



MARIO PIO CALOGERO*

NEGOZIAZIONE ASSISTITA FAMILIARE: L'INARRESTABILE PROCESSO DI PRIVATIZZAZIONE DEL RAPPORTO TRA I CONIUGI A SCAPITO DELLA TUTELA DEL DIRITTO DI ASCOLTO DEI MINORI (CONVENZIONE DI NEW YORK DEL 1989 E CONVENZIONE DI STRASBURGO DEL 1996) Appunti per una ricerca.

SOMMARIO: 1. La questione. - 2. Alcuni essenziali ragguagli normativi. - 3. *Segue*: Le due procedure attraverso le quali l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita può produrre gli effetti previsti dall'art. 6, co. 3, d.l. n. 132/2014. - 4. Una possibile chiave di lettura. L'assenza di qualsiasi riferimento al diritto di ascolto dei figli minori, con particolare riferimento alla Convenzione di New York del 1989 ed alla Convenzione di Strasburgo del 1996. - 5. I poteri del Procuratore della Repubblica. - 6. *Segue*: I poteri del Presidente del Tribunale. - 7. Breve postilla conclusiva.

1. La questione

Il provvedimento del Presidente della prima sezione del Tribunale di Roma¹ affronta, tra l'altro², il controverso problema dei poteri spettanti al Presidente del Tribunale (d'ora

* Professore ordinario di Diritto privato, Università di Messina.

¹ Il saggio prende spunto dal principio di diritto enucleato dal Tribunale civile Roma, Sez. I, 2.5.2017 – Decreto - Pres. Est. Mangano – C.F. – G.A.M., che può essere così sintetizzato: “Nella negoziazione assistita ex art. 6, d.l. 12.9.2014, n. 132, con mod. nella l. 12.9.2014, n. 132, le conclusioni del Pubblico Ministero non sono vincolanti per il Presidente del Tribunale, il quale potrà tanto assentire tanto dissociarsi tanto modulare le condizioni concordate, sollecitando parziali modifiche o integrazioni dell'accordo stesso. La comparizione delle parti appare finalizzata a verificare, anche alla luce degli elementi di fatto che i coniugi espongono con l'assistenza dei difensori, il fondamento del rifiuto del PM. L'intervento del Presidente del Tribunale rappresenta un limite all'accordo delle parti; tuttavia, tale limite si esercita pur sempre all'interno della procedura, assolvendo ad un ruolo conservativo dell'accordo stesso. Rimane prerogativa esclusiva delle parti la scelta di permanere nell'ambito della negoziazione assistita ovvero di rivolgersi alla tutela giurisdizionale per perseguire quegli interessi che con l'accordo negoziato non si ritiene possibile raggiungere. Pertanto, la previsione dell'intervento presidenziale non mira a traghettare le parti verso una soluzione giurisdizionale del conflitto, bensì, al contrario, adempie ad una funzione conservativa dell'accordo stesso, rimanendo all'interno della procedura di negoziazione assistita. Ciò è peraltro coerente con il disegno complessivo della legge che delinea un sistema di definizione delle

innanzi, P. d.T.) in caso di mancata autorizzazione da parte del Procuratore della Repubblica (d'ora innanzi, P. d.R.) dell'accordo raggiunto dai coniugi in sede di negoziazione assistita *ex art* 6, d.l. 12.9.2014, n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10.11.2014, n. 162, (d'ora innanzi, art. 6 cit.) per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio, in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 5.2.1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti. Il provvedimento, argomentato molto limpidamente, offre lo spunto per una valutazione delle numerose interpretazioni di uno degli aspetti più lacunosi della disciplina della negoziazione assistita in materia familiare proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, oltre che l'occasione

controversie alternativo alla giurisdizione ordinaria, con caratteristiche originali che introducono un innovativo elemento di rottura nella disciplina di rilievo pubblicistico della crisi familiare".

² Il medesimo provvedimento si segnala altresì, per il tentativo, fino al momento trascurato dalla giurisprudenza ma anche dalla dottrina, di avviare una lettura sistematica dei nuovi compiti attribuiti ad alcuni organi giudiziari (in particolare al P. d.R. ed al P. d.T.) a seguito della introduzione da parte del legislatore di istituti finalizzati a rendere più celere ed efficiente l'amministrazione della giustizia civile, e che risultano caratterizzati, tra l'altro, dal riconoscimento di un ruolo crescente all'autonomia privata nella soluzione dei conflitti e, corrispondentemente dalla "sottrazione all'apparato giurisdizionale di attività non giurisdizionalmente necessarie" (così F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 650 – l'espressione è il titolo del § 2 della Parte I del saggio). Anche se la questione non è oggetto del presente lavoro, non è inutile ricordare che, quanto al profilo appena segnalato, il giudice romano, al fine di identificare i compiti assegnati al P. d.T. nella vicenda che ci occupa richiama, in particolare, il ruolo svolto dallo stesso organo in sede di esecuzione dell'accordo raggiunto nell'ambito della mediazione *ex art.* 12, d.lgs. 4.3.2010, n. 28. Come è noto, ai sensi di tale disposizione, fuori dai casi in cui gli avvocati delle parti coinvolte nella negoziazione attestino e certifichino la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, l'accordo allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del P. d.T., previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico.

Il richiamo serve, correttamente, a segnalare la diversità tra poteri attribuiti al P. d.T. nell'ambito della procedura di mediazione in relazione all'esecuzione dell'accordo ivi raggiunto tra le parti e quelli, invece, attribuiti allo stesso giudice nell'ambito della negoziazione assistita, in ordine alla valutazione dell'accordo tra i coniugi, a seguito della trasmissione dell'accordo stesso da parte del P. d.R. Ed invero, in primo luogo, nonostante l'intervento del P. d.T. sia meramente eventuale in entrambi i casi, nel primo tale intervento può avvenire solo su richiesta di parte; nel secondo, invece, stando alla lettera della legge, solo su impulso del P. d.R. Inoltre, mentre in materia di mediazione il P. d.T. è chiamato ad effettuare una mera omologazione, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, dunque un controllo prevalentemente (se non esclusivamente) formale del relativo accordo; nell'ambito della procedura che si apre a seguito del diniego del P. d.R. di autorizzare l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita lo stesso P. d.T., invece, è chiamato a svolgere una attività che non può non attenersi al merito dell'accordo, trattandosi di verificare se esso risponda o meno all'interesse della prole.

Da questo punto di vista, l'attività svolta dal P. d.T. *ex art.* 12, d.lgs. n. 28/2010, per alcuni aspetti, sembra più prossima a quella svolta dal P. d.R. *ex art.* 6, d.l. n. 132/2014 ai fini della concessione del nullaosta all'accordo raggiunto tra i coniugi, in mancanza della prole bisognevole di speciale protezione, piuttosto che a quella cui è chiamato lo stesso P. d.T. ai sensi della medesima disposizione ove l'accordo tra i coniugi, in presenza di tale prole, non sia stato autorizzato dal P. d.R. Ed invero, ai fini della concessione del nullaosta all'accordo dei coniugi senza figli bisognevoli di particolare protezione, il P. d.R. deve svolgere un controllo meramente formale, limitandosi a rilevare l'assenza di mere "irregolarità". Anche se, giova evidenziarlo, è stato posto in dubbio che il P. d.R. al fine di concedere il prescritto nullaosta, nell'ambito della negoziazione assistita, sia tenuto a verificare la non contrarietà dell'accordo all'ordine pubblico o a norme imperative, tale compito essendo espressamente affidato in via generale agli avvocati che assistono le parti (art. 5, d.l. n. 132/2014) (così E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. It.*, 2015, p. 1283).

per interrogarsi sulla mancata previsione del diritto di ascolto dei minori, previsto originariamente da alcune fonti sovranazionali e già recepito dal nostro ordinamento in numerosi ambiti.

2. *Alcuni essenziali ragguagli normativi.*

La *Procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*³ è disciplinata nel Capo II, artt. 2-11, del d.l. n. 132/2014, cit., recante *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*. L'istituto, unitamente alla procedura di *Trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria* (capo I, art. 1, d.l., cit.) ed alla procedura di *Separazione personale, 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* (capo III, art. 12, d.l., cit.) rientra tra le misure per indicare le quali il legislatore ha utilizzato un neologismo, non accolto con favore da molti, ma, tutto sommato, abbastanza efficace: degiurisdizionalizzazione. Ed invero, da un punto di vista generale, si tratta di procedimenti che, di fronte alla cronica incapacità dell'autorità giudiziaria di rispondere in tempi ragionevoli alle domande di giustizia provenienti da numerosissimi cittadini (e non solo), mirano ad incoraggiare gli stessi, se così è consentito esprimersi, a "fuggire" dal processo civile, avvalendosi di procedure per la composizione delle liti che, appunto, si svolgono fuori dal processo o, comunque, come avviene nella fattispecie oggetto di queste riflessioni, con una limitata partecipazione della autorità giudiziaria. Tali procedure, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero consentire alle parti di risolvere i propri contrasti o liti in tempi brevi. E' stato, però, sollevato più di un dubbio circa l'effettiva idoneità della divisata degiurisdizionalizzazione (nonché delle altre disposizioni contenute nel d.l. n. 132/2014 specificamente dedicate alla definizione dell'arretrato in materia di processo civile) a realizzare gli obiettivi perseguiti⁴.

Fermo quanto precede, il Capo II del d.l., cit., si apre con una disposizione, l'art. 2, che al co. 1 definisce in via generale la convenzione di negoziazione assistita quale "accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'art. 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96". I successivi commi dello stesso articolo, poi, stabiliscono i requisiti formali, i termini e le modalità di redazione della stessa

³ Sull'argomento esiste, ormai, una vasta bibliografia, facilmente reperibile. Ci si limita pertanto a segnalare per una prima informazione sui principali problemi: AA. VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162)* – in part., i contributi di A. PROTO PISANI; R. CAPONI; G. TRISORIO LIUZZI; D. DALFINO; B. POLISENO; E. FABIANI – in *Foro it.*, 2015, V, p. 2 ss.; R. BOLOGNESI, *Il "contratto" sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa, Civil procedure in Italy and Europe*, www.judicium.it; CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, *Cos'è e come funziona la negoziazione assistita*, www.consiglionazionaleforense.it; S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della "negoziazione assistita"*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 105 ss.; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e fuga dal processo*, *Commento del decreto legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, 2014, p. 83 ss.; F. P. LUISO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 650; A. TRINCHI, *La negoziazione assistita*, in *Studium iuris*, 2017, p. 19 ss.

⁴ V., ad. es., A. TRINCHI, *La negoziazione*, cit., p. 19 ss.; A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1111 ss.

convenzione, precisando, in particolare, che l'oggetto della controversia dedotto nella convenzione "non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro" (art. 2, cit., co. 2, lett. b).

L'art. 6, cit., contenuto nello stesso Capo, però, detta una specifica (se non proprio speciale) disciplina in materia di - come si esprime l'interminabile rubrica di quest'ultimo articolo - *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*⁵.

La disciplina contenuta nell'art. 6, cit., deroga per più di un aspetto a quella risultante dall'art. 2, cit., a cominciare dal fatto che le ipotesi di negoziazione assistita ivi previste si riferiscono a controversie aventi ad oggetto situazioni giuridiche (almeno sino ad oggi) indisponibili, quali, in particolare, quelle in tema di *status* familiari, mentre, come si è già ricordato, l'art. 2, cit., limita, in linea di principio, il ricorso a siffatta procedura solo ai casi in cui vengano in rilievo diritti disponibili.

⁵ D'ora innanzi, l'espressione "*cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio*", prendendo spunto dalla formulazione della parte finale della rubrica dell'art. 6, cit., per non appesantire l'esposizione, sarà sostituita con il termine "divorzio" *tout-court*.

In tema di c.d. negoziazione assistita familiare, v., senza pretesa di completezza: S. CAPORUSSO, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 711 ss.; D. CASTAGNO, *Negoziazione assistita: i primi orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 747 ss.; E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 1278 ss.; F. DANOVI, *Il P. M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 69 ss.; F. DANOVI, *I rimedi della crisi familiare*, Sez. I, *Nuovi modelli di separazione e divorzio (artt. 6 e 12 l. 10 novembre 2014, n. 162)* e M. SALA, Sez. II, *Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie familiari*, in *Trattato Bonilini*, III, Torino, 2016, p. 1985 ss. e p. 2013 ss.; F. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato Cicu - Messineo - Mengoni*, continuato da Schlesinger, IV, *La crisi della famiglia*, Milano, 2015, p. 867 ss.; B. DE FILIPPIS, M. ROSSI, *Divorzio breve, divorzio fai da te, figli non riconoscibili dalla madre, unioni civili*, Padova, 2015, p. 62 ss.; G. FACCHINI, G. B. PROVINCIALI, *Introduzione e L'applicazione della negoziazione assistita alla crisi della famiglia*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI, *Il nuovo diritto di famiglia, Profili sostanziali, processuali e notarili*, II, Milano, 2015, p. 1915 ss. e p. 1923 ss.; G. GIAMO, *La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 559 ss.; A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse*, cit., p. 1111 ss.; C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, p. 665 ss.; F.P. LUISSO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 665 ss.; M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss.; B. POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, V, p. 34 ss.; M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia familiare*, www.scuolamagistratura.it; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2016, p. 175 ss.;

Di una certa utilità per la valutazione in concreto della procedura della negoziazione assistita in materia di separazione, divorzio e di modifica delle relative condizioni sono anche le cc.dd. *Linee guida* e le *Circolari* emanate al riguardo da numerosi uffici giudiziari. Tra queste, v., ad es., *Vademecum sulla negoziazione assistita in materia di famiglia d. l. 132/2014 convertito in l. 162/2014*, a cura dell'Osservatorio sulla giustizia civile di Roma, Gruppo giurisdizione e ADR (F. MANGANO, P. MORESCHINI, M. PETROLO), http://www.tribunale.roma.it/documentazione/D_8499.pdf; *Linee guida, Convenzione di negoziazione assistita, Legge 10 novembre 2014 n. 162*, a cura della Procura della repubblica presso il Tribunale di Milano, <http://www.altalex.com/~media/altalex/allegati/2015/01/12/69996%20pdf.pdf>; *Circolare congiunta del tribunale e della procura della repubblica di Torino*, <http://www.ordineavvocatorino.it/sites/default/files/documents/News/ALL.%2014negoziatore%20assistita.pdf>; *Linee guida, Convenzione di negoziazione assistita, Legge 10 novembre 2014 n. 162*, a cura della Procura della repubblica presso il tribunale di Palermo, http://www.procura.palermo.giustizia.it/modulistica/Mod_1449_5169/Negoziazione%20Assistita.pdf.

A stretto rigore, pertanto, prima di affrontare il tema della negoziazione assistita prevista dall'art. 6, cit., occorrerebbe coordinare la disciplina risultante da tale articolo con quella posta dall'art. 2, cit., e dalle altre disposizioni dedicate alla procedura di negoziazione assistita in generale (art. 3 ss., d.l. n. 132/2014), anche sotto il profilo del rapporto esistente tra la convenzione di negoziazione assistita e l'accordo raggiunto per questa via. Naturalmente, non è questa la sede per tale genere di analisi. Ai nostri fini è sufficiente rilevare che, in mancanza di specifiche indicazioni nell'art. 6, cit., circa la natura e la forma della convenzione di negoziazione assistita ivi prevista, questa dovrebbe essere definita alla stregua di quanto dispone l'art. 2, co. 1, d.l. n. 132/2014 e cioè, come l'accordo con il quale i coniugi convengono di cooperare in buona fede e con lealtà, tramite l'assistenza degli avvocati dell'uno e dell'altro, al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di divorzio (ma, con riferimento a quest'ultimo, solo nei casi di cui all'art. 3, co. 1, n. 2, lett. b, l. 1.12.1970, n. 898 e succ. mod. ed integr.), nonché di modifica delle condizioni dell'una e dell'altro. Anche la convenzione di negoziazione assistita *ex art. 6, cit.*, dunque, così come quella disciplinata dal precedente art. 2, potrebbe essere qualificata come un negozio (un contratto) con comunione di scopo, attraverso il quale ambedue le parti si impegnano a raggiungere lo stesso risultato, e cioè la soluzione, appunto, negoziale di una delle controversie indicate dallo stesso art. 6, cit.⁶. Ma con la precisazione che, a differenza degli accordi stipulati in sede di negoziazione assistita *ex art. 2, cit.*, per quelli raggiunti nell'ambito della negoziazione assistita disciplinata dall'art. 6, cit., si prevede espressamente che essi, ottenuto il nulla osta o l'autorizzazione del P. d.R. o del P. d.T. (*v. infra*), producono gli effetti e tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i corrispondenti procedimenti di separazione personale, di divorzio e di modifica delle relative condizioni (art. 6, cit., co. 3). Ed invero, come è stato rilevato⁷, la negoziazione assistita *ex art. 2, d.l. n. 132/2014* costituisce uno strumento per giungere ad un risultato cui le parti potrebbero pervenire anche da sole; la nuova normativa, pertanto, non regola l'accordo che le parti raggiungono attraverso tale tipo di negoziazione assistita e, di conseguenza, per individuare i relativi effetti occorre far riferimento alle regole di diritto comune. L'art. 6, cit., al contrario, prevede che con la negoziazione assistita si può pervenire ad un accordo produttivo di effetti che altrimenti non sarebbe stato possibile realizzare per via (esclusivamente) negoziale: "un accordo che, quindi, può essere formato solo in quella sede"⁸.

3. Segue: *Le due procedure attraverso le quali l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita può produrre gli effetti previsti dall'art. 6, co. 3, d.l. n. 132/2014.*

L'art. 6, cit., co. 2, prevede due distinte procedure attraverso le quali l'accordo raggiunto tra i coniugi con l'assistenza dei propri avvocati in sede di negoziazione assistita può produrre gli effetti previsti dal co. 3 dello stesso articolo, secondo che i coniugi siano o meno

⁶ Così F.P. LUIO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 653. V. anche S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici*, cit., p. 105 ss.

⁷ F.P. LUIO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 665.

⁸ Così F.P. LUIO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 665.

genitori di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3, co. 3, l. 5.2.1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti.

Più precisamente, giusto quanto prevede l'art. 6, cit., co. 2, in assenza di tali categorie di figli, l'accordo raggiunto tra i coniugi in sede di negoziazione assistita deve essere trasmesso al P. d.R. presso il tribunale competente (ovvero, sembra questa l'interpretazione più plausibile, presso il tribunale che sarebbe stato competente ove i coniugi avessero deciso di avvalersi delle procedure ordinarie di separazione, di divorzio, o di modifica delle relative condizioni⁹), il quale, "quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3". La legge non dispone nulla circa l'eventualità che il P. d.R., a causa della presenza di "irregolarità", non conceda il nulla osta. Il punto non rientra tra le questioni che qui si intendono affrontare; ci si può, pertanto, limitare a ricordare che tra le due principali interpretazioni proposte – individuare nel sistema qualche forma di controllo/reclamo avverso il diniego del nulla osta, ovvero consentire alle parti di adeguare l'accordo ai rilievi del P. d.R. o, addirittura, di intraprendere le ordinarie procedure di separazione, divorzio, etc. – le ultime appaiono più coerenti con le finalità della legge¹⁰. Non sembra, infatti, che il legislatore nella materia abbia voluto introdurre una nuova modalità di dialettica tra parti e Procura, destinata ad articolarsi in più gradi di giudizio, ma piuttosto una procedura assolutamente snella, nella quale il Procuratore è tenuto ad effettuare un controllo essenzialmente formale dell'accordo, simulacro del controllo pubblicistico che caratterizza, invece, i corrispondenti procedimenti giurisdizionali, specie in materia di scioglimento del matrimonio.

Le cose stanno diversamente in presenza delle anzidette categorie di figli. In tal caso, infatti, l'accordo raggiunto tra i coniugi in sede di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro dieci giorni ancora al P. d.R. presso il tribunale competente, ma questa volta non per ottenere un mero nullaosta come nel caso precedente, bensì una autorizzazione, che lo stesso P. d.R. può concedere solo ove accerti che l'accordo in parola "rispond[a] all'interesse dei figli". Ove tale accertamento abbia esito positivo, il P. d.R. autorizza senz'altro l'accordo; in caso contrario, invece, lo stesso P. d.R., entro cinque giorni, deve trasmettere l'accordo raggiunto dai coniugi al P. d.T., il quale, secondo il laconico tenore della disposizione, "fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo". All'accordo autorizzato dal P. d.R. o dal P. d.T., secondo quanto è dato desumere dall'ultima frase del co. 2, dell'art. 6, cit., "si applica il comma 3", dell'art. 6, cit., ai sensi del quale, in particolare, come si è ricordato ad altri fini, "l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari 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 di divorzio".

Ciò posto, è opinione unanime che la lettera (ma, almeno per alcuni aspetti, anche la *ratio*) della disciplina della negoziazione assistita introdotta dal d.l. n. 132/2014, anche a causa delle affrettate modifiche apportate in sede di conversione in legge, non pecchi certo per rigore, chiarezza e completezza, specie con riguardo alle fattispecie disciplinate dall'art. 6, cit. (e dall'art. 12). Ed invero, la disciplina in materia, oltre che poco accurata, risulta, come dire?, eccessivamente sintetica e, talvolta, anche su questioni molto importanti, del tutto generica.

⁹ Cfr. B. DE FILIPPIS, M. ROSSI, *Divorzio breve*, cit., p. 90; E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 1282.

¹⁰ Così F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 669.

L'interprete è, così, chiamato ad una delicata attività ermeneutica al fine di colmare le numerose lacune e di rimediare alle varie incongruenze che si riscontrano.

Un aspetto della nuova disciplina che ha subito suscitato un vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza, tradottosi nella elaborazione di interpretazioni contrastanti e talvolta non condivisibili, attiene giustappunto ai rapporti tra P. d.R. e P. d.T., nonché ai poteri spettanti a quest'ultimo, nel caso in cui i coniugi che ricorrono alla negoziazione assistita siano genitori delle categorie di figli indicate dall'art. 6, cit.

A tale questione sono, appunto, dedicate le osservazioni che seguono, con l'avvertenza, tuttavia, che per completezza, oltre che per una più compiuta esposizione dei problemi che vengono in rilievo, si renderanno opportuni anche alcuni riferimenti alle ipotesi di negoziazione assistita tra coniugi senza prole o con figli non rientranti nelle categorie indicate dall'art. 6, cit.

4. *Una possibile chiave di lettura. L'assenza di qualsiasi riferimento al diritto di ascolto dei figli minori, con particolare riferimento alla Convenzione di New York del 1989 ed alla Convenzione di Strasburgo del 1996.*

La difficoltà maggiore di proporre una interpretazione coerente della disciplina in esame dipende in larga misura dal fatto che essa, collocandosi lungo una linea di confine piuttosto increspata tra diritto sostanziale e diritto processuale, introduce nel sistema rilevanti novità nell'uno e nell'altro ambito, che impongono una accurata attività di coordinamento tra tali novità e le regole ed i principi privatistici e processualciviltistici tradizionali.

In questo contesto, forse, qualche suggerimento per una lettura plausibile dell'art. 6, cit., e, dunque, dello specifico profilo affrontato in queste pagine, si potrebbe attingere muovendo dalla *ratio* sostanziale (prima ancora che da quella squisitamente processuale) della negoziazione assistita prevista dalla medesima disposizione.

Sotto questo profilo, la *ratio* della nuova disciplina può essere, con una certa tranquillità, identificata nella intenzione del legislatore di affidare la soluzione dei conflitti familiari ivi presi in considerazione, *in primo luogo ed anzitutto*, agli accordi raggiunti dai coniugi con l'assistenza dei propri legali.

Ed invero, con l'istituto in esame il legislatore ha inteso valorizzare massimamente, nel momento della crisi e della dissoluzione del rapporto matrimoniale, la libertà, la responsabilità e la consapevolezza dei coniugi (assistiti dai propri avvocati), coerentemente, peraltro, con quanto è dato desumere secondo il "riformato diritto di famiglia" dalla disciplina della costituzione dello stesso rapporto attraverso la celebrazione del matrimonio, caratterizzata dalla attribuzione del "più ampio e accentuato rilievo" alla "tutela della libertà e spontaneità, consapevolezza e responsabilità del volere dei nubendi"¹¹.

Peraltro, la soluzione adottata appare del tutto in linea con la progressiva resa del nostro legislatore di fronte alle epocali trasformazioni in corso dei rapporti umani e sociali, che, sul piano squisitamente giuridico, stanno producendo un sensibile ridimensionamento della tradizionale funzione sociale della famiglia, di natura spiccatamente pubblicistica, a tutto

¹¹ Così, V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 153.

vantaggio di una visione caratterizzata da “una sempre maggiore valorizzazione degli interessi dei membri della famiglia, degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito di quelli dell’istituzione familiare nel suo insieme ...”¹².

Ora, se la premessa è giusta (o, quantomeno, condivisibile) se ne potrebbe desumere che la partecipazione dell’autorità giudiziaria (P. d.R. e P. d.T.) nelle varie procedure previste dall’art. 6, cit., se confrontata con i corrispondenti procedimenti giurisdizionali, ha una funzione eminentemente *servente* (se non *ancillare*) rispetto all’attività negoziale delle parti.

In tal senso depone, se non vado errato, oltre la espresa finalità del d.l. n. 132/2014 di “degiurisdizionalizzare” determinati conflitti familiari¹³, anche la formulazione del primo inciso del co. 3 dell’art. 6, cit., secondo la quale è “l’accordo raggiunto a seguito della convenzione” (di negoziazione assistita) a produrre “gli effetti” e tener luogo “dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1 [dello stesso articolo] i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio”. In tal modo, par capire, benché l’accordo in parola deve, secondo le circostanze, ottenere il prescritto nullaosta ovvero essere autorizzato, è comunque ad esso che la legge riconduce l’idoneità a produrre la separazione, lo scioglimento del matrimonio e la modifica delle relative condizioni, senza per ciò solo trasformarlo in un provvedimento giudiziario.

Tuttavia, poiché sia gli accordi stipulati tra i coniugi senza prole oggetto di particolare protezione, sia quelli stipulati, invece, da coniugi che siano genitori di questo tipo di prole, incidono su interessi di rilevanza pubblicistica, anche costituzionale (la modifica di determinati *status* familiari, la cura in senso lato dei figli rientranti nelle categorie indicate dall’art. 6, cit.), il legislatore ha predisposto determinati controlli, da interpretare, tuttavia, in modo tale da non ostacolare, anzi da incoraggiare la più ampia autonomia dei coniugi medesimi (con l’assistenza dei propri avvocati)¹⁴, oltre che da favorire una celere ed efficiente risoluzione dei relativi procedimenti.

Prescindendo dalle questioni relative al potere riconosciuto ai coniugi di “incidere con effetti modificativi e/o estintivi”¹⁵ sui propri *status* nell’esercizio della autonomia loro riconosciuta, per ciò che qui interessa maggiormente, come si è già ricordato, l’art. 6, cit., ha affidato espressamente, sia al P. d.R. sia al P. d.T., il compito di accertare che l’accordo stipulato in sede di negoziazione assistita, “rispond[a] all’interesse dei figli”; ovvero - atteso che la locuzione “interesse dei figli” si riferisce a situazioni sostanziali, di natura personale e patrimoniale, di cui i figli medesimi sono titolari (art. 315 *bis*) e rispetto alle quali i genitori assumono la veste di obbligati nell’ambito della responsabilità genitoriale su di essi gravante anche dopo la dissoluzione della famiglia (337 *bis* e ss., c.c.) - di verificare che i coniugi nell’accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita abbiano conformato i propri obblighi

¹² M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, 573.

¹³ E ciò sia attraverso le procedure disciplinate dall’ art. 6, cit., sia attraverso la procedura di carattere eminentemente amministrativo disciplinata dal successivo art. 12.

¹⁴ Per alcuni aspetti, nulla osta ed autorizzazione ex art. 6, cit., sembrano richiamare il meccanismo della *condicio iuris*. Su questo istituto, v., in part., A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Ristampe della scuola di perfezionamento in diritto civile dell’università di Camerino, Ristampa inalterata, Camerino, 1979, p. 94 ss., spec. p. 107 ss.

¹⁵ V. C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare*, cit., p. 677, anche per ulteriori approfondimenti.

nei confronti dei figli, ma anche nell'ambito dei loro reciproci rapporti, in modo tale da realizzare pienamente le situazioni giuridiche di cui la prole specificamente tutelata dall'art. 6, cit., è, appunto, titolare.

Curiosamente, tuttavia, la nuova disciplina non ha disposto nulla circa il fatto se al fine di concedere o negare l'autorizzazione prescritta il P. d.R. e il P. d.T. debbano procedere all'ascolto dei figli minori¹⁶ (nonché, in forza del rinvio contenuto nell'art. 337-*septies*, co. 2, c.c., dei figli maggiorenni portatori di handicap grave), analogamente a quanto, invece, dispone l'art. 337-*octies* con riferimento (per ciò che qui interessa maggiormente) all'esercizio della responsabilità genitoriale in caso di separazione e divorzio¹⁷.

Né, d'altra parte, sembra possibile che all'ascolto dei minori possano procedere gli avvocati nella fase che precede l'eventuale autorizzazione da parte del P. d.R. o del P. d.T., allorché gli stessi debbono tentare di conciliare le parti (i coniugi-genitori), informarle della possibilità di esperire la mediazione familiare e dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. A parte, infatti, la mancanza di qualsiasi indicazione legislativa in tal senso, questa (eventuale) soluzione sembra preclusa dal co. 2 dell'art. 56 del vigente codice deontologico¹⁸, ai sensi del quale "l'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse". L'ampio e generico ambito di applicazione di tale disposizione ("controversie in materia familiare e minorile"), infatti, rende estremamente problematico, se non addirittura impossibile, sottrarre le procedure di negoziazione assistita, in quanto vertenti, anche queste, su "controversie" di natura "familiare".

Si pone, pertanto il quesito se la mancata previsione del diritto di ascolto del minore nella negoziazione assistita rappresenti una ulteriore lacuna della legge in esame, ovvero se il legislatore in tale materia abbia voluto introdurre una deroga al diritto di ascolto dei minori nei "procedimenti" che li riguardano.

Più in particolare, come è noto, l'art. 337-*octies* c.c., relativamente alle materie ivi disciplinate, ha dato concreta attuazione, per un verso, alla Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20.11.1989, ratificata e resa esecutiva con l. 27.5.1991, n. 176, laddove dispone, tra l'altro, (art.12) che "gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità" (co. 1); e che "a tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera

¹⁶ Su questa omissione critico F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 162, che dubita anche della sua legittimità costituzionale.

¹⁷ La disposizione cit. nel testo, tuttavia, secondo l'opinione prevalente, si applica anche alla modifica delle condizioni della separazione e del divorzio; v., in part., Cass. 15.5.2013, n. 11687, www.iusexplorer.it. V. anche M.A. IANNICELLI, *L'ascolto del minore nei procedimenti di separazione personale dei coniugi*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, p. 254 ss.

¹⁸ Approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, 16.10.2014, n. 241

compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale” (co. 2)¹⁹; e per l'altro verso, alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con l. 20.3.2003, n. 77, laddove dispone, tra l'altro, (art. 3) che “nei procedimenti che lo riguardano dinanzi a un'autorità giudiziaria, al minore che è considerato dal diritto interno come avente una capacità di discernimento vengono riconosciuti i seguenti diritti, di cui egli stesso può chiedere di beneficiare: a) ricevere ogni informazione pertinente; b) essere consultato ed esprimere la propria opinione; c) essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione”, e che (art. 1, n° 3) “i procedimenti che interessano i minori dinanzi ad un'autorità giudiziaria sono i procedimenti in materia di famiglia, in particolare quelli relativi all'esercizio delle responsabilità genitoriali, trattandosi soprattutto di residenza e di diritto di visita nei confronti dei minori”²⁰.

Peraltro, non è inutile ricordare che alla stessa *ratio* sottesa dalle disposizioni appena richiamate risulta sostanzialmente ispirato anche l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), che, infatti, dispone in via di principio che i minori “possono esprimere liberamente la propria opinione” e che tale opinione “viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità”.

Ciò posto, da un punto di vista generale, si può dire che il c.d. diritto di ascolto dei minori nelle questioni e/o procedure che li riguardano, quale emerge dalle disposizioni sovranazionali richiamate, esprime l'idea secondo la quale i minori non possono più essere considerati incondizionatamente soggetti alla volontà dei genitori ed alle conseguenti decisioni e scelte che li concernono, come probabilmente avveniva in passato, almeno stando alle rappresentazioni del rapporto di filiazione desumibili dalle discipline giuridiche del passato.

Tutto al contrario, secondo le disposizioni di origine sovranazionale richiamate, oggi i minori debbono essere considerati soggetti che, benché non abbiano conseguito la piena maturità psico-fisica, almeno dal momento in cui raggiungono un certo grado di

¹⁹ Così il testo della Convenzione secondo la traduzione non ufficiale a cura della Commissione parlamentare per l'infanzia, http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/Legge%20176%20del%201991.htm. V., nell'ambito della vastissima bibliografia, A.C. MORO, *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi. la Convenzione dell'ONU e la sua attuazione*, Milano, 1991; T. LONGOBARDO, *La Convenzione ONU sui diritti del fanciullo*, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 370 ss.; M.R. SAULLE, *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994; M.R. SAULLE, *The Rights of the Child*, New York, 1995; AA VV., *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, a cura di A. BEGHÈ LORETI, Padova, 1995; *Promozione, protezione ed attuazione dei diritti dei minori*, a cura di C. CARLETTI, Torino, 2009. Con particolare riferimento al c.d. diritto di ascolto, v. INDiMi, AA. VV., *20° anniversario della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Il diritto di ascolto del minore*, a cura di L. CITARELLA e C. ZANGHÌ, Roma, 2009, ove anche (p. 301 ss.) una accurata ricognizione della bibliografia, dei documenti delle Organizzazioni non governative e delle Organizzazioni internazionali nonché della giurisprudenza italiana e sovranazionale sul tema.

²⁰ Così il testo della Convenzione secondo la traduzione non ufficiale a cura della Commissione parlamentare per l'infanzia, http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/legge%2077%20del%202003.htm. In argomento, v. in part., A. DELL'ANTONIO, *La partecipazione del minore alla sua tutela, Un diritto misconosciuto*, Milano, 2001; A. LIUZZI, *La Convenzione europea sui diritti del fanciullo: prime osservazioni*, *Fam. dir.*, 2003, p. 287 ss.; G. MANERA, *Prime impressioni e valutazioni della Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo*, in *Giur. mer.* 2004, IV, p. 164 ss.; F. FRATTINI, E.G. SPATAFORA, *L'Europa e i diritti dei bambini*, Bari, 2009; M.G. RUO, *Il curatore del minore*, Rimini, 2014, p. 89 ss.

discernimento, hanno senz'altro il "diritto" (riconducibile alla categoria dei diritti della personalità) di esprimere personalmente - nelle vicende date - i propri bisogni, le proprie aspirazioni, i propri desideri, preordinati al pieno sviluppo della loro personalità ed al loro armonico sviluppo, e dei quali gli ordinamenti giuridici moderni, seppur con tutte le cautele del caso, non possono non tener conto.

D'altra parte, con riferimento ai temi qui specificamente affrontati, il c.d. diritto di ascolto dei minori, oltre a consentire loro di prendere la maggiore contezza possibile delle procedure che conducono alla dissoluzione del nucleo familiare e, così, esprimere i bisogni ed i desideri di cui si è detto, rappresenta anche un mezzo estremamente importante per il giudice (o eventualmente per le altre autorità procedenti) per acquisire ogni informazione utile ad indirizzare le loro decisioni verso la migliore attuazione degli interessi riferibili ai minori medesimi.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, poi, non è inutile ricordare che il diritto di ascolto del minore, di origine sovranazionale, è stato recepito, non solo con riferimento ai provvedimenti relativi ai figli in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale a seguito, in particolare, di separazione e divorzio di cui all'art. 337-ter, c.c. (richiamati dall'art. 337-octies e che qui interessano più da presso²¹), ma anche nell'ambito della disciplina dell'affidamento del figlio nato fuori dal matrimonio e del suo inserimento nella famiglia del genitore (v. art. 252, ult. co., c.c.), della disciplina dedicata ai diritti e doveri del figlio (v. art. 315-bis, co. 3 e art. 336-bis c.c.) e della disciplina della tutela (v. art. 371, co. 1, n. 1, c.c., in questo caso, addirittura, con riferimento ai minori che abbiano compiuto i dieci anni ed anche se di età inferiore ove capaci di discernimento).

Stando così le cose, posto che nelle ipotesi di negoziazione assistita familiare, quanto ai minori eventualmente presenti, rilevano le medesime esigenze ed i medesimi problemi che vengono in rilievo nelle ordinarie procedure di separazione, divorzio e modifica delle rispettive condizioni, l'omessa previsione del diritto di ascolto, sia che essa sia stata deliberatamente voluta dal legislatore, sia che essa sia frutto di un mero difetto di coordinamento con la vigente disciplina, suscita gravi perplessità.

Per quanto, infatti, la disciplina della negoziazione assistita persegua anche lo scopo di rendere più celeri le procedure di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, sicché l'ascolto dei minori, considerate altresì le cautele che debbono osservarsi, potrebbe condurre ad una dilatazione dei tempi necessari per lo svolgimento delle procedure medesime, la sua omessa previsione, pur a tacere di ogni altra considerazione, sembra urtare contro principi di rango costituzionale.

In primo luogo, infatti, la omessa previsione del diritto di ascolto del minore nell'ambito della negoziazione assistita familiare, in quanto viola le pertinenti disposizioni della Convenzione di New York del 1989 e della Convenzione di Strasburgo del 1989 (sopra richiamate), giusta la notissima interpretazione della Corte costituzionale²², si pone in contrasto

²¹ V., comunque, la precedente nt. 17.

²² Per una prima informazione sulla questione v. C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>; U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/19_21_11_09_De%20Siervo_2.pdf; A.

con l'art. 117, co. 1, cost., laddove attribuisce la natura di norme interposte (anche) alle disposizioni in parola. Peraltro – è appena il caso di sottolinearlo – tali disposizioni sono del tutto coerenti con la tutela della persona umana in generale e di quella dei minori in particolare prevista dalla nostra costituzione (v., tra gli altri, artt. 2, 3, 30 e 31).

La stessa omessa previsione si pone in contrasto altresì con l'art. 24 della Carta di Nizza, laddove, seppur più genericamente rispetto alle Convenzioni di New York e di Strasburgo, come si è anticipato, attribuisce ai minori la possibilità di “esprimere liberamente la propria opinione” e garantisce che questa debba essere “presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità”.

Prescindendo da quest'ultimo aspetto che richiederebbe una serie di approfondimenti che non possono trovare spazio in questa sede, per rimediare al contrasto che sembra profilarsi tra l'omessa previsione del diritto di ascolto nella negoziazione assistita familiare e l'art. 117, co. 1, cost., sotto il profilo della violazione delle due Convenzioni citt., in astratto, si potrebbe tentare una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina in materia di negoziazione assistita, postulando che, nonostante la mancanza di una espressa previsione del diritto di ascolto del minore, tale diritto, in quanto espressione di un principio generale dell'ordinamento di rango costituzionale, trovi, comunque, applicazione nelle vicende in esame, stante, tra l'altro la disposizione dell'art. 6, co. 3, d. l. n. 132/2014, ai sensi del quale l'accordo raggiunto a seguito della convenzione di negoziazione assistita produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, i procedimenti di separazione personale, di divorzio e delle relative condizioni.

In termini più puntuali, sulla scorta di quest'ultima disposizione, si potrebbe anche dire che, nonostante la legge non imponga espressamente né al P. d.R. né al P. d.T. di ascoltare i minori ai fini della autorizzazione degli accordi in esame, i due magistrati vi sarebbero, comunque, tenuti sulla base di una interpretazione sistematica della disciplina della negoziazione assistita familiare e della disciplina dei procedimenti giurisdizionali di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni.

Tale soluzione, però, anche ad ammettere che la lettera della legge consenta siffatta interpretazione, si imbatterebbe nella non lieve difficoltà di creare nuove ipotesi di ascolto del minore con le relative modalità procedurali, prive di qualsiasi specifico riferimento letterale nella disciplina della negoziazione assistita. Difficoltà, per di più, aggravata dal dubbio se, data la natura consensuale del presupposto sulla base del quale attraverso la negoziazione assistita si dà luogo alla separazione, al divorzio o alla modifica delle relative condizioni, debba procedersi all'ascolto del minore in “forma piena” *ex* art. 337-*octies*, co. 1, inciso 2, ai sensi del quale “il giudice dispone ... l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento”; ovvero in quella “attenuata” prevista art. 337-*octies*, co. 1, inciso 2, ai sensi del quale, invece, nei casi in cui “si omologa o si prende atto di un accordo

RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico - sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2007, www.forumcostituzionale.it/site/giurisprudenza/corte-costituzionale-2007.html.

dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli”, “il giudice non procede all’ascolto [del minore] se in contrasto con l’interesse del minore [stesso] o manifestamente superfluo”²³.

Per rimediare alla segnalata incongruenza, dunque, salvo che i giudici, sollecitati dai casi di specie e considerato il valore anche costituzionale del diritto di ascolto del minore non abbiano la “forza” di spingere il loro potere creativo sino a dar vita a regole giurisprudenziali idonee ad assicurare l’attuazione di tale diritto anche nella negoziazione assistita, e salva altresì la possibilità (che, però, non sembra alle viste) di un apposito intervento correttivo del legislatore, non resterebbe allora che ricorrere, anche per questa vicenda, al giudice delle leggi.

5. I poteri del Procuratore della Repubblica.

Fermo quanto precede, e ritornando all’esame delle modalità attraverso le quali dovrebbe svolgersi la negoziazione assistita familiare secondo le espresse previsioni della legge, giova ora richiamare l’attenzione su due circostanze che non possono non essere tenute presenti nell’interpretazione dell’art. 6, cit., laddove si riferisce ai poteri spettanti al P. d.R. ed al P. d.T., e delle quali, con buona probabilità, anche il legislatore, alla luce dei profondi cambiamenti intervenuti negli ultimi decenni nel diritto di famiglia, era ben consapevole al momento di predisporre la disciplina in esame.

Più in particolare, in primo luogo, è dato di comune esperienza, che le soluzioni dei conflitti coniugali in genere non sono suscettibili, per così dire, di ipostatizzazioni di sorta, ma, tutto al contrario dipendono dalle peculiarità delle concrete vicende; ovvero, più precisamente, dallo stile di vita impresso alla famiglia, nella sua fase fisiologica, dai coniugi (concordando l’indirizzo della vita familiare), ma condizionato anche dalla presenza dei figli che, come si è anticipato, almeno a far data da una certa età, hanno diritto di essere ascoltati anche nelle questioni (oltre che nelle procedure) che li riguardano (art. 315-*bis*, c.c.). Non sembra, allora, seriamente dubitabile che, scontata l’eventuale rudezza dei conflitti coniugali nei momenti di crisi, i soggetti più idonei a traghettare la famiglia dall’unità alla sua dissoluzione, sono, in linea di principio i coniugi, auspicabilmente “ascoltando” anche i figli, specie se minori.

In secondo luogo, poi, è del tutto agevole convenire sul fatto che, date determinate circostanze (entità dei redditi dei coniugi e del patrimonio familiare, età dei figli, condizioni di salute dei componenti la famiglia, dimore o residenze eventualmente distinte degli stessi, etc.), di norma, ove la comunione di vita spirituale e materiale tra i coniugi si incrina o venga meno del tutto, non esiste una ed una sola soluzione idonea a non pregiudicare gli interessi della prole, alla cui protezione sono preordinate le autorizzazioni *ex art. 6, cit.*, ma possono ben prospettarsi soluzioni tra loro anche sensibilmente, se non radicalmente, diverse, seppur parimenti idonee al medesimo scopo.

Se quanto precede ha del vero e tenendo anche presente l’esigenza, già segnalata, di favorire, comunque, una sollecita conclusione delle nuove procedure introdotte dal d.l. n. 132/2014, valorizzando anche le connesse esigenze di economia processuale, forse, si può

²³ Critica, comunque, questa limitazione del diritto di ascolto del minore, L. QUERZOLA, *La revisione delle norme in materia di filiazione: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 185 ss.

tentare una ricostruzione del ruolo e dei compiti assegnati al P. d.R ed al P. d.T. sufficientemente plausibile.

E così, *in limine*, si dovrebbe riconoscere anzitutto che i poteri di controllo attribuiti agli organi giudiziari chiamati ad intervenire nelle procedure delineate dal co. 2, dell'art. 6, cit., dovrebbero essere rigorosamente commisurati alla esigenza di valorizzare nella misura maggiore possibile la volontà delle parti.

In questo ordine di idee si dovrebbe, ad esempio, riconoscere che il P. d.R., nel caso sia chiamato ad esprimere il proprio nullaosta *ex art. 6, cit., co. 2, inciso 1*, non solo dovrebbe attenersi rigorosamente ad un mero controllo formale circa l'inesistenza di irregolarità nell'accordo senza entrare nel merito dello stesso, ma dovrebbe, altresì, tentare, benché non espressamente previsto dalla legge, di avviare una qualche interlocuzione con le parti²⁴, ove constatati irregolarità che le stesse potrebbero agevolmente emendare. In tal modo, se le parti condividono le osservazioni del magistrato, d'intesa con i propri avvocati, potrebbero realizzare il proprio obiettivo senza essere costretti ad avviare una nuova negoziazione assistita, o, addirittura, ad abbandonare del tutto tale procedura e dar corso ad uno dei procedimenti tradizionali. Né, d'altra parte, il P. d.R., così facendo, violerebbe il proprio compito di mero "controllore", limitandosi semplicemente a contribuire ad una sollecita definizione del procedimento, in linea con le finalità della legge.

Analogo potere di interlocuzione con le parti, per ciò che qui interessa maggiormente, dovrebbe essere riconosciuto al P. d.R anche ove si tratti dell'autorizzazione dell'accordo (data la presenza della prole protetta); e ciò almeno nei casi in cui, attraverso limitate o marginali modifiche dell'accordo trasmessogli (quali, ad esempio, un limitato aumento o una limitata diminuzione dell'assegno di mantenimento a favore figli, ovvero qualche marginale modifica della prevista durata del tempo che i figli stessi debbono trascorrere con i genitori, e simili) le parti, sempre con l'assistenza dei propri avvocati, possano renderlo pienamente rispondente, secondo il suo giudizio, all'interesse della prole. In tal modo, peraltro coerentemente con le finalità deflative pure perseguire dal d.l. n. 132/2014, non vi sarebbe necessità di dar corso all'ulteriore fase della procedura innanzi al P. d.T.²⁵ Con l'avvertenza, tuttavia, che tale soluzione non sarebbe, comunque, praticabile ove per rendere l'accordo rispondente agli interessi della prole, secondo le valutazioni del P. d.R., si rendessero necessari accertamenti o modifiche particolarmente complessi che, a parte ogni altra considerazione, risulterebbero incompatibili con il breve termine (cinque giorni) entro cui il P. d.R. dovrebbe trasmettere l'accordo non autorizzato al P. d.T.

Peraltro, poiché per ragioni di coerenza con quanto previsto ove non siano presenti figli specificamente tutelati dovrebbe riconoscersi che anche laddove tali figli siano presenti il P. d.R. è comunque tenuto ad accertare l'assenza di "irregolarità" nell'accordo, potrebbe ben accadere che tale accordo, benché, in astratto, risponda all'interesse dei figli, presenti tuttavia "irregolarità" di qualche genere. Non sembra, naturalmente, che in tal caso il P. d.R. possa autorizzare l'accordo, anche se, pure sul punto, la legge ha mantenuto uno stretto riserbo. Impregiudicata la questione se in presenza di tali eventualità il P. d.R. sia tenuto a trasmettere

²⁴ Salva, naturalmente, la necessità di individuare le specifiche modalità di siffatta interlocuzione. Cfr. M. RUVOLO, *Negoziazione assistita*, cit., p. 23.

²⁵ Cfr. F. DANONI, *Il P. M. nella procedura*, cit., p. 78.

comunque gli atti al P. d.T.²⁶ o debba, invece, pronunciare il non luogo a procedere o a provvedere, fatto sta che se si riconoscesse a questo organo il potere di interloquire con le parti, almeno in presenza di “irregolarità” agevolmente emendabili, la difficoltà potrebbe essere facilmente superata invitando i coniugi, appunto, a rimuovere le irregolarità e, dunque, consentendo al P. d.R. di autorizzare l'accordo²⁷.

Per la verità, alcuni dati testuali²⁸ sembrerebbero deporre nel senso di escludere qualsiasi possibilità di interlocuzione tra il P. d.R. e le parti in questa fase della procedura, inducendo a configurare l'accordo raggiunto dai coniugi in sede di negoziazione e trasmesso al P. d.R. alla stregua di un testo immutabile, al quale il P. d.R., secondo le circostanze, potrebbe solo concedere o non concedere il nullaosta, ovvero autorizzarlo o non autorizzarlo, come dire?, così com'è. In presenza, tuttavia, di rilievi del P. d.R. sull'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita di “poco momento”, dai coniugi pienamente condivise e che dovessero comportare limitate (se non limitatissime) modifiche dell'accordo originario, l'interpretazione letterale della disposizione non risulterebbe coerente con la finalità di valorizzare le intese negoziali dei coniugi e di accelerare i tempi della soluzione del conflitto familiare, nonché con le finalità deflattive che la legge persegue.

6. Segue: *I poteri del Presidente del Tribunale.*

²⁶ V., ad esempio il provvedimento del P. d.T. di Torino, sez. VII, 20.4.2015, www.iusexplorer.it, al quale il P. d.R. aveva trasmesso l'accordo, sottoposto al suo esame, ma da lui non autorizzato, in quanto lo stesso era intervenuto tra i coniugi e la figlia. Si trattava, infatti, di un “accordo trilaterale, non rispondente al dettato normativo”. Di fronte a tale situazione, il P. d.T. torinese, acquisita la disponibilità della figlia ad abbandonare la procedura in quanto consapevole del dissenso del P. d.R., ma anche perché pienamente fiduciosa nell'accordo relativo al suo mantenimento raggiunto tra i genitori, ha lapidariamente statuito che “il sindacato del Presidente [può] ben riguardare anche profili di sussistenza dei requisiti formali della negoziazione”. A rimediare a talune irregolarità dell'accordo sottoposto al P. d.R., il P. d.T. di Torino è stato chiamato anche in un'altra occasione (sez. VII, 13.5.2016, decr., in *Fam. dir.*, 2017, 267 ss.). In quest'ultima vicenda, infatti, il P. d.R. aveva negato la propria autorizzazione all'accordo originario delle parti, non tanto perché *specificamente* non rispondente all'interesse dei figli, ma perché in esso non si dava atto che gli avvocati avessero informato le parti dell'importanza per il figlio minore di trascorrere tempi adeguati con entrambi i genitori (come dispone in modo inderogabile l'inciso 2, del co. 3 dell'art. 6, cit.), nonché a causa del fatto che i due avvocati, i quali avevano assistito le parti, appartenevano al medesimo studio professionale. Il P. d.T., però, riconoscendosi un'ampia autonomia di valutazione, ha autorizzato l'accordo raggiunto dalle parti, per un verso, statuendo che, nonostante la mancata informazione da parte degli avvocati dei coniugi-genitori, nell'accordo vi era, comunque, l'espressa menzione del principio della congruità dei tempi di frequentazione dei figli minori con ciascun genitore (peraltro, in sede di comparizione personale le parti avevano dato le necessarie assicurazioni a tal fine); e, per l'altro verso, dando atto che le medesime parti avevano rimosso l'“ostacolo” rappresentato dall'appartenenza degli originari avvocati al medesimo studio, attraverso la nomina di un altro legale, ma lasciando invariate le condizioni dell'accordo.

²⁷ Cfr. B. DE FILIPPIS, M. ROSSI, *Divorzio breve*, cit., 95 s.

²⁸ “L'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al P. d.R. il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta ...” (art. 6, cit., co. 2, inciso 1); “l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al P. d.R. ... il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza” (art. 6, cit., co. 2, inciso 2); “quando [il P. d.R.] ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza” (art. 6, cit., co. 2, inciso 2); “quando [il P. d.R.] ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il P. d.R. lo trasmette, entro cinque giorni, al P. d.T.” (art. 6, cit., co. 2, inciso 3).

Fermo quanto precede, ove il P. d.R. non autorizzi l'accordo raggiunto dai coniugi (genitori di figli oggetto di particolare tutela) a seguito di negoziazione assistita (a) perché ritenuto non rispondente all'interesse della prole (abbia o meno il magistrato requirente suggerito correzioni non accolte dalle parti) ovvero (b) a causa della presenza di "irregolarità" non emendate o non emendabili (ove si accolga la corrispondente interpretazione illustrata *supra*), l'accordo medesimo deve essere trasmesso, su impulso dello stesso P. d.R., al P. d.T.²⁹

Si afferma comunemente che con la trasmissione dell'accordo al P. d.T.³⁰, la procedura si giurisdizionalizza. L'espressione può essere anche accolta, ma non nel senso che a seguito di tale trasmissione si instauri automaticamente, secondo le circostanze, un ordinario procedimento di separazione, di divorzio o di modifica delle relative condizioni. Ed invero, anche a prescindere dalla bizzarria del fatto che per questa via si imporrebbe, senza una apparente giustificazione, un'udienza presidenziale anche in relazione ai procedimenti (ad es., divorzio su domanda congiunta) per i quali, invece, è prevista l'udienza collegiale, a tale soluzione, come è stato rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza³¹, in mancanza di una espressa domanda delle parti intesa ad introdurre uno dei procedimenti giurisdizionali in luogo dei quali le stesse hanno, invece, fatto ricorso alla negoziazione assistita, osterebbe sia il principio della domanda (art. 99 c.p. c.) sia il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 112 c.p. c.).

Il rilievo appare senz'altro persuasivo, anche perché, nonostante il legislatore per indicare i poteri del P. d.T. nel caso in cui il P. d.R. rifiuti l'autorizzazione dell'accordo raggiunto dai coniugi-genitori nell'ambito della negoziazione assistita, abbia fatto ricorso alla espressione anodina già ricordata, interpretare tale espressione (ove i coniugi non intendano aderire ai rilievi del Pubblico Ministero) come "trasformatore" automatico di una relazione di carattere eminentemente negoziale in un procedimento genuinamente giurisdizionale risulterebbe in insanabile contrasto con la *ratio legis* che, giustappunto, mira a sostituire i procedimenti giurisdizionali sopra indicati con accordi di tipo negoziale.

Stando così le cose, l'asserita giurisdizionalizzazione che si produrrebbe con la trasmissione dell'accordo non autorizzato dal P. d.R. al P. d.T., andrebbe piuttosto interpretata come instaurazione, innanzi a quest'ultimo, di un peculiare procedimento di giurisdizione volontaria, destinato a svolgersi secondo il rito camerale, peraltro, in composizione monocratica. Ed invero, per un verso, anche innanzi al P. d.T. non viene affatto in rilievo una controversia tra le parti – le quali, infatti, mirano esclusivamente alla autorizzazione di un accordo negoziale – e, per l'altro verso, la legge attribuisce al solo P. d.T. il compito di disporre

²⁹ Sotto questo profilo, sembrerebbe quasi che in tale evenienza il P. d.R. sia tenuto a proporre una sorta di "autogravame" avverso il proprio provvedimento innanzi al P. d.T., peraltro, come si dirà meglio oltre, con effetto interamente devolutivo.

³⁰ Nonostante la mancanza anche in questo caso di qualunque indicazione legislativa, l'accordo in parola dovrebbe essere accompagnato dalle motivazioni che hanno indotto il P. d.R. a negarne l'autorizzazione

³¹ Cfr. ad es. E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 1285; Trib. Torino, sez. VII, 15.1.2015 (decreto), in *Fam. dir.*, 2015, p. 390 ss. (nota F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*).

la comparizione delle parti e di provvedere senza ritardo, non facendo far alcun riferimento al Tribunale in composizione collegiale.

Ciò posto, avviata la procedura innanzi al P. d.T., possono prospettarsi varie eventualità, alcune agevolmente risolvibili alla luce della lettera e della *ratio* della nuova disciplina, altre meno.

Intanto, non è inutile richiamare l'attenzione sul fatto che il P. d.R. (ai sensi della univoca lettera dell'inciso 3, co 2, art. 6, cit.) è tenuto a trasmettere al P. d.T. l'accordo - lo stesso accordo - che i coniugi hanno raggiunto in sede di negoziazione assistita e che hanno sottoposto al suo esame, senza ottenerne l'autorizzazione, eventualmente perché non hanno accolto i suggerimenti dello stesso magistrato. Nel passaggio dal rito innanzi al P. d.R a quello innanzi al P. d.T., dunque, i coniugi non avrebbero la possibilità di modificare l'accordo raggiunto nell'ambito della negoziazione assistita, sicché è in ordine alla valutazione dell'accordo originario e dei rilievi del P. d.R. che il P. d.T. deve fissare la comparizione delle parti e disporre senza ritardo.

Stando così le cose, se in sede di comparizione personale innanzi al P. d.T. i coniugi decidono di adeguare l'accordo ai rilievi espressi nella fase precedente dal P. d.R. e che avevano indotto quest'ultimo a negare l'autorizzazione, e, naturalmente, se anche il P. d.T. ritiene l'accordo modificato sulla scorta di tali rilievi rispondente all'interesse della prole protetta, quest'ultimo ha senz'altro il potere di autorizzare in via definitiva il nuovo accordo. E ciò, quali che siano le modifiche (più o meno rilevanti) che in tal modo vengano apportate all'originario accordo. Ed invero, a parte il fatto che la convergenza delle valutazioni dei due magistrati circa l'accordo tra i coniugi offre, almeno in linea di principio, maggiori garanzie in ordine alla tutela degli interessi dei figli protetti, questa, probabilmente, sembra essere la soluzione principale (e più lineare) che il legislatore aveva in animo adottando la disciplina in esame³².

Ma come si è anticipato, le eventualità possono essere anche altre.

E così, potrebbe ben accadere che le parti innanzi al P. d.T. insistano nella richiesta di autorizzazione dell'accordo che il P. d.R. non aveva, invece, autorizzato, mentre il P. d.T., eventualmente sulla scorta dei chiarimenti resi personalmente dalle stesse parti, ritenga infondato il diniego del precedente magistrato e, dunque, senz'altro autorizzabile l'accordo.

³² Cfr., però, Trib. Udine 21.12..2015 (di cui dà notizia E. COMAND, *Quando la procura dice no*, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, 2016, n. 1, p. 8). Secondo si legge in tale provvedimento, nonostante le parti avessero aderito innanzi al P. d. T. ai rilievi del P. M., modificando le condizioni dell'accordo, lo stesso P. d. T. ha ritenuto, comunque, necessario "rimettere nuovamente gli atti" al P. M. "affinché valut[asse] se le modifiche apportate [fossero] rispondenti agli interessi del minore onde poi procedere o meno all'autorizzazione dell'accordo". L'interpretazione non è condivisibile, sia perché comporta una inversione dei ruoli che il sistema, in via generale, e la stessa disciplina della negoziazione assistita attribuiscono rispettivamente al P. d. R. ed al P. d. T., sia perché comporta una inutile dilatazione dei tempi nello svolgimento del procedimento: se il P. d. R. ha già espresso le sue valutazioni e le parti innanzi al P. d. T. vi aderiscono, perché mai quest'ultimo dovrebbe rimettere l'accordo che ha recepito le indicazioni del primo ancora una volta al P. d. R. e solo successivamente autorizzare definitivamente l'accordo? O il P. d. T. ritiene l'accordo che recepisce le indicazioni del P. d. R. rispondente all'interesse della prole, ed allora lo autorizza; o ritiene tale accordo contrario all'interesse della prole, ed allora non lo autorizza (salva, naturalmente, l'eventualità che i coniugi innanzi a lui raggiungano una intesa diversa). Sul punto, v., però, quanto si dice *infra* nel testo.

In tal caso, ribadito che l'obiettivo principale dell'art. 6, cit. è quello di favorire la soluzione negoziale dei conflitti familiari in parola, non sembra vi sia alcun ostacolo a che il P. d.T. autorizzi l'accordo. Il giudizio positivo da parte del P. d.T. circa la rispondenza di tale accordo all'interesse della prole, coerentemente con i principi generali che governano la dialettica processuale tra P. M. e giudice, non può non prevalere su quello negativo del P. d.R. Ovvero, detto in altri termini, il parere del P. d.R., nell'ambito della complessiva procedura delineata dall'art. 6, cit., è certamente obbligatorio, ma non vincolante per il P. d.T.³³, pena una incomprensibile inversione del rapporto fisiologico tra pubblico ministero ed organo giudicante. E d'altronde, come è stato efficacemente rilevato, la previsione di due fasi nella procedura in esame, da un punto di vista generale, risponde all'esigenza di "non lasciare senza riscontro l'opinione negativa della procuratore", a differenza di quanto, invece, avviene quando non vi sia la prole oggetto di particolare protezione³⁴. E', dunque, del tutto coerente con i principi che, sempre restando ferma la necessità che persista l'intesa tra le parti, il P. d.T., così come nel caso precedente può concordare con i rilievi del P. d.R. ed autorizzare l'accordo risultante dalle integrazioni suggerite da quest'ultimo, in quello ora in esame, ritenuto, invece, infondato il diniego di autorizzazione dello stesso magistrato, possa autorizzare l'accordo originario³⁵.

Ma innanzi al P. d.T., in astratto, potrebbe accadere anche che per qualche ragione le parti, assistite dai loro avvocati, raggiungano un accordo sensibilmente o, addirittura, radicalmente diverso da quello originariamente sottoposto all'esame del P. d.R.³⁶.

Secondo talune interpretazioni, verificandosi siffatta evenienza o il P. d.T. non potrebbe autorizzare affatto tale accordo, ovvero potrebbe autorizzarlo solo se alla procedura partecipi anche il P. d.R.

Nel primo senso si è espresso, in particolare, il P. d.T. di Torino³⁷, secondo il quale alla possibilità del P. d.T. di autorizzare l'accordo raggiunto dalle parti in sede di comparizione personale, se significativamente diverso da quello originario, in assenza di un apposito parere del P. M., sarebbe d'ostacolo sia "la normativa generale – che prevede l'intervento del P. M. anteriormente al decreto di omologa, o alla sentenza di divorzio congiunto, o ai decreti di modifica *ex art. 710 c.p. c.* o *ex art. 9, legge div.*, sulle condizioni già esaminate dall'organo giudicante"; sia la nuova disciplina a causa dello "svuotamento della funzione" del P. M., considerato 'protagonista principale' del percorso di negoziazione assistita unitamente ai

³³ Cfr. Trib. Termini Imerese 16/24.3.2015, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/12364.pdf>.

³⁴ Così F. P. LUISO, *La negoziazione assistita*, cit., p. 670. Semmai, ci si potrebbe chiedere perché mai il legislatore abbia ritenuto di lasciare senza riscontro il parere negativo del P. d. R. nell'ipotesi in cui non siano presenti figli, nella quale vengono parimenti in rilievo interessi di rilevanza pubblica, quali sono quelli che attengono agli stati coniugali.

³⁵ In tal senso, tra gli altri, Trib. Termini Imerese 16/24.3.2015, cit.; Trib. Torino, sez. VII, 20.4.2015, www.iusexplorer.it

³⁶ Ad esempio, perché lo stesso Presidente non condivida i rilievi del P. d. R., ma al contempo ritenga che l'accordo trasmessogli non sia comunque rispondente all'interesse dei figli ovvero perché durante lo svolgimento dell'udienza di comparizione personale emergano nuovi elementi che consentano o consiglino una diversa composizione del conflitto. E sempre che, naturalmente, i coniugi non preferiscano abbandonare la procedura in corso ed avviare una nuova procedura di negoziazione assistita ovvero affidarsi alle ordinarie procedure giurisdizionali di separazione, divorzio o modifica delle condizioni dell'una e dell'altro.

³⁷ Trib. Torino, sez. VII, 15.1.2015, cit., e, sostanzialmente nello stesso senso, ID, 20.4.2015, cit.

difensori dei coniugi, che in tal modo si realizzerebbe. D'altronde, prosegue lo stesso giudice, "ritenere che l'accordo modificato in maniera significativa in sede di udienza presidenziale debba tornare al P. M. per una nuova autorizzazione", "seppur in astratto aderente all'impostazione del nuovo istituto, che vede il P. M. quale soggetto autorizzante", rappresenterebbe una "soluzione eccessiva e troppo macchinosa"³⁸.

Se non che, prendendo le mosse dal secondo dei rilievi del giudice torinese, e rimanendo nell'ambito della (meramente descrittiva) immagine dallo stesso utilizzata, non sembra affatto che P. M. e legali delle parti possano essere considerati i "protagonisti principali" della negoziazione assistita. Tali, tutt'al più, alla luce della *ratio* della disciplina in esame potrebbero essere considerati i coniugi ed i loro avvocati. Non il P. d.R., al quale l'art. 6, cit., mi sembra in modo abbastanza chiaro, affida esclusivamente il compito di controllare, in prima battuta, la bontà dell'accordo predisposto dai coniugi medesimi, assistiti dai loro avvocati, sotto il profilo della tutela degli interessi dei figli.

Quanto all'altro rilievo del magistrato torinese, evidentemente egli muove dal presupposto che la disciplina generale dell'intervento del P. M. nei procedimenti qui sopra indicati si applichi senz'altro al procedimento che si svolge innanzi al P. d.T., ove l'accordo raggiunto dai coniugi in sede di negoziazione assistita non sia stato autorizzato dal P. d.R.

Prima di giungere a questa conclusione, però, a rigore, occorrerebbe verificare se l'art. 6, cit., specificamente laddove disciplina la fase della procedura innanzi al P. d.T., introduca o meno una *legem specialem* in deroga alla disciplina generale relativa all'intervento obbligatorio del P. M. specificamente nelle cause (a) di separazione personale dei coniugi (art. 70. co. 1, n. 2, c.p. c.), (b) di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, naturalmente con riferimento ai casi di cui all'art. 3, co. 1, n. 2, lett. b, l. div. (art. 5, co. 1, l. div.)³⁹, (c) di modifica

³⁸ Le frasi tra virgolette sono tratte dal provvedimento del P. d.T. di Torino, VII sez., 15.1.2015, cit, il quale, per tentare di aggirare il problema, ha proposto, per così dire, una "terza via", della quale, però, a ben guardare non v'è traccia nella lettera della legge, per quanto essa sia generica e imprecisa ("fissa la comparizione delle parti e provvede senza ritardo"). In particolare, secondo si legge nel provvedimento da ultimo indicato, "nel rispetto del principio di economia processuale", una volta trasmesso dal P. d.R. l'accordo non autorizzato, il P. d.T. potrebbe fissare l'udienza di comparizione consentendo, però, alle parti, le quali non intendano aderire pienamente ai rilievi dello stesso P. d.R., di proporre tempestivamente ricorso per separazione consensuale ovvero ricorso congiunto per divorzio o per la modifica delle condizioni dell'una o dell'altro.

In tal modo, "qualora le parti non depositino alcun ricorso e, comparendo avanti al Presidente, dichiarino di aderire pienamente ai rilievi effettuati dal Pubblico Ministero, l'accordo potrà esser autorizzato dal Presidente" (verificandosi questa evenienza, la procedura rimarrebbe, evidentemente, nell'alveo della "degiurisdizionalizzazione" perseguita dal d.l. n. 132/2014). "Qualora invece le parti depositino un ricorso *ex art. 711 c.p. c.*, ovvero *ex art. 4, co. 16 l. div.* o ancora *ex art. 710 c.p. c.*, l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita dovrà intendersi implicitamente rinunciato (...) e il relativo fascicolo sarà archiviato a seguito di una pronuncia di non luogo a provvedere, mentre un nuovo procedimento, giurisdizionale, con le relative domande e regolarmente iscritto al ruolo con nuovo fascicolo consentirà o la fissazione di udienza davanti al Collegio se si tratti di divorzio o procedimento *ex art. 710 c.p. c.* o art. 9 l. div., con successiva emissione di una pronuncia da parte di detto organo giudicante ovvero, qualora si tratti di ricorso per separazione personale, che, all'udienza fissata avanti al Presidente" *ex art. 6, cit.* "si proceda tanto alla archiviazione dell'accordo quanto, allo svolgimento dell'udienza *ex art. 711 c.p. c.* che verrà fissata per la stessa data e ora sulla base del ricorso già presentato". (Anche le frasi tra virgolette riportate in questa nota sono tratte dal provvedimento del P. d.T. di Torino, VII sez., 15.1.2015, cit.).

³⁹ È opinione prevalente che l'intervento del P. M. sia obbligatorio anche nel procedimento di divorzio su domanda congiunta: così F. TOMMASEO, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, Art. 149 e L.

delle condizioni di separazione riguardanti la prole (art. 710 c.p. c., come modificato da Corte cost. 9.11.1992, n. 416) e (d) di modifica delle condizioni di divorzio relative ai figli (art. 9, co. 1, l. div.). Ed invero, ove a tale interrogativo dovesse risponderci in modo affermativo, sulla base dei principi generali, se ne dovrebbe concludere che la disciplina generale concernente l'intervento obbligatorio del P. M. nelle materie indicate non dovrebbe trovare applicazione nel procedimento che, a seguito della negoziazione assistita, si svolge innanzi al P. d.T. a causa della mancata autorizzazione dell'accordo da parte del P. d.R.

Se questa premessa ha del vero, occorre, pertanto, tentare di fornire una risposta all'interrogativo qui sopra formulato. E tale risposta, riprendendo anche quanto già illustrato, non dovrebbe essere che positiva. In particolare, mentre nei procedimenti tradizionali di separazione consensuale, scioglimento del matrimonio e modifica delle relative condizioni, il P. M., quale mero interveniente è titolare, come si ritiene comunemente, di meri poteri di allegazione e prova⁴⁰; nelle varie procedure disciplinate dall'art. 6, cit., invece, lo stesso P. M. (rectius: il P. d.R.) è titolare esclusivamente di un inedito potere di controllo degli accordi convenuti tra i coniugi, sia ove non siano presenti i figli oggetto di particolare tutela, sia ove tali categorie di figli siano presenti. Ed una volta esercitato tale potere (concedendo o negando i prescritti nullaosta e autorizzazione), egli sembra destinato ad uscire definitivamente di scena:

(a) o perché, non concedendo il nulla osta ai coniugi privi di figli o di prole particolarmente protetta, la procedura si conclude; ed i coniugi che intendano insistere nel procedimento di negoziazione assistita dovranno avviare una nuova negoziazione, sempre che non preferiscano affidarsi ai procedimenti tradizionali;

(b) o perché, concedendo agli stessi coniugi il nulla osta, il loro accordo produrrà gli effetti previsti dal co. 3, dell'art. 6, cit., senza ulteriori interventi di altri organi giudiziari;

(c) o perché, autorizzando l'accordo dei coniugi, genitori di figli oggetto di particolare tutela, tale accordo produrrà direttamente gli effetti previsti dal co. 3, dell'art. 6, cit., senza – si badi – anche questa volta, ulteriori interventi di altri organi giudiziari;

(d) o, infine, perché non autorizzando l'accordo di quest'ultima categoria di coniugi, egli è tenuto a trasmetterlo al P. d.T., che, come si è ripetuto tante volte, convoca le parti e “provvede senza ritardo”, ma senza che la legge faccia più riferimento ad esso.

Peraltro, e pur scontando la infelice formulazione della disposizione relativa ai poteri del P. d.T., richiedere l'intervento del P. d.R., (perché apponga il suo visto? perché esprima il suo parere favorevole?), allorché i coniugi innanzi al P. d.T. pervengano ad un accordo del tutto diverso da quello originario ma ritenuto dallo stesso P. d.T. rispondente all'interesse dei figli, darebbe luogo ad un risultato davvero paradossale. Se le cose stessero così, infatti, mentre il P. d.R., come si è appena detto, ove ritenga l'accordo raggiunto tra i coniugi in sede di negoziazione assistita rispondente all'interesse dei figli, potrebbe autorizzarlo autonomamente senza dover dar conto del suo operato al P. d.T., quest'ultimo, invece, per autorizzare un

1° dicembre 1970, n. 898, *Codice civile, Commentario*, diretto da F. D. BUSNELLI, III ed., Milano, 2010, p. 744. *Contra*, però, A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 128.

⁴⁰ Opinione pacifica. V., comunque, ancora di recente, F. DANOVÌ, *I rimedi alla crisi familiare*, cit., p. 1997, ove anche ragguagli sulla dottrina processualcivile sul tema.

accordo diverso da quello non autorizzato dal P. d.R.⁴¹, ma raggiunto innanzi a sé dai coniugi con l'assistenza dei loro avvocati e, magari, grazie anche ai suoi suggerimenti, dovrebbe, invece, richiedere sempre un qualche assenso allo stesso P. d.R., con una palese inversione dei ruoli funzionali dei due organi.

Per non dire che aderendo alla contraria interpretazione, si dovrebbe concludere che il P. d.T., benché prenda atto della volontà dei coniugi (assistiti dai loro avvocati) di addivenire ad un accordo, in ipotesi, rispondente all'interesse della prole, dovrebbe, comunque, rifiutare la propria autorizzazione, sol perché si tratterebbe di un accordo profondamente diverso da quello originario⁴², e così, eventualmente, costringere le parti a ricominciare da principio la procedura di negoziazione assistita se, non addirittura, indurle a preferire le tradizionali procedure giurisdizionali della separazione, del divorzio e della modifica delle relative condizioni.

Per completezza, giova ricordare che una soluzione analoga a quella qui sostenuta è stata proposta anche dalla giurisprudenza⁴³, ma con una integrazione che non appare convincente.

In particolare, questo orientamento, riallacciandosi alla interpretazione che sembra ormai decisamente prevalente secondo la quale “il rigetto dell'autorizzazione da parte del P. M. ... apre nella procedura di negoziazione un ‘incidente giurisdizionale’, ovvero un procedimento di volontaria giurisdizione che si svolge nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio, in cui il Presidente ... provvede in composizione monocratica (senza che operi alcuna conversione del procedimento in separazione consensuale o divorzio congiunto o modifica concordata)”, statuisce a chiare lettere che in tale fase il P. d.T. “stabilisce se concedere o meno l'autorizzazione richiesta, tenendo conto dei rilievi mossi dal P. M., ma non essendo in alcun modo vincolato dagli stessi”. Con l'ulteriore specificazione che non sussistono “limiti alla possibilità per il P. d.T. di autorizzare anche condizioni [sc. dell'accordo tra i coniugi] assolutamente non in linea con i rilievi mossi dal P. M. e pure del tutto differenti da quelle inizialmente concordate”.

⁴¹ Dunque un accordo dal P. d.R., in tesi, né conosciuto né esaminato, ma che magari, in astratto, se fosse stato convenuto in sede di negoziazione assistita e, dunque, sottoposto al suo controllo, egli avrebbe ben potuto autorizzare senza alcun intervento del P. d.T.

⁴² Cfr. F. DANOVÌ, *Il P. M. nella procedura di negoziazione*, cit., p. 80, il quale, però, se ho ben compreso, sembra consentire al P. d.T. l'autorizzazione delle intese raggiunte dai coniugi innanzi a sé consistenti in mere “integrazioni o modifiche” dell'accordo non autorizzato dal P. d.R., senza prendere espressamente in considerazione l'eventualità che le nuove intese siano radicalmente diverse da quelle originarie. V. anche F. TOMMASEO, *Separazione per negoziazione assistita*, cit., p. 395, per il quale “tutto lascia pensare che nell'udienza fissata dal presidente questi abbia la possibilità non soltanto di verificare la rispondenza dell'accordo agli interessi dei figli minori e quindi di sindacare il negativo apprezzamento del pubblico ministero ma anche di indicare loro ‘le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli’ al fine di dare la propria approvazione: insomma esercitare quei medesimi poteri che già l'art. 158, 2° comma, cod. civ. in modo significativo gli ha riconosciuto nella disciplina della separazione consensuale”. Così dicendo, par di capire, l'A. non sembra affatto escludere che, ove i coniugi accolgano le indicazioni del P. d.T., potrebbe ben accadere che l'accordo definitivamente autorizzato da quest'ultimo sia tutt'altra cosa rispetto a quello convenuto in sede di negoziazione assistita e non autorizzato dal P. d.R. Sul rapporto tra accordo dei coniugi e omologazione nella separazione consensuale, v., C. LUMIA, *La separazione consensuale*, in *Trattato Zatti*, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, t. II, *Separazione e divorzio*, Milano, 2011, p. 1338 ss.

⁴³ Trib. Palermo, sez. I, 1.12.2016, www.iusexplorer.it

A tali assunti segue, però, quasi in forma di *obiter*, la precisazione secondo la quale la “funzione del P. M., instaurato l’incidente giurisdizionale, viene ad esaurirsi (“divenendo in tale incidente il P. M. semplice parte, interveniente necessario *ex art. 70, co. 1, n. 2, c.p. c.*”) e ad essere assunta integralmente dal P. d.T.” In tal modo, par di capire, secondo il provvedimento in esame, il P. d.T. ha bensì il potere di approvare le intese raggiunte dai coniugi innanzi a lui anche se profondamente diverse da quelle originarie, ma alla presenza del P. M.

Come si è detto *supra*, però, la presenza del P. M. nella fase che si svolge innanzi al P. d.T. non sembra prevista dalla disciplina in esame.

Non resta, allora, che prendere atto che la (poco ponderata) nuova disciplina della soluzione negoziale dei conflitti familiari in esame, quanto agli accordi tra i coniugi, genitori di figli oggetto di particolare tutela, ha attribuito al P. d.R. ed al P. d.T. poteri del tutto autonomi, nel duplice senso che il P. d.R. può autorizzare o non autorizzare l’accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita secondo le sue proprie valutazioni, e corrispondentemente il P. d.T., cui sia stato trasmesso l’accordo non autorizzato dal P. d.R., può autorizzare qualunque accordo le parti raggiungano innanzi a lui e che egli ritenga corrispondente all’interesse dei figli, si tratti dell’accordo originario, non ritenendo fondati i rilievi del P. d.R. ovvero di un accordo più o meno diverso dal precedente.

A rigore, ci si potrebbe anche interrogare sulla ragione per cui il legislatore, piuttosto che prevedere due distinte procedure, una innanzi al P. d.R. e l’altra innanzi al P. d.T., non abbia pensato di affidare il compito di autorizzare o non autorizzare l’accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita (e, perché no?, anche il compito di concedere o non concedere il nullaosta, ove non vi siano figli) ad un’unica procedura con la presenza di entrambi i magistrati.

In tal modo, però, si sarebbe ottenuto il non auspicabile risultato di aggravare d’un sol colpo sia il carico di lavoro dei Presidenti di Tribunale sia quello dei Procuratori della Repubblica. Con la soluzione adottata, invece, specie se si condivide la lettura qui proposta, l’inconveniente prospettato dovrebbe risultare quantomeno ridimensionato.

In termini più precisi, dall’art. 6, cit., coerentemente con l’esigenza di privilegiare le soluzioni negoziali dei conflitti coniugali e con l’esigenza di abbreviare i tempi delle relative procedure, favorendo altresì nella misura maggiore possibile le ragioni di economia processuale, quanto alla materia delle autorizzazioni, sembra potersi desumere che il P. d.R. è tenuto ad esprimere la propria valutazione solo sulla base del testo dell’accordo predisposto e, naturalmente, della documentazione che i coniugi sono tenuti ad allegare. Dunque, a seguito, di un esame che, in linea di principio, può svolgersi in tempi molto contenuti e che, comunque, non richiede adempimenti particolarmente laboriosi. In tal modo, se l’autorizzazione è concessa dal P. d.R., il P. d.T. è corrispondentemente sollevato dal compito di occuparsi della vicenda. Se, però, il P. d.R. non ritiene l’accordo rispondente all’interesse dei figli, né per renderlo tale sono sufficienti le modifiche che (se lo si ammette) lo stesso magistrato potrebbe suggerire, il P. d.R. non potrà che trasmetterlo con i propri rilievi al P. d.T.

Quest’ultimo, a sua volta, grazie alla duttile struttura del rito camerale, valutando, anche sulla scorta dei chiarimenti forniti dai coniugi, le peculiarità del caso di specie, lungi dal limitarsi a dare meccanica attuazione alle indicazioni del P. d.R., dovrebbe contribuire fattivamente alla conclusione di un accordo tra i coniugi, assistiti dai loro legali,

rispondente all'interesse della prole; quando, addirittura, non ritenga, in contrasto con il parere espresso dal P. d.R., che l'accordo originario sia rispondente a tali interessi, e dunque, autorizzi *tout-court* tale accordo. In un certo senso, il P. d.T., una volta investito dal P. d.R. della questione, dovrebbe far uso dei poteri che gli attribuisce il rito camerale per incoraggiare la prosecuzione dell'attività negoziale avviata dalle parti con l'assistenza dei propri avvocati. E, ove un accordo venga raggiunto, se rispondente all'interesse della prole (il cui ascolto, almeno in questa fase, appare particolarmente auspicabile) autorizzarlo senz'altro.

7. Breve postilla conclusiva.

Il provvedimento del Presidente della I sez. del Tribunale di Roma, dal quale hanno preso le mosse queste osservazioni, in più di un passaggio, a cominciare da quello in cui richiama espressamente il precedente del Trib. Palermo, sez. I, 1.12.2016, esaminato nel § precedente e laddove insiste ripetutamente sulla esigenza che l'intervento del P. d.T. assolva fundamentalmente "ad un ruolo conservativo" dell'accordo raggiunto dai coniugi, senza precisare espressamente se debba trattarsi dell'accordo già sottoposto al controllo del P. d.R. ovvero di un ipotetico nuovo accordo raggiunto innanzi a sé⁴⁴, sembrerebbe aderire all'idea, qui suggerita, secondo la quale il P. d.T. può autorizzare gli accordi raggiunti dai coniugi in sede di comparizione personale, anche se del tutto diversi da quelli originariamente stipulati e non autorizzati dal P. d.R.

In realtà, però, lo stesso provvedimento in altri passaggi, pur escludendo "che le conclusioni del PM siano vincolanti per il Presidente, il quale potrà tanto assentire tanto dissociarsi tanto modulare le condizioni concordate", statuisce, peraltro, abbastanza esplicitamente, che il P. d.T. può solo sollecitare "parziali modifiche o integrazioni dell'accordo" originario.

Un provvedimento, dunque, che ben esprime le incertezze ancora lungi dall'essere interamente superate nell'interpretazione di un istituto che, di fatto, sconvolge consolidati principi di natura sia sostanziale che processuale. Ma che, forse, tende, prudentemente, a spianare la strada all'interpretazione qui, sommessamente, proposta.

Il provvedimento non fa, invece, alcun cenno alla questione dell'ascolto dei minori e ciò nonostante nel caso di specie i coniugi che hanno fatto ricorso alla negoziazione assistita fossero genitori di due figli minori (rispettivamente di 9 e 16 anni). Analogamente

⁴⁴ Si legge, ad esempio, in alcuni passaggi di tale provvedimento: "è evidente che l'intervento del Presidente, pur se non vincolato dalle conclusioni del PM, rappresenta un limite all'accordo delle parti; tuttavia tale limite si esercita pur sempre all'interno della procedura, assolvendo ad un ruolo conservativo dell'accordo stesso"; "La finalità conservativa dell'accordo, riconoscibile nell'intervento del Presidente, e coerente con il disegno complessivo del sistema, orientato verso forme di risoluzione del conflitto alternative alla giurisdizione, non è incompatibile con il ventaglio di opzioni che si prospetta alle parti: abbandonare la negoziazione assistita e rivolgersi alla giurisdizione, aderire alle richieste del PM, confermare le posizioni o modificarle solo in parte, laddove ogni soluzione non può più tenere conto soltanto delle indicazioni del PM, ma adeguarsi anche alle indicazioni del presidente al quale viene trasferito il potere di autorizzare l'accordo stesso ovvero di negarlo in via definitiva".

silenzio sul punto ha serbato anche il P. d.R. nella fase precedente, almeno a quanto è dato desumere dal medesimo provvedimento.

Se ne deve, pertanto, desumere che con riferimento a questo problema, a differenza di quanto rilevato a proposito del precedente, non solo i magistrati, ma anche gli avvocati, chiamati a svolgere nella negoziazione assistita un ruolo di primo piano, faticano ancora a prenderne piena consapevolezza.