

La procedura di negoziazione assistita da un avvocato

Novità degna di nota è senz'altro l'introduzione della procedura di negoziazione assistita da un avvocato.

Appare evidente l'intento del Legislatore di legittimare il *favor* verso questa nuova misura di degiurisdizionalizzazione, tanto attraverso l'introduzione di filtri obbligatori quanto di misure di incentivazione.

La tendenza attuale è chiaramente quella di restringere progressivamente l'accesso alla giustizia, prendendo atto di una sempre più diffusa opinione che vede nel ricorso al giudice quasi una manifestazione di "abuso".

Si vuole giungere a sostenere che "giustizia" è non solo quella somministrata dal giudice ma anche quella in vario modo gestita dal mediatore, dal conciliatore, dal negoziatore, dall'arbitro ecc.

E così, nel giudizio di primo grado, si moltiplicano le condizioni di procedibilità (mediazione, conciliazione, negoziazione assistita da avvocati, etc.) per far sì che la controversia possa essere definita in una sede alternativa: quale che essa sia (ogni soluzione è giudicata perfettamente adeguata – purché si eviti il ricorso al giudice).

Quanto alle impugnazioni, si moltiplica la previsione di cause di inammissibilità per far sì che le Corti possano definire i gravami senza deciderne il merito.

L'art. 3 del decreto, infatti, erige a condizione obbligatoria di procedibilità l'invio dell'invito a stipulare la c.d. "convenzione di negoziazione assistita", per le cause relative a controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, nonché di pagamento a qualsiasi titolo di somme di danaro fino a euro cinquantamila compresi al di fuori dei casi previsti dall'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010, in tema di mediazione obbligatoria - della quale, invero, la procedura negoziata assistita ricalca, quantomeno in parte, la disciplina - (ossia delle cause "in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari").

Sono previste, inoltre, importanti e gravose responsabilità a carico degli stessi professionisti. Per altro verso, la negoziazione assistita da un avvocato diventa anche una vera e propria opportunità, alternativa alla giurisdizione, per la separazione consensuale e la richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Naturalmente, ai sensi dell'art. 6, comma 3, del decreto, l'accordo eventualmente raggiunto a

seguito della convenzione di negoziazione assistita terrà luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio e dovrà essere conservato negli archivi istituiti presso l'ufficio dello stato civile, negli atti di matrimonio e negli atti di nascita.

Il decreto reca, poi, alcune disposizioni necessarie per l'armonizzazione del nuovo istituto - il cui risultato ultimo, del resto, dovrebbe essere (almeno nelle più nobili intenzioni) un accordo destinato a produrre effetti in tutto e per tutto equiparati a quelli delle sentenze e dei provvedimenti giudiziari nei procedimenti in cui è applicabile - con le norme sulla prescrizione, sulla decadenza e sull'antiriciclaggio.

Si prevede, infatti, all'art. 8, che "dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero dalla sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale", e che "dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di cui all'art. 4, comma 1, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione del termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati".

Viene, altresì, modificato l'art. 12, comma 2, del d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, recante le norme sulla prevenzione del riciclaggio e del terrorismo, che ora esclude espressamente l'obbligo di segnalazione (ma, si deve ritenere, non da quello dell'identificazione e adeguata verifica della clientela) di operazioni sospette (di cui all'articolo 41 del d. lgs. 231/07, cit.), a carico dei professionisti, per le informazioni ricevute e/o ottenute sui propri clienti, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento ora, appunto (ai sensi dell'art. 10, d. l., 132/14, cit.), "anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ai sensi di legge".

Si tratta di modifica quanto mai opportuna giacché, in assenza di tale specificazione, la natura tipicamente negoziale dell'istituto avrebbe senz'altro comportato la ricomprensione dell'attività professionale svolta dall'avvocato in tale ambito tra quelle soggette agli obblighi di prevenzione antiriciclaggio e antiterrorismo, con la conseguenza che, nelle materie previste dall'art. 12, comma 1, lett. c), d. lgs. 231/07, cit., l'avvocato sarebbe stato appunto soggetto all'obbligo di segnalare eventuali operazioni sospette in cui avesse avuto motivo di ritenere coinvolto il proprio cliente: obbligo per sé difficilmente conciliabile con il diritto di difesa cui, anche

l'istituto della negoziazione assistita afferisce giusta la sua funzione sostitutiva e deflattiva della giurisdizione cui l'accordo finale è integralmente equiparato quanto ad effetti.

Il ruolo e le funzioni degli avvocati nella procedura di negoziazione assistita

La logica che tutto sommato sembra informare l'intervento normativo in commento, invero, più che la decantata "degiurisdizionalizzazione" di una parte dei contenziosi, appare quella della deresponsabilizzazione della giurisdizione e dello Stato, finalizzata com'è a scaricarne direttamente i costi e gli oneri sui contribuenti, cittadini e avvocati.

Si prevede, anzitutto, l'obbligo deontologico degli avvocati di informare il cliente, ai sensi dell'art. 2, comma 7, del decreto, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita, l'obbligo degli stessi avvocati di certificare l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione di negoziazione, *ex art. 2, comma 6, del decreto*, e della firma apposta all'invito a stipulare la convenzione di negoziazione, *ex art. 4, commi 1 e 2* (mentre la dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati designati); e, ancora, l'obbligo di certificare l'autografia delle firme delle parti dell'accordo e la sua conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico; nonché, infine, il divieto, a pena di illecito deontologico *ex art. 5, comma 4*, per l'avvocato, di impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Il fine risulta, all'evidenza, quello di assicurare efficacia, diffusione applicativa e stabilità alle nuove misure, nella consapevolezza che, verosimilmente, esse saranno poco gradite quanto meno a una parte dell'avvocatura.

Desta più di qualche perplessità, infine, la previsione a carico dell'avvocato - contenuta nell'art. 6, comma 2, del d. l., per il caso di convenzione di negoziazione assistita nelle soluzioni consensuali di separazione, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio ovvero di modifica delle condizioni di separazione o divorzio - dell'obbligo di trasmettere, entro un termine ristretto (dieci giorni), all'ufficiale dello Stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia dallo stesso autenticata dell'accordo sottoscritto dalle parti, dagli avvocati che certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo medesimo alle norme imperative e all'ordine pubblico; obbligo stabilito, ed è questo l'aspetto più inquietante, a pena di sanzione amministrativa pecuniaria (irrogabile direttamente a carico dell'avvocato dal Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni di cui all'art. 69, d.p.r. 396/2000) da euro duemila a euro diecimila.

Appare, in ultima, persino vessatoria la previsione di cui all'art. 3, comma 6, del decreto, il quale prevede che, quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di

procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto alcun compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello stato, ai sensi dell'art. 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.p.r. 115/2002 e ss. mm.

Ovviamente, a tal fine, si prevede che la parte sia tenuta a depositare all'avvocato apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere dallo stesso autenticata, nonché a produrre, ove l'avvocato lo richieda, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

Rimane il fatto, tuttavia, che il *punctum dolens* di tale innovazione non sta nel rischio di un abuso della parte ai fini di conseguire un illecito arricchimento attraverso l'esenzione dall'obbligo di corrispondere il compenso all'avvocato quanto, piuttosto, nella decisione di negare agli avvocati, anche quelli non iscritti all'elenco del gratuito patrocinio, il diritto al proprio compenso per l'assistenza prestata a clienti con i requisiti per il gratuito patrocinio in procedure di negoziazione assistita; privazione che, al di là del carattere vessatorio e discriminatorio rispetto al trattamento riservato nelle controversie dove la negoziazione assistita non è condizione di procedibilità e in quelle ove sono parte soggetti non aventi diritto al gratuito patrocinio, rischia di minare la stessa indipendenza e l'autonomia di quei professionisti che, più di tutti, svolgono o avrebbero potuto svolgere un ruolo importante per il successo dell'istituto pensato in chiave deflattiva rispetto ai contenziosi giurisdizionali - nei quali soltanto, invero, gli avvocati continuerebbero a conservare intatto il diritto ai propri compensi.

Stanti anche le responsabilità di cui l'avvocato è onerato (certificazione delle firme e anche della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, autenticazione e trasmissione a pena di pesanti sanzioni economiche) e, a maggior ragione, l'ansia di abbattere i costi e di semplificare le procedure di definizione dei contenziosi, mal si comprendono le ragioni per cui l'art. 5, del decreto in commento, ai fini della trascrizione dell'accordo che conclude uno dei contratti o compie uno degli atti di cui all'art. 2643, c.c., continui a richiedere l'autenticazione del processo verbale di accordo da parte di altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

La separazione consensuale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio con negoziazione assistita ovvero innanzi all'Ufficiale dello Stato civile.

Sarà una novità assoluta procedere alla separazione ed al divorzio senza passare per il

Tribunale.

I protagonisti della procedura che condurrà alla separazione o al divorzio accelerati sono tre: l'avvocato, i coniugi e il sindaco (quale ufficiale dello stato civile).

Le procedure previste sono due: una con l'assistenza di uno o più avvocati ed un'altra dinanzi all'ufficiale di stato civile (con la presenza facoltativa di un difensore).

Un punto che il decreto n. 132/2014 non ha chiarito è quando la separazione ed il divorzio potranno dirsi perfezionati. E' stato solo previsto che l'accordo così come raggiunto produce gli effetti e tiene luogo del provvedimento giudiziale di separazione e di divorzio.

Possiamo ipotizzare che gli effetti giuridici si spiegheranno dalla data dell'accordo stesso?

Vediamo la procedura: in pratica l'avvocato dovrà redigere un accordo ove verrà regolamentata la separazione o il divorzio.

L'accordo verrà sottoscritto dai coniugi e tale sottoscrizione verrà autentica dallo stesso legale.

In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, il legale deve trasmettere l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3.

In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ovvero economicamente non autosufficienti, invece, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Ove, invece, dovesse ritenere che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il P.M. lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo.

L'art. 12, d.l. 132/14, cit., apre e chiude il capo III, rubricato "Ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio".

Si prevede, in via di estrema sintesi, che i coniugi possano concludere l'accordo di separazione personale, ovvero, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, direttamente innanzi al Sindaco quale ufficiale dello stato civile del Comune di residenza di uno di essi ovvero del Comune presso cui è stato iscritto o trascritto l'atto di matrimonio.

Diversamente dalla prima stesura del decreto, solo in questo caso, l'art. 12, comma 2, esclude l'applicazione di tale istituto in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

Ai fini della conclusione dell'accordo avente uno dei contenuti sopra indicati, l'art. 12, comma 3, prevede che l'Ufficiale dello stato civile debba ricevere da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio, ovvero ottenerne lo scioglimento, secondo le condizioni da essi concordate, ovvero la modifica delle condizioni di separazione o divorzio. da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate.

Solo dopo il ricevimento di tali dichiarazioni, quindi, l'atto contenente l'accordo può e deve essere compilato e immediatamente sottoscritto .

Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio, secondo condizioni concordate, l'ufficiale di stato civile, quando riceve le dichiarazioni dai coniugi, li invita a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo.

Come per la negoziazione assistita *ex art. 6*, anche in questo caso, l'art. 12, prevede espressamente che l'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio e, correlativamente, è menzionato tra gli atti che lo stesso ufficiale dello stato civile deve inserire, rispettivamente, negli archivi di cui all'art. 10, d.p.r. 396/20007, negli atti di matrimonio e negli atti di nascita.

Tale particolare variante alternativa alla giurisdizione non è, tuttavia, perfettamente sovrapponibile alla convenzione di negoziazione assistita da un avvocato, prevista all'art. 6, più sopra ricordato, giacché l'accordo stipulato innanzi all'Ufficiale dello stato civile non può contenere patti di trasferimento patrimoniale.

A tal proposito, forse, il Legislatore non si è avveduto che anche il riconoscimento di un assegno di mantenimento, consiste in un trasferimento patrimoniale in soluzione mensile ovvero *una tantum*.

Del tutto incomprensibile appare, poi, la scelta del Legislatore di non inserire – tra le innovazioni apportate - quanto contenuto nel disegno di legge sul “divorzio breve” (allo stato approvato dalla Camera ed in esame al Senato).

L'emendamento presentato in tal senso è stato ritirato a seguito del parere negativo dell'area cattolica del Governo che ha ritenuto, inspiegabilmente, più offensivo della morale l'abbreviazione dei tempi tra separazione e divorzio rispetto alla gestione della crisi familiare con i modelli alternativi introdotti dalla riforma, facendo perdere all'Italia l'occasione di allinearsi a tutti i Paesi civili d'Europa.