



CONVERTITO IN LEGGE IL D.L. 132/14: AL VIA LA PROCEDURA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

Premessa

La Camera ha approvato in maniera definitiva la riforma della giustizia civile, convertendo in legge il D.L. 132/14 nel testo precedentemente licenziato al Senato.

Infatti, il 23 ottobre 2014, con 161 voti favorevoli e 51 contrari, l'Assemblea del Senato ha rinnovato la fiducia al Governo, approvando il maxiemendamento interamente sostitutivo del Disegno di legge n. 1612 di conversione del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile.

Le disposizioni del Capo II – articoli da 2 a 11 – come approvate nel testo definitivo, hanno ad oggetto la disciplina della procedura di negoziazione assistita da **uno o più avvocati**, con la quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole una controversia vertente su diritti disponibili. Sotto numerosi profili esse mutuano soluzioni già sperimentate dal Legislatore con il decreto legislativo 28/2010 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

La nuova previsione normativa prevede l'applicabilità della negoziazione assistita alle soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, con un preciso dovere deontologico per gli avvocati di informare il cliente, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla convenzione, posto che la mancata informativa costituisce infrazione disciplinare.

1. Le modifiche apportate in sede di conversione

Il legislatore ha recepito solo in parte le osservazioni e proposte che il 30 ottobre erano state presentate dalle associazioni più rappresentative in materia di famiglia e minorenni: AIAF, AMI, Cammino, Osservatorio, UNCM. Le novità, rispetto al testo pubblicato in Gazzetta, riguardano innanzitutto la previsione che la negoziazione sia condotta non da un solo avvocato ma dagli avvocati di entrambe le parti, ove non siano rappresentate dallo stesso difensore.



Il Legislatore ha previsto alcune ipotesi in cui l'esperimento della procedura di negoziazione assistita è obbligatorio in quanto condizione di procedibilità della domanda. In nessun caso, tuttavia, in materia di famiglia e minorenni il mancato esperimento della negoziazione assistita potrebbe costituire motivo di improcedibilità, né dovrebbero applicarsi le sanzioni di cui all'art. 4, ai fini delle spese del giudizio, nel caso di mancata risposta o rifiuto dell'invito a stipulare la convenzione. In caso di relazioni abusanti e/o violente ovvero "squilibrate" sul piano delle posizioni di potere (emotivo e/o economico), dunque non mediabili, la mancata risposta e/o il rifiuto potrebbero risultare addirittura necessari e la mediazione foriera di danni alla relazione e alle parti.

La convenzione deve indicare:

il termine concordato dalle parti per la conclusione della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese. Al Senato tale previsione è stata integrata, aggiungendo anche un limite massimo di durata pari a **tre mesi**, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti;

l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili né, a seguito di una modifica apportata dal Senato, le cause di lavoro.

L'art. 2 prevede poi che la convenzione è conclusa per un periodo di tempo determinato dalle parti, fermo restando i citati limiti, e che essa è redatta, a pena di nullità, in forma scritta.

2. La negoziazione assistita nell'ambito delle controversie familiari

2.1 L'articolo 6 regola una particolare forma di convenzione di negoziazione assistita finalizzata specificamente alla soluzione consensuale stragiudiziale delle *controversie in materia di separazione personale, di cessazione degli effetti civili e scioglimento del matrimonio ovvero di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*.

Il testo approvato dal Governo in via provvisoria vietava il ricorso alla convenzione di negoziazione assistita in presenza di figli minori o di figli maggiorenni incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

Tuttavia, in sede di conversione è stata introdotta la possibilità di raggiungere un accordo anche in tali ipotesi, previa valutazione degli interessi dei figli. In tale ipotesi, infatti, l'accordo deve essere trasmesso entro 10 giorni al pubblico ministero presso il tribunale competente. Il PM lo autorizza quando lo ritiene rispondente all'interesse dei figli. In caso



contrario, l'accordo deve essere trasmesso entro 5 giorni dal PM al Presidente del Tribunale che fissa, entro i successivi 30 giorni, la comparizione delle parti e provvede «senza ritardo».

Altra novità rispetto al testo iniziale consiste nel fatto che anche l'accordo concluso in assenza di figli minori o di figli maggiorenni incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti debba essere trasmesso al PM che, se non ravvisa irregolarità, concede agli avvocati il nullaosta per la trasmissione dell'accordo stesso agli uffici di stato civile competenti.

La modifica si è resa necessaria in relazione a una serie di disposizioni vigenti e, in particolare, all'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero in tutte le cause matrimoniali e riguardanti i figli minorenni. Tuttavia, sarebbe stato più opportuno adottare la proposta di emendamenti delle associazioni specialistiche che prevedeva la trasmissione dell'accordo di negoziazione al giudice per l'omologa, previo parere del PM, e conseguente applicazione della previsione di cui 158, co. II, c.c.

Peraltro, non è fuor di luogo evidenziare che la nuova disciplina rafforza l'ipotesi della necessità di un Tribunale unico, laddove si rende inevitabile individuare il Procuratore competente ad emettere il parere di cui all'art. 6.

Si rileva che la fase di esame dell'accordo da parte della procura non è disciplinata nei tempi di risposta che potranno variare da Ufficio a Ufficio senza alcuna certezza; peraltro la normativa non impone alle parti di fornire alla Procura anche i documenti su cui esso è fondato, limitando notevolmente il controllo che su tale accordo può essere fatto dal PM con riferimento ai diritti indisponibili posti a tutela dei minori. Inoltre la verifica da parte del Presidente del Tribunale su rinvio del PM, che dovrebbe avvenire "senza ritardo" e previa comparizione delle parti, non è in realtà regolata chiaramente, né in ordine ai destinatari della notifica del decreto di fissazione dell'udienza – se siano le parti personalmente o i propri legali -, né sul rito applicabile all'udienza stessa né infine sul provvedimento con cui essa deve concludersi.

Tenuto conto anche delle modifiche intervenute in tema di termine di durata della separazione, necessario ai fini della domanda di divorzio, ci si chiede se esso, nei casi di diniego di nulla osta da parte del PM, debba decorrere dalla "data certificata" nell'accordo o da altra, diversa, per esempio quella di comparizione delle parti davanti al Presidente.



Un ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato è la mancata previsione dell'istituto in questione per l'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio. In sede di approvazione degli emendamenti, nell'estendere la procedura di negoziazione anche in presenza di figli minori o maggiorenni ma non autosufficienti, il legislatore avrebbe dovuto tenere conto delle modifiche introdotte al processo civile a seguito della l. 219/12 ed evitare una discriminazione che oggi non ha più ragione di esistere.

L'omesso riferimento al nuovo art. 316 c.c. si pone certamente in contraddizione sia con lo spirito del legislatore del 2012, volto ad eliminare ogni distinzione tra figli, sia con la ratio del d.l. 132/14 laddove lascia immutata un procedura che, al pari di quelle in esso disciplinate, avrebbe ben potuto trovare soluzione anche fuori dalle aule del Tribunale.

Peraltro, l'esigenza di rendere più celeri anche le controversie tra genitori non uniti in matrimonio è stata più volte sottolineata dalla giurisprudenza di merito, ribadendo la necessità di ricavare una fase preliminare di tipo conciliativo in analogia a quanto accade nel rito della separazione e del divorzio (cfr. decreto Tribunale di Milano del 31 maggio 2013 e del 4 novembre 2013).

Ciò che si auspica, a questo punto, è un ulteriore intervento normativo volto a rimediare a questa ulteriore "svista" del legislatore e ad eliminare definitivamente ogni distinzione.

2.2 Raggiunto l'accordo, questo, con la sottoscrizione apposta dall'avvocato per l'autenticità delle firme, dovrà essere trasmesso entro il termine di dieci giorni all'ufficiale di stato civile del Comune nel quale il matrimonio fu iscritto o trascritto per l'aggiornamento dei registri. Al fine di rendere certo e tempestivo l'accordo raggiunto è stata prevista, in capo all'avvocato che viola il termine di dieci giorni una sanzione amministrativa pecuniaria da 5mila e 50mila euro, attualmente vigente, ridotta nel testo approvato nella forbice compresa tra 2mila e 10mila euro. Il procedimento di controllo del rispetto dei tempi è delegato al Comune che deve effettuare l'annotazione dell'atto di negoziazione.

A seguito della modifica introdotta dal Senato il 23 ottobre viene precisato che l'accordo dà atto che gli avvocati, anche in assenza di figli, hanno tentato di conciliare le parti, le hanno informate della possibilità di ricorso alla mediazione familiare (il tentativo di conciliazione è obbligatorio nell'ordinario procedimento giudiziale) e le hanno rese edotte dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ognuno dei genitori.



La definizione dell'accordo a seguito della convenzione è pienamente sostitutivo e produce quindi gli effetti dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'art. 5 prevede che, in caso di inadempimento, l'accordo debba essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma, del codice di procedura civile, senza tuttavia specificare se l'attestazione di conformità del testo trascritto all'accordo raggiunto sia onere dell'avvocato o di altra autorità competente, per esempio l'Ufficiale giudiziario.

Va poi evidenziato che, mentre nella normativa sulla mediazione di cui al D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, come modificato dalla Legge n. 98 del 9 agosto 2013, l'art. 11 stabilisce espressamente che l'accordo amichevole venga allegato al processo verbale redatto dal mediatore e, sottoscritto da tutte le parti, resti depositato presso l'organismo di mediazione, in materia di negoziazione al Legislatore è sfuggito che, in assenza di registri o archivi all'uopo preposti, non è chiaro chi sia tenuto alla conservazione dell'originale dell'accordo, con il risultato che la mancata previsione esporrà il cittadino, parte della negoziazione, al rischio di smarrire incolpevolmente o vedere distrutto l'originale consegnatogli dal proprio avvocato.

L'articolo 9, con una norma poco chiara e non rispondente alla funzione della mediazione, individua obblighi di lealtà e riservatezza dei difensori cui è affidata la procedura di negoziazione assistita; il Senato ha aggiunto all'articolo 9 un comma 4-*bis* con cui la loro violazione viene considerata illecito disciplinare.

3. La procedura conclusa dinanzi al Sindaco

Nonostante il contrario parere delle associazioni specialistiche, viene infine confermata dall'articolo 12 la possibilità di concludere dinanzi al **sindaco**, quale ufficiale dello stato civile (il Senato ha così sostituito il riferimento alla comparizione davanti all'ufficiale dello stato civile) del comune di residenza di uno dei coniugi (ovvero di iscrizione o trascrizione dell'atto di matrimonio) un accordo di separazione o di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili o, infine, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Il Senato ha previsto l'espresso riferimento all'**assistenza facoltativa** di un avvocato nell'accordo, con la preclusione dell'applicabilità alle coppie che intendano dirimere tra loro anche questioni patrimoniali e a quelle con figli minori, figli maggiorenni



incapaci o portatori di handicap di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 104 del 1992 ovvero economicamente non autosufficienti.

Si rileva che in tale ipotesi sia l'assenza del PM, sia le eventuali pressioni del coniuge forte nei confronti del debole, in uno alla possibilità che accordi raggiunti dalle parti senza l'ausilio dell'avvocato possano non essere coerenti con la normativa e ingenerare ulteriore contenzioso, rendono la previsione dell'art. 12 foriera di potenziale lesione di diritti. Al riguardo si rileva che la Convenzione di Istanbul del 11 maggio 2011 sulla *prevenzione e la lotta contro la violenza delle donne e la violenza domestica*, all'art. 48 prevede espressamente il divieto di adottare i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti nei casi di violenza alle donne e di violenza domestica ***comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata***, sancendo espressamente che gli Stati devono adottare le misure legislative volte a vietare i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, tra cui la mediazione e la conciliazione, per tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione.

Conclusioni

L'introduzione dell'istituto della negoziazione assistita nel nostro ordinamento mira essenzialmente ad alleggerire il carico dei Tribunali e a rendere più snelle e veloci le procedure consensuali, con un notevole risparmio di costi sia per la Giustizia, sia fondamentalmente per le parti.

Tuttavia, è chiaro che le esigenze deflattive dell'ordinamento devono essere adeguatamente bilanciate con la garanzia del rispetto di diritti costituzionalmente garantiti, la cui tutela minima non può mai essere sacrificata.

Ne consegue che la soluzione suggerita dal legislatore deve muovere da un'effettiva base volontaristica delle parti ed essere condotta da avvocati con un'alta professionalità e specializzazione, i quali dovranno sempre più assumere il ruolo non del mero difensore, bensì dell'esperto competente e qualificato.

Peraltro, è auspicabile un ulteriore intervento normativo volto sia a garantire l'effettiva e non facoltativa presenza di un esperto anche nell'ipotesi di cui all'art. 12 del d.l., che così

come formulata risulta essere la previsione meno garantista dei diritti dei coniugi, sia la previsione della procedura di negoziazione di cui all'art. 6 anche alle ipotesi di affidamento di figli nati fuori dal matrimonio, che allo stato attuale, come sopra detto, crea una ingiustificata disparità di trattamento assoggettando la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio a riti e discipline differenti.

Avv. Serena Lombardo

Avv. Rebecca Rigon

Responsabili Nazionali Settore Civile U.N.C.M.

Avv. Olga Anastasi

Componente del Direttivo U.N.C.M.