

1. Il D.L. n. 132/2014 e la sua conversione in legge n. 164/2014

Nell'agosto 2014 il Consiglio dei Ministri ha predisposto un pacchetto di misure che introducono importanti modifiche nel settore della giustizia. Per quanto attiene alla giustizia civile, l'intervento ha lo scopo di portare alla "degiurisdizionalizzazione" di alcuni procedimenti giudiziari per ridurre, o meglio dimezzare, l'arretrato dei Tribunali italiani.

Per far ciò il legislatore ha puntato sull'istituto dell'arbitrato e della negoziazione, prevedendo che si arrivi innanzi a un giudice solo quando strettamente necessario.

Le modifiche hanno interessato la materia delle separazioni e dei divorzi, del processo esecutivo e del rito sommario. Dunque, da un lato sono state introdotte modifiche mirate a rendere più snello ed efficiente il processo, e dall'altro, sono state individuate alcune aree di conflitto da portare fuori dalle aule di giustizia.

Mediante il neo introdotto istituto della negoziazione assistita si spostano alcuni tipi di controversie al di fuori del tribunale affidando all'avvocatura italiana il compito di risolverle. Altri interventi hanno riguardato la giustizia penale, con nuove norme in materia di falso in bilancio e sulla prescrizione, le regole sulla responsabilità civile dei magistrati, la concessione della delega al Parlamento per quanto riguarda le intercettazioni e la riduzione della pausa estiva per i tribunali.

Il decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 212 del 12 settembre ed entrato in vigore il giorno stesso) contiene alcune disposizioni immediatamente esecutive, mentre altre sono diventate operative dopo la conversione in legge del decreto.

Con il passaggio al Parlamento per la conversione sono state apportate rilevanti modifiche.

L'art. 1 della legge n. 162/2014 prevede la possibilità di trasferimento con istanza congiunta, in sede arbitrale delle controversie civili pendenti in materia di diritti disponibili ad eccezione della materia del lavoro, della previdenza e assistenza sociale.

Gli articoli da 2 a 11 della legge di riforma della giustizia disciplinano il procedimento di negoziazione assistita, dedicando un apposito articolo alle Soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli affetti civili del matrimonio o di scioglimento di esso, e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio (art. 6).

La novità rilevante è che gli avvocati, sono espressamente indicati come

unici soggetti deputati all'attività di negoziazione, ai quali è affidata la possibilità di raggiungere un accordo idoneo a valere quale titolo esecutivo.

Un altro punto fondamentale è che la negoziazione assistita diviene, in determinate materie, condizione di procedibilità dell'azione.

In pratica, il procedimento di negoziazione assistita da avvocati, si svolge in tre forme: la negoziazione volontaria (art. 2, comma 1), la negoziazione obbligatoria (art. 3), e la negoziazione "per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio" (art. 6).

La nuova normativa non riconosce ai genitori non coniugati la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita per accordarsi sull'affidamento e il mantenimento dei figli dopo la fine della convivenza.

Non è chiaro quale fosse l'intento del legislatore nell'escludere questa fetta di contenzioso.

Nel corso dell'iter che ha portato all'emissione del decreto legge e della sua conversione, era approdato al Parlamento un progetto di legge. L'articolo 14 del disegno di legge Contento-Paniz n. 4376 del 25 maggio 2011 – intitolato *Disciplina della procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato* – prevedeva l'ipotesi di applicazione della "procedura partecipativa" nei procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, comma 1, numero 2), lettera *b*), della legge n. 898 del 1970, ovvero di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, anche in presenza di figli minori, o tra **genitori non coniugati** per la regolamentazione dei loro rapporti nell'interesse dei figli, al fine di cercare una soluzione consensuale.

La negoziazione in questi casi era però recepita nel ricorso presentato congiuntamente all'autorità giudiziaria. Tale ricorso, contenente gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione presentato al Presidente del Tribunale, aveva una via più diretta rispetto al classico ricorso congiunto, consentendo al Presidente di non disporre la comparizione dei coniugi dinanzi a sé, e acquisito il parere del pubblico ministero, di provvedere con decreto all'omologazione dell'accordo. Ciò avrebbe consentito di ottenere benefici in termini di riduzione dei tempi processuali, delle spese del procedimento e dell'attività giudiziaria.

Solo se l'accordo fosse risultato in contrasto con l'interesse dei figli, il tribunale doveva convocare parti e difensori, chiedendo chiarimenti sulla procedura partecipativa, indicando eventualmente le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli, e in caso di rifiuto di modifica, negare l'omologazione.

Nell'accordo negoziato era ugualmente previsto l'obbligo per gli avvocati di esperire preliminarmente il tentativo di conciliazione, dandone atto nell'accordo sottoscritto dalle parti e dai rispettivi difensori.

La piena equiparazione dei figli nati da un rapporto di convivenza a quelli nati in costanza di matrimonio, sancita dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219, ha comportato anche l'estensione della stessa tutela a livello giurisdizionale. Il Tribunale ordinario, e non più il Tribunale per i minorenni, è oggi competente per le controversie concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio. Il relativo contenzioso non è una percentuale irrilevante.

Il legislatore avrebbe potuto disciplinare nel nuovo testo normativo anche gli accordi riguardanti i figli nati fuori dal matrimonio, con la sola differenza che l'accordo autorizzato non sarebbe dovuto essere trasmesso all'ufficio dello stato civile, al quale il relativo ordinamento non attribuisce alcuna incombenza in tema di annotazioni, trascrizioni o iscrizioni relative a coppie non sposate, almeno fino a quando non venga istituito un registro delle unioni civili.

Per il resto, il passaggio dell'accordo alla Procura, avrebbe potuto realizzare, come nel caso di figli di genitori coniugati, il controllo sui diritti fondamentali dei minori.

1.1 La convenzione di negoziazione assistita

Nel procedimento di negoziazione assistita la scopo delle parti è giungere alla sottoscrizione di una Convenzione che la legge definisce come **“un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo”**.

Con la conversione in legge del decreto è stato aggiunto l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, di affidare la convenzione di negoziazione alla propria avvocatura, ove presente.

La convenzione di negoziazione deve precisare:

- a) il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti;
- b) l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili.

Il legislatore, in sede di emendamenti al decreto legge del governo, ha escluso l'utilizzo della procedura di negoziazione nella materia del diritto del lavoro.

La convenzione è conclusa per un periodo di tempo determinato dalle parti, fermo restando il termine di cui al comma 2, lettera a).

La convenzione di negoziazione deve essere redatta, a pena di nullità, in forma scritta.

A differenza di quanto stabilito nel D.L. 132/2014, alla negoziazione assistita devono partecipare due avvocati, ossia almeno un avvocato per ogni parte.

L'autografia delle sottoscrizioni delle parti partecipanti alla Convenzione è certificata dagli avvocati sotto la propria responsabilità professionale.

Infine, l'art. 2 impone, quale dovere deontologico, che l'avvocato informi il cliente, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita, quale alternativa all'azione giudiziale.

1.2 Obbligatorietà della negoziazione assistita ai fini della proposizione della domanda giudiziale

Per una serie di materie, individuate dal legislatore, la negoziazione assistita costituisce procedibilità dell'azione.

Prima di esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, occorre invitare l'altra parte, tramite avvocato, a stipulare una convenzione di negoziazione assistita.

Uguualmente tale condizione deve essere adempiuta da chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro, ad esclusione dei casi in cui la legge prevede il ricorso all'istituto della **mediazione obbligatoria**. È prevista espressamente la non applicabilità della previsione alle controversie aventi ad oggetto obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza

dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 2, comma 3. Allo stesso modo provvede quando la negoziazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'**invito**.

L'art. 4 dispone sulle modalità di "invito alla negoziazione".

L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 c.p.c. e 642 c.p.c. primo comma (che riguardano rispettivamente la responsabilità per mala fede processuale e la concessione della provvisoria esecutività se il credito si fonda su alcuni titoli).

Anche in questo caso l'avvocato certifica l'autografia della firma apposta all'invito.

Il mancato accordo deve essere dichiarato, sottoscritto e certificato dagli avvocati designati. La legge non pone nessuna conseguenza in seguito al mancato accordo.

Quando l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto, entro trenta giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo di tempo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a.

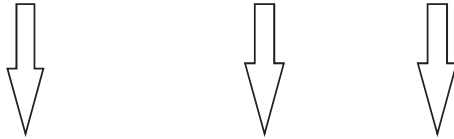
La nuova norma accelera ulteriormente i tempi della procedura in un duplice senso; da un lato, il rifiuto di avviare la negoziazione è equiparato alla mancata risposta, per la quale è fissato un termine relativamente breve, di trenta giorni. Si tratta di un lasso di tempo sufficiente a non appesantire il procedimento e, nello stesso senso, necessario per valutare la possibilità di una seria cooperazione amichevole.

La negoziazione assistita non è condizione di procedibilità per espressa previsione del comma 3 dell'art. 3:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- b) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis c.p.c.;
- c) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- d) nei procedimenti in camera di consiglio;
- e) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

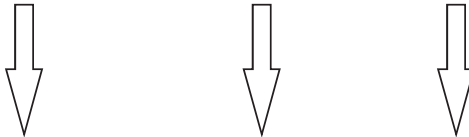
Riassumendo, l'esperienza del **procedimento di negoziazione assistita** è

CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA' della domanda giudiziale



- per le controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti;
- per le controversie che hanno ad oggetto una domanda di pagamento a qualsiasi titolo, di somme non eccedenti euro 50.000 e fuori dai casi della mediazione obbligatoria

NON E' CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA' della domanda giudiziale



- per le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori;
- per le controversie in cui la parte può stare in giudizio personalmente NON si applica l'improcedibilità;
- nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- nei procedimenti di CTU preventiva, ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c.;
- nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- nei procedimenti in camera di consiglio;
- nell'azione civile esercitata nel processo penale;

L'IMPROCEDIBILITA' deve essere ECCEPITA



- dal convenuto, a pena di decadenza non oltre la prima udienza
- o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza

Il comma 1 dell'art. 3 del decreto disciplina l'attività del giudice nel caso venga sollevata eccezione di improcedibilità, equiparando l'ipotesi di una negoziazione iniziata ma non conclusa, a quella di una negoziazione del tutto assente.

Se il giudice rileva che la negoziazione **non è stata esperita**, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito alla negoziazione di cui all'art. 4.

La condizione di procedibilità si considera avverata se:

- l'invito alla negoziazione, comunicato alle parti entro il termine di quindici giorni assegnato dal giudice alle parti non è seguito da adesione;
- o se all'invito è seguito il rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione;
- o quando è decorso il periodo di tempo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a), ossia il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, che in ogni caso non può essere inferiore a un mese.

Il giudice, quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 2 comma 3.

In questa evenienza, dunque, il giudice deve consentire alle parti in negoziazione, di pervenire a una conciliazione amichevole entro quel termine che esse stesse si sono date per la composizione del conflitto, termine che non deve essere comunque inferiore ad un mese.

1.3 L'accordo concluso a seguito di convenzione di negoziazione

La legge individua due passaggi fondamentali: l'esplicitazione della volontà di cooperare per risolvere in via amichevole la controversia e l'esito finale della attività di negoziazione che dà luogo all'Accordo.

L'art. 5 dichiara espressamente che l'accordo concluso a seguito di Convenzione di negoziazione assistita deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono. In questa sede gli avvocati, oltre a certificare l'autografia della firma del cliente, certificano anche che l'accordo, così come individuato, non contiene disposizioni contrarie a norme imperative di legge e all'ordine pubblico.

L'atto, completo di tutti i suddetti requisiti, è titolo esecutivo e consente l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

La legge di conversione ha aggiunto il comma 2 bis all'art. 5, che prevede l'integrale trascrizione dell'accordo nell'atto di precetto ai sensi dell'art. 480 2° comma c.p.c.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 5 della legge, qualora con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, previsti dall'art. 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dell'accordo è necessario che la sottoscrizione del processo verbale di accordo sia autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

L'art. 2643 c.c. contiene un elenco degli atti che devono essere resi pubblici col mezzo della trascrizione. Si tratta di un elenco che comprende:

- a) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili;
- b) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie i diritti del concedente e dell'enfiteuta;
- c) i contraenti che trasferiscono, costituiscono o edificano comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, o da strumenti di pianificazione territoriale;
- d) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti;
- e) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione;
- f) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti;
- g) i provvedimenti con i quali nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente;
- h) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico;
- i) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni;
- l) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni;
- m) i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata;
- n) gli atti di costituzione dei consorzi che hanno l'effetto indicato dal numero precedente;
- o) i contratti di anticresi;
- p) gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato;
- q) le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti;

r) le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti.

Si tratta di atti la cui trascrizione rappresenta un obbligo gravante sui notai e sugli altri pubblici ufficiali roganti, mentre per le parti rappresenta un mero onere, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2671 c.c.

L'avvio della procedura di negoziazione assistita, nei casi in cui la negoziazione è condizione di procedibilità, non preclude la possibilità di emissione di provvedimenti cautelari e urgenti e di trascrizione della domanda giudiziale.

La natura di tali provvedimenti, che solo l'autorità giudiziaria può emettere, non consente la sostituzione con accordi o procedure di natura privata.

Il comma 5 dell'art. 3 chiarisce quale sia il **rapporto tra negoziazione assistita e mediazione**: la disposizione afferma che restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione.

Si tratta di procedimenti – si pensi alla recente normazione in materia di mediazione obbligatoria o ai procedimenti di conciliazione obbligatoria per le controversie di lavoro – che devono continuare ad essere esperiti ed il cui svolgimento avviene parallelamente a quello della nuova negoziazione assistita.

2. L'accordo di separazione e divorzio mediante negoziazione assistita da avvocati (art. 6)

Con la conversione in legge del Decreto, sono state introdotte rilevanti modifiche rispetto alla prima versione dell'art. 6 che disciplina la Convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio. Il procedimento di negoziazione si pone come alternativa primaria al ricorso all'autorità giudiziaria.

Si tratta di **un'innovazione significativa nel nostro ordinamento**, non tanto per l'attività di negoziatori svolta dagli avvocati – attività che questi sovente sono chiamati a compiere nelle separazioni e nei divorzi – quanto per l'attribuzione di un ruolo di sorveglianza e controllo sui diritti sensibili coinvolti, che fino ad oggi spettava al giudice.

Il punto 3) dell'art. 6 specifica, infatti, che nell'accordo si da atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

Il testo originario prevedeva l'assistenza alla negoziazione da parte di un avvocato, lasciando intendere che un solo legale potesse rappresentare entrambi i coniugi.

Attualmente, per avviare la procedura di negoziazione assistita è **necessario almeno un avvocato per ogni parte**. Inoltre, l'accordo sottoscritto a seguito della negoziazione, doveva semplicemente essere inviato all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio era stato iscritto o trascritto.

Il comma due dell'art. 6 del D.L. 132/2014 vietava il ricorso alla procedura di negoziazione nel caso di coniugi con figli minori, maggiorenni non autosufficienti, incapaci o portatori di handicap grave.

L'organismo unitario dell'avvocatura italiana, chiamato a rendere parere in sede di conversione, aveva espresso perplessità sul fatto che la norma si applicasse solo ai procedimenti nei quali la controversia riguardi coniugi senza figli minori, portatori di handicap ovvero maggiorenni non autosufficienti.

Tali procedimenti sono numericamente molto limitati (10% del totale delle separazioni), rispetto a quelli che vedono coinvolti coniugi con figli minori. Dunque, l'effetto deflattivo del contenzioso sarebbe stato estremamente limitato. Al fine di diminuire il carico giudiziario e di lasciare al Giudice solo le questioni che davvero meritino il proprio intervento, si auspicava l'estensione della negoziazione assistita anche ad esse, subordinandone l'efficacia al parere del P.M., con previsione di ritorno davanti al giudice in caso di parere negativo espresso del P.M.

Il testo emendato del decreto legge ha introdotto **in ogni caso il passaggio obbligatorio dell'accordo di separazione innanzi al P.M.** presso il tribunale territorialmente competente sia in caso di coniugi con figli sia in caso di coniugi senza figli minori o economicamente autosufficienti.

Nulla si dice la legge sul **contenuto dell'accordo raggiunto** a seguito di negoziazione assistita. Se ne deduce che possano essere inserite previsioni economiche di mantenimento dei coniugi e della prole e di trasferimenti, cessioni e quant'altro, nell'ambito della crisi solutoria della famiglia.

In ossequio al principio dell'autonomia contrattuale delle parti, e della conseguente interpretazione dell'art. 711 c.p.c. e 4, comma 16 legge div., le clausole consuete di separazione e divorzio (figli, assegni, casa coniugale) possono essere affiancate da clausole con cui i coniugi "si impegnano" a trasferire tra loro o in favore di figli, diritti reali immobiliari.

Si tratta di clausole ad efficacia obbligatoria e non reale poiché per la loro attuazione è necessario il successivo intervento di un notaio. Gli obblighi in esse contenuti possono ottenere tutela in caso d'inadempimento, con lo stru-

mento dell'esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.).

Al procedimento di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio, si applicano senza dubbio le disposizioni di cui all'art. 2, quanto alla determinazione del termine, alla forma scritta a pena di nullità, e al potere di certificazione delle firme da parte degli avvocati.

In particolare il 7° comma prevede il dovere deontologico per l'avvocato di informare il cliente, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

Non è applicabile invece, secondo le prime indicazioni del CNF, l'art. 3 della legge, poiché **in materia di separazione e divorzio il procedimento di negoziazione assistita non è condizione di procedibilità della domanda.**

Analogamente, in relazione alla non accettazione dell'invito alla negoziazione e al mancato accordo (art. 4), non si ritiene applicabile la previsione che la mancata risposta all'invito può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642 1° comma c.p.c.

Il procedimento può essere sintetizzato partendo **dall'elemento differenziatore della presenza o meno di figli** minorenni, maggiorenni non autosufficienti, incapaci o affetti da handicap grave.

