

I metodi alternativi al giudizio nella disgregazione dell’unione coniugale all’interno dell’ordinamento italiano e di quello spagnolo.

1. I metodi alternativi al giudizio nella gestione della crisi coniugale.

Sino al recente passato, lo scioglimento dell’unione coniugale, la separazione personale e la modifica delle relative condizioni erano possibili esclusivamente mediante la via giudiziale; attualmente, le recenti riforme intervenute non soltanto all’interno dell’ordinamento italiano e di quello spagnolo, oggetto della presente indagine, ma anche in numerosi altri Stati, attribuiscono una maggiore autonomia ai coniugi circa il “*quomodo*”, ovvero le “modalità” attraverso le quali addivenire allo scioglimento dell’unione, etc.

Esigenze di natura composita sono alla base dell’introduzione di procedure alternative al processo, rivolte ai coniugi che, nella delicata fase della disgregazione dell’unione matrimoniale, siano d’accordo sia sulla scelta in sé, sia sui termini concreti nei quali ciò dovrà verificarsi.

L’obiettivo principale del legislatore è quello di decongestionare il sistema giustizia, deflazionandone l’accesso¹, giacché l’attuale durata dei processi, troppo sovente irragionevole, determina un’insostenibile lesione dei diritti riconosciuti al singolo, recando un *vulnus* indelebile alle esigenze di tutela, inevitabilmente frustrate dalle lunghe attese.

Non va sottaciuto, inoltre, che tramite tali meccanismi “stragiudiziali” si confida, altresì, di mutare l’approccio nei confronti della gestione della crisi coniugale e di ridurre i costi connessi alla disgregazione dell’unione: il riferimento non è solo ai costi economici derivanti dall’istaurazione di uno o più processi, bensì anche a quelli psicologici ed emotivi, connessi al sottoporre ad un Giudice la propria vicenda personale.

Tra le molteplici soluzioni stragiudiziali introdotte spiccano le ipotesi di c.d. divorzio notarile, proprie di numerosi paesi latinoamericani, che consentono di sciogliere il matrimonio mediante un atto notarile; i meccanismi riconducibili al c.d. divorzio “amministrativo”,

¹ Reputa positiva tale previsione in un’ottica di riduzione del carico del meccanismo della giustizia CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, “Divorcio notarial y convenio regulador examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos”, in *Diario La ley*, Madrid, Wolters Kluver, 2012, n. 4138, p. 9. Contesta tale assunto JULIA BAUTISTA LÓPEZ, “El divorcio ante notario”, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2012, n. 837, p. 1, che evidenzia, da un lato, come il sistema non sia saturo a causa dei giudizi di divorzio e, dall’altro, come le cause di divorzio per mutuo accordo senza figli minori siano un numero assai esiguo, con la conseguenza che i problemi della giustizia spagnola non verranno certo risolti in tale modo.

previsti – ad esempio – in Messico e Portogallo, nei quali il divorzio per mutuo accordo integra un procedimento amministrativo la cui competenza è attribuita a un funzionario pubblico non integrato nell'amministrazione della giustizia; e, infine, i sistemi ascrivibili al c.d. *collaborative law*, una tecnica di risoluzione dei conflitti improntata a un atteggiamento collaborativo delle parti, proteso al raggiungimento di un'intesa².

In seguito alla recente riforma concernente la volontaria giurisdizione, attuata con legge del 2 luglio 2015, n. 15, anche la Spagna consente ai coniugi di separarsi o sciogliere il legame matrimoniale mediante un accordo realizzato davanti a un notaio oppure davanti a un cancelliere. Viceversa, due sono le modalità alternative di gestione della crisi coniugale, introdotte in Italia, con il recente decreto legge n. 132/2014, convertito nella legge n. 162/2014, finalizzato a dettare «*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*»: la prima delle quali, regolata dall'art. 6, è riconducibile a meccanismi di *collaborative law*, mentre la seconda, prevista dall'art. 12, integra un'ipotesi ascrivibile alle forme di c.d. divorzio amministrativo.

Tratto comune a tali soluzioni stragiudiziali per la definizione delle controversie conseguenti alla disgregazione coniugale è il fatto di trovarsi al cospetto di meccanismi che operano in forma facoltativa, giacché i coniugi sono lasciati liberi di scegliere la via giudiziale, e si pongono come alternativa dei soli meccanismi giudiziali consensuali.

Di contro, tali fattispecie presentano tra loro profonde differenze non solo per quanto attiene al procedimento e alle formalità richieste, ma, altresì, per il diverso “approccio” di fronte a questioni di primario spessore. Utile è dunque porre a confronto tali esperienze, che, peraltro, rappresentano un'ulteriore progressione della “privatizzazione” riguardante il diritto di famiglia, con lo scopo di stimare – in quale modo ed entro quali limiti – si espliciti tale ulteriore approdo dell'autonomia privata, riconosciuta ai coniugi, ora libera di incidere anche sul *quomodo* relativo alla disgregazione dell'unione coniugale.

² Il diritto collaborativo è un metodo di gestione del conflitto sorto negli anni 90 negli Stati Uniti da un'idea dell'avv. Stuart Webbs. La peculiarità di tale fenomeno si basa su una “carta di collaborazione” che obbliga le parti e i loro avvocati a compiere ogni sforzo per giungere a una soluzione consensuale. Peraltro, gli avvocati e i professionisti coinvolti s'impegnano espressamente a non assistere le parti all'interno di un futuro giudizio nell'ipotesi di mancato raggiungimento di una soluzione concordata, circostanza che - privandoli della possibilità di minacciare d'intraprendere azioni giudiziali - li spinge maggiormente a favorire il raggiungimento dell'accordo. Sul diritto collaborativo v., tra i tanti, STUART G. WEBB e ROLAND D. OUSKY, *The Collaborative Way to Divorce*, New York, Hudson Street Press, 2007, *passim*; CHARLOTTE BUTRUILLE CARDEW, “Le droit de la famille collaboratif”, in *AJ Famille*, Saint Just La Pendue, Revue Dalloz, 2007, p. 28 ss.; ID., “Qu'est-ce que le droit collaboratif?”, in *Les Cahiers de la justice*, Parigi, Revue Dalloz, 2009, p. 153; CATHERINE BOURGES HABIF, “Fonctionnement du droit collaboratif: la négociation raisonnée et l'écoute active”, in *AJ Famille*, Saint Just La Pendue, Revue Dalloz, 2010, p. 259 ss.; JEAN LUC, RIVOIRE, “La mise en place du droit collaboratif en France s'organise”, in *AJ Famille*, Saint Just La Pendue, Revue Dalloz, 2010, p. 255 ss.; CHARLOTTE ROBBE-PHAN, “Le droit collaboratif de A à Z (Du praticien débutant au praticien expérimenté)”, in *AJ Famille*, Saint Just La Pendue, Revue Dalloz, 2010, p. 260 ss.; MARIA NOVELLA BUGETTI, “Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale”, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Cedam, 2013, II, p. 282.

2. Gli strumenti alternativi al giudizio previsti dal legislatore italiano.

La previsione di meccanismi stragiudiziali che consentono di arrivare alla separazione personale, allo scioglimento del legame matrimoniale, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, oppure alla modifica delle relative condizioni, s'inserisce in un complesso quadro di riforme concernenti la crisi della famiglia che ha impegnato il legislatore italiano con risultati che – di là dall'entusiasmo diffuso – non sempre sono tecnicamente impeccabili, coordinati tra loro³ e in grado di cogliere pienamente le opportunità a disposizione⁴.

Il primo strumento offerto ai coniugi è quello regolato dall'art. 6, che disciplina la «*convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*»; mentre il secondo procedimento è regolato dall'art 12, rubricato «*separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile*».

In entrambe le ipotesi, l'accordo raggiunto, che tiene luogo dei provvedimenti che definiscono i corrispondenti procedimenti giudiziali *ex artt.* 6, terzo comma, e 12, terzo comma, integra un titolo esecutivo, nonché un titolo per l'iscrizione dell'ipoteca. Anche in questo caso, tuttavia, di là dagli elementi che accomunano tali fattispecie, meritano particolare attenzione i tratti distintivi sussistenti tra tali strumenti alternativi di gestione del conflitto coniugale, che non si limitano alle formalità richieste, incidendo bensì sui più pregnanti aspetti dell'ambito di applicazione e del contenuto eventuale dell'accordo.

³ La recente legge 6 maggio 2015, n. 55 «*Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*», che ha introdotto in Italia il c.d. divorzio breve, presenta uno scarso coordinamento con la legge 10 novembre 2014, n. 162, che ha introdotto in Italia strumenti alternativi per arrivare alla separazione personale, al divorzio e alla modifica delle relative condizioni. In via di estrema sintesi, nell'art. 2 della legge, concernente lo scioglimento della comunione legale, è omesso ogni riferimento alla separazione frutto di negoziazione assistita, giacché la norma si limita a sancire che «*nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato*».

⁴ Il riferimento è, in questo caso, alla scelta di mantenere la separazione come preconditione indefettibile per il divorzio e la cessazione degli effetti civili del matrimonio, seppure con la previsione di tempi più contenuti, con la conseguenza che, a differenza di quanto avviene in numerosi paesi europei, in Italia i coniugi devono tuttora compiere entrambi tali passaggi prima di poter porre fine all'unione matrimoniale. Nel testo primitivo del disegno di legge era prevista anche una forma di c.d. divorzio immediato, che consentiva ai coniugi di accedere immediatamente al divorzio/cessazione degli effetti civili del matrimonio, se consensuale, senza una previa separazione personale, alla presenza di determinati presupposti integrati dall'assenza di figli minori, figli maggiorenni portatori di handicap grave oppure incapaci d'agire, oppure di età inferiore ai ventisei anni non economicamente indipendenti. Tuttavia, tale previsione, criticata in quanto accusata di determinare uno «svilimento» del matrimonio stesso, è stata «sacrificata» per consentire un'approvazione rapida della legge. Critica la scelta effettuata dal legislatore RICCARDO VILLANI, «Le nuove norme in materia di c.d. «divorzio breve»», in *Studium iuris*, Padova, Cedam, 2015, p. 949.

2.1. La negoziazione assistita da avvocati in ambito familiare.

La prima fattispecie, denominata negoziazione assistita da avvocati, consente alle parti di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della Legge 10° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Tale procedura negoziale, mutuata dall'esperienza francese della c.d. *convention de procédure participative par avocat* di cui agli artt. 2062 e ss. *Code civil*, introdotta dalla legge n. 2010-1609 del 22 dicembre 2010⁵, innegabilmente si ispira alla prassi sorta nei paesi nordamericani, nota come c.d. *collaborative law*.

La procedura consiste, in via di estrema sintesi, nella sottoscrizione da parte dei coniugi di un accordo (c.d. convenzione di negoziazione), redatto, a pena di nullità, in forma scritta, con il quale questi convengono di «*cooperare in buona fede e con lealtà*» per risolvere in via amichevole la controversia, tramite l'assistenza di avvocati. In caso di positivo esito dell'attività di negoziazione, le parti arriveranno a perfezionare un accordo che andrà trasmesso al procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente⁶.

Sull'avvocato, che in tale procedura svolge un ruolo di primaria importanza, gravano specifici obblighi informativi e procedurali, da adempiere con scrupolo salvo incorrere in responsabilità: nello specifico, a tacer d'altro, questo sarà tenuto a informare i coniugi della facoltà di avvalersi di tale meccanismo, a certificare l'autografia delle sottoscrizioni, a redigere la convenzione di negoziazione e l'eventuale accordo raggiunto, a trasmettere tale accordo nei termini previsti, e, soprattutto, a verificare la non contrarietà dello stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico. Più precisamente, in sede di conversione in legge è stato esplicitato che l'accordo dovrà essere concluso con l'assistenza di un avvocato per parte,

⁵ La disciplina italiana si distingue tuttavia da quella francese poiché l'accordo raggiunto dai coniugi non integra un titolo esecutivo e deve essere omologato dalla competente autorità. Sulla *convention de procédure participative par avocat* v., tra i tanti: NATALIE FRICERO, "Le décret du 20 janvier 2012: vers une résolution thérapeutique des contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat", in *AJ famille*, Parigi, Éditions Dalloz, 2012, p. 67 ss.; SORAYA AMRANI MEKKI, "La convention de procédure participative", in *Recueil Dalloz*, Parigi, Éditions Dalloz, 2011, p. 3007; FLORENCE G'SELL-MACREZ, "Vers la justice participative? Pour une négociation "à l'ombre du droit", in *Recueil Dalloz*, Parigi, Éditions Dalloz, 2010, p. 2450 ss.

⁶ Nella formulazione originaria di cui al decreto legge non era prevista la trasmissione dell'accordo al Procuratore della Repubblica. Contesta la scelta di introdurre tale filtro, tacciandola di essere poco coraggiosa, FILIPPO DANOVÌ, "I nuovi modelli di separazione e divorzio: un'intricata pluralità di protagonisti", in *Famiglia e diritto*, Milanofiori Assago (MI), Ipsoa, 2014, 1144 s. Secondo l'A. ciò appare tanto più censurabile se si considera che il P.M., negli accordi tra coniugi senza prole da tutelare, compie una mera verifica di regolarità: una sorta di *exequatur*, e quindi di suggello solo formale, di cui si fatica a comprendere il reale significato.

con la conseguenza ai coniugi è richiesto lo sforzo economico relativo al compenso di ben due professionisti, circostanza che determina asimmetrie difficilmente intelleggibili con i corrispondenti meccanismi giudiziali e tratti di incoerenza con l'ulteriore procedura alternativa introdotta⁷.

Inaspettatamente, il legislatore in sede di conversione in legge ha esteso l'accesso a tale strumento negoziale anche ai coniugi con figli minori, maggiorenni incapaci, non economicamente autosufficienti o portatori di handicap grave, la cui presenza incide ora esclusivamente sull'*iter* da seguire e sulla tipologia di controlli ai quali l'accordo sarà sottoposto. In mancanza di tali soggetti deboli, il controllo del Procuratore della Repubblica sarà meramente formale, dovendo riguardare esclusivamente la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per la separazione personale, lo scioglimento del matrimonio, la cessazione degli effetti civili oppure per la modifica delle relative condizioni, il rispetto dei requisiti formali richiesti e la presenza degli avvertimenti di cui all'art. 6, terzo comma⁸. Svolta tale verifica senza ravvisare irregolarità, il Procuratore della Repubblica comunicherà il nulla osta al fine di consentire agli avvocati di provvedere agli adempimenti di cui all'art. 3. Più complessa è invece la procedura da seguire se sussistono figli in condizione di debolezza, poiché il P.M. sarà chiamato a svolgere un controllo assai più stringente, di tipo contenutistico che, tuttavia, si baserà esclusivamente sull'analisi delle singole clausole dell'accordo e della documentazione eventualmente richiesta ai coniugi, contingenza che fa sorgere più di un dubbio circa la compatibilità di tale previsione con il diritto del minore a essere ascoltato.

La più pregnante attività di controllo richiesta in tale ambito è strettamente connessa con la rilevanza degli interessi in gioco, che non sono disponibili per i coniugi, con la conseguenza che il Procuratore della Repubblica dovrà verificare l'effettivo rispetto delle situazioni soggettive coinvolte. I poteri demandati a tale soggetto sono tuttavia limitati, poiché le opzioni delle quali dispone sono autorizzare l'accordo, stimato conforme ai sopra menzionati interessi, oppure trasmetterlo entro cinque giorni al Presidente del Tribunale, che, in tal caso, dovrà fissare entro i successivi trenta giorni la comparizione delle parti e provvedere senza ritardo.

⁷ La scelta effettuata dal legislatore è senz'altro peculiare se si considera che la presenza di un solo avvocato per entrambi i coniugi è elemento sufficiente nelle procedure consensuali giudiziali. Al contempo, è peculiare prevedere l'obbligo di due professionisti in relazione al meccanismo dell'art. 6, quanto poi i coniugi possono accedere allo strumento regolato dall'art. 12 anche senza l'assistenza di un avvocato e senza la necessità di sottoporre l'accordo a controlli da parte della Procura della Repubblica. Critica la scelta di prevedere la necessaria assistenza di due avvocati SIMONA CAPORUSSO, "Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio", in *Rivista di diritto civile*, Padova, Cedam, 2015, f. 3, p. 715 ss.

⁸ Nell'accordo si deve dare atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare. Inoltre, deve darsi atto che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per i figli di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

La laconica formulazione della disposizione normativa è foriera d'incertezze concernenti l'individuazione del corretto percorso processuale e la determinazione dei poteri riconosciuti in capo al Presidente del Tribunale⁹. Quanto al primo aspetto, due sono le alternative di fondo, in quanto – da un lato – vi è chi vorrebbe colmare il vuoto normativo applicando la disciplina prevista per le corrispondenti vie giudiziali¹⁰; dall'altro, vi è chi sostiene che si debba dar luogo invece a una procedura nuova e in parte atipica, che si svolge nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio ed è ascrivibile ai procedimenti di volontaria giurisdizione¹¹, soluzione che pare maggiormente rispettosa del principio della domanda che regola il processo civile e della volontà dei coniugi¹².

Sul rapporto in essere tra i poteri riconosciuti ai due organi coinvolti, i primi interventi giurisprudenziali sul punto hanno negato al Presidente del Tribunale la possibilità di discostarsi dal giudizio del P.M.¹³, circostanza certo singolare se si considera che il parere espresso da quest'ultimo, pur obbligatorio, non è vincolante; e che, inoltre, differenti sono gli elementi sulla base dei quali tali soggetti esprimono la loro valutazione: basti considerare che, a tacer d'altro, il Presidente del Tribunale può interloquire direttamente con le parti e con i soggetti coinvolti, contingenza che conferisce allo stesso una visione più completa rispetto a quella del Procuratore della Repubblica¹⁴. Alla luce di questi rilievi, deve riconoscersi in capo al Presidente del Tribunale la facoltà di autorizzare, pur in mancanza di modifiche, gli accordi nei confronti dei quali il parere fornito era stato negativo¹⁵.

Terminato positivamente il sopraccitato *iter* e, dunque, ottenuti il nullaosta o l'autorizzazione, l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia dallo stesso

⁹ V. TRIBUNALE DI TORINO, 15 gennaio 2015, in *Famiglia e diritto*, Milanofiori Assago (Mi), Ipsoa, 2015, p. 390. *Contra*, FERRUCCIO TOMMASEO, "Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali e tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali", in *Famiglia e diritto*, 2015, Milanofiori Assago (Mi), Ipsoa, p. 394 s., rileva che, in realtà, tutto lascerebbe pensare che le parti abbiano la facoltà, ma non anche l'onere di instaurare un giudizio ordinario e che ben possano all'udienza, prevista dal testo normativo, chiedere l'approvazione da parte del Presidente del Tribunale delle clausole dell'accordo riguardanti i minori anche indipendentemente da ogni modifica.

¹⁰ Al riguardo, GIULIA GABASSI, "Separazione e divorzio semplificati o complicati? Prime note agli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modifiche, in L. 10 novembre 2014, n. 162", in *Studium iuris*, Padova, Cedam, 2015, p. 140, sostiene che debba trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 158, secondo comma, c.c. per colmare tale vuoto. Nei medesimi termini v. FRANCESCO PAOLO LUIISO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di Luiso, Torino, Giappichelli, 2014, p. 39.

¹¹ Nei seguenti termini v.: TRIBUNALE DI TORINO, 20 aprile 2015, in *www.iusexplorer.it*; TRIBUNALE DI TERMINI IMERESE, 16 marzo 2015, in *www.iusexplorer.it*.

¹² Nei predetti termini v. FERRUCCIO TOMMASEO, "La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali", in *Famiglia e diritto*, Milanofiori Assago (Mi), Ipsoa, 2015, p. 161.

¹³ TRIBUNALE DI TORINO, 15 gennaio 2015, cit., p. 390 s.

¹⁴ *Contra*, contesta tale soluzione affermando che ciò implicherebbe il riconoscimento in capo al Presidente di un potere che in sede giudiziale spetta esclusivamente al Collegio MICHELE ANGELO LUPOI, *Il nuovo assetto procedimentale della separazione facile e del divorzio breve*, in *Le nuove discipline della separazione e del divorzio*, a cura di PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, Santarcangelo di Romagna (RM), Maggioli Editore, 2015, p. 23.

¹⁵ V. TRIBUNALE DI TORINO, 20 aprile 2015, in *www.iusexplorer.it*; TRIBUNALE DI TERMINI IMERESE, 16 marzo 2015, in *www.iusexplorer.it*.

autenticata dell'accordo, munito delle certificazioni di cui all'articolo 5, salvo incorrere in una sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.000,00 a € 10.000,00 *ex art.* 6, terzo comma, per la cui irrogazione è competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dal regolamento di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396¹⁶.

Quanto, infine, al contenuto dell'accordo raggiunto a seguito di una convenzione di negoziazione assistita, urge evidenziare che non diverge in ampiezza da quello dei corrispondenti meccanismi giudiziali, essendo potenzialmente destinato a regolare l'intero assetto d'interessi, personali e patrimoniali, strettamente connessi alla crisi familiare: al riguardo basti pensare che in tale sede è possibile persino porre in essere accordi traslativi di diritti reali, pur con il rispetto delle formalità dell'art. 5, terzo comma.

2.2. La separazione, il divorzio e la modifica delle relative condizioni innanzi all'ufficiale dello stato civile.

Nella sola ipotesi in cui non vi siano figli minori oppure figli maggiorenni portatori di handicap grave o incapaci o economicamente non indipendenti, le parti possono scegliere di avvalersi della diversa procedura di cui all'art. 12 del decreto legge, convertito in legge, che consente di arrivare alla separazione personale, al divorzio, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio oppure alla modifica delle relative condizioni con la semplice manifestazione di volontà, esternata innanzi al Sindaco, quale ufficiale di stato civile¹⁷.

Competente a ricevere tali dichiarazioni sarà l'ufficio dello stato civile del Comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, nonché il Comune di residenza di uno dei coniugi.

A seguito delle modifiche intercorse in sede di conversione, nei soli casi di separazione personale e divorzio, l'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. Laddove i coniugi non dovessero comparire decorso tale termine di riflessione, l'atto non s'intenderebbe confermato.

¹⁶ Si reputa sufficiente che uno solo dei professionisti vi provveda (v. GIULIA GABASSI, "Separazione e divorzio semplificati o complicati? Prime note agli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modifiche, in L. 10 novembre 2014, n. 162", cit., p. 142), con l'accortezza di specificare nell'accordo stesso, onde evitare inconvenienti e incomprensioni, il soggetto che s'impegna in tal senso. Tale soluzione è stata confermata – da ultimo e con un netto mutamento di opinione – dal Ministero dell'Interno che ha precisato, all'interno della circolare del 24.04.2015, n.6, che alla trasmissione è sufficiente che provveda uno soltanto degli avvocati che ha assistito uno dei coniugi e autenticato la sottoscrizione.

¹⁷ Nella circolare ministeriale del 24 aprile 2015, n. 6, il Ministero dell'Interno afferma che ostativa all'esperimento di tale meccanismo è esclusivamente la presenza di figli minori, figli maggiorenni incapaci, portatori di handicap grave o non economicamente indipendenti che siano comuni di entrambi i coniugi, con la conseguenza che non è ostativa la presenza di uno di tali soggetti che sia figlio di uno dei coniugi soltanto.

Nonostante taluni abbiano sollevato dei dubbi sull'efficacia deflattiva di tale previsione, la circostanza che i coniugi possano accedervi anche senza l'assistenza di un avvocato, che è in tale sede meramente facoltativa, determina un evidente "risparmio" in termini economici, capace di attrarre i coniugi, ignari dei pericoli ai quali si espongono senza il supporto di un'adeguata assistenza legale.

Vale la pena di segnalare che senz'altro peculiare e asimmetrico appare il sistema di controlli predisposto dal legislatore che – da un lato – consente ai coniugi di ricorrere a tale meccanismo, senza l'assistenza di un professionista, demandando poi il compito di verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge all'ufficiale dello stato civile; dall'altro – per quanto attiene allo strumento negoziale disciplinato dall'art. 6 – richiede che l'accordo raggiunto con l'assistenza di avvocati, che assumono specifiche responsabilità al riguardo, anche senza figli in condizione di debolezza, debba essere comunque preventivamente sottoposto al vaglio formale del Procuratore della Repubblica.

A fronte dell'estrema agilità della procedura prevista dall'art. 12, il legislatore ha tuttavia previsto limiti quanto ai soggetti che vi possono accedere, riservando tale meccanismo ai coniugi senza figli in condizione di peculiare debolezza. Inoltre, più circoscritto rispetto a quanto previsto riguardo alla via negoziale di cui all'art. 6, è, altresì, il possibile contenuto dell'accordo raggiunto in tale sede, che non può contenere patti di trasferimento patrimoniale, circostanza che incide, limitandola, sull'autonomia riconosciuta ai coniugi quanto alle clausole che possono essere apposte.

Nonostante la formulazione non paia particolarmente sibillina, sin da subito si sono formati contrapposti orientamenti sull'interpretazione di tale inciso: il primo dei quali interpreta la disposizione normativa in maniera estensiva, escludendo qualsivoglia previsione di natura economica, persino un contributo al mantenimento¹⁸; viceversa, il secondo orientamento, più restrittivo, ma certamente preferibile se si analizza la *ratio* di tale previsione, esclude unicamente i trasferimenti di diritti reali. Tale ultima soluzione pare aderente con la scelta del legislatore di impiegare l'espressione letterale "trasferimenti", la quale induce a pensare che

¹⁸ Questo era l'orientamento abbracciato nella prima delle due circolari ministeriali intervenute sul punto, la n. 19 del 28.11.2014, in base alla quale: *"Per quanto concerne, altresì, l'esclusione dei «patti di trasferimento patrimoniale», si richiama l'attenzione sulla ratio della previsione, evidentemente volta ad escludere qualunque valutazione di natura economica o finanziaria nella redazione dell'atto di competenza dell'ufficiale dello stato civile. In assenza di specifiche indicazioni normative, va pertanto esclusa dall'accordo davanti all'ufficiale qualunque clausola avente carattere dispositivo sul piano patrimoniale, come - ad esempio - l'uso della casa coniugale, l'assegno di mantenimento, ovvero qualunque altra utilità economica tra coniugi dichiaranti. Esclude la possibilità di pattuire in tale sede qualsiasi forma di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, ivi compresa la possibilità di prevedere la corresponsione di assegni di mantenimento, anche MARIA NOVELLA BUGETTI, "Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco", in *Corriere giuridico*, 2015, Milanofiori Assago (Mi), Ipsoa, p. 215.*

siano vietati solamente quei patti aventi efficacia traslativa immediata e dunque le pattuizioni aventi a oggetto il trasferimento di diritti reali su immobili o quant'altro¹⁹.

3. La situazione spagnola: il c.d. *divorcio notarial*.

L'autonomia privata circa il *quomodo*, ovvero circa le modalità con le quali porre fine all'unione matrimoniale, ha trovato recentemente una significativa espansione anche all'interno dell'ordinamento spagnolo, in virtù della riforma sulla volontaria giurisdizione, che ha completato un quadro di significativi interventi concernenti la crisi della famiglia e il delicato momento della dissoluzione dell'unione.

Già l'introduzione della legge del 10 luglio 2005, n. 15, aveva determinato un apprezzabile ripensamento della funzione stessa della separazione personale e del divorzio, intesi ora come "rimedi", che non postulano necessariamente l'esistenza di un coniuge colpevole²⁰, bensì la mera perdita di un significato della vita coniugale²¹. Peraltro, a seguito del 2005, l'istituto della separazione personale, pur mantenuto in vita, non rappresenta più un prerequisito per il divorzio, bensì una figura autonoma e indipendente rispetto a quest'ultimo²²: ne deriva che – a differenza di quanto ancora oggi si verifica in Italia – nel caso in cui i coniugi lo valutino

¹⁹ In tal senso v. FILIPPO DANOVI, "I nuovi modelli di separazione e divorzio: un'intricata pluralità di protagonisti", cit., p. 1149. Così anche SIMONA CAPORUSSO, "Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio", cit., p. 725. Tale soluzione è stata in seguito sposata anche dal Ministero dell'Interno, che ha mutato il proprio orientamento precisando, nella successiva circolare del 24 aprile 2015, n. 6, che l'espressione patti di trasferimento patrimoniale si deve intendere esclusivamente riferita agli accordi produttivi di effetti traslativi di diritti reali.

²⁰ V. CECILIA MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Divorcio y protección jurídica de la familia: fórmulas de conciliación*, in *Los conflictos actuales en el derecho de la familia*, diretto da VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Pamplona, 2013, p. 98 s.

²¹ A seguito della riforma del 2005 si è verificata un'equiparazione tra la libertà di sposarsi e quella di sciogliere il vincolo matrimoniale. Tale circostanza ha portato taluni a parlare di "desacralizzazione" del matrimonio e di riconduzione della relazione coniugale ai parametri dei contratti. Si vedano, tra i tanti: JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ, "Reformas del Código civil al servicio de una empresa ideológica", in *Actualidad jurídica Aranzadi*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, n. 655; LEONOR AGUILAR RUIZ e CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", in *Revista Jurídica del Notariado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, n. 57, p. 35 ss. Nei medesimi termini anche FRANCISCO JAVIER PASTOR VITA, "Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código civil, en materia de Separación y divorcio", in *Revista de derecho de familia*, Lex nova, Pamplona, 2005, n. 28, p. 33, che evidenzia come il matrimonio sia un contratto speciale, *sui generis*: come per gli altri contratti, le parti sono libere di porre fine al vincolo mediante un mutuo dissenso o una semplice dichiarazione unilaterale di volontà.

²² Evidenzia come a seguito della riforma la separazione sia destinata a diventare un'ipotesi residuale FRANCISCO JAVIER PASTOR VITA, "Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código civil, en materia de Separación y divorcio", cit., p. 31 s. Rilevano come la riforma abbia privato di rilevanza la separazione: VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, "Comentarios del nuevo artículo 81 del Código civil", in *Comentarios a la reforma de separación y el divorcio*, diretto da VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, 2005, Lex nova, Valladolid, p. 39 ss.; ALFREDO FERRANTE, *Reflexiones sobre el proyecto de ley de 29 de noviembre de 2004 en materia de separación y divorcio*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, a cura di CARLOS LASARTE, UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, p. 293. Segnala come tale istituto abbia visto mutare la propria funzione, tra i tanti: CÉSAR HORNERO MÉNDEZ, *El nuevo divorcio: entre la libertad y la responsabilidad*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, cit., p. 296. Sul punto ENCARNA ROCA TRÍAS, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*, *Fundación Coloquio jurídico Europeo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p.71 ss., evidenzia come la riforma consacrì la maggiore importanza della libertà, con la conseguente deinstitutionalizzazione del matrimonio.

opportuno, possono scegliere di divorziare senza prima separarsi²³, una volta trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio²⁴.

Nel quadro ora delineato, s’inserisce la riforma della volontaria giurisdizione che intende agevolare ulteriormente – in termini di riduzione dei tempi e dei costi per i singoli – la scelta di separarsi oppure di divorziare, giacché contente di ottenere il medesimo risultato che si avrebbe instaurando un giudizio mediante un accordo davanti al notaio oppure al cancelliere²⁵. Secondo quanto anticipato, non si tratta di una novità assoluta, giacché il divorzio notarile è stato introdotto nel 1994 a Cuba, il primo paese che ha consentito tale possibilità, per poi espandersi in seguito in altri paesi latinoamericani come l’Ecuador, la Colombia, il Perù e il Brasile; nonché in taluni stati africani (Marocco)²⁶.

L’esigenza di sottoporre l’atto a un controllo pubblico, così come avviene per la celebrazione del matrimonio, trova le sue radici in ragioni di legalità e sicurezza giuridica, particolarmente sentite, essendo le questioni coinvolte attinenti allo stato della persona e involgenti diritti indisponibili²⁷.

Trascorsi tre mesi dalla celebrazione del matrimonio, i coniugi potranno formalizzare un accordo alla presenza di un notaio²⁸ oppure di un cancelliere, che dovrà contenere non solo la manifestazione di volontà di separarsi oppure di divorziare – secondo quanto previsto dal riformato testo degli artt. 82 e 87 Codice Civil –, ma, altresì, regolare gli aspetti personali e patrimoniali conseguenti nei termini di cui all’art. 90 Codice Civil.

²³ Per una breve analisi dell’evoluzione del divorzio all’interno dell’ordinamento spagnolo v. FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ, *Una visión del la evolución del divorzio en españa desde 1870*, in *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, a cura di CARLOS LASARTE, UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, p. 303 ss.

²⁴ Peraltro, non sarà richiesto il decorso di tale lasso di tempo nelle ipotesi in cui venga comprovata da parte del coniuge che propone la domanda l’esistenza di un rischio per la vita, l’integrità fisica, la libertà, l’integrità morale o la libertà e integrità sessuale dello stesso o dei figli di entrambi o di qualsiasi componente della famiglia (art. 81, secondo comma, *Código civil*). A seguito della riforma del 2005 verrebbe a crearsi un vero e proprio diritto potestativo dei coniugi di separarsi o divorziare secondo ALFREDO FERRANTE, *Reflexiones sobre el proyecto de ley de 29 de noviembre de 2004 en materia de separación y divorcio*, cit., p. 289.

²⁵ Favorevole all’introduzione del divorzio notarile è GUILLERMO CERDERIRA BRAVO DE MANSILLA, “¿ Matrimonios y divorcios ante notario?”, in *El notario del siglo XXI*, Colegio de Notarial de Madrid, Madrid, 2013, n. 48, p. 44 ss. Del medesimo avviso IGNACIO GOMÁ LANZÓN, “Notarios, matrimonios y jurisdicción voluntaria”, in *El notario del siglo XXI*, Colegio de Notarial de Madrid, Madrid, 2012, n. 42, p. 72 ss. Così anche PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “El divorcio ante notario”, in *El notario del siglo XXI*, Colegio de Notarial de Madrid, Madrid, 2012, n. 42, p. 76 ss., il quale reputa preferibile, considerando il carico di lavoro della giustizia, consentire ai giudici di concentrarsi su quelle controversie che veramente presentano una situazione conflittuale. Così anche ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, “Viabilidad del divorcio de mutuo acuerdo ante notario”, in *El notario del siglo XXI*, Colegio de Notarial de Madrid, Madrid, 2012, n. 42, p. 80 ss. Più in generale sul divorzio notarile v., tra i tanti, JULIA BAUTISTA LÓPEZ, “El divorcio ante notario”, in *Actualidad jurídica Aranzadi*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, n. 837, 2012, p. 6.

²⁶ Per un approfondimento sulle diverse modalità di divorzio previste nei diversi paesi dell’america latina si veda ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones, I: África del norte y América latina*, Barcelona, Atelier, 2006, *passim*.

²⁷ Di tale avviso GUILLERMO CERDERIRA BRAVO DE MANSILLA, “Separaciones y divorcio por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria: su elogio, no extendido de crítica”, in *Revista de derecho privado*, Editorial Reus, Madrid, 2014, n. 2, p. 104.

²⁸ Quanto al notaio competente a ricevere l’atto, i coniugi potranno rivolgersi a quello dell’ultimo domicilio comune, oppure a quello del luogo nel quale almeno uno dei due ha la residenza (art. 54 legge del notariato).

Secondo quanto previsto poi dal riformato art. 82, secondo comma, Codice Civile, nonché dall'art. 54, secondo comma, della legge notarile, i coniugi dovranno presentarsi personalmente davanti al notaio oppure davanti al cancelliere, assistiti però da un avvocato, esercente la professione forense, contingenza che fa discutere, anche in questo caso, circa l'idoneità dello strumento a consentire un'effettiva riduzione dei costi economici sottesi alla dissoluzione dell'unione coniugale²⁹.

Quanto al ruolo svolto dai soggetti che ricevono la manifestazione di volontà dei coniugi, secondo quanto stabilito dall'art. 90, secondo comma, Codice Civile, così come modificato dalla citata riforma, il notaio o il cancelliere quando ritengono che, a loro giudizio, i termini dell'accordo potrebbero essere dannosi o gravemente pregiudizievoli per uno dei coniugi o per i figli maggiorenni o minori emancipati, non indipendenti economicamente e conviventi, avvertono i richiedenti e danno per terminato l'espedito. Ne deriva che, ai coniugi non rimarrà altra via che rivolgersi al Giudice per l'approvazione della proposta riguardante l'accordo teso a regolare la crisi coniugale. Peculiare è dunque il ruolo riconosciuto a tali soggetti, che non si limitano a svolgere una mera funzione certificatoria, potendo finanche spingersi a valutare l'opportunità del contenuto dell'atto ed, eventualmente, a rifiutarsi di riceverlo.

Quanto all'ambito di operatività della procedura alternativa, preme sottolineare che questa opzione è riservata alle coppie senza figli minori oppure incapaci³⁰, la cui presenza rende imprescindibile il ricorso agli strumenti giurisdizionali. Il legislatore spagnolo – a differenza di quello italiano – ha scelto dunque, apprezzabilmente, di privilegiare la tutela degli interessi indisponibili dei figli in condizione di peculiare debolezza, che reclama le garanzie proprie del processo, rispetto all'esigenza di snellire il carico di lavoro della giustizia. Al contempo, il meccanismo spagnolo si palesa peculiare anche sotto il versante della necessaria partecipazione all'accordo dei figli maggiorenni e di quelli minori emancipati, conviventi e non economicamente indipendenti, che devono manifestare la loro volontà a proposito delle pattuizioni che li riguardano.

²⁹ Contesta la scelta di affiancare un avvocato in tale procedura, aumentandone i costi, sulla base dell'assunto per il quale non essendo necessario un avvocato per contrarre matrimonio, non dovrebbe essere necessario neppure per divorziare GUILLERMO CERDERIRA BRAVO DE MANSILLA, "¿Matrimonios y divorcios ante notario?", cit., p. 46 s.; J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, "La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España", in *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, 2012, p. 3351 ss.

³⁰ Contesta tale scelta GUILLERMO CERDERIRA BRAVO DE MANSILLA, "Separaciones y divorcio por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria: su elogio, no extendo de crítica", cit., p. 115, evidenziando che l'interesse degli stessi sarebbe adeguatamente tutelato dalla presenza del notaio ed, eventualmente, dall'intervento del Pubblico Ministero.

La soluzione adottata dal legislatore spagnolo – pregevole considerando che, in questo caso, tali soggetti, capaci di agire, sono i più qualificati e adatti a valutare la corrispondenza delle pattuizioni ai propri interessi – è antitetica rispetto a quella operata da quello italiano che, da un lato, esclude la possibilità di accedere al meccanismo di cui all’art. 12 alle coppie con figli maggiorenni, non economicamente indipendenti; dall’altro, quanto alla negoziazione assistita da avvocati di cui all’art. 6, si limita a prevedere che, nel caso in cui i coniugi abbiano figli maggiorenni non economicamente indipendenti, l’accordo debba essere sottoposto al vaglio del P.M.

Al riguardo, la mancanza di un’esplicita previsione atta a legittimare la partecipazione del figlio maggiorenne, non economicamente indipendente, all’attività di negoziazione ha spinto la giurisprudenza a ritenere ciò incompatibile con il meccanismo³¹. Nondimeno, tale assunto conduce al paradosso per il quale il P.M. dovrebbe svolgere sull’accordo un controllo anche contenutistico di non contrarietà all’interesse del figlio, mentre a quest’ultimo, pur capace di agire e di prendersi cura dei propri interessi, non sarebbe riconosciuta alcuna voce in capitolo, circostanza che – innegabilmente – mortificherebbe le prerogative di tale soggetto, equiparandolo in tutto e per tutto a un minore di età oppure a un incapace. Ciò non bastasse, tale orientamento giurisprudenziale, che si pone in aperto contrasto anche con il disposto di cui all’art. 337 *septies* c.c., crea un’asimmetria rispetto ai corrispondenti meccanismi giudiziali nei confronti dei quali ormai si ammette pacificamente l’intervento dei figli maggiorenni non economicamente indipendenti³².

4. Conclusioni.

Di là dalle singole criticità che caratterizzano i meccanismi presi in considerazione, innegabilmente, l’esplicazione dell’autonomia privata nel delicato settore della disgregazione del matrimonio ha recentemente trovato un riconoscimento importante all’interno dei due ordinamenti presi in considerazione, che vedono il *quomodo* riguardante la fine dell’unione non più come un percorso obbligato nel quale i coniugi si limitano a scegliere se procedere in questo cammino insieme oppure con un atteggiamento bellicoso³³, bensì come un vasto panorama di “alternative”.

³¹ V. TRIBUNALE DI TORINO, decreto 20 aprile 2015, in *Famiglia e diritto*, Milanofiori Assago (MI), Ipsoa, 2015, p. 893 ss.

³² Di tale avviso FERRUCCIO TOMMASEO, “Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne ancora non autonomo”, in *Famiglia e diritto*, 2015, Milanofiori Assago (MI), Ipsoa, p. 898 s.

³³ Per ripercorrere l’evoluzione dell’autonomia privata in ambito familiare, v, tra i tanti, FRANCESCO SANTORO PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Esi, 1961, *passim*; SUMNER MAINE, *Dallo*

Tali procedimenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie familiari sono relativamente “giovani”, con la conseguenza che servirà tempo per comprendere l’effettiva idoneità degli stessi a consentire il raggiungimento degli obiettivi prefissati (la riduzione della durata dei processi e dei costi per i coniugi). Nello specifico, sin da subito occorre rilevare che non è detto che tali mezzi ridurranno la litigiosità successiva, legata all’inattuazione del rapporto³⁴. A ogni modo, il dato epocale – urge evidenziarlo – è senz’altro l’intervenuto superamento dell’adagio per il quale per incidere sullo *status* coniugale sarebbe necessario un provvedimento giudiziale³⁵, circostanza che integra un ulteriore traguardo nel processo di privatizzazione del diritto di famiglia³⁶.

“status” *al contratto*, in *Il diritto privato nella società contemporanea*, a cura di STEFANO RODOTÀ, Bologna, il Mulino, 1971, p. 211 ss.; GIACOMO OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*; PASQUALE STANZIONE e GABRIELLA AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di FRANCESCO RUSCELLO, Padova, Cedam, 2006, p. 17 ss.; EMILIO LUCCHINI GUASTALLA, “Autonomia privata e diritto di famiglia”, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 77 ss.

³⁴ Per chiarire tale aspetto sarebbe essenziale comprendere il ruolo svolto dai notai: secondo quanto evidenziato da CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Divorcio notarial y convenio regulador: examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución a los mismos*, cit., p. 12, per scongiurare l’inattuazione successiva dell’accordo è essenziale che il notaio non si limiti a protocollare l’accordo ricevuto, ma che svolga una funzione di informazione, di verifica dell’insussistenza di vizi del consenso o stati di incapacità, verificare che gli sposi comprendano il senso delle pattuizioni che vanno ponendo in essere.

³⁵ Evidenzia tale aspetto anche MARIA NOVELLA BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 12 ss.

³⁶ Critica tale affermazione se riferita al *divorcio notarial* in ragione della necessaria presenza di un notaio o di un cancelliere JESUS ALBERT MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, “La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España”, cit., p. 3381.