

PUBBLICO E PRIVATO NELL'AMBITO DELLE VIE STRAGIUDIZIALI PER SEPARAZIONE E DIVORZIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Negoziazione assistita. – 3. Efficacia dell'accordo. – 4. Richiesta congiunta all'ufficiale di stato civile. – 5. Disciplina giuridica dell'atto del sindaco. – 6. La nuova disciplina di fronte alla dicotomia disponibilità/indisponibilità. – 7. Sull'arbitrato.

1. Col D.L. n. 132 del 2014, convertito in L. n. 162 del 2014, si sono introdotti nel sistema due vie stragiudiziali per la separazione e il divorzio, se fondato su una precedente separazione, nonché per la modifica delle condizioni di una separazione o un divorzio già avutosi: quella, disciplinata nell'art. 6, della negoziazione assistita¹ e quella, disciplinata nell'art. 12, della richiesta congiunta innanzi all'ufficiale dello stato civile.

Scopo di questo scritto non è l'analisi minuziosa dei percorsi colà disciplinati, ancorché se ne dovranno pur tratteggiare alcuni passaggi per dare corpo al discorso che seguirà, bensì l'individuazione dell'equilibrio che ora possiamo dire esistente tra pubblico e privato in questa materia o, se si vuole, tra autonomia privata ed esigenze pubblicistiche, compito che ovviamente assumiamo dal punto di vista umile di un processualcivilista, non potendoci addentrare nelle articolate tematiche che maggiormente spettano ad un cultore del diritto di famiglia.

Questa aspirazione, come sembra ovvio, ci indurrà a studiare gli istituti in oggetto essenzialmente dal punto di osservazione che è fornito guardando all'esito finale positivo del percorso, quindi vagliando, in buona sostanza, la sua tenuta al livello dell'ordinamento statale.

Così, prima di intraprendere un simile cammino, a me sembra utile e necessario porre una premessa di partenza che non credo possa essere discutibile.

La premessa sta nel rilevare come il legislatore abbia abbandonato l'idea secondo la quale la modifica o l'eliminazione dello stato coniugale esigano l'intervento del giudice, secondo lo schema della tutela costitutiva necessaria². Ora tali modificazioni giuridiche possono essere prodotte anche per mezzo di

¹ Secondo un'opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza l'istituto sarebbe utilizzabile solo dalle coppie coniugate e non anche da quelle con coniugate in riferimento alla regolamentazione dei rapporti con i figli minori: per quella vedi, per tutti, F. Danovi, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere della tutela dei diritti*, in *Il giusto processo civile*, 2016, 1031 ss., spec. 1038-1039 e per questa vedi Trib. Como, 13 gennaio 2016, in *Giur. It.*, 2016, 2643. Francamente questa idea legata ad un principio formalistico di stretta interpretazione a me non sembra ragionevole, come del resto ritengono i suoi stessi sostenitori, salvo imputare al legislatore un'evidente incoerenza. Ma, per evitare l'incoerenza, basterebbe scegliere un'interpretazione più liberale dell'art. 6 in oggetto, che non mi pare presenti alcuna controindicazione. In quest'ultimo senso vedi F. Tizi, *Negoziazione assistita in materia familiare e coppie di fatto*, in *Giur. It.*, 2016, 2643 ss.

² Vedi, per tutti, F. Danovi, *op. cit.*, 1035; B. Polisenò, *Negoziazione assistita e accordi "amministrativi" in materia di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. Civ.*, 2015, 191 ss., spec. 193.

un'attività negoziale o comunque fondata sulla volontà delle parti, ancorché le singole vicende debbano e possano compiersi solo nell'ambito di percorsi specialmente disciplinati.

Insomma, se è vero che, normalmente, quando una controversia giuridica, civile o commerciale, può essere risolta sulla base dell'autonomia negoziale, i privati possono scegliere diversi percorsi negoziali, ciò non è più vero quando il rapporto in gioco è quello matrimoniale.

Nel primo ambito gli interessati possono provvedere del tutto da soli, sulla base delle norme del codice civile, ovvero farsi aiutare nell'ambito di percorsi disciplinati da leggi speciali, come quello della negoziazione assistita ovvero della mediazione. Con la conseguenza che, in caso di esito positivo, nel primo caso essi avranno posto un comando autonomo prodotto da un contratto qualificabile come transazione, mentre nel secondo caso essi avranno certamente posto sempre un comando autonomo sulla base di una transazione, ma avranno prodotto anche altri effetti giuridici, legati all'esito positivo, quale è l'efficacia esecutiva dell'accordo, ovvero al percorso in sé, quali l'interruzione e la sospensione del termine di prescrizione o del termine di decadenza del diritto in gioco ovvero l'assolvimento di una condizione di procedibilità, ove prevista.

Diverso è il caso in cui sia in gioco lo stato coniugale, perché per la modifica di questo, oltre che per le disposizioni economiche e non patrimoniali che sono interessate, i privati hanno solo l'alternativa tra la via giudiziale e le vie offerte, a certe condizioni, dalla normativa speciale qui sotto osservazione, senza potersi fondare sul codice civile.

Insomma, detto in termini più semplici, è vero che in materia di famiglia i privati possono negoziare, ma ciò può accadere solo nell'ambito dei percorsi speciali disciplinati, non potendo essi fondarsi solo sul generale principio di autonomia privata. E se questo rilievo conti in ordine alla qualificabilità in termini di disponibilità delle situazioni in gioco vedremo poi. Così come vedremo se una simile caratteristica comporti la necessità di squalificare l'atto finale a causa della violazione delle regole che presiedono al percorso.

Ma, prima di poter affrontare questi temi sistemici, è bene descrivere sommariamente dette regole.

2. La prima via, disciplinata specificamente dall'art. 6 dell'articolo in oggetto e integrativamente, nella misura in cui sono compatibili, dagli articoli 2 e ss. di esso³, è quella della c.d. negoziazione assistita da

³ Alcune tra queste disposizioni sono certamente applicabili, vale a dire: 1) la previsione secondo la quale l'accordo per la negoziazione assistita deve avere la forma scritta a pena di nullità, 2) la norma che prevede la certificazione da parte degli avvocati dell'autografia delle sottoscrizioni delle parti, 3) la norma che impone agli avvocati di informare le parti al momento del conferimento dell'incarico della possibilità di procedere a negoziazione assistita, 4) l'art. 5 in riferimento all'efficacia dell'accordo come titolo esecutivo e come titolo per iscrivere ipoteca giudiziale, ovviamente per le parti patrimoniali di esso, compresa la disposizione che prevede la necessità di versare l'accordo in un atto pubblico al fine della trascrizione in pubblici registri, se siamo in presenza di contratti che appunto esigono la trascrizione. Sull'applicabilità di altre disposizioni sorge il dubbio. Si pensi, per citare un solo caso interessante, all'eventuale estensione dell'applicabilità dell'art. 4, nel momento in cui in essa si prevedono sanzioni economiche nei confronti della parte che, invitata al percorso, non abbia aderito. In senso affermativo vedi A. Carrattta, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. It.*, 2015, 1287 ss., spec. 1290. In

almeno un avvocato per parte. Qui emergono due accordi. Il primo, che fonda il percorso, è quello (strumentale) che le parti stipulano al fine di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere amichevolmente la loro vicenda. Il secondo, eventuale, è quello che raggiungono le parti se il percorso va a buon fine.

Nella specificazione che qui interessa la legge prevede due elementi strutturali fondamentali.

Il primo e più evidente, già accennato, sta nel fatto che le parti devono farsi assistere obbligatoriamente ognuna da un avvocato, non essendo applicabile la regola generale che vale per la negoziazione assistita per la quale i privati potrebbero farsi assistere anche da un solo avvocato. Insomma, se la questione in gioco è tra quelle per cui le parti possono scegliere tra l'uso del solo codice civile ovvero l'uso del percorso speciale, ad esse basta anche rivolgersi ad un avvocato comune. Se, invece, siamo in presenza di una questione che è negoziabile solo nell'ambito della legge speciale, allora è imposto alle parti l'ausilio di un avvocato per ognuno, perché evidentemente la garanzia che l'ordinamento ritiene essenziale sta proprio in quella assistenza, sia per la salvaguardia di posizioni deboli sia più in generale per la salvaguardia di disposizioni sostanziali di carattere imperativo.

Oltretutto, questo ruolo di garanzia degli avvocati è ulteriormente specificato ed anche, se così si può dire, aggravato nel momento in cui la legge impone loro una serie di adempimenti all'interno del percorso. Ad essi non solo è imposto il generico, e forse per questo ancor più pericoloso, obbligo di comportarsi con lealtà e attenersi all'esigenza di riservatezza, sanzionato esplicitamente sul piano disciplinare (art. 9), ma sono richiesti anche diversi altri adempimenti descritti nell'art. 6.

Così essi devono: 1) tentare la conciliazione tra le parti, 2) informarle della possibilità di una mediazione familiare, 3) se vi sono figli minori, informare le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori, 4) certificare l'autografia delle firme delle parti, 5) certificare che l'accordo è conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico, 6) trasmettere entro 10 giorni dalla conclusione della fase dei controlli di fronte al procuratore della Repubblica l'accordo all'ufficiale di stato civile del Comune in cui il matrimonio fu trascritto o iscritto, a pena dell'irrogazione di una sanzione amministrativa di cui si fa carico il comune stesso.

Il secondo elemento caratterizzante sta nei controlli a valle dell'accordo raggiunto. Qui si distinguono due ipotesi, a seconda che l'accordo tra i coniugi o gli ex coniugi coinvolga o meno anche figli bisognosi, ossia minori, maggiorenni incapaci, maggiorenni portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, 3° comma, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero maggiorenni economicamente non autosufficienti.

L'accordo che non abbia coinvolto figli bisognosi è sottoposto ad un controllo di regolarità formale da parte del procuratore della Repubblica presso il tribunale competente al fine della concessione del nullaosta, mentre l'accordo che coinvolge figli bisognosi è soggetto al controllo del medesimo organo in termini più penetranti, al fine della sua autorizzazione, con particolare riguardo all'interesse di questi soggetti deboli.

sensu negativo vedi, invece, M.N. Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 515 ss., spec. 518.

A parte problemi procedurali, che qui non interessa approfondire⁴, sorgono diverse domande in relazione alla struttura di tali controlli ed alle possibili vicende a valle di essi, dovendosi distinguere a quest'ultimo proposito a seconda che essi abbiano esito negativo o positivo.

Il controllo di mera regolarità, se non comporta certo una valutazione, come si suole dire, nel merito dell'accordo, non è per questo, potenzialmente, un passaggio di poco conto, dovendosi al suo interno ipotizzare la verifica di tutte le condizioni e le modalità che la legge ha posto come limite al potere negoziale delle parti ovvero al modo di seguire il percorso dato. Condizioni e modalità che, se non rispettate, comportano un'invalidità o un'inefficacia dell'accordo stesso ovvero, quantomeno, una sua irregolarità, distinzione che nel compito del procuratore della Repubblica non conta, emergendo piuttosto la sua rilevanza solo a valle di un concesso nullaosta.

A me pare evidente come il procuratore della Repubblica debba innanzitutto, ancorché nei limiti di un procedimento del tutto deformalizzato nella sua struttura e così del tutto sommario nel suo esito finale, valutare la sussistenza delle condizioni del negoziare, come: 1) che vi siano i presupposti dell'accordo, quali l'assenza di figli bisognosi e, in caso di divorzio, la previa condizione della separazione; 2) che vi sia stato un accordo frutto di un libero consenso; 3) che l'accordo non violi norme imperative o l'ordine pubblico⁵; 4) che l'accordo sia stato il frutto di una negoziazione condotta con l'assistenza di un avvocato per parte. A queste dovrà aggiungersi la verifica da parte sua di condizioni procedurali, quali: 1) la sussistenza della sua competenza per territorio, sul presupposto ovviamente che nel caso vi sarebbe stata la giurisdizione italiana; 2) l'adempimento da parte degli avvocati dei loro compiti ossia la certificazione delle firme delle parti, l'attestazione che essi hanno tentato la conciliazione ed hanno informato le parti della possibile via della mediazione familiare.

⁴ Mi riferisco al problema dei termini ed a quello della competenza. Riguardo a quelli poco c'è da dire perché la legge o non prevede alcun termine (non è previsto il termine entro il quale va trasmesso al procuratore della Repubblica l'accordo che non coinvolge figli bisognosi) oppure prevede termini la cui violazione è priva di sanzione (così sia quello di 10 giorni imposto alle parti al fine di trasmettere al procuratore della Repubblica l'accordo che coinvolge figli bisognosi sia quello di cinque giorni imposto a questo organo, in caso di rifiuto dell'autorizzazione, per trasmettere le carte al presidente del tribunale). Quanto alla competenza, il fatto per cui la presenza di diverse competenze territoriali potrebbe portare alla bislacca situazione di un accordo trasmesso dai due avvocati di parte a due uffici delle procura territorialmente diversi, magari con possibili decisioni configgenti (vedi sul punto M.A. Lupoi, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 283 s., spec. 287-288), credo che nella prassi non porterà seri problemi pratici perché, se c'è un accordo, gli stessi avvocati si coordineranno tra loro. Più seria è la previsione che concede agli avvocati solo dieci giorni per trasmettere l'accordo autorizzato ovvero munito di nullaosta all'ufficiale di stato civile "competente", perché qui è prevista una sanzione pecuniaria a carico degli avvocati inadempienti, ossia anche nell'ipotesi in cui la trasmissione vi sia stata, ma tardivamente.

⁵ E. D'Alessandro, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. It.*, 2015, 1278 ss., spec. 1283 lo nega, dicendo che la detta verifica è stata già fatta dall'avvocato e che non avrebbe senso "raddoppiare" di fronte al procuratore della Repubblica, visto che questo controllo non avrebbe un effetto maggiore, ossia preclusivo di future impugnazioni. Ma a me non sembra che da quest'ultimo rilievo si possa ricavare la conseguenza di negare al procuratore il potere-dovere di verificare la non contrarietà dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Invero un simile argomento prova troppo, perché la mancanza di effetto preclusivo dovrebbe svuotare il compito di quest'organo. E poi non si vede come potrebbe il procuratore della Repubblica concedere un nullaosta in presenza di un evidente errore degli avvocati. In questo senso vedi anche, fra gli altri, F. Tommaseo, *La separazione e il divorzio. Profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 2015, 1141 ss., spec. 1146 e A. RONCO, *Negoziazione assistita ed accordi tra coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giur. It.*, 2015, 1400 ss., spec. 1403.

Insomma, come è evidente, il compito del procuratore non è di poco conto e la sua rilevanza non viene meno per il fatto che l'esito del controllo non abbia valore preclusivo, anche perché non è affatto da escludere che un procuratore serio e coscienzioso voglia approfondire la vicenda e magari finire per rifiutare il suo nullaosta. Così, nella totale mancanza di una disciplina, si pone sia il problema strutturale del come quell'approfondimento possa avvenire sia il problema dei rimedi avverso il rifiuto.

Dal primo punto di vista a me pare che sia nel giusto chi auspica la possibilità di una previa dialettica tra procuratore e parti prima di esplicitare un rifiuto⁶, anche se alcuni aspetti possono essere difficilmente approfonditi in una sede come quella in oggetto: si pensi all'ipotesi in cui vi sia un figlio maggiorenne di cui possa essere dubbio che egli sia autosufficiente economicamente. Ma ciò non toglie che le parti debbano supportare, documentalmente se possibile, l'affermazione delle condizioni che devono esistere per poter ottenere in via di accordo gli effetti desiderati. Così, non può dubitarsi del fatto che esse, volendo ottenere lo scioglimento del matrimonio, debbano dare al procuratore la prova che vi sia stata la previa e necessaria separazione⁷.

Dal secondo punto di vista, è evidente come la legge non preveda alcun rimedio al rifiuto. Peraltro, non avendo questo alcun valore preclusivo, alle parti resta la possibilità di, se così si può dire, ricominciare da capo: ripercorrere nuovamente la via della negoziazione assistita ovvero intraprendere una via giudiziale. E, direi, visto che potrebbero aversi più procure territorialmente competenti, in mancanza di ogni impedimento io non vedo come si possa escludere che le parti tentino di ottenere il nullaosta negato da una procura da parte di altra procura, sempre, si ripete, competente.

Diversa è la disciplina del controllo, sempre del procuratore della Repubblica, a valle di un accordo che abbia coinvolto figli bisognosi. Strutturalmente esso ha, per un verso, le stesse caratteristiche di quello sopra visto, perché evidentemente anche qui dovrà verificarsi che siano state rispettate le condizioni e le modalità che la legge impone all'esercizio del potere negoziale delle parti⁸, e, per altro verso, si aggiunge la necessità che si verifichi la rispondenza dell'accordo all'interesse dei figli.

Quest'ultima funzione implica, a me sembra, una maggiore complessità procedimentale del lavoro da svolgere di fronte al procuratore della Repubblica. Non solo perché la dialettica con le parti potrebbe essere più ricca e magari più ricca potrebbe dover essere la necessaria documentazione da produrre. Ma anche perché francamente non vedo come, se è coinvolto un minore, si possa evitare di ascoltarlo (arg. dagli articoli 336-*bis* e 337-*octies* c.c.)⁹, sulla base del formalistico rilievo per cui il procuratore della Repubblica non sarebbe un "giudice", con la conseguenza di imporre in questi casi al procuratore di spogliarsi del suo compito e di rinviare al presidente del tribunale competente in base ad una sorta di "non luogo a procedere", che non si sostanzia in un vero e proprio rifiuto. Invero, a parte il fatto che un simile

⁶ M.A. Lupoi, *op. cit.*, 294 e, se non erro, anche E. D'Alessandro, *op. cit.*, 1284.

⁷ F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2015, 103.

⁸ Con un'aggiunta per il caso che vi fossero figli minorenni, dovendo in tal caso gli avvocati informare le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

⁹ Oltre alle citazioni *infra* lo nega F. Tommaseo, *op. cit.*, 1148.

esito non è contemplato, a me sembra che così si dimentica come i ruoli del presidente del tribunale e del procuratore abbiano in questa vicenda la stessa sostanza¹⁰.

Quanto al controllo “nel merito”, ossia alla verifica che l’accordo sia nell’interesse dei figli bisognosi, la questione interpretativa di prima ed evidente rilevanza è stata quella relativa ai rapporti tra procuratore della Repubblica e presidente del tribunale in caso di rifiuto da parte di quello della richiesta autorizzazione e quindi di trasmissione delle carte a questo. A tal proposito la legge si limita a dire che il presidente del tribunale fissa entro i successivi trenta giorni la comparizione delle parti e provvede senza ritardo.

Ora, a me sembra che questa, direi eufemisticamente, “leggera” previsione certamente non possa essere intesa in un modo che si porrebbe in netto contrasto con principi fondamentali della giustizia civile. Così, certamente con essa non si può ritenere che l’udienza qui in gioco equivalga all’udienza presidenziale prevista nel procedimento per la separazione consensuale ovvero nel procedimento su domanda congiunta di divorzio, perché non vedo come si possa ipotizzare l’instaurazione *ex officio* di un processo, senza alcuna domanda di parte in tal senso¹¹.

Ed, allora, la vera alternativa è tra il ritenere che il potere autorizzatorio sia in realtà solo in capo al procuratore, avendo il presidente del tribunale un ruolo diverso, ovvero il ritenere che questi due organi possano e debbano svolgere lo stesso compito, in un percorso costruito ad immagine e somiglianza di una sorta di principio del doppio grado, se non di giudizio, direi di valutazione.

La prima soluzione¹² non ha veri appigli nella legge e risulta, inoltre, praticamente antieconomica. Invero, seguendo questa linea argomentativa si dovrebbe arrivare a sostenere, ad esempio, che di fronte al presidente del tribunale alle parti sarebbe data solo la possibilità di aderire o meno ai rilievi fatti dal procuratore della Repubblica, dovendosi in caso diverso, magari anche nel caso che esse vogliano riformulare un nuovo accordo, far tornare la procedura di nuovo al procuratore¹³.

Ma, mi chiedo, perché il legislatore avrebbe dovuto prevedere l’intervento del presidente del tribunale se poi si deve ritenere che il potere autorizzatorio resti esclusivamente in capo al procuratore? Sarebbe stato più semplice e coerente prevedere solo una dialettica tra parti e procuratore, con la conseguenza di un esplicito rifiuto da parte di questi in caso di mancato adeguamento di quelle ai suoi rilievi.

¹⁰ Nel senso criticato nel testo vedi E. D’Alessandro, *op. cit.*, 1284 e M.A. Lupoi *op. cit.*, 294. Nel senso invece qui preferito vedi A. Carratta, *op. cit.*, 1293, il quale pone anche il problema del possibile ascolto del minore già di fronte alle parti assistite dai loro avvocati, problema la cui soluzione deve fare i conti con l’art. 56, comma 2°, del codice deontologico forense, nel quale si impedisce all’avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, ogni forma di colloquio o contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse. A me sembra che questo divieto non operi nell’ambiente della negoziazione assistita.

¹¹ Al contrario M.A. Lupoi, *op. cit.*, 295 ritiene che, rifiutata l’autorizzazione, ormai ci si allontani dalla via della negoziazione assistita per immettersi nelle tradizionali vie giudiziarie.

¹² Seguita, ad esempio, da Trib. Torino, sez. VII civ., 15 gennaio 2015, in *Giur. It.*, 2015, 1398.

¹³ Così A. Carratta, *op. cit.*, 1292. Ma non così il Trib. Torino sopra citato, che, però, a me sembra, offre una soluzione ancor meno ragionevole, ponendo le parti di fronte all’alternativa tra l’aderire ai rilievi del procuratore della Repubblica oppure, se vogliono riformulare i termini di un nuovo accordo, intraprendere le vie giurisdizionali.

Ed, allora, a me sembra che ai due organi in gioco sia attribuito lo stesso compito e quindi lo stesso tipo di valutazione¹⁴. Con la conseguenza che di fronte al presidente del tribunale può accadere di tutto, ossia: 1) che venga autorizzato l'accordo perché si ritengono infondati i rilievi del procuratore¹⁵; 2) che venga autorizzato l'accordo perché le parti lo emendano tenendo in considerazione i rilievi del procuratore, che, si badi, anche il presidente del tribunale ritiene corretti; 3) che venga autorizzato un accordo, diciamo così, "nuovo", a cui i rilievi del procuratore abbiano fornito solo il punto di partenza. Peraltro, a voler aderire all'opinione qui criticata, potrebbero anche aversi casi in cui si farebbe anche fatica a distinguere in pratica tra l'accordo che si sia limitato ad aderire ai rilievi del procuratore, in ipotesi da autorizzare di fronte al presidente del tribunale, e l'accordo "nuovo", in ipotesi da rinviare di nuovo al procuratore.

In definitiva, ragioni interpretative, legate alla mancanza di vere indicazioni stringenti della legge, e ragioni pratiche inducono a ritenere che i poteri dati al presidente del tribunale non siano inferiori e diversi rispetto a quelli dati al procuratore.

3. Esaurito positivamente il percorso, visto l'art. 6, comma 3°, dell'articolato in commento, si ha un accordo che produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, con l'aggiunta, se possibile e necessario, dell'efficacia di titolo per l'esecuzione forzata e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5 del medesimo articolato).

Quindi la fattispecie produttiva della modifica dello *status*, oltre che costitutiva¹⁶ dei diritti patrimoniali e non patrimoniali eventualmente coinvolti, sta nell'accordo tra le parti assistite dai loro avvocati, operando la fase del controllo, in ognuna delle forme viste, solo dall'esterno ossia come fase di integrazione dell'efficacia di esso¹⁷.

Questo significa che l'atto di normazione concreta, ossia l'accordo negoziale, potrebbe pur sempre emergere come invalido o comunque privo di effetti, nella misura in cui esso sia stato posto in essere in violazione dei limiti che la legge ha posto al potere negoziale dei privati. Insomma, se nella legge sulla

¹⁴ In questo senso sembra Trib. Termini Imerese 24 marzo 2015, in *Giur. It.*, 2015, 1879

¹⁵ F. Tizi, *Prime riflessioni sui poteri presidenziali ex art. 6, 2° comma, D.L. 132/2014 convertito nella L. n. 162/2014*, in *Giur. It.*, 2015, 1880 ss., nell'accogliere la posizione del Tribunale di Termini Imerese precisa, però, che il presidente del tribunale non potrebbe autorizzare un accordo in contrasto con le direttive del procuratore. Ma, sommessamente, mi chiedo: se l'alternativa è tra il riconoscere al presidente del tribunale un potere valutativo in una sorta di "secondo grado" rispetto alla valutazione del procuratore oppure non riconoscergli un simile ruolo, ove si opti per la prima soluzione come si può limitare quel potere? Invero, questa soluzione impone di non tracciare limiti al presidente del tribunale, a cui spetta in ultima analisi quello stesso potere autorizzatorio che in "prima istanza" è stato esercitato negativamente dal procuratore della Repubblica.

¹⁶ Non possiamo dire di "accertamento" perché evidentemente, essendo in presenza di una fattispecie negoziale e non di una sentenza, non emerge nell'atto di normazione concreta risolutivo della controversia una funzione dichiarativa.

¹⁷ La distinzione, rispetto alla fattispecie giuridica, tra elementi costitutivi ed elementi integrativi di efficacia è assai approfondita nella teoria generale del diritto. Sarebbe impensabile qui un elenco di citazioni, per cui ci piace solo ricordare A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, (rist.), Milano, 1964, 175 ss., 260 ss. Ma vedi anche le pagine critiche di D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 56 ss., 64 ss.

negoziante assistita è chiaro che la fattispecie produttiva degli effetti voluti dalle parti sta nell'accordo negoziale, si pone inevitabilmente la domanda in ordine alla stabilità di questo atto, a causa della sua possibile squalificazione giuridica, e così in ordine alla stabilità dei suoi effetti¹⁸.

Tuttavia, cosa in concreto tutto ciò significhi potrebbe non essere del tutto chiaro, se si vanno ad approfondire le diverse situazioni ipotizzabili ossia le diverse possibili violazioni di legge. A me sembra a tal proposito che vi siano ipotesi chiare ed altre dal trattamento più incerto.

Iniziando dalle ipotesi che, almeno a mio parere, sono chiare, direi che vi sono dei casi in cui è evidente come la violazione della legge squalifichi l'accordo ed altri in cui, al contrario, la violazione della legge non è sanzionata con l'invalidazione dell'atto, bensì su piani diversi.

Nel primo gruppo di ipotesi rientrano i casi in cui i privati hanno violato una regola che imponeva loro un limite all'esercizio del potere negoziale. Se è vero che l'accordo deve essere il frutto di un incrocio di volontà libere e consapevoli, è ovvio che esso sia annullabile se la volontà di una delle parti sia affetta da un vizio, quali dolo, violenza o errore. Se è vero che l'accordo può aversi solo su diritti disponibili, principio generale, e direi ovvio, ribadito anche nell'art. 2 della normativa qui in commento, non si può non ritenere nullo un accordo che, al contrario, disponga di un diritto indisponibile, come ad esempio è certamente il diritto agli alimenti e forse anche il diritto al mantenimento, ove l'avente diritto abbia ad esso rinunciato¹⁹. Se il diritto al divorzio nasce solo, per quello che qui interessa, nell'ipotesi in cui vi sia a monte una separazione, è ovvio che un accordo di scioglimento del matrimonio che non si fondi su quella condizione sia altrettanto nullo. Ma qui, si badi, non perché il diritto al divorzio, o se si vuole lo stato di coniugato, sarebbe in sé indisponibile, bensì a causa della violazione di una norma inderogabile (art. 1418, comma 1°, c.c.). Invero, ragionare diversamente significherebbe confondere la disponibilità delle norme, che qui è esclusa, con la disponibilità dell'effetto giuridico una volta che esso sia nato, che invece qui è ammessa, ancorché in un dato percorso.

Nel secondo gruppo di ipotesi direi che rientra la violazione di diverse norme contenute nella legge in materia di negoziazione assistita. In particolare mi riferisco agli obblighi che il terzo comma dell'art. 6 citato sono imposti agli avvocati, che consistono: 1) nel dovere di avvertire le parti che possono avvalersi della mediazione familiare, 2) nel dovere di tentare la loro conciliazione, 3) nel dovere di informare le parti di quanto sia importante che il minore trascorra tempi adeguati con ciascuno di loro.

Ovviamente è possibile che si sia solo a fronte di un'omissione formale, quando gli avvocati hanno svolto tutti i detti adempimenti, ma non ne abbiano dato atto nell'accordo: qui siamo in presenza di una mera irregolarità formale che, se non è emendata di fronte al procuratore della Repubblica, resta priva di conseguenze.

Ma è anche possibile che gli avvocati non abbiano proprio rispettato i loro doveri: in tal caso a me non sembra che i loro inadempimenti, in sé, possano invalidare l'accordo²⁰, potendo essi piuttosto avere una valenza sul piano disciplinare.

¹⁸ Così si ipotizzano sia azioni di nullità sia azioni di annullabilità: vedi B. Poliseo, *op. cit.*, 199.

¹⁹ Una cosa è accordarsi sulla quantificazione del credito, altro è rinunciarvi.

²⁰ Diversamente, se non erro, S. Caporusso, in AA.VV., *La nuova riforma del processo civile*, a cura di F. Santangeli, Roma, 2015, *sub art.* 6, 106.

Volendo ora allargare l'osservazione a casi che a me sembrano meno chiari, direi che ne emergono almeno due: quello in cui l'accordo abbia rappresentato il punto di arrivo di una negoziazione condotta da un solo avvocato e quello in cui siano stati oblitterati diritti di figli bisognosi.

Partendo da questa seconda ipotesi, non vi è dubbio che i coniugi non abbiano alcun potere di disporre di diritti che non sono in capo a loro, per cui già soggettivamente essi in merito non hanno alcun potere negoziale. Ora, è vero che degli interessi dei figli bisognosi dovrebbero farsi carico il procuratore della Repubblica ed eventualmente, in seconda battuta, il presidente del tribunale, ma è anche vero che nel percorso qualcosa può non funzionare. Si pensi solo all'eventualità che i coniugi presentino un accordo al procuratore della Repubblica per il solo nullaosta, affermando l'insussistenza di figli bisognosi, quando invece magari un figlio maggiorenne non autosufficiente c'era. Qui, se non è dubbio che i diritti di tale soggetto restino del tutto impregiudicati, emerge la domanda: una simile situazione invalida l'accordo tra i coniugi?

Francamente non vedo la ragione per dare una risposta affermativa: l'accordo tra i coniugi, con tutto ciò che comporta in termini di modifica dello stato e in termini economici tra loro, resterà valido ed efficace, restando al figlio "dimenticato" il diritto al mantenimento da far valere nelle sedi giudiziarie utili.

Più spinoso a me pare l'altro caso ipotizzato, quello in cui l'accordo sia il frutto di una negoziazione che non ha visto la presenza di un avvocato per parte. Se qui adottassimo il criterio con cui si "legge" l'accordo raggiunto in un percorso negoziale speciale in materia civile e commerciale, dovremmo concludere per l'irrilevanza della carenza in parola. Invero, non è dubbio, ad esempio, che la violazione della disposizione che impone la presenza degli avvocati in mediazione non comporti, in caso di esito positivo del percorso, un'invalidazione dell'accordo, in nome del principio in virtù del quale, non essendosi di fronte ad un procedimento in senso tecnico, gli ipotetici *errores in procedendo* non inficiano l'atto finale²¹.

Ma, il punto è che questo modo di ragionare non può qui essere replicato per il semplice fatto che, come si è detto in premessa, siamo in presenza di un percorso negoziale che non ha un'alternativa. Insomma, in materia civile e commerciale i privati possono scegliere tra il negoziare o il rivolgersi ad un giudice, privato o statale. Poi, nell'ambito della prima scelta essi, mirando sempre allo stesso tipo di atto normativo, ossia un negozio giuridico, possono ulteriormente scegliere tra percorsi diversi, i quali hanno certamente trattamenti giuridici diversi, ma, se giungono a buon fine, pongono capo ad un atto che, in quanto contratto ossia in quanto fattispecie sostanziale, ha sempre lo stesso regime giuridico.

Quando, al contrario, si passa alla separazione e al divorzio i privati che vogliono negoziare non possono scegliere: essi possono scegliere tra il negozio e il provvedimento giurisdizionale, ma scelto il primo mezzo la via è una ed obbligata. Ora in questa via la vera garanzia a cui si è affidato il legislatore sta, più ed oltre quella rappresentata dai controlli statali, dalla presenza degli avvocati. Qui il legislatore ha concesso ai privati di negoziare, ma gli ha imposto di farlo, se così possiamo dire, in un ambiente "protetto", al di fuori del quale non è possibile esercitare il potere negoziale, per paura che il forte prevarichi il debole, protezione che è data innanzitutto e soprattutto dall'assistenza di un legale per parte.

²¹ Certamente la mancanza degli avvocati in mediazione ha delle conseguenze in caso di esito negativo del percorso (M. Bove, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. decreto del fare*, in *Soc.*, 2013, 1230 ss., spec. 1231 ss.). In caso di esito positivo al più si potrebbe ipotizzare una conseguenza sulla concedibilità dell'*exequatur* (in senso contrario M. Bove, *op. cit.*, 1237), ma certamente mai in ordine all'invalidazione del negozio.

Ed, allora, se è vero che in pratica il problema non dovrebbe mai porsi, perché dovrebbe essere facile per il procuratore della Repubblica verificare che vi sia stata effettivamente l'assistenza di un avvocato per parte, è anche vero che l'eventuale svista di questo organo non può evitare la possibile invalidazione dell'accordo, che, in mancanza di ulteriori specificazioni di legge, va sotto la categoria della nullità per violazione di una norma imperativa.

4. Del tutto diversa è la via tracciata dall'art. 12 dell'articolato in oggetto, che può utilizzarsi nei casi già visti nell'ambito della negoziazione assistita, ma con due fondamentali precisazioni. Essa non è praticabile quando la coppia ha figli bisognosi ed inoltre nell'ambito di questo percorso non possono aversi patti di trasferimento patrimoniale.

Volendo sommariamente descrivere l'istituto, emerge con evidenza, per un verso, che la presenza degli avvocati o anche di uno solo per entrambi i coniugi è del tutto facoltativa e, per altro verso, che qui non si ha alcun intervento di un magistrato, bensì solo una dialettica tra i coniugi ed il sindaco. Ed, allora, è pur necessario comprendere il contenuto di questa dialettica o, se si vuole, il ruolo del sindaco, nonché i limiti di utilizzabilità del percorso.

Se è evidente che la via in oggetto ha dei limiti, si deve anche consentire col dire che il sindaco, pur in termini limitati ed ancora una volta non preclusivi, deve poter fare delle verifiche. Così, se il divorzio è possibile solo a condizione che vi sia stata a monte la separazione, il sindaco avrà certo il potere di rifiutare l'atto ove questa condizione non sia provata. Se la via in parola è percorribile solo in mancanza di figli bisognosi, le parti dovranno pur almeno autocertificare la sussistenza di questa condizione ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 2000²², fermo restando l'applicabilità (forse qui teorica) dell'art. 71 del medesimo articolato, per cui l'autorità amministrativa potrebbe procedere a delle verifiche per vagliare la veridicità di quelle dichiarazioni²³.

Più discutibile è la condizione in negativo per cui non devono esserci patti di trasferimento patrimoniale. Qui, al di là delle ondivaghe circolari ministeriali e dell'immane intervento del giudice amministrativo²⁴, a me sembra che si debba assumere un atteggiamento restrittivo.

Secondo alcuni non sarebbe accettabile un'interpretazione restrittiva nel senso di vietare previsioni patrimoniali, dovendosi riferire la disposizione ai trasferimenti immobiliari o, al più, all'eventuale accordo tra la parti sulla corresponsione di un assegno *una tantum* di mantenimento. Questo sarebbe supportato anche da due indizi normativi. Il primo emergerebbe nel momento in cui si dispone che il sindaco riceve la dichiarazione dei coniugi di volersi separare o divorziare "secondo condizioni tra di esse concordate". Il secondo si ricaverebbe dal fatto che la via è spendibile anche per la modifica di precedenti condizioni di

²² Così, fra gli altri, S. Trabace, *Separazione consensuale, richiesta congiunta di divorzio e modifica delle condizioni di separazione e divorzio innanzi all'ufficiale di stato civile*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, a cura di D. Dalfino, Torino, 2015, 87 ss., spec. 90.

²³ A. Carratta, *op. cit.*, 1293, rivelando come il sindaco potrebbe aver bisogno di svolgere una sia pur minima attività istruttoria, ne riconosce anche l'improbabilità.

²⁴ Vedi il racconto della tormentata storia tra circolari contraddittorie e intervento del TAR Lazio e poi del Consiglio di Stato in F. Danovi, *op. cit.*, 1041.

separazione o divorzio, non vedendosi, si dice, a cosa questi accordi, raggiunti per la prima volta o in modifica dei precedenti, dovrebbero riferirsi se non ad accordi di tipo economico²⁵.

Pur riconoscendo l'equivocità di dette previsioni, a mio parere la soluzione interpretativa più ragionevole va ricercata considerando il contesto in cui esse sono inserite, che, almeno così a me sembra, è molto diverso da quello che abbiamo descritto in riferimento all'art. 6 dell'articolo in oggetto. Se in questo il cuore dell'istituto sta in una fattispecie negoziale, che poi viene, per così dire, "circondata" dalla doppia cautela data dall'assistenza degli avvocati e dai controlli a valle del procuratore della Repubblica, nel percorso tracciato dall'art. 12 ora in commento l'atto normativamente efficace è quello del sindaco, rispetto al quale le dichiarazioni concordi delle parti sono un presupposto.

In altri termini, se l'art. 6 prevede un percorso di dialogo assistito tra le parti al fine della soluzione negoziale dei loro problemi, l'art. 12 descrive un procedimento amministrativo, nel quale due coniugi, liberi da responsabilità verso altri, economicamente autonomi ed ovviamente consenzienti decidono di modificare il loro stato: così come all'inizio della loro storia sono andati dal sindaco per sposarsi ora, finito il loro percorso comune di vita, decidono di lasciarsi ufficialmente, senza altra conseguenza o strascico.

Questo substrato umano è giuridicamente recepito e disciplinato, si ripete, nell'ambito di un procedimento amministrativo nel quale non si presuppone propriamente un accordo nel senso di un negozio già stipulato tra le parti, bensì propriamente delle dichiarazioni concordi, da rendere personalmente, delle parti che, rivolte al sindaco, danno corpo all'atto amministrativo di questi²⁶. Certo, non si può escludere che nel caso di specie tra le parti possano aversi anche regolamentazioni economiche. Ma non è a ricercare il punto di equilibrio per queste che può servire la via tracciata dall'art. 12, per cui ben è possibile che le parti modifichino il loro stato di fronte al sindaco e poi aprano anche un tavolo di trattative al fine della ricerca di quell'equilibrio con l'assistenza dei loro avvocati. Insomma, ben i percorsi descritti possono convivere, ancorché la cosa in concreto non sia probabile.

Del resto, se così non fosse, si tradirebbe la logica stessa sottesa al citato art. 6, nel quale si concede ai coniugi, anche senza la presenza di figli bisognosi, di contrarre le condizioni economiche della separazione o del divorzio, non in base alla sola autonomia negoziale, ma sempre ed unicamente nell'ambito del percorso negoziale ivi disciplinato. Percorso che, si badi, è "protetto" innanzitutto dalla presenza di un avvocato per parte, al fine di prevenire possibili prevaricazioni del forte sul debole.

Ed, allora, se si ipotizzassero accordi economici anche nell'ambito di applicazione di codesto art. 12, che non contempla la necessaria assistenza degli avvocati, si finirebbe per ammettere che, invece, i coniugi potrebbero contrattare quelle condizioni economiche del tutto da soli, cosa che non mi parrebbe coerente nel complessivo tessuto dell'articolo in commento.

Inoltre, un indizio a favore della costruzione qui proposta sta nell'espressione per cui l'accordo tra le parti "tiene luogo dei provvedimenti giudiziari", non ripetendosi qui l'espressione di cui all'art. 6 secondo il

²⁵ In questo senso F. Danovi, *op. cit.*, 1041-1042, nt. 21; S. Trabace, *op. cit.*, 91. A prescindere dagli indicati indizi normativi assume una posizione più liberale anche A. Carratta, *op. cit.*, 1294.

²⁶ Del tutto diversa, mi pare, è la costruzione più comunemente seguita, per la quale vedi limpidamente C. Cariglia, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. It.*, 2015, 1739 ss., spec. 1741 e 1744-1745, secondo la quale la fattispecie a cui riportare gli effetti sta nell'accordo, quale negozio giuridico tra le parti, rispetto alla quale il ruolo del sindaco si pone per attuare una *conditio iuris*.

quale l'accordo "produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali". Coloro che strutturalmente ricostruiscono i due istituti sotto osservazione allo stesso modo, ossia come incentrati su una fattispecie negoziale a cui un organo pubblico conferisce pieni effetti, e anche vogliono attribuire pure all'accordo di cui all'art. 12 la potenzialità di contenere disposizioni patrimoniali, hanno difficoltà a comprendere questa diversità di espressioni e, così, temendo che all'accordo portato di fronte al sindaco possano essere sottratti gli effetti esecutivi di cui all'art. 5 del medesimo articolato, tendono a dire che ci troveremo di fronte ad una svista del legislatore²⁷.

Ma se, al contrario, si ritiene che l'accordo di cui all'art. 12 sostituisce l'atto, altrimenti necessario, giurisdizionale del giudice di modifica dello *status*, ma non ne produce gli effetti, bensì giustifica e fonda l'atto amministrativo del sindaco produttivo di quella modificazione, la prospettiva cambia. Insomma, si ripete ancora, mentre nell'art. 6 la fattispecie costitutiva degli effetti sta nel negozio, qui l'accordo, o meglio le dichiarazioni concordi delle parti, è solo un presupposto dell'atto del sindaco, che punta unicamente alla separazione o al divorzio. Di conseguenza, mancando qui ogni previsione patrimoniale, quindi mancando la regolamentazione di crediti che potrebbero rimanere insoddisfatti e così bisognosi di realizzazione forzata, non si pone neanche un problema di carenza di effetti esecutivi.

Quanto, infine, al fatto che così si rischierebbe di togliere valore all'ipotesi in cui la via sia percorsa per modificare precedenti condizioni economiche di separazione e divorzio, si potrebbe anche ragionare diversamente. E cioè: se le parti si sono separate o hanno divorziato quando avevano figli bisognosi, quindi per via giudiziale o di negoziazione assistita, è possibile che questa condizione venga meno, perché i figli sono diventati maggiorenni e autosufficienti. Ed allora perché non poter "certificare" questa sopraggiunta condizione semplicemente di fronte al sindaco? Almeno quando nessuno ha di che lamentarsi?

In tal modo la via amministrativa qui descritta avrebbe solo la funzione di prendere atto del superamento di una realtà che, se in precedenza esigeva regolamentazioni economiche, ora può farle venire semplicemente meno.

5. Il sindaco, ricevute personalmente le dichiarazioni di parte, potrebbe anche rifiutare il suo atto perché emerge che non ve ne sono i presupposti. Perché ad esempio emerge l'esistenza di un figlio bisognoso oppure perché, volendosi il divorzio, non risulta sussistente la condizione della precedente separazione. Ovviamente le parti, a fronte di un simile rifiuto, possono rivolgersi al giudice oppure percorrere la via della negoziazione assistita o anche insistere nella via amministrativa, di fronte allo stesso sindaco o magari di fronte al sindaco di altro comune, visto che l'art. 12 prevede la competenza del comune di residenza di uno dei coniugi o del comune dove è iscritto ovvero è trascritto il matrimonio.

Ma esse, ritenendo del tutto ingiustificato un simile rifiuto, possono anche insistere percorrendo la via tracciata dagli articoli 95 e 96 del D.P.R. n. 396 del 2000 in materia di ordinamento di stato civile²⁸.

Più problematica è la disciplina dell'atto positivo che il sindaco abbia assunto violando una norma di legge. Si pensi al caso in cui l'atto abbia sciolto il matrimonio in carenza del presupposto della previa

²⁷ B. Polisenò, *op. cit.*, 209-210; S. Trabace, *op. cit.*, 93.

²⁸ In tal senso C. Cariglia, *op. cit.*, 1743; G. Casaburi, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Foro it.*, 2015, V, 44 ss., spec. 49.

separazione ovvero esso sia stato assunto nonostante la presenza di un figlio bisognoso o ancora sulla base di un accordo che illegittimamente prevedeva disposizioni patrimoniali.

Ora, volendo ravvisare il cuore dell'istituto in una fattispecie negoziale, attribuendo al sindaco un compito di tipo notarile, se ne dovrebbe ricavare anche l'affermazione per cui l'esercizio del potere negoziale al di fuori dei limiti posti dalla legge comporti la squalificazione giuridica di quella fattispecie, con conseguente, possibile, spendibilità di un'azione d'impugnativa negoziale. Ma, se, al contrario, si ravvisa nell'istituto in commento un procedimento che mette capo ad un atto amministrativo, rispetto al quale le dichiarazioni concordi delle parti sono un presupposto, a me sembra che la via maestra per eventuali reazioni successive sia data dagli articoli 95 e 96 del citato D.P.R. in materia di ordinamento di stato civile, via utilizzabile anche dal procuratore della Repubblica²⁹.

Tuttavia, qui il punto è anche un altro e cioè che forse non è detto che le diverse fattispecie ipotizzabili debbano avere lo stesso trattamento.

Invero, se il sindaco ha sciolto un matrimonio senza la previa separazione certamente si può qui ravvisare un vizio che può inficiare l'atto e quindi rimettere in discussione il suo effetto modificativo. Ma, se emerge una delle altre due ipotesi, è ragionevole ritenere che anche in esse si debba eliminare la già avvenuta modificazione dello *status*?

Ipotizziamo che il sindaco abbia disposto la separazione o il divorzio nonostante la presenza di un figlio bisognoso, ad esempio, immaginando una situazione credibile sul piano pratico, un maggiorenne non ancora economicamente autosufficiente: ha senso qui ritenere che debba venir meno la già disposta separazione o il divorzio? Francamente a me sembra che l'interesse di codesto figlio ben possa essere fatto valere dal suo interessato, senza che esso esiga un ripristino dello stato coniugale o della sua pienezza.

E un discorso non molto diverso, mutando ciò che c'è da mutare, va fatto a mio parere a fronte di una separazione o divorzio a cui il sindaco abbia dato luogo nonostante patti economici vietati. A me sembra che semplicemente questi patti siano da considerare *tamquam non essent*, perché essi non rientrano nell'archetipo normativo nel cui ambito si è avuta la pretesa di stipularli. O meglio: se essi potevano essere negoziati solo all'interno di un percorso protetto, garantito dalla presenza di un avvocato per parte, qual è quello disciplinato dal già citato art. 6, evidentemente una negoziazione all'infuori di esso conduce ad un accordo nullo.

Ma per salvaguardare i dettami della legge, ancora una volta non mi pare che si possa e si debba giungere alla necessità di risolvere l'effetto modificativo dello *status* che si è già prodotto e che non si fonda su un negozio, bensì sull'atto del sindaco.

6. Da tutto quanto detto sopra emergono inevitabilmente altre domande dal sapore decisamente sistematico. Ossia: si deve oggi tracciare diversamente da ieri la linea di confine tra disponibilità e indisponibilità? Si deve oggi tracciare diversamente da ieri la linea di confine tra arbitrabilità e non arbitrabilità?

Dal primo punto di vista a me sembra, francamente, che non si possa più dubitare del fatto che lo *status* di coniugati sia disponibile. Se è vero che, ai sensi dell'art. 2, comma 2°, lett. b) dell'articolato in

²⁹ Conformemente anche C. Cariglia, *op. cit.*, 1744.

commento, la negoziazione assistita è possibile solo se riguarda diritti disponibili, evidentemente il successivo art. 6 del medesimo decreto dimostra *per tabulas* quella disponibilità. È vero che qui non si può seguire il percorso generale trattato dagli articoli 2 e ss., bensì solo quello speciale tracciato in codesto articolo 6. Ma ciò non toglie che sempre questi fenomeni negoziali siano concepibili solo se mettono in gioco situazioni disponibili.

E questo vale anche per il diritto al divorzio, non rilevando a tale fine che i privati non possono divorziare se e quando vogliono, ma solo nel momento in cui vi siano le condizioni di legge. È vero che, nella prospettiva pur assunta dalla normativa in oggetto, il diritto al divorzio esiste solo a condizione che via sia la previa separazione, ma ciò attiene alla nascita di quel diritto e, così, all'esigenza di garantire la concretizzazione della norma di legge, non certo alla disponibilità di quel diritto una volta che sia nato.

Coloro che sostengono il contrario³⁰ a mio parere cadono ancora nell'equivoco, molto diffuso, di confondere il problema delle norme inderogabili col problema dei diritti indisponibili. Se l'ordinamento detta una norma inderogabile, con ciò esso impedisce ai privati di porla fuori gioco con un accordo, ma non certo impedisce al titolare del diritto, una volta che questo sia sorto per concretizzazione di quella norma, di disporne.

Così, i privati non possono disporre della norma che consente il divorzio, non direttamente, bensì solo a seguito di una avvenuta separazione. Ma, una volta che quella norma abbia trovato la sua concretizzazione, vale a dire si sia verificata la condizione della separazione, il diritto al divorzio è negoziabile per il semplice fatto che così con tutta evidenza emerge dall'art. 6 citato, col quale si è superata la prospettiva di una giurisdizione costitutiva necessaria.

Del resto questo schema vale anche per tante altre situazioni che sottendono interessi pubblicistici. Si faccia un solo esempio, nel campo del diritto processuale civile, guardando al diritto all'impugnazione: i privati non possono disporre delle norme sulle impugnazioni, ma il potere d'impugnazione, una volta concretamente venuto ad esistere in capo ad un soggetto, è disponibile.

Ed, allora, i coniugi, se non possono certamente disporre dei diritti, patrimoniali e non patrimoniali dei figli bisognosi, rispetto ai quali essi sono obbligati, possono però disporre del loro stato. Mentre, in riferimento ai loro diritti reciproci, resta, a me sembra, la necessità di distinguere a seconda che sia in gioco l'*an* o il *quantum*, sembrandomi ragionevole qualificare come indisponibile il primo aspetto e disponibile il secondo aspetto.

Insomma il diritto a separarsi e a divorziare è disponibile. Semmai il problema è un altro e cioè: detta disponibilità è concepibile solo a condizione che si seguano i percorsi tracciati nell'articolato in commento? Insomma, si può e si deve ritenere che le parti possa disporre di esso unicamente nell'ambito delle vie disciplinate dagli articoli 6 e 12 sopra descritti?

Certamente i privati non potrebbero modificare il loro stato coniugale con un semplice accordo. Come abbiamo detto in premessa, qui non si può ripetere ciò che vale per la materia civile e commerciale, per cui i privati possono scegliere tra il fondarsi sul solo codice civile e il percorrere le vie speciali della mediazione o della negoziazione assistita.

³⁰ Vedi, ad esempio, C. Cariglia, *op. cit.*, 1741; M.N. Bugetti, *op. cit.*, 528.

Ma, tolto questo estremo, resta sempre un'ulteriore domanda: se il legislatore ha imposto alla volontà dei privati di esplicitarsi in vie che sono state ritenute in qualche misura protette, ciò impone la necessità di seguire queste sole vie?

Insomma, una volta che sia stato riconosciuta la disponibilità del diritto alla separazione e al divorzio, perché non approdare anche all'idea che i privati possano assoggettarsi alla decisione di un arbitro? Decisione che, si badi, si fonda su un accordo che dispone, non del diritto in gioco, presupponendo solo la sua disponibilità, bensì del diritto di azione?

7. In linea di principio non avrei remore ad ammettere l'arbitrato per le questioni qui in gioco³¹. Invero, se la garanzia più rilevante nel percorso negoziale è data dalla assistenza degli avvocati, non vedo perché la funzione ed i doveri dell'arbitro dovrebbero essere da meno, posto che questi, pur essendo un privato, svolge un percorso giurisdizionale, un percorso, quindi, che non rappresenta un fenomeno negoziale alternativo a quello disciplinato nell'art. 6, ma, piuttosto, una via alternativa al processo statale. Saremmo in presenza di un arbitrato che, lungi dal non essere possibile, dovrebbe solo essere ammantato di alcune garanzie, quelle che tipicamente sono richieste quando la giustizia privata viene chiamata a risolvere liti che esigono l'applicazione di norme inderogabili. Vale a dire: impossibilità per le parti di mettere fuori gioco quelle norme e così impugnabilità del lodo, in ogni caso, nell'eventualità della loro violazione.

Tuttavia è bene distinguere.

Se sono in gioco solo i rapporti tra i coniugi, a me sembra che la via arbitrale sia certamente percorribile, sia per giungere alla sola modifica dello *status* sia per disciplinare i loro rapporti economici. Ciò, si ripete, col limite che all'arbitro sarà dato di tenere conto delle norme inderogabili in gioco. Si ripete: non vedo perché un percorso che si incentra sulla presenza degli avvocati e su un controllo quasi formale successivamente previsto ad opera del procuratore della Repubblica dovrebbe garantire le esigenze dell'ordinamento più di un giudizio arbitrale, che altro non è se non un fenomeno giurisdizionale, da celebrare nel rispetto della legge, pena la squalificazione del lodo.

Ed aggiungo che, se si approda a questa conclusione, non credo che siano necessarie altre cautele, come ad esempio quella di ritenere che un patto compromissorio sarebbe possibile solo successivamente all'insorgere del diritto alla separazione o divorzio e con l'assistenza degli avvocati³². Se non mi sembra che lo schema dell'art. 6 sia adatto ad accogliere un accordo, non sulla modifica dello *status* e magari sulla conseguente regolamentazione economica, bensì su un via alternativa per giungere a questi risultati³³, non

³¹ In senso contrario F. Danovi, *op. cit.*, 1054.

³² Così E. Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, 100.

³³ Non mi sembra probante l'art. 9 dell'articolato in commento, quando in esso si dice che i difensori non possono essere nominati arbitri nelle controversie aventi il medesimo oggetto, perché esso dal punto di vista dell'individuazione del perimetro di ciò che è arbitrabile è del tutto neutro. Inoltre, mi parrebbe problematico e quantomeno farraginoso seguire la via della negoziazione assistita per mettere capo ad un contratto processuale, qual è il patto compromissorio, non vedendo come si possa qui concepire un previo accordo (art. 2), anch'esso strumentale, per incamminarsi su questa strada al solo fine di giungere ad un altro accordo anch'esso strumentale al fine della futura decisione dell'arbitro.

vedo la ragione per ammettere solo la forma del compromesso e non anche quella disciplinata dall'art. 808-*bis* c.p.c.

Devo dire che più perplesso mi lascia il caso in cui siano in gioco diritti di figli bisognosi³⁴. Ma anche qui mi domando: dal punto di vista degli interessi deboli da proteggere³⁵ la garanzia data nella negoziazione assistita dalla presenza degli avvocati e poi dal controllo del procuratore della Repubblica, doppiato eventualmente dal controllo del presidente del tribunale, è qualcosa di più della garanzia che potrebbe fornire un giudice privato? E, si badi, un giudice privato che, come un giudice statale, deve applicare la legge imperativa, con la conseguenza che la violazione di questa, porta alla dichiarazione di nullità del lodo?

Confesso di essere assai dubbioso a fronte di questa domanda. Non so, in tutta franchezza, se la risposta possa già oggi approdare ad una soluzione, diciamo così, liberale³⁶. Ma, se ad essa non si vuole ora aderire, anche se la mia sensazione è che un simile approdo sia ormai nelle cose, credo che ben presto l'evoluzione normativa e giurisprudenziale abbandonerà la cautela che oggi molti hanno ancora.

MAURO BOVE

Professore ordinario

nell'Università di Perugia

³⁴ Perplesso è anche E. Zucconi Galli Fonseca, *op. cit.*, 102, la quale poi approda all'idea di ammettere solo un arbitrato amministrato.

³⁵ E mi riferisco soprattutto a quelli dei minori, non solo di tipo patrimoniale.

³⁶ E, se così fosse. Non credo che si potrebbe limitare l'arbitrato alla sua forma organizzata o amministrata che dir si voglia.