



DIRITTI DISPONIBILI E INDISPONIBILI

[voce aggiornata al dicembre 2014]

- I. Quali sono le caratteristiche del diritto disponibile?
- II. Da dove si evince che un diritto è indisponibile?
- III. Qual è il rapporto tra norme imperative e diritti indisponibili?
- IV. In che modo l'ordine pubblico costituisce un limite alla disponibilità dei diritti?
- V. Qual è l'ambito tradizionale di indisponibilità dei diritti nel diritto di famiglia?
- VI. In che modo la negoziazione assistita da avvocati in sede di separazione e divorzio comporta il riconoscimento di una significativa espansione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia?

I Quali sono le caratteristiche del diritto disponibile?

L'art. 806 del codice di procedura civile prevede che *"le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili"*. L'art. 2 del D.Lgs 4 marzo 2010, n. 28 precisa che *"chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili"*. L'art. 2 del D. L. 12 settembre 2014, n. 132 prescrive che l'oggetto della controversia di cui si tenta la composizione mediante negoziazione assistita da avvocati *"non deve riguardare diritti indisponibili"*.

L'interesse pratico, quindi – e non solo teorico - ad una corretta delimitazione dell'area dei diritti disponibili rispetto a quella dei diritti indisponibili è legato al fatto che il legislatore attribuisce ai privati nel campo dei soli diritti disponibili la responsabilità diretta per una soluzione delle loro controversie con modalità alternative a quelle del tradizionale sistema giudiziario di risoluzione dei conflitti.

Nessuna norma giuridica dà la definizione del concetto di disponibilità e di indisponibilità dei diritti. La distinzione nasce tradizionalmente nell'ambito del diritto privato per differenziare i diritti di cui liberamente una persona può disporre da quelli che escludono questa possibilità.

Per definizione l'area della disponibilità coincide con quella della negoziabilità: il contratto è il terreno in cui i privati possono sperimentare il massimo di disponibilità nel costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici e quindi nel dare piena attuazione ai propri diritti. L'art. 1322 del codice civile (la disposizione centrale in tema di autonomia privata) definisce l'ampiezza di questa disponibilità prevedendo che *"le parti possono*

liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge ed anche concludere contratti atipici purché meritevoli di tutela". La regola generale, quindi, è che nell'ambito dei rapporti tra privati vi è piena disponibilità dei diritti. L'indisponibilità costituisce l'eccezione.

La disponibilità dei diritti coincide, quindi, con il riconoscimento della loro piena negoziabilità.

Pertanto la disponibilità dei diritti oggetto di una controversia consente alle parti l'arbitrato, la mediazione civile, la negoziazione assistita.

Tutto il sistema alternativo a quello giudiziario di risoluzione delle controversie (ADR) è costruito intorno al principio di negoziabilità delle controversie su diritti disponibili.

Ciò avviene anche quando parte della controversia è una pubblica amministrazione - nonostante che nel nostro sistema ordinamentale manchi un principio generale in tema di conciliazione stragiudiziale esteso alla pubblica amministrazione - quando la responsabilità della PA abbia natura extracontrattuale, come è attestato dall'art. 1 del D. L. 12 settembre 2014, n. 132 come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162 che consente il trasferimento in sede arbitrale delle cause tra privati e pubblica amministrazione aventi ad oggetto controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento a qualunque titolo di somme di denaro. Alla medesima soluzione si era giunti anche in materia di mediazione civile e commerciale; a fare luce sul tema era stato un chiarimento del dipartimento della Funzione pubblica con la circolare 9/2012 del 10 agosto 2012 emanata per assicurare un'omogenea attuazione della mediazione civile e commerciale da

parte della pubblica amministrazione con il quale viene estesa la mediazione civile e commerciale anche al settore pubblico ma limitatamente alle controversie che implicano una responsabilità della PA "per atti di natura non autoritativa". Resta sempre invalicabile, quindi, nelle controversie anche con la PA il confine della natura disponibile del diritto fatto valere.

La natura disponibile del diritto segna anche il confine della negoziabilità nell'ambito dei tradizionali istituti previsti nel sistema civilistico.

Per la validità della transazione, per esempio - con cui le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevenendo una lite che potrà sorgere tra di loro - "le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite" (art. 1966). Ugualmente la confessione "non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto, a cui i fatti confessati si riferiscono" (art. 2731 c.c.). Anche il giuramento è ammesso soltanto su fatti e questioni concernenti diritti disponibili (l'art. 2736 c.c. prescrive, infatti, che "per deferire o riferire il giuramento si chiedono le condizioni indicate dall'articolo 2731". Come si vede il codice si limita a prevedere che l'oggetto necessario di queste situazioni deve essere un diritto disponibile ma non definisce neanche il concetto di disponibilità lasciando all'interprete quindi il compito di verificarlo. Una operazione che l'interprete può fare sfogliando i repertori di giurisprudenza per scoprire in quali controversie il diritto oggetto della transazione, della confessione o del giuramento è stato considerato disponibile o indisponibile. Un'altra disposizione che merita la stessa attenzione è la norma che, in tema di prescrizione, esclude che i diritti indisponibili siano soggetti a prescrizione (art. 2934 c.c.). Interessante potrebbe essere anche un repertorio di giurisprudenza sul giudizio di equità: infatti l'art. 114 c.p.c. precisa che "il giudice... decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concordemente richiesta".

Per quanto concerne le controversie in materia di nullità dei contratti seppure la giurisprudenza le ritiene vertenti su diritti disponibili (Cass. sez. III, 19 dicembre 2000, n. 15941 in cui si afferma esplicitamente che "Il ricorso all'arbitrato non è escluso, in linea di principio, per le questioni attinenti alla nullità dei contratti, vertendosi in materia di diritti disponibili") occorre riconoscere che - come si dirà - quanto meno le cause di nullità del contratto per illiceità o per contrarietà alle norme di legge costituiscono situazioni di contrasto dell'atto privato con norme imperative e quindi indisponibili. Pertanto si deve ritenere che le controversie concernenti tali categorie di nullità del contratto non possano essere oggetto di mediazione finalizzata alla conciliazione o di negoziazione assistita, anche in considerazione del fatto che non è opportuno attribuire alle parti il potere di ottenere con un atto di disposizione un effetto vietato dalla legge.

Possono essere oggetto di mediazione e di negoziazione assistita le controversie relative all'impugnazione di atti o delibere societarie che abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale nonché le controversie promosse da amministratori, liquidatori o sindaci, ovvero nei loro confronti (così argomentando dall'art. 34 decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5). Tutto ciò nella prospettiva di una ormai generalizzata arbitrabilità di tali controversie (BENEDETTI, CONSOLO,

RADICATI DI BROZOLO, Commentario breve al diritto dell'arbitrato, Padova, 2010, 37) e perciò anche di una loro mediabilità e negoziabilità.

Il tema della espansione dell'autonomia privata è stato al centro negli ultimi decenni di un importante dibattito in dottrina e in giurisprudenza anche nel diritto di famiglia, uno dei terreni da sempre più impermeabili rispetto al riconoscimento della negoziabilità. Non c'è più nessuno disposto a scommettere oggi sulla natura pubblicistica del diritto di famiglia come si riteneva in passato. Si afferma, piuttosto, che alcuni settori del diritto di famiglia sono meno aperti alla negoziabilità rispetto ad altri. Così la giurisprudenza - che pure ammette la libera modificabilità delle condizioni di separazione e divorzio a condizione che non si varchino i limiti dell'inderogabilità dei diritti (tra le tante **Cass. sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20290**) - è del tutto restia ad accettare che i coniugi possano predeterminare validamente le condizioni del loro divorzio attribuendo efficacia stabile all'assetto concordato di separazione (tra le tante **Cass. civ. Sez. I, 10 marzo 2006, n. 5302**). E di fatto, oltre a questo ambito, il terreno della indisponibilità è soprattutto circoscritto a quello delle relazioni tra genitori e figli e in genere nell'ambito dei diritti dei minori, dove però la negoziabilità è paradossalmente ampiamente incoraggiata. Lo attesta tutta la legislazione in materia di affidamento condiviso dei figli in sede di scissione della coppia genitoriale e del loro mantenimento, dove il legislatore ha voluto dare al tema degli accordi tra i genitori il massimo di rilevanza auspicandoli e in più parti ribadendone la opportunità. Tuttavia qui la negoziabilità, pur auspicata e incoraggiata, non ha l'effetto di condurre ad accordi validi senza l'intervento del tribunale e pertanto ci troviamo in un ambito in cui da un lato la negoziabilità viene valorizzata e dall'altro però limitata dalla necessità del controllo del tribunale.

Fenomeno che tocca anche quel segmento dei rapporti patrimoniali tra coniugi relativo alla determinazione di un assegno in unica soluzione dove al tribunale viene attribuito il compito di valutare la congruità e l'equità dell'accordo patrimoniale.

Al di fuori di queste evenienze (rapporti tra genitori e figli e una tantum divorzile) il riconoscimento della negoziabilità coincide con la piena efficacia e validità degli accordi raggiunti. Neanche in sede di separazione consensuale il sistema può spingersi fino al punto di impedire - al di fuori dell'area delle relazioni tra genitori e figli - la omologazione dell'accordo.

Le riforme sulla separazione e sul divorzio introdotte nell'ambito della nuova disciplina sulla negoziazione assistita (D. L. 12 settembre 2014, n. 132 come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162) hanno spostato l'equilibrio tradizionale - come si vedrà meglio più oltre - attenuando l'indisponibilità che ha sempre permeato questo settore del diritto.

II

Da dove si evince che un diritto è indisponibile?

La natura indisponibile di un diritto non può che essere dedotta da una norma giuridica. Non possono esserci diritti indisponibili che non abbiano la loro fonte in una norma cosiddetta imperativa (costituzionale o di rango ordinario). La fonte normativa è quasi sempre facilmente individuabile.

Si consideri per esempio l'art. 806 c.c. (*"Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili"*) che al secondo comma prevede che *"le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro"* con ciò lasciando intendere chiaramente che le controversie giuslavoristiche costituiscono un settore di indisponibilità (per così dire, però, relativa in quanto non ne è esclusa la arbitrabilità se la legge o gli accordi sindacali lo prevedono). Il che trova conferma nell'art. 2113 c.c. che prevede l'invalidità delle rinunzie e della transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti e accordi collettivi salvo che la rinuncia o la transazione non sia avvenuta in sede giudiziaria (art. 185 c.p.c.) o in sede di conciliazione sindacale o presso i collegi di conciliazione e arbitrato (cui si riferiscono gli articoli 410, 411, 412-ter, 412-quater c.p.c.).

Quanto sopra ci offre anche una altra preziosa indicazione. E cioè che anche i diritti indisponibili, se negoziati nelle sedi protette (indicate dalla legge), possono presupporre una ampia negoziabilità. Non esiste pertanto una ontologica incompatibilità tra indisponibilità e negoziabilità. Si vedrà più oltre come questa conclusione trovi una verifica significativa proprio nel diritto di famiglia.

Continuando nell'esame della legislazione per verificare dove la legge prevede settori di indisponibilità dei diritti si poteva in passato fare riferimento al precedente testo dell'art. 806 c.p.c. il quale prevedeva - nel testo non riprodotto dopo la riforma della disposizione avvenuta del 2006 - che *"Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione"*. Qui chiaramente e direttamente la legge individuava le controversie di lavoro e previdenziali nonché le questioni di stato e il settore della separazione dei coniugi come aree di indisponibilità dei diritti. La norma, come detto, è stata modificata nel 2006 e per quanto riguarda la separazione dei coniugi ciò è avvenuto molto opportunamente in quanto non si può oggi affermare che tutta l'area della separazione coniugale sia caratterizzata dalla indisponibilità dei diritti. Ne restano fuori certamente quanto meno i rapporti patrimoniali tra coniugi.

La disponibilità coincide con la piena legittimità a trasferire ad altri un diritto. I diritti indisponibili sono invece intrasferibili, inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili, impignorabili e non usucapibili.

Quindi in sostanza si tratta di diritti di cui il titolare non può disporre e che conseguentemente non può trasferire.

Il tema è stato oggetto di un approfondimento giuridico interessante legato ad una pronuncia del Tribunale di Varese il quale in un giudizio di disconoscimento di paternità ha ritenuto che il principio di non contestazione, così come disciplinato dall'art. 115, comma 1, c.p.c. dopo la riforma intervenuta con la legge 69/2009, non trova applicazione laddove la controversia abbia ad oggetto diritti indisponibili della persona (Tribunale di Varese, 27 novembre 2009, in *Famiglia e diritto*, 2010, 2, 572).

La decisione ha indotto una riflessione in dottrina sul tema proprio della latitudine del concetto di indisponibilità dei diritti.

Si è ben sintetizzato in proposito (Carratta, Principio di non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili, in *Famiglia e diritto*, 2010, 6, 572) che sono individuabili tre distinte nozioni di diritto indisponibile:

a) le ipotesi in cui il vincolo di indisponibilità mira a tutelare direttamente un determinato interesse di natura non patrimoniale (diritti della personalità, diritto all'immagine, diritto alla riservatezza); si tratta di diritti personalissimi che il titolare non può certo trasferire ad altri e su cui, pertanto, non può porsi nessun problema di negoziabilità; l'atto con cui un diritto del genere dovesse essere ceduto o rinunciato sarebbe radicalmente nullo; naturalmente la nullità riguarda non il trasferimento dei diritti patrimoniali di utilizzazione o la negoziabilità sui diritti risarcitori conseguenti alla lesione, ma gli atti di cessione o di rinuncia del diritto in sé;

b) ipotesi in cui il vincolo di indisponibilità tutela in via immediata un interesse individuale ma in via riflessa un interesse generale (per esempio i casi in cui è possibile azionare la revocatoria, o in cui si può chiedere un sequestro conservativo o l'inefficacia dell'alienazione del bene pignorato); qui siamo nel campo della tutela garantita in via generale dall'art. 2940 c.c. che individua proprio i limiti di disponibilità sui propri beni del debitore a tutela dei creditori; pertanto non potrebbe essere oggetto di negoziazione l'obbligo del debitore di rispondere con tutti i suoi beni delle proprie obbligazioni. Un accordo in tal senso sarebbe nullo per contrarietà ad una norma imperativa.

c) ipotesi in cui il legislatore ha previsto l'indisponibilità a tutela di interessi che trascendono quello dei singoli, come i limiti al diritto di proprietà (per esempio l'intrasferibilità - ma non la rinunciabilità - del diritto di uso e abitazione). Non sarebbe certo lecito un accordo con il quale il titolare del diritto di abitazione trasferisse ad altri il suo diritto. Pur trattandosi di un suo diritto il limite alla trasferibilità è indicato dalla legge a tutela del diritto di proprietà in generale e in particolare di chi ne ha la titolarità.

Per concludere, l'individuazione che i civilisti operano dell'area della indisponibilità dei diritti è molto rigorosa e quasi eccezionale. Si può dire, quindi, che non si tratta di un'area particolarmente ampia, considerato che nel campo dei rapporti civili vale in genere proprio il principio opposto della libertà di autodeterminazione di cui è espressione più sintomatica l'art. 1322 del codice civile.

III

Qual è il rapporto tra norme imperative e diritti indisponibili?

Le norme imperative sono norme alle quali non è possibile derogare. Pertanto l'esistenza di una norma imperativa costituisce il principale indizio di inderogabilità e al tempo stesso di indisponibilità della situazione giuridica che vi è sottesa. Il concetto di indisponibilità del diritto si sovrappone pertanto a quello di imperatività della norma giuridica in cui l'indisponibilità è prevista. Ogni volta che vi è un diritto

inadossabile vuol dire che la norma che lo prevede è inderogabile.

Si pensi al contratto in frode alla legge: il diritto di stipulare, che in linea di massima è libero, si ferma di fronte alla finalità illecita perseguita dalle parti a cui la legge vieta perciò di raggiungere quell'obiettivo negoziando. Le norme imperative sono quelle che non possono essere derogate neanche con l'accordo delle parti. Esse sono norme, pertanto, cogenti che indicano situazioni indisponibili in contrapposizione alle norme dispositive che possono essere liberamente derogate dalle parti.

Alle norme imperative fanno riferimento sia l'art. 12 della normativa sulla mediazione civile (D. Lgs 4 marzo 2010, n. 28) che l'art. 5 della normativa sulla negoziazione assistita (D.L. 12 settembre 2014, n. 132) che, in entrambi i casi, condizionano l'esecutività dell'accordo alla certificazione da parte dell'avvocato della non contrarietà dell'accordo stesso alle norme imperative (e all'ordine pubblico).

Certificare che l'accordo è conforme alle norme imperative significa quindi certificare che quell'accordo non ha invaso l'area della indisponibilità.

Si insegna che le norme imperative sono quelle che non possono essere derogate neppure con l'accordo delle parti interessate e la cui osservanza è inderogabile. Il carattere cogente risulta di solito dalla formulazione stessa della norma che si autodefinisce inderogabile, o dispone la nullità del contratto che la viola. Tuttavia la contrarietà alle norme imperative - in difetto di una espressa qualificazione - potrebbe ricavarsi anche da dati extratestuali, ovvero da un giudizio di rilevanza sociale degli interessi che la norma stessa protegge. Giudizio che può anche dedursi dalla gravità della sanzione con cui la norma presidia gli interessi tutelati: da questo punto di vista si considerano tendenzialmente imperative tutte le norme penali.

In genere la corretta identificazione di una norma come norma imperativa è facilitata dalla circostanza che le norme in questione non contengono l'inciso "salvo patto contrario" o "salva diversa volontà delle parti" o viceversa contengono l'inciso "a pena di nullità".

La contrarietà ad una norma imperativa provoca in genere comunque la nullità dell'accordo. L'art. 1418, primo comma del codice civile detta una sorta di norma di chiusura facendo generico riferimento alla contrarietà a norme imperative.

Secondo un filone interpretativo, assumerebbe carattere imperativo la norma posta a tutela di un interesse pubblico; al riguardo occorrerebbe valutare gli interessi che essa vuole proteggere. Se si accerta il tendere della norma alla protezione di fini fondamentali dell'ordinamento giuridico, allora vi è imperatività e conseguentemente il divieto, per le parti, di derogare a quella norma.

La nullità per contrarietà a norme imperative è quasi sempre disposta dalle norme stesse, ma non occorre che la sanzione della nullità sia specificamente prevista. Quando in conseguenza della violazione di una norma imperativa non è prevista espressamente la nullità, occorre controllare la natura della disposizione violata: bisogna cioè indagare se la norma è diretta a tutelare un interesse pubblico generale. La nullità consegue quindi innanzitutto alla violazione di norme

costituzionali e che costituiscono attuazione dei principi costituzionali.

Secondo alcuni, allorché il negozio è in contrasto con l'ordine pubblico si avrà come conseguenza la nullità dell'atto perché viene violato un interesse generale ed essenziale dell'ordinamento, mentre quando l'accordo è in contrasto con la lettera della norma imperativa senza, però, che i suoi effetti contrastino con l'interesse sotteso alla detta norma, si dovrebbe essere in presenza di un contratto irregolare, cioè valido dal punto di vista civilistico anche se comportante altre conseguenze quali una sanzione accessoria. Questo perché se rimane salvo, da un punto di vista sostanziale, l'interesse generale e fondamentale sotteso alla norma imperativa, l'effetto di invalidare completamente il negozio appare una sanzione eccessiva rispetto alla portata della violazione. Questa linea interpretativa è abbastanza convincente. Tuttavia per quanto riguarda la validità degli accordi di mediazione e che fanno seguito alla negoziazione assistita le considerazioni svolte non sono pertinenti in quanto le disposizioni sulla mediazione (art. 12 D. Lgs 4 marzo 2010, n. 28) e sulla negoziazione (art. 5, comma 2, del D.L. 12 settembre 2014, n. 132) invitano gli avvocati a certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative (e all'ordine pubblico) senza fare alcuna distinzione né precisazione in ordine alle conseguenze della eventuale non conformità; quello che conta, in altri termini, è che gli accordi non siano contrari alle norme imperative. Non si pretende dall'avvocato uno scrutinio sulle conseguenze di tale contrarietà.

Né ha interesse la distinzione che anche in dottrina talvolta si è proposta tra contratto *illegale* (contrasto del contenuto del negozio con la norma imperativa) e contratto *illecito* (contrasto della causa o del motivo comune alle parti con norma imperativa, buon costume o ordine pubblico) in quanto comunque le conseguenze pratiche sarebbero le medesime e cioè la nullità dell'accordo, con la conseguenza (che rende drammatica la certificazione eventualmente erronea di conformità fatta dall'avvocato) che ove le prestazioni siano state già adempiute si potrà agire per la restituzione dell'indebito oggettivo ex art. 2033 del codice civile, salvo che si tratti di contratto *immorale* per il quale è sancita l'irripetibilità (art. 2035 c.c.).

IV

In che modo l'ordine pubblico costituisce un limite alla disponibilità dei diritti?

L'art. 12 della normativa sulla mediazione civile (D. Lgs 4 marzo 2010, n. 28) e l'art. 5 della normativa sulla negoziazione assistita (D.L. 12 settembre 2014, n. 132) condizionano l'esecutività dell'accordo non solo alla conformità dell'accordo stesso alle norme imperative ma anche all'ordine pubblico.

Pertanto l'ordine pubblico costituisce il secondo importante limite inderogabile per la validità degli accordi di mediazione e di negoziazione.

La particolarità di questo limite consiste nel fatto che a differenza di quanto avviene con le norme imperative - tutte espressamente indicate dalla legge - nessuna disposizione normativa definisce testualmente l'ordine pubblico che pertanto costituisce un limite alla validità degli accordi che presenta particolari e spesso notevoli difficoltà di individuazione.

Le norme civili fanno menzione dell'ordine pubblico in più occasioni.

Per esempio nel molto discusso art. 16 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (sistema italiano di diritto internazionale privato) dove si afferma che nessuna norma straniera può trovare applicazione in Italia se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico; nel codice civile negli articoli 5 (divieto di atti di disposizione del proprio corpo se contrari all'ordine pubblico), 23 ultimo comma e 25, primo comma (in materia di controllo sulle deliberazioni delle associazioni e delle fondazioni), 634 (sulle condizioni testamentarie contrarie all'ordine pubblico), 1229, secondo comma (nullità delle clausole di esonero della responsabilità per il caso in cui il comportamento del debitore costituisca violazioni di norme di ordine pubblico), 1343 (nullità del contratto per causa illecita perché contraria all'ordine pubblico), 1354, primo comma (nullità del contratto per apposizione di condizione contraria all'ordine pubblico), senza però definirlo né attribuire all'espressione un significato costante.

L'espressione viene utilizzata talvolta per qualificare un certo tipo di norme come norme di ordine pubblico, altre volte è correlata al buon costume (ordine pubblico e buon costume), altre volte ancora è affiancata al buon costume e alle norme imperative così da apparire un limite dell'autonomia negoziale diverso da questi due.

In effetti l'ordine pubblico, più che da norme concrete, risulta da principi dei quali le norme cogenti costituiscono il riflesso e l'espressione è considerata pacificamente riassuntiva dei principi che si pongono a fondamento dell'ordinamento giuridico.

Devono senz'altro ritenersi ricompresi nella nozione di ordine pubblico i principi generali ricavabili dalla Carta costituzionale. Alcuni distinguono inoltre tra ordine pubblico interno e internazionale, osservando che il primo è costituito dal complesso dei principi fondamentali caratterizzanti la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico e dai principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici, mentre l'ordine pubblico internazionale deve essere inteso come limite all'efficacia di norme straniere nel nostro ordinamento e consiste nei principi di carattere universale comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, sanciti in dichiarazioni o in convenzioni internazionali che trovano il referente interno nella Costituzione. Come si è detto i casi più frequenti che interessano soprattutto il tema degli accordi di mediazione e di negoziazione ruotano intorno alla nullità del contratto per causa illecita in quanto contraria all'ordine pubblico o per apposizione di una condizione contrastante con l'ordine pubblico.

V

Qual è l'ambito tradizionale della indisponibilità dei diritti nel diritto di famiglia?

Il diritto di famiglia costituisce certamente l'area più affollata di controversie che tradizionalmente sono allocate nell'area dei diritti indisponibili e che in linea teorica sarebbero perciò escluse dalla mediazione, dall'arbitrato e dalla negoziazione assistita, salvo quanto meglio si preciserà in ordine alla possibilità - introdotta con la legge 10 novembre 2014, n. 162 -

di accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita da avvocati, anche contenenti clausole relative all'affidamento e al mantenimento dei figli, cioè in materia tradizionalmente considerata indisponibile.

Hanno natura certamente indisponibile tutti i diritti coinvolti nell'area dei diritti personali (diritti inderogabili di cui all'art. 143 c.c., diritto a richiedere la separazione e il divorzio) e delle questioni di status (come nel settore delle azioni sulla filiazione).

Si insegna, in particolare, che hanno natura indisponibile i diritti per i quali è previsto il potere di azione del pubblico ministero considerato sintomatico dell'esistenza di diritti che la legge non lascia alla piena libertà dell'autonomia privata e che quindi non possono essere oggetto di negoziazione assistita. Così le controversie in materia di scomparsa, assenza e morte presunta (articoli 48, 50, 58, 62, 67 c.c.). Analogamente - salvo quanto si dirà in ordine agli accordi di separazione immediatamente registrabili negli uffici di stato civile - per le controversie nelle quali la legge prevede l'intervento del pubblico ministero come le cause matrimoniali riguardanti lo stato e la capacità delle persone (art. 70, comma 1, n. 3 c.p.c.) come le cause di nullità del matrimonio. Così in tutte le altre controversie in cui l'intervento del pubblico ministero è posto a tutela dei figli (adozione, affidamento familiare, procedure minorili in materia di abuso della potestà).

La dottrina aveva in passato escluso dall'area di indisponibilità dei diritti le controversie relative a diritti patrimoniali coniugali. L'ambito dell'autonomia privata è quasi inesistente nell'area dei rapporti personali tra coniugi ma è certamente significativa se non prevalente nell'area dei rapporti patrimoniali soprattutto in seguito all'affermazione del principio di uguaglianza tra coniugi.

L'espansione dei principi di disponibilità dei diritti soprattutto in ambito patrimoniale accompagna la storia stessa del diritto di famiglia (PATTI, Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata, in Trattato di diritto di famiglia diretto da Zatti, vol. III, Milano, 2002, 3) ed è stata riconosciuta a partire dalle norme relative ai regimi patrimoniali (OBERTO, I contratti della crisi coniugale, Milano, 1990, Tomo I, p. 136) nei limiti, s'intende, che la legge stessa dichiara non superabili (art. 160 c.c. che esclude la derogabilità ai diritti e ai doveri - sostanzialmente richiamati dall'art. 143 c.c. - previsti dalla legge per effetto del matrimonio), cosicché le controversie relative all'applicazione della normativa sui regimi patrimoniali possono certamente essere ricondotte a quelle per le quali la mediazione e la negoziazione assistita sono possibili.

La dottrina nel suo complesso ha sempre riconosciuto anche che l'autonomia privata si possa esplicare in una negozialità coniugale molto ampia in sede di separazione e di divorzio (COMPORI, Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio, in Foro It., 1995, V, 105 ss; DORIA, Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e nel divorzio, Milano, 1996. PRATO,

L'autonomia nei rapporti familiari, Milano, 1999; OBERTO, I contratti della crisi coniugale, vol. I e vol. II, Milano, 1999).

La giurisprudenza è stata sempre più cauta ammettendo la validità delle modifiche patrimoniali non omologate **Cass. sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20290** dove si precisa che le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione trovando fondamento nell'art. 1322 c.c. devono ritenersi valide ed efficaci anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c.; In senso analogo **Cass. sez. I, 11 giugno 1998, n. 5829; Cass. sez. I, 22 aprile 1982, n. 2481**. Si è anche ritenuta la validità dei patti *a latere* della separazione o anche antecedenti purché non lesivi dei diritti primari connessi al rapporto coniugale (**Cass. civ. Sez. I, 8 novembre 2006, n. 23801, Cass. civ. Sez. I, 30 agosto 2004, n. 17434**), ma si è esclusa sistematicamente la rilevanza dell'autonomia privata nel settore degli accordi prematrimoniali (**Cass. civ. Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713**) e degli accordi preventivi di divorzio (**Cass. civ. Sez. I, 10 marzo 2006, n. 5302; Cass. sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass. civ. Sez. I, 2 dicembre 2000, n. 15349; Cass. civ. Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8109; Cass. civ. Sez. I, 20 settembre 1991, n. 9840**).

Si tratta di casi in cui oggetto della controversia sono diritti di tipo secondario (per esempio patrimoniali) disponibili, sia pure collegati a settori caratterizzati dalla presenza di ampie aree di indisponibilità. Per esempio se due coniugi si accordano, al di fuori del controllo del tribunale, per una modifica dell'assegno di mantenimento coniugale la eventuale controversia tra essi nascenti potrebbe certamente essere oggetto di una domanda di mediazione dal momento che quella controversia appartiene alla sfera della loro autonomia privata (**Cass. sez. I, 22 gennaio 1994, n. 657; Cass. sez. I, 12 maggio 1994, n. 4647; Cass. sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270; Cass. sez. I, 27 giugno 1992, n. 7470; Cass. civ. Sez. I, 11 dicembre 1990, n. 11788**).

Analogamente si potrebbe dire per le controversie nascenti dalla violazione di accordi di natura patrimoniale tra coniugi in sede divorzile (COMPARTI, Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione e divorzio e di annullamento del matrimonio, in *Foro It.* 1995, V, 105) o di accordi afferenti la casa coniugale (OBERTO, L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale, in *Famiglia e diritto*, 1998, 461). Vedremo dai provvedimenti dei pubblici ministeri se il tema dell'assegnazione della casa coniugale verrà collocato nell'area della disponibilità dei diritti ovvero, come è plausibile ipotizzare che possa avvenire, in quella dell'indisponibilità legata alla stretta dipendenza dell'assegnazione della casa familiare all'affidamento dei figli.

La nuova normativa sulla negoziazione assistita, modificata dalla legge di conversione, ha inserito la possibilità di accordi anche concernenti i figli minori (o maggiorenni non autosufficienti o portatori di handicap grave) nelle procedure di separazione e di divorzio (e relative domande di modifica ex art. 710 c.p.c. e 9 legge divorzio). La conseguenza più importante di questa novità sta nel fatto che uno dei settori più concordemente considerati permeati dalla indisponibilità dei diritti (quale quello appunto relativo alle controversie di diritto di famiglia in cui sono coinvolti figli minori) subisce una piccola rivoluzione trasportando di colpo queste controversie statisticamente prevalenti nel diritto di famiglia (non

tutte le controversie di diritto di famiglia quindi) in un'area inedita di "indisponibilità attenuata" che è destinato ad avere inevitabili ripercussioni su tutto il sistema dell'autonomia privata nell'ambito del diritto di famiglia. Preferisco parlare di "indisponibilità attenuata" e non di "disponibilità" dei diritti dal momento che la legge di conversione elimina l'intervento del giudice ma non la necessità dell'intervento del pubblico ministero previsto per legge nell'art. 70 c.p.c.. Un discorso per certi versi analogo potrebbe essere fatto anche per i procedimenti di separazione e divorzio *fa da te* (art. 12 D. L. 12 settembre 2014, come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162) dal momento che aver previsto per i coniugi l'autonomia di procedure davanti al Sindaco anziché davanti al tribunale - e senza filtro del PM - è certamente un segnale di raggiungimento di un livello di autonomia privata nel diritto di famiglia prima d'ora mai verificatosi e comunque non esente da criticità.

VI

In che modo la negoziazione assistita da avvocati in sede di separazione e divorzio comporta il riconoscimento di una significativa espansione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia?

La tradizionale distribuzione delle posizioni soggettive dei privati nel diritto di famiglia tra diritti disponibili e diritti indisponibili è stata messa in crisi dalle disposizioni del D. L. 12 settembre 2014, n. 132 come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162 nella parte in cui estende agli accordi di separazione e divorzio la praticabilità della negoziazione assistita da avvocati (art. 6) e in quella che prevede addirittura la possibilità per i coniugi senza figli minori di accordi di separazione e divorzio direttamente di fronte all'ufficiale di stato civile (art. 12).

Come si è sopra detto, nell'ambito dei diritti disponibili - collegati sostanzialmente alla patrimonialità degli interessi in gioco - ai coniugi è riconosciuta una ampia autonomia privata ed una conseguente capacità negoziale, fatta eccezione per le aree di cui si è detto relative all'*una tantum* divorzile (per la quale la legge prevede la necessità una valutazione di congruità da parte del tribunale) e agli accordi economici predivorzili (che la giurisprudenza considera nulli).

Nell'ambito invece dei diritti indisponibili la capacità negoziale è praticamente sconosciuta.

È necessario però fare una precisazione importante.

Il diritto di famiglia prevede moltissime aree di negoziabilità anzi di vero e proprio incoraggiamento alla negoziabilità. Si pensi per esempio alla separazione consensuale in cui è la legge stessa a presupporre una necessaria negoziabilità ovvero al divorzio in cui il legislatore ha previsto la possibilità di molteplici momenti di negoziabilità divorzile (ricorso a firma congiunta, conclusioni congiunte e definizione consensuale dell'*una tantum*). E si pensi anche e soprattutto alla normativa sull'affidamento dei figli soprattutto a quella che ha introdotto l'affidamento condiviso (legge 54/2006) in cui il legislatore auspica in più parti che siano gli stessi genitori ad accordarsi sulle regole dell'affidamento e sul mantenimento dei figli. Il *favor* per gli accordi è quindi evidente in tutto il diritto di famiglia.

Senonché in tutte queste evenienze la negoziabilità, pur incoraggiata dalla legge, non ha possibilità di portare ad accordi validi, perché necessita comunque dell'intervento di controllo e di approvazione del tribunale. L'indisponibilità dei diritti, insomma, non di ostacolo alla loro negoziabilità ma solo alla loro validità.

Ora la normativa sulla negoziazione assistita (D. L. 12 settembre 2014, n. 132 come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162) introduce un nuovo, molto ampio, segmento di negoziabilità - che prima di oggi non era stato ancora immaginato - consistente nella possibilità di accordi di separazione e divorzio (anche con figli minori) pienamente validi anche senza l'intervento del tribunale e direttamente registrabili negli uffici di stato civile.

Tutto ciò non può che comportare una ridefinizione dei confini dell'autonomia privata nel diritto di famiglia.

La ridefinizione di tali confini non era stata con il decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 istitutivo della negoziazione assistita così significativa in quanto il decreto legge si era limitato a prevedere accordi di negoziazione assistita solo in assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti. Pur sempre si trattava però di una forte revisione del concetto quanto meno di indisponibilità in ordine allo status. La legge di conversione ha reso, invece, quasi rivoluzionaria, la revisione dei confini dell'autonomia privata estendendo la possibilità di accordi di negoziazione assistita di separazione e divorzio anche in presenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti (o portatori di handicap gravi) sia pure prevedendo la trasmissione dell'accordo al Pubblico Ministero per una (inedita) operazione di verifica della non contrarietà all'interesse dei figli minori che in ogni caso già nel sistema previgente costituiva un compito istituzionale del PM connesso all'obbligo di intervento nel processo (art. 70 c.p.c.). Questo passaggio all'ufficio del Pubblico Ministero rende non assoluta ma comunque straordinariamente significativa la valorizzazione dell'autonomia privata riconosciuta alla negoziabilità tra coniugi in sede di separazione e divorzio. Potendo, peraltro, il Pubblico Ministero, interloquire solo sugli accordi relativi ai figli, scompare anche del tutto il giudizio di congruità sulla eventuale decisione concordata di un assegno divorzile in unica soluzione. L'autonomia privata riconosciuta ai coniugi senza figli minori nell'art. 12 della normativa sulla negoziazione assistita è, invece, assoluta.

L'estensione della negoziazione assistita da avvocati agli accordi di separazione e divorzio e relativi alla loro revisione aiuta quindi a mettere a fuoco una caratteristica che già da tempo era chiaramente percepibile nel sistema ma che oggi acquista una visibilità di grandissimo rilievo, capace di ridefinire le categorie tradizionali della disponibilità e della indisponibilità dei diritti aggregandole nell'ambito del diritto di famiglia non più in due categorie soltanto ma intorno a tre aree: a) l'area della disponibilità,

b) l'area della indisponibilità assoluta, c) l'area della indisponibilità relativa.

a) Area della disponibilità.

Si tratta di un settore in continua evoluzione all'interno della quale trova spazio la più ampia negoziabilità (con negoziazione assistita o negoziazione informale) con effetto di giungere ad accordi pienamente validi. Vi si possono ricomprendere

- tutti gli accordi dei coniugi nel corso della vita coniugale (art. 144 c.c.) purché non lesivi dei principi inderogabili dei regimi patrimoniali (art. 160 c.c.), e se successivi alla separazione anche senza procedimento ex art. 710 c.p.c. purché migliorativi;

- tutti gli accordi di separazione, divorzio e modifica (senza figli minori o maggiorenni non autosufficienti o con handicap grave) ex art. 12 D. L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modificazioni nella legge 10 novembre 2014, n. 162 con l'assistenza facoltativa di avvocati. Secondo l'interpretazione più ragionevole della norma tali accordi - nonostante l'ambiguità del testo scritto - potrebbero contenere disposizioni sul mantenimento coniugale.

b) Area della indisponibilità (assoluta)

Si tratta del settore escluso dalla negoziazione assistita e che comprende:

- Ogni eventuale controversia - diverse da quelle definite con accordi ex art. 12 della legge sulla negoziazione assistita - che si riferisca a diritti indisponibili (nascenti o meno dal matrimonio) che necessita sempre dell'intervento giudiziario;

- Accordi di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio (che non possono essere oggetto di negoziazione assistita perché l'accordo non può essere oggetto di registrazione diretta all'ufficio di stato civile non rientrando quindi nell'ambito dell'art.6 del D. L. 12 settembre 2014, n. 132 convertito con modificazioni nella legge 10 novembre 2014, n. 162). La materia prevede l'intervento obbligatorio del PM.

- Accordi prematrimoniali e accordi predivorzili (in quanto la giurisprudenza costante nega la validità di tali accordi).

c) Area della indisponibilità (relativa)

- tutti gli accordi di natura patrimoniale della crisi coniugale (assegno periodico, assegno *una tantum*, trasferimenti patrimoniali e immobiliari) anche contestualmente a tutti gli accordi relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli, raggiunti a seguito di negoziazione assistita dagli avvocati (e con nulla osta del PM, se non vi sono figli minori, o con autorizzazione del PM, se vi sono figli minori) ovvero con omologa o sentenza del tribunale se si opta per la strada giudiziaria tradizionale;



Giurisprudenza

Cass. civ. Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713 (*Famiglia e Diritto*, 2013, 4, 321 nota di OBERTO)

In linea generale, gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio, sono nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio.

Gli accordi prematrimoniali in vista del divorzio sono molto frequenti in altri Stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili. Come è noto, in Italia, la giurisprudenza è orientata a ritenere tali accordi, assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale, e in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio (per tutte, Cass. n. 6857 del 1992). Tale orientamento è criticato, da parte della dottrina, in quanto trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale. E' assai singolare che invece siano stati ritenuti validi accordi in vista di una dichiarazione di nullità del matrimonio, perché sarebbero correlati ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio, fuori da ogni potere negoziale di disposizione degli status: tra le altre, Cass. n. 248 del 1993). Giurisprudenza più recente della Cassazione ha invece sostenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico; più specificamente il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole, e l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo (al riguardo, tra le altre, Cass. n. 8109 del 2000; n. 2492 del 2001; n. 5302/2006).

Cass. civ. Sez. I, 8 novembre 2006, n. 23801 (*Foro It.*, 2007, 4, 1, 1189)

In tema di separazione consensuale dei coniugi, non è esclusa la validità delle pattuizioni - integranti un contratto atipico - stipulate tra i coniugi successivamente o in vista dell'omologazione dei loro accordi di separazione consensuale, comunque al di fuori di questi ultimi, al fine di integrarne la regolamentazione dei soli profili patrimoniali, sempre che - in relazione ai superiori interessi della famiglia - siano migliorative degli accordi in oggetto, ovvero concernino profili da questi non presi in considerazione senza alterarne nella sostanza l'assetto (nella specie, la Suprema corte ha ritenuto immune da vizi logici e giuridici, confermandola, la sentenza di merito che aveva ritenuto valida la pattuizione intervenuta tra i coniugi in vista della separazione consensuale, con la quale l'uno si impegnavano a trasferire all'altro determinati beni immobili, in quanto non peggiorativa degli accordi omologati in relazione all'affidamento e al mantenimento dei figli minori).

Cass. civ. Sez. I, 10 marzo 2006, n. 5302 (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5, ottavo comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico - , non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "secundum ius", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio.

Cass. civ. Sez. I, 10 ottobre 2005, n. 20290 (*Fam. Pers. Succ.*, 2007, 2, 107, nota di ZUCCHI)

In tema di separazione personale consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione trovano fondamento nell'art. 1322 c.c., e devono ritenersi valide ed efficaci anche a prescindere dal controllo dell'Autorità giudiziaria, sempre che i loro contenuti si mantengano nei limiti dei diritti e dei doveri inderogabili delineati dall'art. 160 c.c..

Cass. civ. Sez. I, 30 agosto 2004, n. 17434 (*Guida al Diritto*, 2004, 42, 73)

Pur acquisendo la separazione consensuale efficacia con l'omologazione non è esclusa la validità di pattuizioni stipulate fra i coniugi, anche al di fuori degli accordi omologati, sia posteriori all'omologazione, sia anteriori o contemporanee all'accordo omologato, purché queste non ledano il contenuto minimo indispensabile del regime di separazione e non interferiscano con esso, ma si configurino in termini di maggiore rispondenza all'interesse della famiglia, in quanto incrementino, ad esempio, la misura dell'assegno di mantenimento o concernano altro aspetto non incluso nell'accordo omologato e compatibile con esso.

Cass. civ. Sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15064 (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto una tantum con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno una tantum potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra. (Nella fattispecie la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione una tantum dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo su richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi).

Cass. civ. Sez. III, 19 dicembre 2000, n. 15941 (*Pluris*, Wolters Kluwer Italia)

Il ricorso all'arbitrato non è escluso, in linea di principio, per le questioni attinenti alla nullità dei contratti, vertendosi in materia di diritti disponibili.

Cass. civ. Sez. I, 1 dicembre 2000, n. 15349 (*Giust. Civ.*, 2001, I, 1592)

La nullità, per illiceità della causa, degli accordi economici con cui i coniugi, in occasione della loro separazione, fissano il regime del loro futuro ed eventuale divorzio può essere invocata esclusivamente in sede di divorzio, a tutela di chi richiede le prestazioni economiche, nel caso che il coniuge onerato invochi quegli accordi al fine di escludere il diritto dell'altro.

Cass. civ. Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8109 (*Foro It.*, 2001, I, 1318 nota di RUSSO, CECCHERINI)

Il principio secondo il quale gli accordi dei coniugi, diretti a fissare, in sede di separazione, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile - che

per la sua natura assistenziale è indisponibile - in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, trova fondamento nell'esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole, la cui domanda di attribuzione dell'assegno divorzile potrebbe essere da detti accordi paralizzata o ridimensionata. Il richiamato principio, pertanto, non trova applicazione, ove invocato, al fine di ottenere l'accertamento negativo del diritto dell'altro coniuge, da quello che dall'accordo preventivo potrebbe ricevere un aggravio dell'onere cui sia tenuto. Né può essere fatta valere, in sede di divorzio, la nullità di un accordo transattivo, ancorché parzialmente trasfuso nella separazione consensuale, già raggiunto tra i coniugi al solo scopo di porre fine ad una controversia di natura patrimoniale, tra gli stessi fine ad una controversia di natura patrimoniale, tra gli stessi in sorta, senza alcun riferimento, esplicito od implicito, al futuro assetto dei rapporti economici conseguenti all'eventuale pronuncia di divorzio. Siffatto accordo, peraltro, acquisterebbe rilievo su detti rapporti, sotto il profilo della necessaria considerazione, da parte del giudice, della complessiva situazione reddituale delle parti, risultante, tra l'altro, dal credito di uno dei coniugi cui corrisponde il debito dell'altro.

Cass. civ. Sez. I, 11 giugno 1998, n. 5829 (Guida al Diritto, 2004, 38, 4)

Le modificazioni degli accordi, convenuti tra i coniugi, successive all'omologazione della separazione ovvero alla pronuncia presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c., trovando legittimo fondamento nel disposto dell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dall'intervento del giudice ex art. 710 c.p.c. qualora non superino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c. e, in particolare, quando non interferiscano con l'accordo omologato ma ne specificano il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti, all'evidenza, con gli interessi ivi tutelati.

Cass. civ. Sez. I, 12 maggio 1994, n. 4647 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)

Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 c.c. la transazione con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti).

Cass. civ. Sez. I, 22 gennaio 1994, n. 657 (Foro It., 1995, I, 2984)

In tema di separazione consensuale, mentre le clausole concordate tra i coniugi successivamente all'omologazione della separazione stessa (e non soggette al vaglio giudiziario) incidono senz'altro sull'accordo omologato, col solo limite posto dall'art. 160 c.c. le clausole anteriori o contemporanee al procedimento di omologazione sono operanti soltanto se si collocano in posizione di non interferenza rispetto all'accordo omologato (come le clausole concernenti un aspetto della separazione, non disciplinato nell'accordo formale), oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato (come, ad esempio, allorché l'assegno di mantenimento sia stato preconcordato in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione).

Cass. civ. Sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270 (Corriere Giur., 1993, 820, nota di LOMBARDI)

In tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c. devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato

dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c.; per contro, alle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse di mantenimento in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.

Cass. civ. Sez. I, 17 giugno 1992, n. 7470 (Nuova Giur. Civ., 1993, I, 808, nota di SINESIO)

Il patto fra i coniugi, con cui si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento, non integra donazione, in considerazione della suddetta funzione solutoria, e deve ritenersi valido ed operante anche quando sia inserito in accordo per la separazione di fatto dei coniugi medesimi, alla stregua della liceità di tale accordo, pure se inidoneo a produrre gli effetti della separazione legale.

Cass. civ. Sez. I, 20 settembre 1991, n. 9840 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)

Con riguardo agli accordi di contenuto patrimoniale fra coniugi separati, la nullità del patto, che ne preveda la persistente operatività anche in regime di divorzio (nullità derivante da illiceità della causa, alla stregua dei condizionamenti del patto stesso sulla libertà di difesa nel giudizio di divorzio, nonché della sua interferenza su decisioni collegate anche ad interessi di ordine generale), deve essere affermata pure in riferimento al godimento della casa familiare, senza che rilevi la circostanza che questa sia oggetto di comproprietà dei coniugi medesimi, sempre che si verta in tema di convenzione sui rapporti correlati al matrimonio e non di contratto modificativo dell'assetto dominicale (o costitutivo di diritti reali implicanti detto godimento).

Cass. civ. Sez. I, 11 dicembre 1990, n. 11788 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)

Il patto, con il quale i coniugi, per l'eventualità di una futura pronuncia di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, prevedano in favore dell'uno il diritto personale di godere della casa dell'altro, è affetto da nullità per causa illecita (ancorché sia inserito nei patti della separazione consensuale, limitatamente alla parte in cui disponga a far tempo da detta pronuncia), in quanto incide, direttamente od indirettamente, sul comportamento difensivo nel processo di divorzio, ed altresì tocca la materia dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, che è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata alle determinazioni del giudice, a tutela di interessi anche pubblicistici.

Cass. civ., 22 aprile 1982, n. 2481 (Pluris, Wolters Kluwer Italia)

I patti modificativi delle condizioni economiche previste in sede di separazione consensuale sono validi ed efficaci, anche senza la omologazione del tribunale, qualora essi non siano lesivi del diritto di mantenimento o di alimenti, riconducibile al diritto-dovere di assistenza (art. 143 c. c.), avente natura inderogabile (art. 160 c. c.), ma la parte che lamenta tale lesione per il superamento dei limiti della derogabilità, che non è ravvisabile quando tale diritto sia maggiormente tutelato, può provocare il relativo accertamento giudiziale (nella specie: il marito aveva convenuto di corrispondere alla moglie consensualmente separata una somma mensile doppia rispetto a quella fissata in sede di omologazione a titolo di mantenimento, ma successivamente aveva dedotto la nullità di tale pattuizione; il giudice del merito aveva ritenuto valido il patto modificativo e la suprema corte ha confermato tale pronuncia).

mediaresenzaconfini

ADR a 360 gradi Conciliazione, mediazione, arbitrato, valutazione neutrale, medarb e chi ne ha più ne metta

You are here: Home / ADR / Che cosa pensava chi ha inventato la negoziazione assistita

Che cosa pensava chi ha inventato la negoziazione assistita

14/09/2014 di mediaresenzaconfini · Lascia un commento

👍👍👍👍👍 2 Votes

La **negoziazione assistita** (*procédure participative*) nasce, come è ormai noto, in Francia.

Il suo cammino inizia nel 2008 con il rapporto "*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*" di **Serge Guinchard**, presidente della Commissione per la ripartizione del contenzioso[1].

Si ritiene utile qui riprodurre in traduzione quel passo di detto rapporto (da pag. 168 in avanti) che poi verrà attuato nel paese transalpino nel 2010-2012 con i **provvedimenti legislativi vigenti** [2].

Siccome il **ministro Orlando** ha precisato in più occasioni di rifarsi all'**esperienza francese** credo sia utile conoscerne la genesi.

Ciascuno di noi potrà così interrogarsi sui punti di contatto o di divergenza tra il disegno primigenio ed il nuovissimo **decreto legge 12 settembre 2014, n. 132** che è in vigore in Italia da ieri **13 settembre 2014**[3].

"La Commissione ha voluto ispirarsi alla prassi del Nord America conosciuta come "diritto collaborativo" per suggerire la nascita in Francia di una nuova modalità di risoluzione dei conflitti, la "procedura partecipativa" di negoziazione assistita tramite avvocato.

Il diritto collaborativo

Il diritto collaborativo ha registrato una forte crescita negli ultimi quindici anni negli Stati Uniti, dove è nato, e dove è ampiamente praticato in oltre 40 stati. Si è anche sviluppato rapidamente in Canada, Australia e Nuova Zelanda e ha fatto un notevole passo avanti in Europa. Data la portata del fenomeno, gli avvocati francesi hanno preso l'iniziativa in questi ultimi anni, di utilizzare i processi collaborativi come parte delle controversie familiari. Ampiamente usato nel campo, questo modo singolare di risoluzione delle controversie consensuale può comunque riguardare contestazioni di qualsiasi genere. Nei paesi dove è largamente praticato, il diritto collaborativo è usato nel diritto civile, nel diritto del lavoro, nel diritto delle assicurazioni, o per le successioni, ed in particolare il contenzioso commerciale.

Come per tutti i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, è vietato temporaneamente alle parti di ricorrere ai tribunali. Si va ben oltre, però.

La sua particolarità risiede nel fatto che si basa su una "carta di collaborazione" che obbliga le parti di un litigio ed i loro avvocati a compiere ogni sforzo per giungere a una soluzione consensuale. Più in particolare le obbligazioni dei firmatari importano che essi non possano considerare il ricorso giudiziario come un'alternativa preferibile.

A tal fine gli avvocati sono tenuti a ritirarsi dal procedimento quando una parte viola il patto ed adisce il giudice, ma pure se nutrono dubbi circa la reale intenzione del cliente o dell'altra parte di condurre efficacemente i negoziati.

Meglio ancora la sottoscrizione della carta vieta, in caso di fallimento della procedura, di rappresentare poi nel contenzioso una delle parti. Infine, è convenuto che i pezzi di informazioni scambiati durante il processo di collaborazione non possano essere utilizzati in qualsivoglia contenzioso successivo.

Queste caratteristiche fondano la forza del diritto collaborativo, ma ne mostrano anche i limiti. Avendo tutto da perdere dal fallimento della procedura collaborativa, le parti sono incitate a partecipare attivamente e utilmente nella ricerca di una soluzione negoziata. In Canada il Ministero della Giustizia ha effettuato uno studio sulla qualità del diritto collaborativo, i risultati, pubblicati nel 2005, hanno evidenziato l'impatto molto positivo dello sviluppo di queste procedure e l'alto livello di

http://mediaresenzaconfini.org/2014/09/14/che-cosa-pensava-chi-ha-inventato-la-negoziazione-assistita/

Attenzione cookie

Questo sito utilizza cookie, anche di terze parti, necessari al funzionamento ed utili alla finalità illustrate nella cookie policy di wordpress che si può rinvenire all'indirizzo <http://automatic.com/privacy/>

Pertanto se ne vuoi sapere di più o se vuoi negare consenso a tutti o alcuni cookie, consulta la cookie policy sopra detta.

Scorrendo questa pagina o proseguendo la navigazione su questo sito in altra maniera, acconsenti all'uso dei cookie.

Ti informo inoltre che puoi rifiutare i cookie cambiando le relative impostazioni sul tuo browser

Utilizzo contenuti del blog

I contenuti di questo blog sono assolutamente gratuiti, quando non protetti. Chiunque volesse riportarli altrove senza chiedere il permesso deve indicare il nome dell'autore (CARLO ALBERTO CALCAGNO), il titolo del post e la fonte (www.mediaresenzaconfini.org).

Contatore

68.986 hits

📧 Iscriviti mediaresenzaconfini

Il legale e la mediazione

[Il legale e la mediazione](#)

by [Carlo Alberto Calcano](#)



goodreads

Segui il blog via Email

Digita il tuo indirizzo di posta elettronica per seguire il blog e ricevere la comunicazione di nuovi post tramite email.

Segui assieme ad altri 758 follower

INSERISCI IL TUO INDIRIZZO EMAIL

SEGUI

I miei siti

- > [Il legale e la mediazione](#)
- > [Mio sito di google](#)
- > [Tieni in mano la luce](#)

Cerca

soddisfazione delle parti, soprattutto in materia familiare.

Tuttavia, non si può ignorare che ciò che promuove il successo del processo collaborativo è anche ciò che ne rende particolarmente drammatico il fallimento.

Coloro che non sono in grado di raggiungere una soluzione negoziata non avranno le risorse, finanziarie e probatorie, per avviare quelle azioni legali che poi rimangono ancora l'unica via d'uscita.

Quando l'accesso alla giustizia è in gioco, sembra difficile accettare di ragionare in termini di "tutto o niente" e di porre in una posizione di schiacciante sconfitta tutti coloro che non sono riusciti a raggiungere un pieno accordo.

L'introduzione in Francia di un processo partecipativo

Il diritto collaborativo è una sorta di ricerca di una transazione contrattualizzata, che coinvolge, oltre alle parti, i loro avvocati. A questo riguardo, è particolarmente interessante per ispirare, incoraggiare le parti a una soluzione negoziata della controversia, pur mantenendo un accesso più efficace alla giustizia.

Questo è l'oggetto della proposta della commissione, volta a creare in Francia un processo partecipativo di negoziazione assistita tramite avvocato.

Il piano adottato dalla Commissione si basa sul ruolo centrale della leadership e dell'assistenza di un avvocato. Esso funziona come segue.

Le parti del processo partecipativo, assistite dai loro avvocati si impegnano in esso volontariamente prima di qualsiasi contenzioso.

La loro volontà di sostenere la risoluzione della loro controversia prende la forma di una convenzione di partecipazione che li impegna a collaborare in buona fede per la risoluzione negoziata della controversia.

La capacità della procedura di soddisfare le esigenze specifiche delle parti è assicurata dal fatto che l'oggetto, i termini e fattori che determinano la soluzione sono contenuti nella convenzione di partecipazione.

Le parti devono determinare le questioni da cui dipende la risoluzione del litigio, gli elementi informativi necessari per l'elaborazione delle soluzioni e le modalità del loro scambio. Esse forniscono inoltre le regole che disciplineranno l'eventuale necessità di un perito e la sua retribuzione.

Il processo partecipativo è quindi in grado di estendere efficacemente la portata delle clausole di conciliazione che sono comunemente utilizzate, ma sono spesso a rischio per la loro evasività, ed indirettamente alimentano il contenzioso giudiziario che circonda la loro attuazione.

Si è naturalmente previsto che le parti si impegnino reciprocamente a non adire il giudice durante il corso del contratto partecipativo. Perché ciò sia proficuo, l'impegno a non adire il giudice deve produrre le stesse conseguenze procedurali che la Corte Suprema riconnette alle clausole preventive di conciliazione. E dunque una pronuncia di irricevibilità.

Il contratto partecipativo potrà prevedere, in conformità con la legge del 17 giugno 2008, una riforma della prescrizione civile, la sospensione del termine di prescrizione durante il corso del processo partecipativo, tranne nelle materie in cui tali accordi sono esclusi dalla legge.

Per renderlo più attraente e sicuro alla fine, la Commissione propone di coordinare pienamente il processo partecipativo con il sistema giudiziario.

In primo luogo prevedendo che l'accordo contenente la regolazione pattizia del litigio possa essere omologato dal giudice competente tramite una procedura di giurisdizione graziosa alla fine della quale sarà dotato di forza esecutiva nel caso in cui essa si rivelasse come necessaria.











Poi, perché in caso di disaccordo o di accordo parziale, le parti non siano costrette a rimettere tutto in causa dopo aver condotto una lunga procedura, è previsto un verbale per constatare l'accordo parziale e i punti su cui la controversia continua: il beneficio per le parti allora consiste nel poter adire al giudice con la sola rimessione al cancelliere del documento, accompagnato dalle produzioni pertinenti, perché da una parte siano omologati i punti di accordo e dall'altra si statuisca sui punti in disaccordo senza che la causa scada ad un livello precedente, dato l'avanzamento delle trattative tra le parti durante il processo partecipativo.

I tempi destinati alla negoziazione a monte della lite giudiziaria permettono anzi di accelerare gli ulteriori tempi processuali, in caso di fallimento totale o parziale della negoziazione.

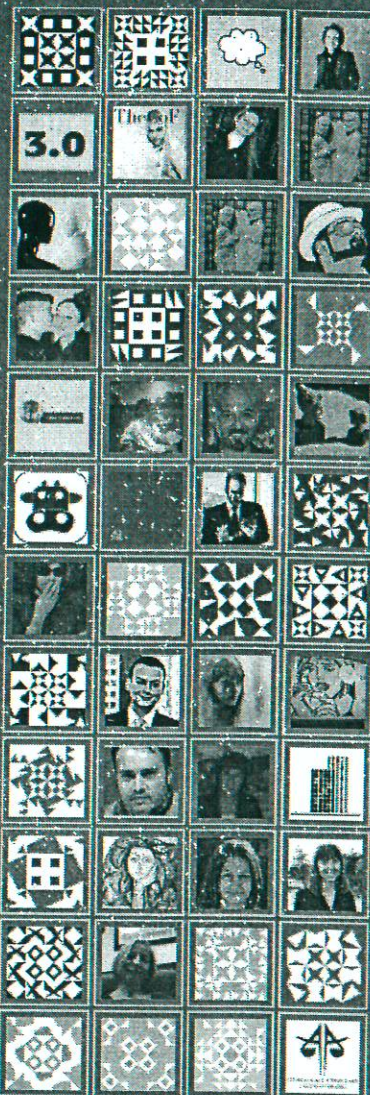
La necessità di assistere e consigliare le parti durante i negoziati, e l'esito giudiziario del processo

CERCA

Commenti recenti

-  mediaresenzaconfini su [Ecco la piattaforma ODR \(dal 1...](#)
-  Giorgio su [Ecco la piattaforma ODR \(dal 1...](#)
-  mediaresenzaconfini su [Ecco la piattaforma ODR \(dal 1...](#)
-  Giovanni Matteucci su [Ecco la piattaforma ODR \(dal 1...](#)
-  Giorgio su [Condizione di procedibilità ne...](#)
-  Giorgio su [Condizione di procedibilità ne...](#)
-  Giorgio su [La conciliazione in Perù](#)
-  Giorgio su [La conciliazione in Perù](#)
-  mediaresenzaconfini su [Un bilancio sui metodi AD...](#)
-  Giorgio su [Un bilancio sui metodi AD...](#)

Comunità



Articoli recenti

- > [Attuazione della Direttiva 2013/11 EU \(Direttiva ADR\) al 22 gennaio 2016](#)
- > [In Spagna arriva la mediazione a pena di](#)

partecipativo, giustificano che ciascuna parte sia assistita dal suo legale nella conduzione del processo partecipativo.

L'assistenza di un avvocato pone le parti in grado di difendere i loro interessi nel modo più pertinente. Ecco perché si prevede che tutte le formalità siano espletate dalle parti con l'assistenza dei loro avvocati: la convenzione partecipativa è firmata e, se del caso, può essere variata dalle parti, sempre assistite dai loro avvocati; il riconoscimento della soluzione negoziata, dei punti restanti del litigio, della volontà delle parti di adire al giudice e gli accordi che posero fine alla procedura sono egualmente sottoscritti in presenza degli avvocati.

La commissione si è particolarmente preoccupata che il diritto di accesso al giudice sia preservato.

Da un lato, l'obbligo per l'avvocato, previsto dal diritto collaborativo, di ritirarsi se la trattativa fallisce, non è stabilito. D'altra parte, in caso di emergenza, è ancora possibile andare in tribunale per ottenere un ordine di misure provvisorie o conservative. Infine, in caso di violazione del contratto di una parte, il disposto lascia l'altra parte libera dal suo obbligo di non adire il tribunale.

Inoltre, per le materie prevedenti diritti indisponibili, la Commissione ha programmato un regime speciale, che garantisce il rispetto dei diritti in questione e che è costruito attorno ai seguenti principi.

In primo luogo le parti in queste materie, secondo le precisazioni che seguono, assistite dai loro avvocati adiscono il giudice, che statuisce con ordinanza sulla richiesta, se autorizzare la conduzione di una procedura partecipativa.

Per la procedura di divorzio e di separazione, comprese le liquidazioni successive, non è necessaria una preventiva autorizzazione del giudice per avviare un processo partecipativo; tuttavia, il riferimento al giudice e il procedimento dinanzi a lui restano soggetti alle disposizioni speciali in vigore.

D'altra parte, un accordo non può produrre effetti che dopo l'omologazione da parte del giudice competente a conoscere della questione, vale a dire, il giudice naturale, il cui coinvolgimento garantisce che l'accordo rispetti l'ordine pubblico e tuteli i diritti e gli interessi di alcuno.

Infine, su domanda del rappresentante del Consiglio Superiore del notariato, si precisa che la procedura partecipativa non pregiudica alcuna regola della pubblicità fondiaria, di modo che il ruolo del notaio è conservato, nel rispetto delle esigenze del decreto n. 55-22 del 4 gennaio 1955 e del decreto n. 55-1350 del 14 ottobre 1955.

La commissione ritiene che il processo partecipativo sia ben progettato, a seguito dell'accordo formalizzato e della sua relazione con il sistema giudiziario, un quadro giuridico prevedibile e sicuro per le parti, incoraggiate a risolvere la loro controversia amichevolmente con l'assistenza dei loro avvocati^[4].

I principali sostenitori della procedura partecipativa (Francia)/negoziata assistita (Italia) nella UE sono attualmente due.

In Francia **Jean-Marie Burguburu** presidente del CNB (Conseil national des barreaux).

In Italia **Guido Alpa** presidente del CNF (Consiglio Nazionale Forense).

In Francia c'è in atto un braccio di ferro tra il **Ministro della Giustizia** e il CNB perché il Ministro vuole introdurre la **mediazione obbligatoria** in materia di divorzio.

Nel paese transalpino esiste già la **mediazione obbligatoria** in sede sperimentale e sino al dicembre 2014 qualora si invochi la revisione delle modalità per l'esercizio della potestà dei genitori o del contributo al mantenimento e all'educazione del bambino. Evidentemente il Ministro vuole estendere la mediazione familiare obbligatoria avendo dato la stessa buoni frutti.

Contrariamente al Ministro **Christiane Taubira**, **Jean-Marie Burguburu** desidera che la mediazione obbligatoria in materia di divorzio non venga istituita e che si affermi al contrario la **procedura partecipativa obbligatoria**; il presidente del CNB desidera in particolare che la procedura partecipativa riguardi **tutte le materie**^[5].

Le sue posizioni non vengono ascoltate anche perché sono noti i risultati fallimentari del 2013 della procedura partecipativa (solo sette omologazioni)^[6]; del resto anche dal rapporto Guinchard si può agevolmente evincere che la negoziazione assistita in Francia è una procedura che richiede notevole esperienza legale e negoziale.

La Francia non prevede la mediazione come condizione di procedibilità in materia civile e commerciale, ma un principio stabilisce che la procedura partecipativa e la mediazione stiano sullo stesso piano: il cittadino può scegliere a sua discrezione.

[irricevibilità della domanda](#)

> [Ecco la piattaforma ODR \(dal 15 febbraio 2016\)](#)

> [La conciliazione in Perù](#)

> [Un bilancio sui metodi ADR](#)

Categorie

Seleziona una categoria

Classifica articoli e pagine

- > [In Spagna arriva la mediazione a pena di irricevibilità della domanda](#)
- > [Alcune brevi ed amare considerazioni sull'essere mediatore civile e commerciale in Europa nel 2014](#)
- > [Adempimenti richiesti dal Regolamento ADR e recepimento della Direttiva \(stato dell'arte\)](#)
- > [Brevi considerazioni sulla negoziazione partecipativa](#)
- > [Mediazione. Tribunale di Vasto 9 marzo 2015: l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile](#)
- > [Stato dell'arte della attuazione della Direttiva ADR al 19 luglio 2015](#)
- > [Risoluzione n. 65/E dell'Agenzia delle Entrate: Esenzioni per il trasferimento di diritti reali in seguito a negoziazione assistita](#)
- > [La legge spagnola sulla mediazione civile e commerciale](#)
- > [Attuazione della Direttiva 2013/11 EU \(Direttiva ADR\) al 22 gennaio 2016](#)
- > [Ecco il testo della nuova mediazione italiana: convertito il decreto del fare](#)

Pagine

- > [Comunità Europea: Regolamento ODR e direttiva ADR](#)
- > [Carta dei diritti asiatici](#)
- > [Introduzione al blog](#)
- > [La legislazione del Venezuela \(News\)](#)
- > [La legislazione della mediazione \(NEWS\): Croazia](#)
- > [La legislazione della mediazione: Albania \(NEWS\)](#)
- > [La legislazione della mediazione: Argentina](#)
- > [La legislazione della mediazione: Austria](#)
- > [La legislazione della mediazione: Belgio](#)
- > [La legislazione della mediazione: Brasile](#)
- > [La legislazione della mediazione: Bulgaria](#)
- > [La legislazione della mediazione: Estonia](#)
- > [La legislazione della mediazione: Federazione Russa \(News\)](#)
- > [La legislazione della mediazione: Finlandia \(NEWS\)](#)
- > [La legislazione della mediazione: Francia \(NEWS\)](#)
- > [La legislazione della mediazione: Germania \(NEWS\)](#)
- > [La legislazione della](#)

Quanto alla materia della famiglia la procedura partecipativa è regolata come segue.

Una convenzione di procedura partecipativa può essere raggiunta dai coniugi che siano in cerca di una soluzione consensuale di divorzio o di separazione.

Ma non si può chiedere semplicemente l'omologazione al giudice, né si può pensare di andare esenti dal tentativo di conciliazione in caso di mancato accordo.

La domanda di divorzio o separazione legale presentata a seguito di una convenzione di procedura partecipativa è formata e giudicata secondo le norme contenute nel titolo VI del libro I della legge sul divorzio ossia si va davanti al giudice.

E' invece possibile omologare davanti al giudice un accordo che attenga all'esercizio dell'autorità parentale.

A Jean-Marie Burguburu evidentemente questa disciplina sta stretta.

In Italia è stato emanato appunto il decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 che non va a toccare, al contrario di quanto sostiene oggi un noto quotidiano economico, il campo della mediazione come condizione di procedibilità.

La negoziazione assistita come condizione di procedibilità è prevista in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e per richiedere il pagamento di somme di denaro sino a 50.000 € fuori dalle materie per cui la mediazione è condizione di procedibilità (si può pensare ad esempio all'appalto). E' stata invece stralciata la materia del consumo che originariamente era stato previsto dal CDM del 29 agosto scorso.

Da noi la mediazione familiare non è invece obbligatoria e dunque purtroppo nessuno si è posto il problema della concorrenza.

Al contrario il decreto legge prevede che la negoziazione assistita possa trovare spazio (non è dunque obbligatoria) anche in materia di diritto di famiglia quando non ci sono figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero figli non economicamente autosufficienti.

Attendiamo i commenti del CNF su questa disciplina, riservandoci un'analisi profonda del tessuto normativo.

[1] Si può trovare in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf>

[2] Art. 37 legge n. 2010-1609 del 22 dicembre 2010 che ha introdotto gli articoli che vanno da 2062 a 2067 del Codice civile. Art. 2 del Decreto n. 2012-66 del 20 gennaio 2012 – art. 2 Titolo II del libro V: Il processo partecipativo (articoli 1542- 1564).

[3] http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario;jsessionid=GvFgrUu7as5-guri2b?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2014-09-12&atto.codiceRedazionale=14G00147&elenco30giorni=false,

[4] Section 3 – La procédure participative de négociation assistée par avocat

La commission a souhaité s'inspirer de la pratique nord-américaine dite du « droit collaboratif », pour proposer l'émergence en France d'un nouveau mode de règlement des conflits, la « procédure participative » de négociation assistée par avocat.

Le droit collaboratif nord-américain

Le droit collaboratif a connu un fort développement depuis une quinzaine d'années aux États-Unis, où il est né, et où il est largement pratiqué dans plus de 40 États. Il s'est également rapidement développé au Canada, en Australie et en Nouvelle-Zélande et a fait une percée remarquable en Europe. Face à l'ampleur du phénomène, des avocats français ont pris l'initiative, depuis quelques années, de recourir à des processus collaboratifs dans le cadre de contentieux familiaux. Très utilisé dans ce domaine, ce mode singulier de règlement consensuel des différends peut néanmoins appréhender des litiges de toute nature. Dans les pays qui le pratiquent déjà à grande échelle, le droit collaboratif est utilisé en droit de la responsabilité, droit du travail, droit des assurances ou encore pour le règlement des successions, des litiges commerciaux notamment.

Comme tout mode alternatif de règlement des conflits, il interdit provisoirement aux parties de recourir au juge. Il va néanmoins beaucoup plus loin. Sa particularité tient à ce qu'il repose sur une « charte collaborative » qui oblige non seulement les parties au litige, mais également leurs avocats, à tout mettre en œuvre pour aboutir à une solution consensuelle. Plus précisément, les obligations découlant de cette charte s'articulent de manière à ce qu'aucun des signataires ne puisse envisager le recours au juge comme une alternative préférable. À cette fin, les avocats

- [mediazione: Giappone](#)
- [La legislazione della mediazione: Grecia](#)
- [La legislazione della mediazione: Lituania](#)
- [La legislazione della mediazione: Lussemburgo \(NEWS\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Macedonia](#)
- [La legislazione della mediazione: Malesia \(News\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Malta \(News\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Polonia](#)
- [La legislazione della mediazione: Portogallo \(NEWS\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Repubblica Ceca \(News\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Romania \(NEWS\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Spagna \(News\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Svezia](#)
- [La legislazione della mediazione: Turchia \(News\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Vietnam \(News\)](#)
- [La legislazione della mediazione: Slovacchia](#)
- [Legge cinese sulla mediazione \(News\)](#)
- [Testo provvisorio del regolamento ODR e della direttiva ADR approvati il 12 marzo 2013 \(NEWS\)](#)

LINK UTILI

- [American Bar Association](#)
- [Dipartimento della Giustizia e per l'uguaglianza della Repubblica d'Irlanda](#)
- [Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti DOJ](#)
- [Dipartimento di Giustizia del Canada](#)
- [Dipartimento federale di giustizia del Belgio](#)
- [Dipartimento federale svizzero di Giustizia e Polizia](#)
- [Ministero de Gobernación de Guatemala](#)
- [Ministero del Potere popolare per le relazioni interne e la Giustizia del Venezuela](#)
- [Ministero della Giustizia cinese](#)
- [Ministero della Giustizia del Brasile](#)
- [Ministero della Giustizia del Giappone](#)
- [Ministero della Giustizia del Lussemburgo](#)
- [Ministero della Giustizia del Perù](#)
- [Ministero della Giustizia del Portogallo](#)
- [Ministero della Giustizia del Vietnam](#)
- [Ministero della Giustizia dell'Argentina](#)
- [Ministero della Giustizia dell'Austria](#)
- [Ministero della Giustizia dell'Equador](#)
- [Ministero della Giustizia dell'Estonia](#)
- [Ministero della Giustizia dell'Inghilterra](#)
- [Ministero della Giustizia dell'Irlanda del Nord](#)
- [Ministero della Giustizia della Bulgaria](#)

sont tenus de se désengager de la procédure dès lors que l'une des parties rompt le pacte en saisissant le juge, mais également s'ils ont le moindre doute quant à la volonté réelle de leur client ou de l'autre partie d'avancer efficacement dans la négociation. Mieux encore, la signature de la charte leur interdit, en cas d'échec de la procédure, de représenter ultérieurement l'une quelconque des parties dans le cadre d'une procédure contentieuse. Enfin, il est convenu que les éléments d'information échangés au cours de la procédure collaborative ne peuvent être utilisés dans une éventuelle procédure contentieuse ultérieure.

Ces traits caractéristiques font la force du droit collaboratif, mais ils en montrent également les limites. Ayant tout à perdre dans l'échec de la procédure collaborative, les parties sont effectivement incitées à participer activement et utilement à la recherche d'une solution négociée. Au Canada, le ministère de la Justice a mené une étude qualitative concernant le droit collaboratif, dont les conclusions, rendues publiques en 2005, ont mis en évidence l'impact très positif du développement de ces procédures et le niveau élevé de satisfaction des parties, notamment en matière familiale.

Pour autant, on ne peut ignorer que ce qui favorise le succès du processus collaboratif est en même temps ce qui rend son échec particulièrement dramatique. Ceux qui n'auront pu aboutir à une solution négociée n'auront plus les moyens, financiers et probatoires, de se lancer dans une procédure judiciaire qui demeure alors pourtant leur seule issue. Lorsque l'accès à la justice est en jeu, il paraît difficilement acceptable de raisonner en termes de « tout ou rien » et de placer en situation d'échec insurmontable tous ceux qui ne seront pas parvenus à un accord total.

L'introduction en France d'une procédure participative

Le droit collaboratif constitue une forme de recherche transactionnelle contractualisée, faisant intervenir, en sus des parties, leurs avocats. À cet égard, il apparaît particulièrement intéressant de s'en inspirer, pour inciter les parties à la résolution négociée de leur différend, tout en préservant davantage leur accès effectif à la justice. Tel est l'objet de la proposition de la commission, tendant à créer en France une procédure participative de négociation assistée par avocat.

Le schéma retenu par la commission est fondé sur le rôle central d'impulsion et d'assistance des avocats. Il se décline de la façon suivante.

Les parties à la procédure participative, assistées de leurs avocats, s'y engagent volontairement avant toute procédure contentieuse. Leur volonté de prendre en charge la résolution de leur différend prend la forme d'une convention de participation qui les engage à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution négociée du différend. La capacité de la procédure à répondre aux besoins particuliers des parties est assurée par le fait que l'objet, les modalités et les éléments déterminant la solution sont inscrits dans la convention de participation. Les parties y déterminent nécessairement les questions qu'impliquent la résolution du litige, les éléments d'information nécessaires à l'élaboration des solutions et les modalités de leur échange. Elles prévoient également les règles qui encadreront l'éventuelle intervention, d'un technicien et sa rémunération. La procédure participative est ainsi apte à prolonger utilement les clauses de conciliation qui sont d'usage courant mais qui risquent souvent, par leur imprécision, de nourrir indirectement le contentieux judiciaire autour de leur mise en œuvre.

Il est naturellement prévu que les parties s'engagent mutuellement à ne pas saisir le juge pendant le cours du contrat participatif. Pour qu'il soit complet, l'engagement de ne pas saisir le juge doit produire les mêmes conséquences procédurales que celles qui sont attachées par la Cour de cassation aux clauses de conciliation préalable. Il s'agira donc d'une fin de non-recevoir. Le contrat participatif pourra prévoir, conformément à la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription civile, la suspension du délai de prescription pendant le cours de la procédure participative, sauf dans les matières où de tels accords sont exclus par ladite loi.

Pour la rendre attractive et en sécuriser l'issue, la commission propose d'articuler de manière complète la procédure participative avec le système judiciaire. D'abord, en prévoyant que l'accord constatant le règlement consensuel du litige peut être homologué par le juge compétent dans le cadre d'une procédure gracieuse de sorte qu'il sera doté de la force exécutoire lorsque cela sera nécessaire. Ensuite, parce qu'en cas de désaccord ou d'accord partiel, les parties ne sont pas contraintes de tout remettre en cause dans le cadre d'une longue procédure contentieuse : un procès-verbal est prévu pour constater l'accord partiel ainsi que les points sur lesquels le litige persiste ; l'avantage pour les parties consiste alors à pouvoir saisir la juridiction compétente par la seule remise au greffe de ce document, accompagné des pièces utiles, pour, d'une part, homologuer les points d'accord et, d'autre part, statuer sur les points de désaccord sans que l'affaire soit renvoyée à la mise en l'état, compte tenu de l'avancement des échanges entre les parties pendant le cours de la procédure participative. Le temps consacré à la négociation en amont de la procédure judiciaire permet ainsi d'accélérer le déroulement d'une procédure judiciaire ultérieure, en cas d'échec total ou partiel de la négociation.

La nécessité d'assister et de conseiller les parties tout au long de la négociation, ainsi que le dénouement judiciaire de la procédure participative, justifient que les parties soient chacune

- > [Ministero della Giustizia della California](#)
- > [Ministero della Giustizia della Colombia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Croazia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Danimarca](#)
- > [Ministero della Giustizia della Finlandia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Francia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Germania](#)
- > [Ministero della Giustizia della Lettonia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Lituania](#)
- > [Ministero della Giustizia della Malesia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Moldavia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Norvegia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Polonia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Repubblica Ceca](#)
- > [Ministero della Giustizia della Repubblica Slovacca](#)
- > [Ministero della Giustizia della Romania](#)
- > [Ministero della Giustizia della Slovenia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Spagna](#)
- > [Ministero della Giustizia della Svezia](#)
- > [Ministero della Giustizia della Turchia](#)
- > [Ministero della Giustizia di Albania](#)
- > [Ministero della Giustizia di Cipro](#)
- > [Ministero della Giustizia di Malta](#)
- > [Ministero della Giustizia e del lavoro del Paraguay](#)
- > [Ministero della Giustizia e della Pace del Costa Rica](#)
- > [Ministero della Giustizia e della Sicurezza dei Paesi Bassi](#)
- > [Ministero della Giustizia della trasparenza e dei diritti umani della Grecia](#)
- > [Ministero della Pubblica Amministrazione e della Giustizia dell'Ungheria](#)
- > [Portale governativo della Tanzania](#)
- > [The Scottish Government](#)

Più cliccati

- > [cedireland.com/?page=ced...](#)
- > [mediaresenzaconfini.files...](#)
- > [mediaresenzaconfini.files...](#)
- > [mediaresenzaconfini.files...](#)
- > [mediaresenzaconfini.files...](#)
- > [mediaresenzaconfini.files...](#)
- > [mediaresenzaconfini.files...](#)
- > [ec.europa.eu/consumers/so...](#)
- > [ladocumentationfrancaise...](#)

Cloud della categorie

ADR Arbitrato Arbitrato
delle origini [Austria](#) [Avvocato](#)
[accompagnatore](#) [avvocato](#)
[accompagnatore alla mediazione](#)
[Bulgaria](#) [California](#) [Cina](#) [Comunicazione](#)
Conciliazione [Conciliazione](#)
delle origini [Costituzioni](#) [Formazione](#)
in [mediazione](#) [Francia](#) [Germania](#)
[Giappone](#) [Grecia](#) [Inghilterra e Galles](#)

assistées de leur avocat pour conduire la procédure participative. L'assistance par un avocat place les parties en mesure de défendre leurs intérêts de la manière la plus pertinente. C'est pourquoi il est prévu que l'ensemble des formalités doit être accompli par les parties avec l'assistance de leurs avocats : la convention de participation est signée et, le cas échéant, modifiée par les parties, toujours assistées de leurs avocats ; la constatation de la solution négociée, des points restant litigieux ou de la volonté des parties de se tourner désormais vers le juge et les accords qui mettent un terme à la procédure sont également signés en présence des avocats.

La commission s'est particulièrement attachée à ce que le droit d'accès à un juge soit préservé. D'une part, l'obligation qui est faite à l'avocat, en droit collaboratif, de se déporter en cas d'échec de la négociation, n'est pas reprise. D'autre part, en cas d'urgence, il demeure possible de saisir le juge aux fins d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Enfin, en cas d'inexécution de ses obligations par l'une des parties, le dispositif délie l'autre partie de son obligation de ne pas saisir la justice.

En outre, pour les matières dans lesquelles les droits sont indisponibles, la commission a prévu un régime spécifique, garantissant le respect des droits en cause et s'articulant autour des grands principes suivants.

D'une part, dans ces matières, et sous réserve des précisions qui suivent, les parties assistées de leurs avocats sollicitent du juge, qui statue par ordonnance sur requête, l'autorisation d'engager une procédure participative. Pour les procédures de divorce et de séparation de corps, en ce compris les liquidations subséquentes, l'autorisation préalable du juge n'est pas nécessaire pour engager une procédure participative ; en revanche, la saisine du juge et la procédure suivie devant lui demeurent soumises aux dispositions spéciales en vigueur.

D'autre part, un accord ne pourra produire d'effet qu'après son homologation par le juge compétent pour connaître de la matière, c'est-à-dire le juge naturel, dont l'intervention permet de s'assurer que l'accord respecte l'ordre public et préserve les droits et intérêts de chacun.

Enfin, à la demande du représentant du Conseil supérieur du notariat, il est précisé que la procédure participative ne préjudicie pas aux règles de la publicité foncière, de façon à ce que le rôle du notaire soit préservé, dans le respect des exigences du décret no 55-22 du 4 janvier 1955 et du décret no 55-1350 du 14 octobre 1955.

La commission considère que la procédure participative ainsi conçue constitue, en raison de la convention formalisée et de son articulation avec le système judiciaire, un cadre juridique prévisible et sécurisant pour les parties, incitant celles-ci à résoudre leur litige à l'amiable, avec l'assistance de leurs avocats.

[5] Cfr. <http://www.leparisien.fr/espace-premium/actu/les-avocats-doivent-proposer-des-forfaits-11-02-2014-3578877.php#xtref=https%3A%2F%2Fwww.google.it%2F>

[6] (Cfr. http://www.senat.fr/basile/visio.do?id=r878456_6&idtable=r878456_6|r879392_3&c=%22proc%E9dure+participative%22&rch=gs&de=2)

Informazioni su questi ad

Condividi:

Condivisione

★ Mi piace

Di' per primo che ti piace.

Articoli collegati

Che cosa pensano gli

Entrata in vigore la

La negoziazione assistita e

Irlanda Italia Malta

Mediazione

Negoziazione assistita Neutral

evaluation Polonia Portogallo Procedura

partecipativa Repubblica Ceca Romania

Saggi Sistemi di composizione

Slovacchia Spagna Stati Uniti

Ungheria

Archivio

Seleziona mese

Circa l'autore



mediaresenzaconfini

Avvocato e mediatore dell'Organismo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova. Formatore pratico e teorico ex d.m. 180/10 per diversi enti di formazione Docente a contratto della Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università di Genova con riferimento alla mediazione e alla negoziazione assistita Coach degli studenti dell'università di Pavia per la CIM 2015-2016 Consigliere di AssoConciliatori dal maggio 2014 Ex Presidente della Sottosezione di Arenzano della Cour Européenne d'Arbitrage per l'arbitrato e Presidente della stessa Corte della Sezione Mediazione Liguria. Mi occupo di ADR dal 2005. Ho all'attivo diverse pubblicazioni in materia tra cui ricordo: -Breve storia della risoluzione del conflitto. I sistemi di composizione dall'origine al XXI secolo, in Itinerari di ADR – Alternative Dispute Resolution di Marco Marinaro, ARACNE editrice S.r.l., 2014. - Brevi cenni sui sistemi alternativi di composizione dei conflitti: l'arbitrato e la conciliazione, in Nuova Giurisprudenza Ligure, Anno XVI n. 2, Maggio Agosto 2014, De Ferrari, p. 57 e ss -Il legale e la mediazione. I doveri e la pratica dell'avvocato mediatore e dell'accompagnatore alla procedura, Aracne Editrice, aprile 2014. -La mediazione in Francia ed in Liguria, Napoleone e gli avvocati, in Rassegna Forense Rivista Trimestrale del Consiglio Nazionale Forense, Parte Terza-Storia dell'Avvocatura, vol. 2 Anno XLVI Aprile-Giugno 2013 - Manuale della Mediazione per il Geometra, UTET Scienze Tecniche, Torino, 2011 - La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, Filodiritto

organismi di mediazione
francesi della negoziazione
assistita
In "ADR"

negoziazione assistita
come condizione di
procedibilità
In "ADR"

la consulenza tecnica
In "ADR"

Filed Under: ADR, Conciliazione, Francia, Mediazione, Negoziazione assistita | Tagged With: accordo tra le parti, ADR, Arbitrato, arbitro, attuazione della direttiva, Conciliatore, Conciliazione, Direttiva 52/08, La mediazione in pillole, Mediatore, mediazione legge, negoziazione assistita, procedure partecipative, procedura partecipativa

« Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile.

Che cosa pensano gli organismi di mediazione francesi della negoziazione assistita »

Rispondi

Scrivi qui il tuo commento...

Editore, 2011. - Il D.Lgs. 28 del 4 marzo 2010: ambito e applicazione, in Consulente immobiliare n. 893, Supplemento Mediazione delegata alla prova, Il Sole24ore, 2011 -La mediazione in Francia ed in Liguria, Napoleone e Il avvocati, in Nuova giurisprudenza Ligure n. 2 anno XIV, Maggio Agosto 2012, De Ferrari, p. 54 e ss. Ho deciso di iniziare questo blog perché ritengo che anche nella materia della mediazione sia davvero importante confrontarsi con realtà estere. Tutti i contributi sono benvenuti. E pure i commenti che i lettori si sentono di poter postare.

[Visualizza Profilo Completo](#) →

Seguimi su Twitter

[I miei Cinquetti](#)

Calendario

settembre: 2014

M	T	W	T	F	S	S
1	2	3	4	5	6	7
8	9	10	11	12	13	14
15	16	17	18	19	20	21
22	23	24	25	26	27	28
29	30					
« Aug			Oct »			

Meta

- > [Registrali](#)
- > [Accedi](#)
- > [Voce RSS](#)
- > [RSS dei commenti](#)
- > [WordPress.com](#)

- > [RSS - Articoli](#)
- > [RSS - Commenti](#)



[RETURN TO TOP OF PAGE](#)

BLOG SU WORDPRESS.COM. · IL TEMA TAPESTRY.