione di cui all'art. 6, l. 162/2014 – peraltro già in vigore per le soluzioni consensuali di separazione, di divorzio o di modifica di separazione o di divorzio già regolate in assenza di figli (minori, incapaci, muniti di *handicap* grave o non economicamente autosufficienti) dal 16 settembre 2014, ovvero dal giorno successivo all'entrata in vigore del d.l. 132/2014, come chiarito dalla circolare ministeriale del 1° ottobre 2014, n. 16 – è regolata,

a rendere pubblici i dati di confronto tra le procedure giurisdizionali, comunque iscritte al ruolo anche dopo l'entrata in vigore della l. 162/2104, di separazione consensuale *ex art.* 711, c.p.c., di divorzio congiunto *ex art.* 9, l. div., nonché di revisione delle condizioni di separazione e divorzio *ex art.* 710, c.p.c., e le convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, divorzio o di modifica delle condizioni assunte in precedenza, autorizzate dalla Procura della Repubblica (ovvero, in caso di rifiuto del nullaosta, dal Presidente del tribunale) *ex art.* 6, l. 162/2014⁹.

In particolare, il *report* statistico, a cui sono dedicati i successivi paragrafi, è diretto al confronto dei dati relativi al flusso in entrata dei procedimenti di separazione e di divorzio a carattere giurisdizionale e le soluzioni consensuali rimesse alla 'cognizione' degli avvocati e al *placet* del Pubblico ministero a partire dall'11 novembre 2014, data dell'entrata in vigore della l. 162/2014, sino al 31 dicembre 2015.

*1.1 I procedimenti di separazione e divorzio iscritti al ruolo e le convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dal Pubblico ministero: i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Bari*¹⁰

Procedimenti iscritti al ruolo al Tribunale di Bari dall'11.11.2014 al 31.12.2015		Convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dalla Procura della Repubblica di Bari dall'11.11.2014 al 31.12.2015	
Separazioni consensuali	1318	Accordi di separazione personale autorizzati dal P.M.	177
Separazioni giudiziali	671	—	
Divorzi congiunti	665	Accordi di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio autorizzati dal P.M.	132
Divorzi giudiziali	492	—	
Procedimenti <i>ex art.</i> 710, c.p.c.	263	Accordi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio autorizzati dal P.M.	11

per tutti i casi in cui si registri la presenza dei figli, dalla disciplina transitoria generale di cui all'art. 23, l. 162/2014 ed è, pertanto, in vigore dall'11 novembre 2014. Cfr. <www.questionididirittofamilia.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

⁹ Il confronto è stato realizzato nella consapevolezza che un significativo numero di accordi è stato registrato anche presso gli uffici del Comune secondo la procedura di cui all'art. 12, l. 162/2014, senonché il numero vastissimo di uffici comunali non ci consente allo stato di poterne monitorare l'effettivo andamento.

¹⁰ La presente indagine è stata realizzata grazie al prezioso ausilio della Dott.ssa Lucianna Puoci, direttore amministrativo Area civile del Tribunale di Bari, e della Dott.ssa Giulia Cipolla, funzionario giudiziario della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari.

*1.2 (Segue): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Milano*¹¹

Procedimenti iscritti al ruolo al Tribunale di Milano dall'11.11.2014 al 31.12.2015		Convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dalla Procura della Repubblica di Milano dall'11.11.2014 al 31.12.2015	
Separazioni consensuali	3040	Accordi di separazione personale autorizzati dal P.M.	291
Separazioni giudiziali	1502	—	
Divorzi congiunti	2317	Accordi di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio autorizzati dal P.M.	367
Divorzi giudiziali	1069	—	
Procedimenti ex art. 710, c.p.c.	690	Accordi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio autorizzati dal P.M.	35

*1.3 (Segue): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Catania*¹²

Procedimenti iscritti al ruolo al Tribunale di Catania dall'11.11.2014 al 31.12.2015		Convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dalla Procura della Repubblica di Catania dall'11.11.2014 al 31.12.2015	
Separazioni consensuali	1021	Accordi di separazione personale autorizzati dal P.M.	115
Separazioni giudiziali	835	—	
Divorzi congiunti	551	Accordi di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio autorizzati dal P.M.	177
Divorzi giudiziali	471	—	
Procedimenti ex art. 710, c.p.c.	259	Accordi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio autorizzati dal P.M.	11

¹¹ La presente indagine è stata realizzata grazie al prezioso ausilio della Dott.ssa Emanuela Alfieri, cancelliere della Presidenza del Tribunale di Milano, e della Dott.ssa Fernanda Monti, responsabile della segreteria degli Affari civili della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano.

¹² La presente indagine è stata realizzata grazie al prezioso ausilio del Dott. Giovanni Dipietro, presidente della prima sezione civile del Tribunale di Catania, e della Dott.ssa Marisa Scavo, procuratore aggiunto della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catania.

1.4 (Segue): la degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare in termini di percentuale a Bari, Milano e Catania

Dai dati statistici riportati, emerge che, se per la cessazione degli effetti civili o per lo scioglimento del matrimonio, l'accesso alla negoziazione assistita ha, nell'arco temporale di riferimento, inciso significativamente in termini di deflazione del carico giurisdizionale 'non contenzioso', con una percentuale pari al 20% a Bari, al 15,8% a Milano, e al 32% a Catania, per la separazione personale dei coniugi, l'impatto si riduce, in termini di percentuale, al 13,5% a Bari, al 9,5% a Milano e all'11% a Catania; per la revisione delle condizioni di separazione o di divorzio precedentemente assunte, la percentuale si abbassa, infine, al 6,7% per l'ufficio giudiziario di Bari, al 5% per Milano e al 4% per Catania.

2. Il «nullaosta» del Pubblico ministero

La decisiva virata del legislatore effettuata in sede di conversione del d.l. 132/2014 sulle modalità di perfezionamento dell'accordo, volta a mitigarne la 'privatizzazione' (parsa a qualcuno forse troppo azzardata in un settore giuridico, come quello familiare, pressoché totalmente 'indisponibile'), attraverso la previsione di cui all'art. 6, 2° comma, del «nullaosta» della Procura della Repubblica (diretto a verificare la regolarità formale dell'accordo in ordine alla produzione dei documenti, all'assistenza degli avvocati, alla certificazione delle firme, ecc.)¹³, ha implicato una duplicazione del ruolo del Pubblico ministero nella crisi del matrimonio. Al ruolo, del tutto marginale, assunto dal P.M. nei procedimenti di separazione consensuale o divorzio congiunto di natura giurisdizionale, se ne affianca, con la nuova disciplina, uno nuovo e 'centrale'¹⁴, nella fase di *exequatur*

¹³ In assenza di una espressa previsione di legge, la trasmissione all'ufficio del P.M. e la comunicazione del nullaosta da parte di quest'ultimo dovrebbero avvenire tramite deposito o posta elettronica certificata: cfr. DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., p. 1142. A tal proposito, si segnalano le Linee guida della Procura della Repubblica di Bari, <www.osservatoriofamiglia.it> (ultimo accesso 02.03.2016), che, ad un tempo, consentono la trasmissione delle comunicazioni agli avvocati di eventuali avvisi di ritardi e/o di eventuali provvedimenti interlocutori via PEC, ad un altro, consentono, sino alla messa a regime del nuovo sistema, la comunicazione via *mail* all'indirizzo di posta elettronica indicato da ciascun avvocato all'atto del deposito della convenzione.

¹⁴ Al fine di individuare l'ufficio giudiziario competente per territorio e in assenza di una disciplina specifica, devono poter operare i criteri di carattere generale; sicché, per la separazione, si ritiene sia competente la Procura presso il tribunale nel cui circondario si registra l'ultima

dell'accordo raggiunto, destinato ad essere preceduto da un'attività cognitiva complessa *more solito*¹⁵: un doppio *habitus* che non pare, tuttavia, trovare agevole riscontro nell'attuale assetto strutturale ed organizzativo degli uffici della procura¹⁶.

Nel confronto con le prime prassi applicative, si è, difatti, potuto constatare che, al fine di adeguare il sistema operativo alle nuove funzioni ad esso attribuite, i singoli uffici hanno dovuto attrezzarsi, vuoi sul piano della formazione degli addetti ai lavori, vuoi sul piano della implementazione stessa della procedura, mediante la predisposizione di regole e criteri di condotta da osservare.

residenza comune dei coniugi, per il divorzio, quella del tribunale nel cui circondario almeno uno dei coniugi ha la residenza e, per la revisione delle condizioni di separazione o di divorzio, quella del tribunale ove è stato emesso il provvedimento, di separazione o di divorzio, che si intende modificare. Stenta a comprendersi la ragione per la quale le Linee guida della Procura della Repubblica del Tribunale di Milano (cfr. *Tribunale di Milano - Procura della Repubblica - Linee guida in materia di convenzione di negoziazione assistita: aggiornamento alla l. 55/2015 - Milano, 9 giugno 2015*, in *Guida al dir.*, 2015, fasc. 27, 33, con commento di G. FINOCCHIARO) individuino, invece, per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, la competenza della Procura presso il tribunale del luogo di residenza del beneficiario dell'obbligazione. Cfr., peraltro, le Linee guida della Procura della Repubblica del Tribunale di Bari cit., per le quali anche per la modifica delle condizioni, è competente la Procura presso il tribunale nel cui circondario ha la residenza almeno uno dei due coniugi.

¹⁵ Il confronto con le prassi dimostra, invero, quanto siano frequenti le ipotesi in cui, nei procedimenti giurisdizionali *tout court*, il Presidente del tribunale (o il collegio) registri alcuni difetti dell'accordo e provveda a completarne le lacune. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui il mantenimento pattuito non rispetti il tenore di vita sostenuto durante il matrimonio (v., da ultima, Cass. 17 dicembre 2014, n. 26635, ined.), ovvero ancora, al caso in cui occorra valutare in concreto l'effettiva autosufficienza del figlio divenuto maggiorenne (l'autosufficienza economica è un criterio variabile e non è dato poter fare riferimento a parametri univoci; si deve avere riguardo ad una pluralità di fattori che attengono non solo all'età, al tipo di lavoro, all'entità della retribuzione ma anche al percorso di studi ed al livello sociale della famiglia di appartenenza – CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione*, cit.; in giurisprudenza si è più volte stabilito che lo *status* di autosufficienza economica del figlio maggiorenne consiste nella percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita, in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato: da ultime v., *ex multis*, Cass. 8 agosto 2013, n. 18974, in «Foro it.», Rep. 2013, voce *Matrimonio*, n. 98; Cass. 22 marzo 2012, n. 4555, *id.*, 2012, I, col. 1384).

¹⁶ Mentre nelle cause di separazione e divorzio incardinate davanti al giudice, il P.M., pur obbligato a intervenire ai sensi dell'art. 70, n. 2, c.p.c., si limita ad apporre il solito 'visto' all'accordo prima del provvedimento di omologa o della sentenza di separazione o di divorzio (visto che, in alcuni tribunali, è stato richiesto, anche dopo l'integrazione effettuata dal Presidente del tribunale in caso di diniego del nullaosta ex art. 6, l. 162/2014), nelle ipotesi in cui i coniugi dovessero optare per la negoziazione assistita, il P.M. è invece, chiamato a svolgere una funzione di vero e proprio controllo sulla congruità delle condizioni pattuite, al pari dell'organo giudicante.

In assenza di una circolare ministeriale che determinasse i parametri generali per la messa a regime dei diversi uffici giudiziari in ordine alle nuove funzioni assunte, e al fine di gestire il nuovo carico di lavoro, le singole Procure hanno, quindi, provveduto ad individuare delle linee guida 'fatte in casa'; esse, senza dubbio indispensabili per l'operatività delle nuove procedure all'interno dell'ufficio, restano tuttavia, dei protocolli prettamente individuali non sempre convergenti tra loro¹⁷.

Ad ogni buon conto, va rilevato che gli accordi rimessi al vaglio del P.M. senza figli minori (o bisognosi di assistenza) non hanno, sino a questo momento, destato particolari dubbi di carattere interpretativo. Difatti, giova tenere presente che l'accordo vidimato dal P.M. non è suscettibile di una qualsivoglia impugnazione, potendosi al più ipotizzare di contestare la validità dell'atto con un'azione di impugnativa negoziale per vizio del consenso e, ove ne ricorrano i presupposti, con un'azione di nullità¹⁸. Il mancato recepimento dell'accordo sulla risoluzione del rapporto coniugale senza figli, è, in definitiva, idoneo a chiudere la procedura di negoziazione instaurata, ferma restando la possibilità per i coniugi, per un verso, di presentare una nuova convenzione al P.M. dopo aver apportato le dovute modifiche alle irregolarità ravvisate, per l'altro, di adire direttamente l'autorità giudiziaria competente ed ivi instaurare un procedimento giurisdizionale *tout court*¹⁹.

¹⁷ Tra le altre, cfr. le Linee guida della Procura della Repubblica di Bari, cit., di Catania, <www.procuracatania.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Milano, cit., di Latina <www.ordineavvocatilatina.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Roma, <www.osservatoriofamiglia.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Lodi, <www.procura.lodi.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Firenze, <www.ordineavvocatifirenze.eu> (ultimo accesso 02.03.2016).

¹⁸ In tal senso, con riferimento all'accordo concluso innanzi al sindaco, v. CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco*, cit., p. 49, che peraltro ipotizza anche l'applicazione analogica degli artt. 95 ss. dell'ordinamento di stato civile, ovvero il ricorso al tribunale ordinario. Con specifico riguardo al regime dei controlli dell'accordo di separazione o divorzio negato dal Comune, v., da ultima, Trib. Milano 24 settembre 2015, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), secondo cui, poiché l'art. 12 della l. 162/2014 nulla prevede in merito al rifiuto dell'Ufficiale dello Stato Civile opposto alle dichiarazioni rese dai coniugi per perfezionare un accordo di separazione o divorzio, è ammissibile il ricorso al tribunale ai sensi degli artt. 95 e 96, d.p.r. 396/2000; sul ricorso, il tribunale provvede in camera di consiglio con decreto motivato, sentiti gli interessati e il P.M.

¹⁹ In tal senso v. F.P. LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, a cura di Id., *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 38 s., che peraltro esclude la possibilità di individuare in capo al presidente una forma di controllo/reclamo del diniego del nullaosta.

3. *L'esiguo riscontro applicativo di un ipotetico interregno tra il diniego del P.M. e il successivo controllo dell'accordo da parte del Presidente del tribunale: prassi giurisprudenziali e tentativi ministeriali di razionalizzazione del sistema*

In presenza di figli minori o maggiorenni incapaci, portatori di *handicap* grave o non economicamente autosufficienti, l'art. 6, 2° comma, stabilisce che l'accordo deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al P.M., il quale lo «autorizza» se questo corrisponde all'interesse dei figli; nessun termine è previsto nelle ipotesi in cui non ci siano figli minori o bisognosi di protezione, ma è ragionevole ipotizzare che la lacuna sia frutto soltanto di una mera svista del legislatore e che il termine di dieci giorni valga in entrambi i casi²⁰; la norma tace anche sul termine entro il quale il P.M. deve provvedere, sicché l'inosservanza dello stesso si rivela priva di conseguenze²¹.

Come è noto, se l'accordo contrasta con l'interesse dei figli, entro cinque giorni, il P.M. trasmette il 'fascicolo' al Presidente del tribunale per l'avvio del procedimento giudiziale con la fissazione d'ufficio, entro i successivi trenta giorni, dell'udienza per la comparizione delle parti.

Senonché, la natura del procedimento da avviare e le tecniche di tutela non sono esplicitate dal legislatore, il quale si limita a prevedere che il Presidente del tribunale «provvede senza ritardo»; esse, pertanto, rimangono affidate alla discrezionalità del singolo operatore.

Ragioni di mera opportunità avevano indotto chi scrive²² ad ipotizzare un procedimento analogo a quello previsto per la separazione consensuale

²⁰ DANOVÌ, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., p. 1142.

²¹ L'assenza di un termine per la risposta del P.M. rischia, peraltro, di lasciare *'sine die'* i coniugi in attesa. Tuttavia, in base alle prime prassi applicative, va rilevato che i tempi sino ad ora registrati per il *placet* del P.M. sono molto brevi (in via esemplificativa, 3 giorni a Milano, 4 giorni a Roma). Cfr. la previsione delle Linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari, cit., per cui il P.M. è chiamato a provvedere a rilasciare il nullaosta o l'autorizzazione «di regola entro cinque giorni lavorativi dalla presentazione dell'accordo stesso salvo imprevisti».

²² POLISENO, *Negoziazione assistita e accordi "amministrativi"*, cit., p. 201; nello stesso senso cfr., tra gli altri, altresì, LUISSO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 39; G. TRISCARI, *L'accordo dei coniugi verificato dal P.M.*, in «Guida al dir.», 2014, fasc. 49-50, p. 59; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, Edizioni Leone, Messina 2014, p. 108; C. PUNZI, *Il processo civile – Le riforme del quinquennio 2010 – 2014*, Giappichelli, Torino 2015, p. 448; M. LUPOI, *La separazione e divorzio all'epoca della degiurisdizionalizzazione*, in <www.academia.edu> (ultimo accesso 02.03.2016), p. 3; DOSI, *La negoziazione assistita da avvocati*, cit., p. 81 e D. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile, sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in <www.judicium.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

(art. 711, c.p.c.) o per il divorzio congiunto (art. 4, 16° comma, l. div.) ovvero per quello camerale *ex art.* 710, c.p.c., a seconda che i coniugi abbiano rispettivamente tentato di addivenire ad una soluzione consensuale di separazione, di divorzio o di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio già stabilite; e ciò, peraltro, con la non secondaria differenza per cui, a seguito del diniego del vaglio dell'accordo da parte del P.M., la procedura giudiziale prende l'avvio automaticamente, d'ufficio, davanti allo stesso Presidente del tribunale competente e non su istanza di parte²³.

La soluzione prospettata ha trovato consenso nelle prime prassi applicative che, al contempo, però, hanno aperto il varco anche ad altri esiti interpretativi.

Nel senso del testo, per l'instaurazione, a seguito di diniego dell'autorizzazione (per avere i coniugi, erroneamente indicato i tempi e le modalità dell'esercizio del diritto di visita del padre non collocatario) e della trasmissione dell'accordo da parte del P.M. al Presidente del tribunale, di un procedimento *ex art.* 711, c.p.c., si è orientato il Tribunale di Pistoia²⁴, il cui Presidente, a seguito di integrazione documentale e di alcune precisazioni effettuate dai coniugi, ha poi omologato la separazione consensuale.

Nella stessa direzione si è indirizzato il Tribunale di Bologna, le cui Linee guida hanno stabilito, in generale, che la trasmissione degli atti al Presidente del tribunale da parte del P.M. che non abbia autorizzato l'accordo, determina «l'attivazione di un ordinario procedimento di separazione consensuale, di divorzio a domanda congiunta o di modifica

²³ Contrario alla creazione nel sistema di un «*quintum genus* di separazione o divorzio su accordo» che si caratterizzerebbe in un procedimento iniziato con le forme negoziazione assistita e che, a seguito del diniego dell'autorizzazione da parte del P.M., si tramuterebbe, in un procedimento *ex art.* 711, c.p.c., *ex art.* 4, 16° comma, l. 898/1970 ovvero *ex art.* 710, c.p.c., è DANOVÌ, *I nuovi modelli*, cit., pp. 1142 s., il quale propende invece per un «intervento del presidente meramente autorizzativo e sostitutivo del nullatenente negato "a monte" dal p.m.». Oltre alla eventualità che «entrambe le autorità giudiziarie» concludano «per la non idoneità dell'accordo», lasciando aperta soltanto la strada del procedimento giurisdizionale, G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in «Giusto processo civ.», 2015, p. 27, prospetta altresì l'ipotesi di «disaccordo tra il procuratore della Repubblica, che reputa l'accordo non rispondente all'interesse dei figli, e il presidente del tribunale, che invece ritiene che l'accordo risponda a quell'interesse», per affermare che «il provvedimento del presidente del tribunale prevale su quello del procuratore, senza bisogno di sollevare alcun conflitto» (va rilevato che la soluzione interpretativa prospettata trova una parziale conferma nel dato testuale dell'art. 6, 2° comma, là dove ribadisce che «all'accordo – e sembrerebbe voler dire *comunque, vuoi dal pm vuoi dal presidente del tribunale* – autorizzato si applica il comma 3»).

Condivide questa impostazione anche LUISO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 670, che, in un primo momento, aveva, invece, sostenuto la soluzione opposta.

²⁴ Trib. Pistoia 16 marzo 2015, ined.

delle condizioni di separazione o di divorzio con comparizione delle parti dinanzi al Presidente del Tribunale o ad un giudice da lui delegato»; e, in particolare, che i procedimenti di revisione delle condizioni di separazione e divorzio trasmessi dal P.M. all'ufficio di presidenza «devono essere iscritti nel ruolo degli affari di volontaria giurisdizione, scontando il medesimo contributo unificato di un ricorso ordinario per modifica delle condizioni di separazione o di divorzio».

Si è allineata a tale impostazione anche la prassi del Tribunale di Bari²⁵ la cui attività di monitoraggio ha contribuito a segnalare che, non essendo stato istituito un ruolo speciale *ad hoc* né prevista (sia pure a livello ministeriale) l'iscrizione al ruolo di ufficio dei procedimenti trasmessi all'ufficio della Presidenza, ai fini della prosecuzione degli stessi davanti all'autorità giurisdizionale, non potesse che operare il principio della domanda.

In particolare, nei casi in cui l'accordo non autorizzato è stato trasmesso al Presidente del tribunale del capoluogo barese, quest'ultimo ha provveduto a convocare i coniugi all'udienza di cui all'art. 6, 2° co., comunicando loro la necessità di adempiere al pagamento del contributo unificato ai fini della ordinaria iscrizione al ruolo²⁶. In tal guisa, gli accordi 'negati' dalla Procura e trasmessi al Tribunale, sono stati 'su istanza di parte' informatizzati nello stesso ruolo generale di iscrizione dei procedimenti di separazione *ex art.* 711, c.p.c. e divorzio *ex art.* 9, l. div. Le istanze di negoziazione assistita dirette, invece, alla revisione delle condizioni di separazione o divorzio 'arrestate' dal P.M., sono state iscritte nel ruolo della volontaria giurisdizione. Non sono stati registrati, infine, casi in cui il presidente ha confermato il parere negativo del P.M.

In senso diametralmente opposto, una diversa soluzione interpretativa ha trovato immediato seguito nella pratica nonché, a otto mesi dalla entrata in vigore della l. 162/2014, una significativa conferma a livello governativo.

Con particolare riguardo alle pronunce giurisprudenziali, si segnala che, secondo il Tribunale di Torino, la trasmissione dell'accordo negato dal P.M. non possa comportare una conversione della procedura e l'instaurazione di un giudizio ordinario di separazione, divorzio o modifica

²⁵ Il confronto con le prime prassi del Tribunale di Bari è stato coadiuvato dalla preziosa collaborazione della Dott.ssa Lucianna Puoci, direttore amministrativo Area civile, a cui è diretto il mio più vivo ringraziamento.

²⁶ Di euro 45,00 per gli accordi di separazione o divorzio consensuali. Si rammenta che la Circolare del Ministero della Giustizia – delibera 13 marzo 2015, n. 2309 – ha esonerato dal contributo unificato i procedimenti di negoziazione assistita, essendo l'*exequatur* davanti al P.M. una fase di natura meramente amministrativa (con la stessa delibera si è esclusa l'operatività della sospensione feriale dei termini); il suddetto esonero è stato poi ribadito dalla circolare del Ministero dell'Interno del 30 luglio 2015, su cui v. *infra*.

delle relative condizioni; «essa, invece, introduce una procedura nuova, e in parte atipica, mediante la quale al presidente è demandata la decisione circa la congruità dell'accordo disatteso dalla procura. In particolare, fissata l'udienza di comparizione avanti a sé, se le parti, pur invitate a farlo, non si sono adeguate ai rilievi del p.m., il presidente non può autorizzare l'accordo (fermo restando il potere dei coniugi di dare corso «in tempo utile» al procedimento giurisdizionale, in tal caso, l'accordo deve, invero, intendersi implicitamente rinunciato e il relativo fascicolo archiviato)»²⁷.

In quest'ottica, il Tribunale di Termini Imerese²⁸ ha, peraltro, stabilito che il Presidente del tribunale non sia, affatto, vincolato dal diniego del P.M.: rivalutate le condizioni e la documentazione (anche successivamente) allegata, egli può autorizzare l'accordo, senza che, all'uopo debba conseguire una evoluzione giurisdizionale *tout court* della procedura instaurata.

Come anticipato, l'avvicinarsi delle molteplici (e contraddittorie) soluzioni interpretative prospettate nei primi otto mesi dalla entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 6, 2° comma, cit., hanno, infine, sollecitato il Governo a razionalizzare il sistema e a stabilire che alla *translatio* della convenzione di negoziazione assistita *de qua* dal P.M. al Presidente del tribunale, debba seguire una procedura sì giurisdizionale ma, al contempo, del tutto atipica rispetto alle tecniche giurisdizionali già previste in materia. In particolare, con la circolare del 30 luglio 2015, il Ministero dell'Interno ha, in primo luogo segnalato che:

1) con riguardo alla fase procedimentale svolta davanti all'ufficio referente, e nelle more della approvazione e istituzione presso le Procure della Repubblica di uno specifico registro formale (a mezzo di provvedimenti normativi), sia necessario istituire un registro di comodo che contenga i

²⁷ V. Trib. Torino 15 gennaio 2015, in «Famiglia e dir.», 2015, p. 392, con nota di F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in «Giur. it.», 2015, p. 1400, con nota di A. RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in «Nuova giur. civ.», 2015, I, p. 695, con nota di A. NASCOSI, *I poteri del presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita*, nonché Trib. Torino 20 aprile 2015, in «Famiglia e dir.», 2015, p. 895, con nota di F. TOMMASEO, *Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne ancora non autonomo*, secondo cui il Presidente del tribunale può riesaminare le conclusioni cui il P.M. è pervenuto con il proprio diniego che, in qualche caso potrebbe risultare non fondato alla luce di una più attenta considerazione della condizione e delle esigenze dei figli, valutazioni indubbiamente facilitate dalla comparizione delle parti all'udienza.

²⁸ 24 marzo 2015, <<http://www.eclegal.it/it/negoziazione-assistita-familiare-adr-processo>> (ultimo accesso 02.03.2016), con nota di M. CICCONE, *Negoziazione assistita familiare tra ADR e processo*.

dati essenziali di ciascun procedimento di negoziazione assistita, quali il nome delle parti e degli avvocati, la data di presentazione dell'accordo e il tipo di accordo stipulato (separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, e modifica delle condizioni di separazione o divorzio)²⁹;

2) l'esenzione dal contributo unificato di iscrizione al ruolo di cui all'art. 9, d.p.r. 115/2002, già prevista per il procedimento diretto al rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione della Procura della Repubblica, deve essere estesa anche alla successiva fase che si svolge davanti al presidente³⁰; secondo la circolare «tale fase, infatti, non ha una propria autonomia, ma costituisce una prosecuzione del tutto eventuale dello stesso procedimento che per definizione legislativa è “degiurisdizionalizzato”»³¹;

3) anche per quel concerne l'eventuale fase di negoziazione assistita, che si svolge dinanzi al Presidente del tribunale, si rivela necessario «istituire, nell'immediato, un registro di comodo, analogo a quello previsto per la fase che si svolge dinanzi all'ufficio requirente, in attesa che sia istituito un idoneo registro informatico»; ciò perché «l'eventuale iscrizione nel registro informatico della volontaria giurisdizione verrebbe a falsare il dato statistico relativo a questo tipo di procedimenti».

Ebbene, sul piano teorico, l'intervento ministeriale non pare risolvere i

²⁹ Alcuni degli uffici preposti hanno già provveduto ad istituire il registro *de quo*. In particolare, si segnala che, la Procura della Repubblica di Catania aveva già provveduto, sin dall'entrata in vigore della legge, ad istituire l'apposito registro, nel quale sono state iscritte le procedure di negoziazione assistita, con numerazione progressiva, con indicazione della data di deposito, delle parti, dei legali, dell'oggetto, del nominativo del P.M. assegnatario, del tipo di provvedimento adottato dal P.M. e delle eventuali richieste interlocutorie.

Giova ricordare, inoltre, che la stessa circolare ministeriale del 30 luglio 2015 ha altresì disposto che le segreterie giudiziarie istituiscano un archivio contenente la copia conforme all'originale dei provvedimenti adottati dal Procuratore delle Repubblica, con l'indicazione che l'originale deve essere restituito all'avvocato che ha presentato la convenzione o a quello eventualmente incaricato, nel caso di più avvocati, per la successiva trasmissione all'ufficiale di stato civile; sulle modalità di deposito dell'accordo in Comune, v., da ultimo, G. CASONI, *Le modalità di inoltro da parte dell'avvocato all'ufficiale di stato civile dell'accordo di negoziazione assistita di cui all'art. 6 l. 10 novembre 2014 n. 162*, in «Stato civile it.», 2015, fasc. 6, p. 4.

³⁰ «Allo stesso modo [...] devono ritenersi non dovuti i diritti di copia per il rilascio della copia autentica del nullaosta o dell'autorizzazione che il pubblico ministero è chiamato ad apporre sull'accordo concluso a seguito di convenzione di negoziazione assistita di cui al citato art. 6, del. d.l. n. 132 del 2014».

³¹ Nel senso della circolare riportata nel testo, per una sorta di sostituzione del Presidente del tribunale al P.M., sembrava, peraltro, essersi già orientato lo stesso Ministero dell'Interno con la circolare n. 19 del 28 novembre 2014 che segnalava la previsione *ex lege* di «specifici provvedimenti del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale, e segnatamente l'autorizzazione o il nullaosta».

dubbi interpretativi di fondo in ordine alle tecniche processuali, in astratto, 'operabili'. L'attribuzione al Presidente del tribunale di una funzione di controllo 'atipica' dell'accordo negato dal P.M. si manifesta, invero, come strumento prevalentemente diretto a salvaguardare l'etichetta 'degisurisdizionalizzante' della procedura, piuttosto che a ricomporre la coerenza sistematica perduta.

Sul piano pratico, il confronto con le prassi applicative induce, tuttavia, a ridimensionare, e di molto, il problema. In particolare e a mero titolo esemplificativo, a Bari, giova segnalare che sono stati trasmessi al Presidente del Tribunale soltanto 17 accordi, alcuni dei quali, peraltro, soltanto 'incompleti' sul piano documentale. A Milano, nessun accordo è stato trasmesso al Presidente del Tribunale, perché l'ufficio della Procura, in caso di diniego, ha preferito 'semplificare' la procedura consentendo direttamente al P.M. di chiedere agli avvocati le integrazioni e/o modifiche necessarie ai fini dell'autorizzazione dell'accordo; a Catania, soltanto un accordo è stato negato dal P.M. ed è stato quindi rimesso al secondo vaglio dell'ufficio di Presidenza del Tribunale.

L'esiguo numero registrato di accordi 'non autorizzati' dalle singole Procure lascia, dunque, pensare che la indubbia laconicità dell'art. 6, 2° co, cit., nella parte cui prevede il fenomeno della *translatio* dell'accordo dal P.M. al Presidente del tribunale, passi (quasi) sotto silenzio; e ciò non fosse altro perché, come detto in principio, l'accesso alla negoziazione assistita si rivolge (questa volta, è il caso di dirlo, per fortuna) soltanto a quelle ipotesi in cui i coniugi hanno raggiunto un accordo non solo sul *se* della risoluzione del loro rapporto, ma anche sul *quomodo*, evidentemente escludendo in radice la necessità di un intervento di carattere giurisdizionale in senso proprio anche sul mantenimento e/o affidamento dei figli minori (o bisognosi di assistenza).

4. La negoziazione assistita quale 'risoluzione alternativa' delle «unioni civili tra persone dello stesso sesso» e non anche delle «convivenze di fatto» eterosessuali

Con la legge, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze», approvata in via definitiva dalla Camera l'11 maggio 2016 ed in corso di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, il legislatore si preoccupa di prevedere le possibili forme di scioglimento dell'unione: oltre ai metodi tradizionali previsti per il matrimonio, le tecniche della negoziazione assistita si apprestano a divenire anche per le coppie omosessuali un alternativo strumento di risoluzione del rapporto.

Sennonché, la preminente esigenza di predisporre adeguate forme di tutela anche per le unioni tra persone dello stesso sesso ha condotto il Parlamento a legiferare ben oltre le garanzie previste per le coppie eterosessuali dall'ordinamento vigente.

Ed infatti, per un verso, il 'divorzio diretto', che aveva rappresentato un tentativo mancato del legislatore per le coppie coniugate – tentativo convertito poi nella forma più mite del divorzio breve di cui alla l. n. 55/2015 – si introduce nell'ordinamento per le sole coppie omosessuali e non anche per quelle etero unite in matrimonio, obbligate invece a passare comunque per la separazione (giurisdizionale o no), prima di ipotizzare lo scioglimento definitivo della loro unione, per l'altro la negoziazione assistita si propone quale strumento di risoluzione alternativa delle sole unioni omosessuali senza poter operare anche per quelle etero more uxorio.

In particolare, con una disposizione di rinvio, l'art. 1, 25° comma, della nuova legge stabilisce che, per le modalità di scioglimento, all'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano, in quanto compatibili, non soltanto le disposizioni contenute nella l. n. 898/1970 relative al procedimento ivi previsto per lo scioglimento del matrimonio (artt. 4, 5, 1°, 5°-11° comma, 8, 9, 9-*bis*, 10, 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies* e 12-*sexies*) e quelle di cui al titolo II del libro IV del codice di procedura civile (fatte salve le disposizioni in materia di separazione perché incompatibili con lo scioglimento 'diretto'), ma anche gli «articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162».

Più precisamente, quanto alla tutela giurisdizionale, l'art. 1, 23° comma della stessa legge stabilisce che l'unione civile tra persone dello stesso sesso si appresta a sciogliersi nei casi regolati dall'art. 3, n. 1 e 2, lett. a), c), d) ed e) della l. n. 898/1970, e non anche, evidentemente, nel caso previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b), l. cit., potendo le parti ricorrere direttamente al divorzio, senza passare dalla separazione, attraverso una manifestazione anche disgiunta della «volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione» (art. 1, 24° comma).

In altri termini, al fine di consentire alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso di procedere con il 'divorzio' secondo gli art. 4 ss. della l. 898/1970 anche in mancanza dei presupposti richiesti dall'art. 3, nn. 1 e 2, lett. a), c), d) ed e) della stessa legge, il legislatore ha stabilito che la propedeutica fase della separazione dei coniugi trovi nella preventiva manifestazione della volontà della parti dell'unione al Comune di cui

all'art. 24 cit., una attività pienamente suppletiva.

Si tratta a ben guardare di una novità legislativa che segnerà non pochi dubbi di carattere interpretativo: l'accesso immediato allo scioglimento definitivo soltanto per le coppie omosessuali non potrà che generare, invero, una evidente sperequazione a danno delle coppie etero in procinto di sciogliere il loro matrimonio, costrette ad attendere i tempi necessari per ottenere, prima del divorzio, il passaggio in giudicato della sentenza di separazione (ovvero la certificazione dell'accordo di negoziazione assistita o, per le coppie senza figli, dell'accordo concluso davanti al Sindaco); e ciò sino a quando il legislatore, dopo l'intervento legislativo di compromesso sul 'divorzio breve', non deciderà di metterci di nuovo la penna.

Peraltro, quanto alle forme di tutela degiurisdizionalizzate, anche il richiamato rinvio alle tecniche della negoziazione assistita di cui al precedente art. 6, 1° comma del d.d.l. n. 2081 sulle unioni civili presentato in Senato, poi trasfuso nell'art. 1, 25° comma della legge definitivamente approvata dalla Camera, è foriero di non secondarie contraddizioni.

L'equiparazione alle forme giurisdizionali o 'degiurisdizionalizzate' di risoluzione del rapporto tra coniugi per lo scioglimento dell'unione non si estende, infatti, alle «convivenze di fatto», evidentemente anche *more uxorio*, per le quali l'art. 1, 59° comma, della stessa legge stabilisce che «il contratto di convivenza si risolve [in forma scritta³²] per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti».

Ora, non è questa la sede per approfondire le differenze (nonché l'opinabile congruità delle stesse) che, sul piano giuridico sostanziale, sussistono tra l'istituto della 'unione civile', «introdotto *ex novo* nel nostro ordinamento» e definito «quale specifica formazione sociale»³³, «ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione»³⁴, e quello della 'convivenza di fatto', ma, senza dubbio, occorre prendere atto delle differenti forme di tutela sostanziale e processuale che il legislatore ha scelto di adottare, nonostante l'indubbia identità di funzione.

³² La parentesi è mia.

³³ Ricorda S. RODOTÀ (*Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 119) che la Costituzione parla della famiglia come società 'naturale' non per evitare qualsiasi accostamento alle unioni tra persone dello stesso sesso. Ma per impedire interferenze da parte dello Stato in «una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita», come disse Aldo Moro all'Assemblea Costituente» (*Camera dei deputati, La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI, *Camera dei deputati*, Roma, 102).

³⁴ Si riporta testualmente la relazione al disegno di legge delega, <www.senato.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

A ben vedere, infatti, la circostanza che si tratti di due situazioni giuridiche regolate diversamente dal legislatore, lo si evince non soltanto dalle modalità indicate per la risoluzione delle stesse, rispettivamente previste dai commi 23 ss. e 59 dell'art. 1 della legge, ma anche da altri aspetti di carattere sostanziale di non secondario rilievo. Rinviando al settore prettamente privatistico gli ulteriori approfondimenti sul tema specifico³⁵, è, invero, innegabile che la scelta di prevedere percorsi di tutela differenti per le coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali si manifesti, in alcuni casi, senz'altro priva di ogni ragionevolezza³⁶.

Eppure, che il fenomeno delle convivenze di fatto sia in esponenziale crescita nel nostro Paese, costituisce un dato oggettivo: sono già ben oltre un milione le unioni eterosessuali di fatto registrabili, e il numero dei bambini nati fuori dal matrimonio è ormai pari al 26 % (uno su quattro – nel 2000 erano soltanto il 10%). Il vincolo coniugale non è più un passaggio obbligato, né come rito religioso, né come rito soltanto civile; obiettivo di tutela sul piano sostanziale e processuale diventa, ancora prima del matrimonio come atto, il rapporto di coppia, quale condivisione di due vite e al tempo stesso osmosi di situazioni giuridiche tra loro differenti³⁷.

³⁵ Si rinvia a G. CASABURI, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*, in «Foro it.», 2016, IV, coll. 10 ss.

³⁶ Il riferimento più eclatante è alla *stepchild adoption* di cui all'art. 5 del d.d.l. n. 2081 presentato al Senato: l'istituto stralciato dal testo approvato dal Senato mirava a modificare l'art. 44, 1° comma, lett. b), della l. 184/1983, ai sensi del quale «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7, l. 184/83, dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge», al fine di prevedere tale particolare forma di adozione anche, e soltanto, per «la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso», del figlio, anche adottivo, «dell'altra parte dell'unione». Sul punto, v., se vuoi, B. POLISENO, *La stepchild adoption al centro del dibattito tra diritti e legittimità, un istituto ad hoc per le sole unioni civili di coppie omosessuali*, in «Guida al diritto», 2016, 9, pp.15 ss.

³⁷ Nel senso che la convivenza «come coniugi» deve intendersi – secondo la costituzione, le carte europee dei diritti – quale elemento essenziale del «matrimonio-rapporto», che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari; in tal modo intesa, la convivenza «come coniugi», protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio «concordatario» regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio-rapporto nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di «ordine pubblico italiano», ed è pertanto ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio

Un'evoluzione culturale del concetto di famiglia questa, senz'altro compatibile con l'inclinazione della stessa diretta a garantire una giusta tutela sostanziale e processuale anche alla coppia omosessuale; un'evoluzione che, in concreto, non può però prescindere dai traguardi, in parte già raggiunti secondo l'ordinamento vigente, in parte ancora da perseguire, delle coppie eterosessuali *more uxorio*. Il solco delle riforme del 2006, 2012 e 2013, in ordine alla equiparazione delle coppie eterosessuali "di fatto" a quelle unite in matrimonio in punto di responsabilità genitoriale, diventa un percorso che l'interprete è obbligato ad attraversare per puntare verso nuovi obiettivi.

E, peraltro, che, sovente, il legislatore sembra dimenticarsi dei traguardi già raggiunti, non costituisce affatto una novità. Anche la stessa legge n. 162/2014, accordando le tecniche della negoziazione assistita soltanto alle coppie coniugate e quindi ai soli figli 'legittimi', ha, infatti, inspiegabilmente, ignorato i figli nati fuori del matrimonio in tutti quei casi in cui, cessata la convivenza tra i genitori, sopraggiunga la necessità di provvedere a regolare l'affidamento e il mantenimento³⁸.

Secondo il quadro positivo tuttora vigente, tutti i procedimenti contenziosi inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale (fatti salvi i procedimenti limitativi o ablativi della stessa, di competenza del tribunale per i minorenni) a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, sono, infatti, regolati da disposizioni normative comuni, vuoi sostanziali vuoi processuali³⁹. Della unicità

genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'«ordine canonico» nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale, v. Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in «Corriere giur.», 2014, p. 1196, con nota di V. CARBONE, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, in «Giur. it.», 2014, p. 2119, con nota di N. COLAIANNI, *Convivenza «come coniugi» e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo*.

E tuttavia, per le coppie di fatto, che decidono di bypassare il matrimonio come atto, restano, ancora oggi, numerosi divieti e differenze rispetto alle coppie unite in matrimonio; sul piano della tutela dei diritti sostanziali e processuali della coppia, il matrimonio sembra, dunque ancora fonte di garanzie imprescindibili. Per gli adulti, nulla è cambiato per le convivenze *more uxorio*, sul fronte successorio, patrimoniale (salvo a non immaginare una tutela giuridica contrattuale 'fai da te') o sanitario.

³⁸ Non hanno avuto riscontro le proposte di emendamenti dell'Aiaf, con le quali, pur essendosi ipotizzato di allargare le maglie della negoziazione assistita alle domande di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, si era tuttavia manifestata la necessità indefettibile dell'omologa del tribunale competente, potendo l'intervento del P.M. al più tradursi in un mero parere.

³⁹ Ciascuno dei procedimenti elencati segue, infatti, le regole stabilite dagli artt. 337-bis ss., c.c., nel capo II *Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento,*

dello *status* di figlio proclamata *ex lege*⁴⁰, gli interventi normativi successivi avrebbero, pertanto, dovuto darne chiara riprova, estendendo i nuovi strumenti di risoluzione del rapporto tra i genitori a prescindere dalla forma che lo stesso, di volta in volta, riveste.

Si è, di contro, sostenuto che la legge n. 162/2014 interveniva per attuare il fenomeno della 'degiurisdizionalizzazione' e, che per questa ragione, non avrebbe avuto alcun senso operare anche sui rapporti, che in assenza del vincolo matrimoniale, non potessero generare risoluzioni giurisdizionali, pari alla separazione o al divorzio.

I tempi sembravano, tuttavia, maturi per ritenere che, anche in presenza dei figli nati fuori del matrimonio, fosse necessario regolamentare la gestione della crisi, pur pacifica, della convivenza dei genitori, tenendo in debita considerazione i rispettivi rapporti personali e patrimoniali con la prole.

Ebbene, la disattenzione del legislatore alle aspettative enunciate implica non secondarie conseguenze: per un verso, la crisi delle convivenze eterosessuali *more uxorio* con figli minori, o comunque bisognosi di protezione, rinviene una pianificazione dei doveri personali e patrimoniali soltanto là dove i genitori versino in una situazione di conflitto, per l'altro, la gestione del conflitto, diversamente dal rapporto coniugale o dall'unione civile omosessuale (se il d.d.l. Cirinnà, attualmente in discussione alla Camera, fosse definitivamente approvato), non può trovare accesso alla procedura di negoziazione assistita, rimanendo di esclusivo appannaggio del tribunale ordinario che provvede e decide con le forme del rito camerale⁴¹.

Ciò, va detto, con buona pace della parificazione, sostanziale e processuale, dei figli legittimi e naturali, biologici o adottivi, e della circolarità tanto attesa, ma sovente disattesa, di queste incalzanti riforme.

cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, del Titolo IX, *Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*, del Libro I, *Delle persone e della famiglia*, del codice civile.

⁴⁰ Si rammenta, peraltro, che, con la riforma della filiazione di cui alla l. n. 219/2012, il capo I *Diritti e doveri del figlio* ha inizio con il novellato art. 315, c.c. ai sensi del quale «*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*».

⁴¹ Nelle prassi si è riscontrato che, qualora una convenzione di negoziazione assistita sia stata sottoscritta da genitori non uniti in matrimonio e il P.M. non abbia concesso il provvedimento di autorizzazione, il giudice a cui sono stati trasmessi gli atti dalla Procura è tenuto ad esaminare, in camera di consiglio, l'accordo al fine di ratificarlo, previsa audizione dei genitori [in tal senso v., da ultimo, Trib. Como 13 gennaio 2016, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 29.02.2016)].

Abstract

Nonostante il significativo riscontro registrato nelle prime prassi applicative, la procedura di negoziazione assistita dagli avvocati per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio rimane uno strumento che, in termini di deflazione del carico di lavoro, costituisce un'alternativa possibile soltanto per quella parte 'non contenziosa' della giustizia civile familiare. Sennonché, la legge appena approvata, diretta a prevedere l'applicabilità dell'art. 6, l. 162/2014 anche per lo scioglimento 'consensuale' delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, induce l'interprete a meditare ancora sulla opportunità di ricorrere a tali tecniche di tutela anche per le soluzioni consensuali delle convivenze eterosessuali *more uxorio*, e ciò al fine di regolamentare formalmente l'affidamento e il mantenimento dei figli minori o bisognosi di protezione.