

La degiurisdizionalizzazione dei procedimenti di separazione e divorzio. Osservazioni a prima lettura *

di Angela Cossiri **
(27 ottobre 2014)

Il d.l. n. 132 del 12 settembre 2014, rubricato «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia civile» introduce, tra l'altro, nuove procedure di separazione e divorzio. In sede di conversione, il testo è stato "blindato" dal Governo attraverso un maxiemendamento interamente sostitutivo del d.d.l., in parte difforme dal testo licenziato in Commissione referente contrariamente alla prassi, sul quale è stata posta la questione di fiducia. Si prescinde in questa sede dalle osservazioni di natura costituzionalistica che la procedura di approvazione dell'atto sollecita e ci si concentra, invece, sui soli profili di contenuto.

Anche in considerazione dell'esigenza, ritenuta prioritaria nel contesto di crisi economica, di rendere la giustizia civile un settore volano di crescita e sviluppo, e non invece una causa di arretramento del sistema Paese in dinamiche economiche internazionali estremamente competitive, il Governo è intervenuto d'urgenza in funzione deflattiva del contenzioso civile, perseguendo l'obiettivo di riallineare l'efficienza del sistema italiano di tutela giurisdizionale – dietro al quale si cela un problema di effettività dei diritti sostanziali – allo *standard* degli altri Paesi europei e al termine di ragionevole durata del processo, imposto dall'art. 6, par. 1, Cedu (v. Relazione al d.l.). A questa medesima *ratio* sono ispirate le numerose riforme intervenute nel settore negli ultimi decenni (sono stati contati 47 interventi sul codice di rito dal 1990 ad oggi – G. SILECI, // *sole 24 ore*, 8 ottobre 2014), che però non hanno prodotto risultati significativi nella direzione auspicata di velocizzare il processo e intaccare il dato – a tutt'oggi relevantissimo – del contenzioso pendente arretrato, destinato ad innescare un circolo vizioso di rallentamenti (i procedimenti aperti sono circa 5 milioni, secondo l'Annuario statistico italiano 2013, Sez. giustizia, a cura dell'Istat). L'intervento normativo persegue la finalità di riduzione del contenzioso civile, oltreché attraverso misure di semplificazione o volte ad incrementare la funzionalità dei procedimenti, attraverso due nuovi strumenti di rilievo generale: anzitutto, la possibilità di trasferire in sede arbitrale le cause pendenti di fronte all'Autorità giudiziaria; in secondo luogo, la promozione di mezzi alternativi alla risoluzione delle controversie che sarebbero in via ordinaria devolute alla cognizione del giudice. Per quanto attiene questa seconda via, si introduce un nuovo istituto, conosciuto nell'ordinamento francese, la "negoziata assistita", che consiste in una procedura cogestita dagli avvocati delle parti in lite – talvolta prevista come condizione di procedibilità dell'azione civile –, il cui obiettivo è il raggiungimento di un accordo conciliativo che eviti l'istaurazione del giudizio e consenta in tempi rapidi la formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale.

La riforma si inserisce in un quadro di innovazioni legislative che ormai da qualche tempo hanno avviato un processo di modifica del ruolo che nell'ordinamento è attribuito all'avvocato, i cui compiti non sono più solo quelli tradizionali della rappresentanza in giudizio dei litiganti, bensì consistono anche nella compartecipazione alla procedura (ad es. attraverso attività di acquisizione delle prove che erano classicamente riservate ai giudici), nella prevenzione delle controversie e, talvolta, nella loro risoluzione attraverso

* Scritto sottoposto a *referee*.

un ampio strumentario. Modifiche che sembrano valorizzare la professione forense e prefigurare nuove opportunità, specie a vantaggio delle giovani generazioni.

Le novità in materia di separazione e divorzio sembrano inserirsi, a loro volta, nel contesto di alcuni interventi che investono la famiglia (si pensi, ad es., alla proposta di istituzione di sezioni specializzate di Tribunale dedicate alla famiglia e ai minori), che potrebbero prefigurare un nuovo modello di tutela giurisdizionale dei diritti delle persone nell'ambito della primaria formazione sociale. In particolare, la riforma interessa le tre procedure che definiscono la separazione personale dei coniugi, la cessazione degli effetti civili o lo scioglimento del matrimonio ed, infine, la modifica delle condizioni di separazione e divorzio già intervenute: nel testo del maxiemendamento, i coniugi che consensualmente intendano sciogliere o modificare il legame matrimoniale, oltre a poter seguire la tradizionale via giudiziaria, hanno la facoltà di scegliere in via alternativa due procedure più celeri, applicabili sia a cause già pendenti di fronte all'Autorità giudiziaria, sia a procedimenti nuovi.

La prima, prevista nell'art. 6 del d.l., consente di procedere mediante «negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte» per l'ottenimento degli effetti delle procedure indicate. Sull'accordo raggiunto è previsto un vaglio giudiziario affidato al Pubblico ministero: in caso di presenza di figli minori, incapaci, portatori di *handicap* grave o non economicamente autosufficienti, il PM è chiamato a valutare se esso risponde all'interesse della prole; se l'accordo non supera il controllo, viene trasmesso al Presidente del Tribunale che fissa la comparizione delle parti. Ove non ricorra la presenza di figli nelle condizioni indicate, al medesimo magistrato è attribuito invece il compito – la cui *ratio* non sembra del tutto comprensibile – di verificare che non sussistano irregolarità e di rilasciare un nullaosta. Col maximendamento torna il tentativo di conciliazione, che nel decreto legge era stato opportunamente superato, stavolta previsto tra i compiti degli avvocati assistenti, i quali – oltre ad dar atto del suo espletamento – dovranno altresì informare separandi e divorziandi della possibilità di esperire la mediazione familiare. Tale istituto però perde con questa riforma il suo carattere di indefettibilità ordinamentale, posto che è previsto esclusivamente nella negoziazione e non anche nella procedura semplificata che si illustrerà in seguito. Rispetto alla formulazione precedente, le modifiche apportate – che in gran parte accolgono le richieste formulate in sede di audizione da avvocati e magistrati (v. Raccolta contributi degli auditi sul d.d.l. n. 1612, a cura della Segreteria della Commissione Giustizia del Senato, 24 e 25 settembre 2014, in senato.it) –, a fronte del ritorno del vaglio giudiziario attribuito al PM, ampliano l'area della negoziazione assistita, venendo meno la condizione dell'assenza di figli minori, incapaci o non economicamente autosufficienti, originariamente prevista per l'utilizzabilità della nuova procedura.

La seconda possibilità offerta ai coniugi, purché non vi sia prole nelle peculiari condizioni indicate, è una procedura semplificata, disciplinata nell'art. 12, che non necessita dell'assistenza di un avvocato, per cui le parti possono concludere un accordo innanzi all'ufficiale dello stato civile (nella persona del Sindaco) del Comune di residenza di una di esse o del Comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio. La dichiarazione consensuale, in questo caso, non può contenere patti di trasferimento patrimoniale – divieto che si giustifica in ragione della complessità delle regole sulla circolazione dei beni –, che evidentemente potranno essere conclusi in altra sede ed indipendentemente dalle vicende del vincolo coniugale. Col maxiemendamento sono apportate modifiche, che, se per alcuni versi potrebbero costituire un arretramento rispetto alle radicali liberalizzazioni che sembravano prospettarsi, mantengono tuttavia l'innovativa possibilità di ottenere separazione e divorzio consensuali senza avvocati e senza giudici, ove ricorra la condizione

dell'assenza di interessi antagonisti che richiedano tutela pubblicistica: in particolare, in sede di conversione vengono inserite la possibilità di ricevere assistenza facoltativa dell'avvocato – senza che però venga meno la possibilità di procedere personalmente –, e una fase successiva necessaria di conferma dell'accordo, per cui i coniugi, su invito dell'ufficiale di stato civile, dovranno comparire una seconda volta di fronte allo stesso, non prima di 30 giorni dalla prima, per confermare la propria volontà.

La disposizione si applica per espressa previsione a decorrere dal 30° giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione. Questo rinvio costituisce il profilo costituzionalmente più critico della nuova disciplina, posto che le ragioni d'urgenza che impediscono l'utilizzo del normale procedimento legislativo e giustificano l'adozione del decreto-legge sono così negate *expressis verbis*. Risulta dunque evidente alla stregua di un indice intrinseco – sindacabile dalla Corte –, la carenza del presupposto di urgente necessità, richiesto dal dettato costituzionale (secondo la teoria elaborata nelle note sentenze n. 171 del 2007 – spec. par. 6 cons. dir. – e n. 128 del 2008, sulle quali, ad es., R. ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in Foro it., 7/8, 2007, p. 1986 ss. e A. RUGGERI, *"Evidente mancanza" dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008)*, *ivi*, 10, 2008, p. 3048 ss.). Alla luce delle modalità di funzionamento del sistema di giustizia costituzionale, non è però semplice immaginare come questa disposizione, che in via ordinaria non dovrebbe essere oggetto di applicazione giudiziaria, possa giungere all'esame della Corte costituzionale.

Questa seconda procedura semplificata qui illustrata non incide – neppure limitatamente ai casi particolari per i quali è utilizzabile – sul problema strutturale posto dalla normativa italiana che disciplina la definizione delle crisi coniugali, cioè la condizione di procedibilità dello scioglimento del matrimonio (o della cessazione dei suoi effetti civili) consistente nel periodo di separazione triennale richiesto dalla legge per accedere alla richiesta. Inoltre, gli effetti di deflazione del contenzioso che potrebbe produrre sembrano limitati ad una percentuale residuale di casi (la Relazione tecnica al d.l. indica un numero di 40mila i casi pendenti che rientrerebbero nell'ambito di applicazione della norma), la cui definizione in Tribunale è in genere piuttosto celere e «di irrilevante impegno nel complesso dell'attività giurisdizionale» (così la Commissione di studio ANM di diritto e procedura civile, *Osservazioni su d.l. 132 per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, 18 settembre 2014, disponibile in [associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it)). Pur con questi limiti, però, le innovazioni che produce la disciplina introdotta dall'art. 12 appaiono di rilievo per diverse ragioni. Anzitutto per la prima volta il legislatore sceglie di attribuire il potere sostanziale di produrre un effetto giuridico incidente sul costituito rapporto di coniugio ad un atto di parte, anziché ad un provvedimento giurisdizionale. L'innovazione, contenuta nelle pieghe di un provvedimento "minore" per il diritto di famiglia, è di portata sistematica, poiché la definizione della crisi matrimoniale viene per la prima volta posta nell'esclusiva dimensione dell'autonomia privata e la volontà dei soggetti acquista una posizione di primo piano, di fatto mai raggiunta in questo ambito. Con riferimento al profilo della tutela degli interessi individuali coinvolti nella fattispecie, oltre a ridursi i tempi della procedura in conseguenza all'auspicata eliminazione dell'attesa dell'udienza presidenziale, viene rimosso l'obbligo di sostenere un costo non irrisorio per l'acquisto di servizi legali, potenzialmente produttivo di discriminazioni economiche nell'esercizio di un diritto fondamentale. La norma rimuove, infine, un costo a carico della fiscalità generale, derivante dall'attivazione della funzione giurisdizionale dello Stato, che difficilmente sembra trovare giustificazione nei casi interessati dalla nuova procedura. Si proverà ad illustrare quanto sostenuto, inquadrando la questione nella prospettiva

costituzionalistica che riconosce l'esistenza di un diritto fondamentale degli individui all'autodeterminazione della vita privata e familiare. La giurisprudenza della Corte Edu sul diritto al matrimonio ex art. 12 (che trova tutela anche nell'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e, ora, nell'art. 6 della Carta dei diritti fondamentali Ue) e sul diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 è copiosa, seppure la Convenzione non tuteli il diritto al divorzio (cfr. C. Edu, Johnston c. Irlanda, 18 dicembre 1986). Anche dalla giurisprudenza costituzionale si ricavano elementi in questo senso: si citano, solo a titolo di esempio, le sentenze n. 138/2010, sul matrimonio omosessuale e n. 245/2011, sul diritto fondamentale al matrimonio per gli stranieri irregolarmente soggiornanti, nonché le più recenti pronunce n. 162/2014, sul divieto di fecondazione eterologa, e n. 170/2014, sul cd. divorzio "imposto". Il principio dell'autodeterminazione nella vita familiare è coerente con la natura della famiglia "di formazione sociale di cui si svolge la personalità degli individui", che riceve tutela proprio in quanto funzionale allo sviluppo delle libertà umane e non in quanto articolazione sociale tipica. È per questa ragione che la tutela costituzionale non è "della famiglia", ma "delle famiglie", cioè per tutte quelle differenti formazioni sociali che in una società multiculturale e pluralista sono scelte dagli individui, con il loro differente sentire, come luogo di sviluppo della propria persona. Nella misura in cui si può rintracciare nell'ordinamento una libertà fondamentale di determinazione della vita familiare, inclusiva della libertà matrimoniale, dovrebbe ritenersi sussistente anche una libertà fondamentale degli individui di sciogliere il legame coniugale. La compressione di questa di libertà potrebbe essere legittima, ma solo a patto che tale limitazione o compressione sia funzionale all'esigenza di tutelare un altro interesse di pari rilievo. Ove non sia rintracciabile un interesse di rango fondamentale antagonista rispetto alla libertà di autodeterminazione dei coniugi – e nei casi particolari a cui la procedura semplificata si riferisce parrebbe non sussistere –, non si vede come tale libertà possa trovare legittima compressione. Da questo punto di vista, potrebbero presentare profili di problematicità sia il lungo periodo di separazione richiesto dalla legge per raggiungere l'agognato traguardo dello scioglimento del matrimonio – cui si aggiungono i tempi processuali –, sia il costo della procedura, potenzialmente produttivo di discriminazioni. Lo *spread* che investe la tutela dei diritti in Europa ha generato persino un fenomeno di "turismo divorzile" – analogamente a quanto è accaduto per la fecondazione eterologa medicalmente assistita –, che interessa un numero significativo di coppie italiane, le quali, utilizzando l'opportunità offerta dal Regolamento CE 44/2001 sul riconoscimento delle decisioni civili, preferiscono accedere allo scioglimento, trasferendosi temporaneamente in altri Paesi Ue, in cui le procedure assumono tempi e modalità più rispettosi delle volontà individuali.

La natura dell'azione di separazione o di divorzio è, per la giurisprudenza e la dottrina processual-civilistica ampiamente maggioritarie, quella di una azione costitutiva necessaria nell'ambito della tutela di cognizione. Il processo ha sostanza contenziosa solo in quanto strumentale all'attuazione di un diritto potestativo alla modificazione di uno *status* personale (cfr. gli ampi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza in E. VULLO, *Articolo 706 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto della famiglia, II ed.*, Cedam, 2011, p. 2498s.). Il ruolo del giudice in questo caso è, dunque, quello del soggetto dell'ordinamento chiamato non a risolvere un conflitto, bensì a verificare l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge per accedere alla modifica richiesta. Osservando le cose da questa angolazione, emerge una asimmetria tra il momento costitutivo del rapporto di coniugio, che è nell'alveo dell'autonomia privata, di fronte all'ufficiale di stato civile, senza l'intervento dell'autorità giurisdizionale, e quello estintivo del rapporto, che, invece, sino ad oggi ha richiesto l'attivazione della funzione giurisdizionale dello Stato. Una siffatta composizione degli interessi in gioco sarebbe legittima, solo ove si potesse

accordare alla famiglia legittima in quanto tale una protezione costituzionale autonoma dalla tutela dei diritti degli individui che la compongono. Tesi che – come detto – non può trovare sostegno nell’orizzonte costituzionale. Ne segue che, con riferimento alla fattispecie in esame – in cui non ci sono altri diritti fondamentali potenzialmente confliggenti che l’ordinamento deve tutelare –, l’attivazione della funzione giurisdizionale dello Stato appare priva di giustificazione. La norma di cui all’art. 12 parrebbe ricondurre i due momenti (costitutivo ed estintivo) a fisiologica simmetria, nella direzione di un più corretto bilanciamento.

** Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico nell’Università di Macerata