

Negoziare in ambito familiaristico: tra innovazione e nuove responsabilità degli avvocati negoziatori

di Brunella Tenuta, Barbara M. Lanza

avvocate in Verona

La scarna disciplina della negoziazione assistita nelle procedure familiaristiche fa nascere molti interrogativi su nuove competenze e, soprattutto, accresciute responsabilità dell'avvocato negoziatore. Questo lavoro ha inteso evidenziarle e, nel contempo, esaminare, attraverso la comparazione di Protocolli e Linee Guida, le criticità nascenti dalle macroscopiche divergenze nelle richieste delle Procure in tema di produzioni documentali e controlli; produzioni che, di contro, nelle procedure giurisdizionali la riforma Cartabia ha preteso con estremo rigore.

Sommario: 1. La negoziazione nelle procedure familiaristiche: l'utilizzo del contenitore quale alternativa alla giurisdizione ordinaria/2. La (stretta) misura del tempo nella negoziazione assistita in ambito familiaristico /3. Protocolli e linee guida in tema di negoziazione assistita: il tentativo di dare forma da una "pagina bianca" /4. L'ascolto del minore nelle procedure di negoziazione /5. De jure condendo: è possibile il cumulo di domanda di separazione divorzio nella procedura di negoziazione assistita /6. Conclusioni

1. La negoziazione nelle procedure familiaristiche: l'utilizzo del contenitore quale alternativa alla giurisdizione ordinaria

L'introduzione della negoziazione assistita nel 2014 nasceva con l'intenzione di segnare un deciso cambio di passo in funzione deflattiva anche nella gestione delle controversie familiari, potenziando il segmento negoziale della capacità di autodeterminazione dei coniugi con l'assistenza dei rispettivi legali.

Il combinato disposto degli artt. 2 e 6 della l.162/2014 ha dettato, però, una disciplina scarna sulle modalità di negoziazione nell'ambito del diritto di famiglia, sinteticamente riassunte nell'*obbligo di negoziare secondo buona fede e lealtà*, nel rispetto dell'*obbligo di riservatezza*¹.

Il come negoziare è stato, perciò, di fatto plasmato dai principi di carattere deontologico che connotano la professione dell'avvocato: la buona fede e la lealtà che trovano nel codice deontologico forense ulteriori addendi negli articoli 9, riguardo al dovere di probità, indipendenza, lealtà e correttezza, 12 riguardo al dovere di coscienza e diligenza nell'esercizio della prestazione, 14 riguardo al dovere di competenza, 15 riguardo al dovere di aggiornamento professionale e formazione continua e, infine, 19 riguardo al dovere di lealtà e correttezza nei confronti dei colleghi. Principi tutti che riconducono, nella loro applicazione, ad un automatismo connesso al mero fatto di appartenere ad un ordine professionale, ma non configurano una disciplina specifica per il negoziatore, a differenza di ciò che accade per quanti adottano la pratica collaborativa, abituati ad utilizzare la negoziazione come il fisiologico contenitore di un modello di approccio complesso che presuppone una specifica formazione professionale² multidisciplinare.

¹ M. Sala, *La pratica collaborativa, dialogo tra teoria e prassi*, in M. Sala e C. Menchini (a cura di), Trento, UTET, 2023 p. 24; secondo l'autore la disciplina della negoziazione assistita è talmente scarna che l'istituto può definirsi una scatola vuota che le parti ed i loro legali possono riempire di diversi contenuti, stabilendo in particolare le modalità della negoziazione e quindi, se lo ritengono opportuno, anche l'intervento di un terzo.

² L'articolo 6.2 dello statuto allegato al verbale dell'assemblea dei soci AIADC del 4 marzo 2016, richiede quale condizione per essere ammesso come socio ordinario, e rimanere tale una articolata serie di requisiti tra i quali la formazione ed esperienza nei seguenti settori: elementi di diritto e psicologia giuridica, psicologia dell'età evolutiva, psicoterapia relazionale della coppia e della famiglia, psicologia del lavoro e delle organizzazioni, tecniche di negoziazione, tecniche di comunicazione, psicologia dei gruppi. Così in <http://praticacollaborativa.it>

Il ricorso alla negoziazione, inizialmente, è stato ostacolato da vari fattori che ne hanno limitato l'utilizzo.

Non ha certo contribuito a favorirne la diffusione, ad esempio, l'inapplicabilità, sino alla recente riforma, della normativa ai rapporti tra genitori non coniugati, nè le problematiche legate alla coercibilità degli obblighi di natura pecuniaria e l'impossibilità di costituire un titolo valido per l'iscrizione ipotecaria.

Così come il deposito esclusivamente cartaceo, che ha rappresentato un elemento di ingombro in un'epoca in cui l'approccio telematico ha semplificato di molto le procedure di accesso ai tribunali, ulteriormente potenziato dalla pandemia del 2020³.

Ma nonostante le difficoltà iniziali, che ne hanno inevitabilmente rallentato il percorso, la negoziazione è entrata a far parte della consuetudine forense, sebbene più come una modalità alternativa alla giurisdizione dei tribunali ordinari che non come una diversa modalità di relazione tra le parti ed i loro legali. Si era, come si è, utilizzato il contenitore, ma il modo in cui dare un contenuto alla negoziazione non sempre è stato il risultato di un diverso approccio da parte degli avvocati negoziatori.

In particolare nel periodo ante riforma, infatti, l'utilizzo della negoziazione è stato orientato prevalentemente in funzione di un'esigenza di celerità del professionista per una spedita formalizzazione delle intese raggiunte; ma è stata esclusa quando per motivi legati alla coercibilità degli obblighi pecuniari vi fosse la necessità di una maggiore rapidità nel recupero prestazioni pecuniarie o fosse necessario un titolo liberamente circolabile nella comunità europea utilizzando le ordinarie procedure giurisdizionali⁴.

2. La (stretta) misura del tempo nella negoziazione assistita in ambito familiaristico

È comunque da sottolineare che alcune fasi della negoziazione, come disciplinata dalla normativa generale, non si adattano tutt'ora alle relazioni familiari. Il riferimento nello specifico è all'invito, di cui agli artt. 4 e 5 della l. 162/2014 ad esito del quale dovrà essere stipulata, a pena di nullità ai sensi dell'art. 2, co IV, l.162/2014, una Convenzione di Negoziazione assistita, da concludersi non prima di trenta giorni e non oltre i tre mesi, prorogabili di ulteriori 30⁵.

Per valutare la compatibilità degli adempimenti richiesti al legale con le fattispecie familiaristiche e stabilire quanto tale contenitore sia adattabile alla materia trattata è necessaria una breve premessa. Come anticipato nel paragrafo che precede non sempre l'utilizzo del contenitore è adeguato alla metodologia da adottare nella negoziazione e che contraddistingue una precisa procedura di approccio.

Per i professionisti che intendano armonizzare la forma della negoziazione anche con il *modus operandi*, è indispensabile riflettere sul metodo con cui si accede a questa pratica, differenziando il negoziato basato sulle posizioni da quello sugli interessi: nel primo caso le parti sostengono un proprio punto di vista ed il percorso negoziale ne è funzionale all'affermazione, con ogni modalità possibile, perché è prioritario raggiungere il risultato aderente alle istanze del proprio assistito. Questo, tuttavia, si traduce, in uno scontro di volontà e, molto spesso, genera nelle parti rabbia e risentimento, soprattutto quando una si veda costretta ad accedere alla rigida volontà dell'altra senza che siano tenuti in conto i suoi legittimi interessi⁶. Il negoziato, invece, basato su questi

³ All'avvocato che non rispetta l'obbligo della trasmissione agli uffici anagrafici nei termini previsti si applica una sanzione amministrativa pecuniaria da € 2.000,00 ad € 10.000,00.

⁴ Per una compiuta disamina delle problematiche indotte dalla L. 162/2014 applicata alle relazioni familiari, con ampia bibliografia si veda C. Cecchella, *La negoziazione assistita nelle controversie sulla crisi delle relazioni familiari dopo la riforma con legge n. 206 del 2021*, in *L'Osservatorio sul diritto di Famiglia, Diritto e processo*, fasc. 2, maggio-agosto 2022 p. 15.

⁵ Sin dall'introduzione della negoziazione assistita, alcuni autori avevano dubitato della compatibilità di questi strumenti applicati alla famiglia, in particolare con riguardo all'invito ed alle conseguenze per il rifiuto. Così: A. Caratta, in *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, a cura di M. G. Ruo, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, p.54 s

⁶ F. Roger, W. Ury, B. Patton, in *L'arte del negoziato*, Milano, 2019, pag. 30. Secondo gli autori nel negoziato

assume come presupposto del conflitto i bisogni, i desideri, le preoccupazioni e paure di ciascuna parte disponibile ad una soluzione che va oltre le posizioni. Si tratta di un percorso più complesso perché quello che si trova dietro la posizione di ciascuno presuppone una complessità di valutazioni volte a far emergere anche quanto non viene espresso⁷.

Pertanto, la modalità di avvio della negoziazione nelle fattispecie di stampo familiaristico, sia nel periodo pre-riforma che in quello successivo non è stata utilizzata dagli avvocati negoziatori non solo perché non obbligatoria, ma per il riverbero che questa forma di *costrizione* avrebbe provocato nel trattare le relazioni familiari e le intese connesse. La *costrizione*, intesa come limitazione imposta alla volontà individuale dettata da circostanze particolari o da persone ostili, incide sulla possibilità di scegliere. Quando una relazione affettiva di qualunque natura sia si interrompe, generalmente uno dei soggetti subisce la decisione dell'altro e l'invito a negoziare crea un effetto paradossale: chi ha subito la decisione, quella di separarsi, dovrebbe sopportare le conseguenze di non aver agito secondo le intenzioni dell'altro proprio in funzione di un obbligo di adempimento la cui inosservanza produce rilevanti conseguenze, rafforzate sul piano giuridico, dal richiamo di cui all'art. 96 c.p.c.

Negoziare, invece, presuppone un accesso libero ove entrambe le parti siano consapevoli che il fallimento di un rapporto non è un'attribuzione di responsabilità cui consegue un risarcimento sul piano economico e, per alcuni, una marcata autonomia nella gestione dei figli, applicando il binomio del cattivo coniuge cattivo genitore; mantenere la rigidità delle posizioni iniziali è ciò che impedisce la possibilità di accedere a soluzioni e progettualità differenti⁸.

Applicare alle relazioni familiari questa tipologia di intervento, potrebbe privare le parti di quella flessibilità che solo un negoziato fondato sugli interessi e, quindi, sulla ricerca della pluralità dei bisogni, può avere e che assume come presupposto la capacità di andare oltre il limite dettato dalla difesa della propria posizione. Inoltre, contrasterebbe con quell'opera di riorientamento a carico dell'avvocato che deve guardare oltre la causa che ha condotto a quella situazione, spesso immutabile ed in qualche misura indotta anche dal comportamento dell'altro partner, ma all'interesse ed all'obiettivo che nel percorso di negoziazione dovrà essere raggiunto.

Le stesse perplessità colpiscono anche la stesura della Convenzione, nonostante la sua obbligatorietà, per ragioni che solo in parte coincidono. In particolare, ciò che rappresenta un ostacolo è il termine entro il quale, sottoscritta la Convenzione, le parti devono approdare ad un accordo.

Negoziare, infatti, significa avere disponibilità di tempo per costruire una relazione con il proprio assistito ed instaurare un buon rapporto con l'altra parte. Per farlo occorre non essere imbrigliati in scansioni temporali⁹ da cui consegue, in caso di inottemperanza, l'impossibilità di concludere un lavoro già in parte proficuamente svolto.

Infatti, il rigore dei termini della negoziazione in ambito familiaristico si scontra, come già sopra anticipato, con l'instaurarsi di una duplice relazione: quella con il proprio assistito volta ad individuare l'interesse da perseguire; e la trattativa con la controparte (incontri, lettere scambi telefonici) per individuare l'interesse altro che può rimodulare o meglio definire la domanda iniziale. Questa fase di preparazione, in genere, ha un duplice effetto in quanto da un lato stempera l'atteggiamento rivendicativo che, spesso, sottende le relazioni familiari e dall'altro prepara il

basato sulle posizioni ogni negoziatore afferma ciò che vuole e ciò che non vuole. Il compito di delineare insieme una soluzione accettabile tende a diventare una battaglia. Ogni parte, dunque, tenta con la sola forza di volontà di obbligare l'altro a cambiare la propria posizione.

⁷ F. Roger, W. Ury, B. Patton, *op.ult. cit.* pag.74

⁸ M. G. Ruo, *op. ult. cit.*, p. 232 e s. Nella parte dedicata ai formulari è possibile rinvenire anche lo schema della lettera in cui si declinano i motivi per cui si rifiuta di aderire. Questa modalità difensiva rispetto all'avvertimento della lettera d'intervento iniziale e configura una modalità di approccio al negoziato che anche nella fase iniziale lo avvicina di più ad un negoziato di posizioni che non di interessi.

⁹ Il codice deontologico degli avvocati europei al punto 3.1.3, quale fonte normativa di rango secondario, impone non solo un generico dovere di competenza da parte del legale, ma mette altresì l'accento sulla disponibilità di tempo che un avvocato deve avere prima di accettare un incarico, tenuto conto dei suoi altri impegni, per agire in modo tempestivo e senza ritardi. Si veda in www.consiglionazionaleforense.it

terreno della negoziazione quando le distanze sono state ridotte, avendo entrambe le parti, in funzione di un interesse superiore perseguito, rinunciato ad alcune posizioni di potere¹⁰.

3. Protocolli e linee guida in tema di negoziazione assistita: il tentativo di dare forma da una “pagina bianca”

La scarsa disciplina del “contenitore”¹¹ ha contribuito alla diffusione di Linee Guida, emanazione delle sole Procure, e Protocolli risultato dell’intesa con i COA e le associazioni di avvocati familiaristi¹², dirette ad orientare il corretto deposito dell’accordo tentando di colmare le lacune normative. Tuttavia, l’assenza di un coordinamento nella redazione di questi documenti ha fatto sì che la forbice delle dichiarazioni da inserire e dei documenti da allegare, sia piuttosto ampia, provocando significative e non giustificate differenze tra le diverse procure.

Viene, quindi, da chiedersi se ed in che misura la riforma Cartabia, ispirata anche dai protocolli in tema di famiglia, in funzione dell’allargamento di cui all’art. 6 della L.164/2014 a fattispecie prima escluse dalla negoziazione, influisca su queste prassi e se l’obbligo di disclosure, imperante in sede giurisdizionale, abbia avuto un riverbero.

Un primo rilievo, purtroppo non positivo è che la negoziazione possa rappresentare solo una via di fuga rispetto alle abbondanti produzioni documentali richieste ex art. 473-bis.12 c.p.c., tenuto anche conto del diverso rilievo dato dalle procure alla documentazione da allegare. Allo stesso tempo l’eccesso di deformalizzazione, proprio in virtù dei principi della riforma, conduce, a parere di chi scrive, ad un aumento esponenziale delle responsabilità degli avvocati negoziatori in funzione di un rafforzamento degli originari, e permanenti, obblighi di lealtà e buona fede già richiamati.

Infatti, il principio della trasparenza renderebbe necessario da parte dell’avvocatura, un maggior rigore nella acquisizione della documentazione sulla scorta della quale approda ad una certa valutazione e, quindi, all’accordo di negoziazione: si pensi, ad esempio, all’obbligo di certificare l’equità dell’una tantum, ex art. 5 L.898/70 negli accordi raggiunti.

L’opportunità di una riflessione in tal senso è offerta da un recente provvedimento della procura di Ferrara che ha negato l’autorizzazione ad una modifica delle condizioni di divorzio posto che non risultava chiaro come la beneficiaria, priva di reddito, avrebbe potuto sostenersi una volta esaurito

¹⁰ M. Sala, *op. ult. cit.* pag. 257 secondo l’autore, la tradizionale negoziazione fra avvocati si svolge in modo non strutturato senza la sottoscrizione di alcun accordo sulla procedura o l’adozione di particolari regole di comunicazione. La trattativa avviene principalmente tra i professionisti, ai quali le parti delegano il perseguimento dei loro obiettivi. Ciò avviene attraverso contatti telefonici, riunioni, scambio di comunicazioni scritte e talora incontri congiunti quando ormai la trattativa ha raggiunto un buon livello di definizione. Si tratta di una negoziazione definita dall’autore, come basata su posizioni e, a suo giudizio caratterizzata da un approccio competitivo in cui l’esito possibile potrebbe essere il frutto di un compromesso fra le posizioni iniziali con reciproche concessioni delle parti.

¹¹ M. N. Buggetti, *La risoluzione extracontrattuale del conflitto coniugale*, Milano Giuffrè 2015 pag. 187 e seguenti

¹² I due documenti non hanno finalità equivalenti. Con l’espressione “linee guida” si intende un insieme di raccomandazioni funzionali a rendere corretto un certo comportamento e da utilizzarsi come parametro di riferimento; queste si applicano ad ogni tipo di organizzazione, pubblica o privata, in campo sociale, politico, economico, aziendale, medico ed anche giuridico consentendo di uniformare le condotte e ridurre il margine di errore. Il “protocollo”, invece, consiste in un’analitica successione di adempimenti e regole, definite da diverse parti, cui attenersi con procedure generalmente vincolanti; in prevalenza esso si riferisce a convenzioni o accordi internazionali relativi ad un’intesa tra Stati e che produce gli stessi effetti giuridici di qualsiasi documento relativo ad accordi tra soggetti di diritto internazionale. L’impiego dei due termini riguarda situazioni diverse: le linee guida forniscono indicazioni di carattere generale e possono orientare il protocollo; il protocollo, coinvolgendo più parti, contempera esigenze differenti, offre tracce concrete ed ha un’accezione maggiormente cogente soprattutto se desunta dal significato originario del termine. Si veda in tal senso V.Bove, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?* in redazione@penalecontemporaneo.it, 2 ss.. Con finalità analoghe alle linee guida si segnala il Vademecum sulla negoziazione assistita in materia di famiglia D.L. 132/2010 convertito in l. 162/2014 elaborato dall’Osservatorio sulla giustizia civile di Roma, in www.tribunale.roma.it.

l'importo previsto quale liquidazione nei cinque anni successivi e corrispondenti alla misura dell'assegno divorzile previsto a suo favore¹³. Ebbene, in questa sede non è rilevante concentrare l'attenzione sul fatto che non rientrasse nei poteri del pubblico ministero l'analisi del merito, ma sulla necessità per gli avvocati negoziatori di esplicitare il percorso, condiviso con il proprio assistito, che ha determinato quella peculiare decisione. Infatti, l'obbligo di certificazione in ordine all'equità dell'una tantum, tenuto conto delle rilevanti conseguenze che ne derivano, indirettamente richiamate dal pm nel citato provvedimento, aumenta la responsabilità che grava sul professionista tenuto ad indicare, e se necessario documentare, come sia arrivato quelle conclusioni, attese anche le conseguenze per il beneficiario della somma.

Dall'analisi di numerosi Protocolli e linee Guida è emerso che quasi tutti i documenti hanno indirizzato la propria attenzione su alcune dichiarazioni di rito da riprodurre negli accordi di negoziazione quali l'aver esperito da parte dei legali il tentativo di conciliazione, l'informazione alle parti dell'esistenza della mediazione familiare, l'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascun figlio¹⁴; elementi intesi come necessari per la validità dell'atto, ribadendo un contenuto già presente nella legge che disciplina dette intese. Altri, invece, hanno richiamato l'attenzione su ulteriori elementi che, per il vero, sono già parte del bagaglio giuridico dell'avvocato quali la data, la sottoscrizione delle parti e dei legali che le assistono, la certificazione a cura degli avvocati dell'autografia delle firme e la specifica approvazione di eventuali cancellature ed interlinee, nonché la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico¹⁵.

Permangono, rilevanti differenze in tema di produzioni documentali. Ad esempio, alcune procure ritengono che nulla debba essere allegato¹⁶, rendendo a questo punto il controllo di merito in tema di diritti indisponibili non percorribile nella pratica, mentre vorrebbero documenti e dichiarazioni delle parti normalmente escluse in sede giurisdizionale, come si avrà modo di vedere più oltre.

In questo senso, la maggior parte delle linee guida e dei protocolli esaminati fanno allegare all'accordo la documentazione fiscale relativa agli ultimi tre anni, in presenza di prole minorenni, o maggiorenne non autosufficiente o diversamente abile; altri si spingono oltre con il deposito della certificazione sanitaria che attesti la disabilità¹⁷, o la dichiarazione sostitutiva di atto notorio circa la presenza di figli maggiorenni autosufficienti, in taluni casi riconducibile ai figli maggiorenni stessi¹⁸. Per alcuni, la necessità di rafforzare il controllo di merito ha richiesto l'allegazione di una

¹³ Procura della Repubblica presso il tribunale di Ferrara, 26 ottobre 2023, in www.osservatoriofamiglia.it.

¹⁴ Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari, *Linee guida per la presentazione al procuratore della Repubblica dell'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita*, Prot. del 19 ottobre 2022; trattasi dell'aggiornamento del primo documento pubblicato nel gennaio 2021 con le novità introdotte dalla riforma. A questo ne è seguito un terzo sottoscritto il 6 luglio 2023 che reca, ad integrazione, la firma per adesione del Presidente del C.O.A. di Bari in www.osservatoriofamiglia.it; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano, *Protocollo d'intesa per il deposito dell'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita* del 18 maggio 2015 in www.osservatoriofamiglia.it; Procura della Repubblica presso il tribunale di Taranto, *Linee Guida in tema di negoziazione assistita* in www.osservatoriofamiglia.it 25 marzo 2015. Pubblicata sul sito della procura si trova altresì la scheda di sintesi da allegare all'accordo procura-taranto.giustizia.it; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Crotone, *Protocollo d'intesa* del 30 giugno 2021, in www.osservatoriofamiglia.it; *Linee Guida- Convenzione di negoziazione assistita* (legge 10 novembre 2014, n. 162, dopo la c.d. Riforma Cartabia, del 24 aprile 2023 in www.ordineavvocatimilano.it

¹⁵ *Vademecum sulla negoziazione assistita in materia di famiglia* DL 132/2014, Osservatorio sulla giustizia civile di Roma, cit.; *Protocollo d'intesa in merito alle prassi da seguire in procedura di negoziazione assistita*, Brescia 15 settembre 2015, in www.ordineavvocatibrescia.it; *linee guida* della Procura della Repubblica presso il tribunale di Taranto, cit.

¹⁶ Le *linee guida* della Procura di Verona, inedite, non richiedono alcun tipo di documentazione da allegare all'intesa; nello stesso senso le *linee Guida* della Procura di Campobasso in www.Procura.campobasso.giustizia.it., sebbene connotate da una maggiore elaborazione.

¹⁷ *Protocollo d'intesa tra la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Verbania ed il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso il Tribunale di Verbania* del 5 febbraio 2015 in www.ordineavvocativerbania.it

¹⁸ *Protocollo d'intesa tra Procura della Repubblica di Roma e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma* del 28 settembre 2022 in www.ordineavvocatiroma.it; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Modena, *Linee Guida per la convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale e di divorzio legge 10 novembre 2014, numero 162*, del 25 agosto 2021 in

dichiarazione sostitutiva di atto notorio, sottoscritta da ciascuna parte, depositata unitamente alla copia fotostatica di un documento di identità del sottoscrittore che contenga l'indicazione della specifica attività lavorativa svolta dai coniugi nell'ultimo triennio, con quanto necessario per individuarla concretamente; il reddito annuo netto dei coniugi dell'ultimo triennio nonché le somme percepite a qualunque titolo; l'espressa dichiarazione cui all'articolo 76 del d.p.r. numero 445/2000 in ordine alle conseguenze per chi rilasci dichiarazioni mendaci. La stessa documentazione sanitaria per i figli maggiorenni portatori di handicap sembrerebbe dover avere comunque i requisiti di cui all' art. 3 co. III l.104/92¹⁹.

A questo specifico proposito, si segnala che in alcuni documenti sono rimarcate le attribuzioni assegnate al pubblico ministero, la cui attività non sarà limitata ad un mero controllo su eventuali irregolarità della procedura ma dovrà estendersi alla valutazione della rispondenza dell'accordo all'interesse dei figli²⁰. Con un intervento più incisivo, in quanto mirato a normare sia l'attività dell'avvocato negoziatore che quella della procura, si richiede sia indicato *l'ammontare del contributo perequativo al mantenimento della prole che il genitore non collocatario è obbligato a versare e questo*, per parametrare la congruità della quantificazione anche nei casi di collocamento dei minori d'età paritetici o alternati o dove si sia convenuto, quale regola generale, l'impegno di ognuno di provvedere a qualunque spesa ordinaria o straordinaria secondo modalità condivise²¹.

Sono, altresì, menzionate le richieste di documentazione anagrafica ai fini della competenza territoriale, la copia dei provvedimenti antecedenti quello cui fa riferimento l'accordo di negoziazione (ad esempio in caso di divorzio anche il provvedimento di separazione, o nel caso di modifica il documento, talvolta richiesto in originale, che lo precede).

Alcune novità significative nei documenti qui esaminati sono state introdotte successivamente alla Riforma Cartabia.

La Procura di Udine, ad esempio, ha previsto che, su accordo delle parti, la procedura di negoziazione possa effettuarsi anche telematicamente, con incontri da remoto. Ogni atto del procedimento, compreso l'accordo finale, sarà formato e sottoscritto con il rispetto delle regole previsto dal Codice dell'Amministrazione digitale (D.Lgs n. 82/2005) e verrà trasmesso a mezzo pec o con altro servizio elettronico. L'accordo dovrà essere sottoscritto dalle parti con modalità analogica e certificata con firma elettronica²².

L'eterogeneità dei documenti e dei diversi adempimenti sembra in evidente contrasto con i principi di una riforma che ha inteso uniformare le procedure giurisdizionali in tema di famiglia, evidenziandone peraltro ancor più la disomogeneità.

Allo stesso tempo proprio questo eccesso di deformalizzazione potrebbe aver concorso all'incremento della procedura per il timore legato all'obbligo delle produzioni di cui all'art. 473-bis.12 nelle procedure a carattere giurisdizionale come già evidenziato²³.

www.procura.modena.it. È interessante segnalare come in quest'ultimo documento, al fine di rendere effettivo il controllo formale del pubblico ministero sia richiesta, la dichiarazione con la sottoscrizione autenticata del proprietario/da usufruttuario/comodatario o conduttore dell'immobile che dichiara di mettere lo stesso a disposizione del minore e del genitore affidatario, quando nell'accordo risulti che detta unità è destinata ad abitazione, del minore o del maggiore portatore di handicap od incapace.

¹⁹ Così *Protocollo in materia di negoziazione assistita ai sensi dell'art. 6 del D.L.n. 132/2014, convertito dalla L. 162/da 2014, modificato dagli artt. 9 e 29 D. lgs.10.10.2022, n. 149* della procura di Torre Annunziata del 28 febbraio 2023 in www.ordineavvocatitorreannunziata.it. Sebbene vada apprezzato il rigore con cui il protocollo di Torre Annunziata delimita le produzioni documentali, non sembra che la disabilità possa essere qualificata come tale solo nel caso in cui presenti i requisiti della legge 104/92, potendo forme di disabilità di grado inferiore essere comunque altamente significative o per ragioni personali rifiutate dai genitori quasi che il beneficio diventi nella realtà uno stigma.

²⁰ *Protocollo in materia di convenzione di negoziazione assistita*. Procura della Repubblica di Novara del 24 luglio 2015 in www.ordineavvocatinovara.it

²¹ *Protocollo d'intesa di Crotone in materia di negoziazione assistita* cit.

²² *Linee Guida in tema di negoziazione assistita in materia civile famiglia e lavoro, Ordine avvocati di Udine*, 23 giugno 2023, www.avvocati.ud.it.

²³ Da un'indagine operata presso la cancelleria veronese è emerso che in concomitanza all'introduzione della riforma le domande di separazione e divorzio dal 1° marzo 2022 al primo giugno 2022 erano 170; lo stesso

Questa, però, costituisce una pericolosa deriva che deforma la natura e finalità della negoziazione assistita accentuando il tratto di alternativa formale ai ricorsi redatti a domanda congiunta per eludere il citato obbligo.

Al contrario è proprio la riforma che potenziando l'aspetto della trasparenza nelle vicende separative rende maggiormente vincolanti, di riflesso, gli obblighi degli avvocati negoziatori, sebbene non abbia toccato nello specifico l'aspetto delle produzioni documentali. La *disclosure* prevista per la negoziazione, invece, ne esce rafforzata spostando sui professionisti l'obbligo, a prescindere dalle produzioni, di avere una completa conoscenza delle condizioni reddituali e patrimoniali delle parti, e di avere e conservare la relativa documentazione.

Queste considerazioni rendono necessario, a parere di chi scrive, una decisa revisione delle Linee Guida e Protocolli, che solo alcune virtuose procure hanno riformato avvertendo la necessità di un adeguamento alle importanti innovazioni legislative, come sarebbe auspicabile la creazione di linee guida quantomeno distrettuali per evitare, in territori limitrofi, modalità operative contrastanti²⁴.

4. L'ascolto del minore nelle procedure di negoziazione

La riforma Cartabia, nel fornire una pluralità di strumenti agli operatori del diritto (si pensi ad esempio al potenziamento delle funzioni di curatore all'interno del processo e al di fuori, o alla nomina dell'esperto articolo 473 bis. 26) ha allargato l'ambito di coloro che possono venire a contatto con il minore ed ascoltarlo. Si tratta di capire se tale ampliamento possa in qualche misura riverberarsi all'interno della negoziazione assistita.

Il recente protocollo di Genova ha inteso dedicare all'argomento un paragrafo specifico evidenziandone l'importanza, anche ai fini della circolabilità all'interno della comunità europea. Occorre, quindi, interrogarsi se con la riforma sia stata introdotta una sostanziale differenza nell'approccio alla negoziazione in tema di ascolto del minore d'età rispetto a prima.

Ebbene, l'aspetto più complesso, anche dopo la riforma Cartabia, rimane l'individuazione dell'interesse del minore ad una gestione condivisa da parte dei genitori. Per farlo è necessario che la domanda delle parti sia sgombra da istanze emotive, e latamente risarcitorie, come ad esempio nella domanda di una gestione esclusiva dei figli quale "ristoro" per i torti subiti o per il fallimento della relazione affettiva. Ecco, quindi, che l'individuazione di un professionista cui demandare l'ascolto dei minori scelto di comune intesa dagli avvocati negoziatori può consentire, in un setting neutro, il superamento di quella dimensione avversariale che sposta l'attenzione sulle posizioni di potere rispetto all'individuazione degli interessi; a seconda della gravità del conflitto tra i genitori si potrà ricorrere alla mediazione o ad uno strumento più strutturato come il supporto alla genitorialità. La capacità di autodeterminazione dei genitori, sostenuti dal professionista scelto, concorrerà ad individuare la migliore soluzione per la gestione della prole minore d'età.

In tale segmento negoziale gli avvocati, infatti, dovranno essere in grado di riorientare i propri assistiti nel mettere al centro l'interesse dei figli in un contenitore che assuma la forma di quella famiglia con specifici bisogni legati a scuola, attività sportive, supporti di carattere terapeutico, interessi religiosi e quanto ruota intorno alle necessità educative di un minore d'età.

Poco è cambiato con la riforma Cartabia, anche in funzione dei precetti del codice deontologico forense, e in particolare l'articolo 56 che vieta all'avvocato di ascoltare il minore. Tuttavia, l'eco prodotto dalla necessità di riorganizzare il processo mettendo il minore al centro ha indotto alcuni effetti.

Il Protocollo di Genova²⁵, oltre alle consuete raccomandazioni, assume nelle premesse tre principi

trimestre dell'anno successivo le domande si erano ridotte a 170.

²⁴ Da un esame delle prassi condotta sulle procure della regione Veneto è emerso il diverso trattamento riservato agli accordi: dalle linee guida strutturate della procura di Rovigo, alle sobrie prescrizioni di Treviso sino all'assenza totale di indicazioni di Belluno, Padova, Venezia e Verona.

²⁵ *Procedure di negoziazione assistita familiare, ai sensi della legge 10 novembre 2014 n. 162, modificata dall'articolo 1 comma 35 legge 206/2021 e dell'articolo 9 del decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149*, Procura della Repubblica di Genova, 2 febbraio 2023, in www.osservatoriofamiglia.it

sintomatici degli effetti della riforma che si riflettono anche in tema di negoziazione assistita: il richiamo, ai fini della circolazione degli accordi mediante procedure di negoziazione assistita di anche al di fuori del territorio nazionale, di quanto previsto dall'art. 3, III co della legge 162/2014 in base al quale l'accordo raggiunto produce effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali; la promozione della mediazione familiare in funzione dell'importanza che questo strumento ha avuto all'interno del nostro sistema giudiziario quale elemento teso alla detensione del conflitto; da ultimo l'ascolto del minore.

Il documento in esame, assumendo come presupposto il combinato disposto degli artt. 39 e 68 del regolamento UE 2019/1111 c.c. ritiene che nei procedimenti in materia di responsabilità genitoriale il principio base si riconduca alla possibilità concreta ed effettiva data al minore, capace di discernimento, di esprimere la propria opinione che dovrà essere presa in seria considerazione prevedendo, altresì, che sia negato il riconoscimento o l'esecuzione di un atto pubblico o di un accordo in materia di responsabilità genitoriale in assenza dell'ascolto. Alla premessa, fa seguito il richiamo del citato art. 57 del codice deontologico forense.

Sulla scorta di questi principi, il protocollo di Genova raccomanda agli avvocati che, ove necessario, diano un incarico congiunto ad un professionista per l'ascolto. Il compito dei legali dovrebbe essere quello, d'intesa con i propri assistiti, di delineare i termini dell'ascolto precisando al che il minore dovrà ricevere preventivamente ogni corretta informazione. All'esito dell'ascolto il l'incaricato dovrà riferire le proprie conclusioni e, su richiesta redigere una breve relazione accompagnatoria che potrà essere depositata tra gli allegati.

5. De jure condendo: è possibile il cumulo di domanda di separazione e divorzio nella procedura di negoziazione assistita

La sentenza della Corte di cassazione n. 28.727/2023 ha composto un contrasto che ha diviso la giurisprudenza di merito: a distanza di qualche centinaio di chilometri alcuni tribunali riconoscevano il cumulo, in sede di procedura non contenziosa, della domanda di separazione con quella di divorzio mentre altri ne hanno negato la possibilità.

Anche in questo caso viene da chiedersi se ed in che misura questo possa riverberarsi in una procedura che non ha carattere giurisdizionale.

Sul punto si registrano due diversi orientamenti. Quello più rigoroso si pone su di un piano letterale posto che l'attuale formulazione normativa non prevede espressamente questa possibilità coerentemente al noto brocardo *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit tacuit*. Il legislatore, infatti, si è espresso, in ordine all'estensione degli accordi di negoziazione assistita alla disciplina dei rapporti dei genitori non coniugati, alla liquidazione alla possibilità di effettuare i trasferimenti immobiliari, ma non si è espresso in ordine al cumulo delle domande.

Alcuni autori²⁶si sono, tuttavia, interrogati sulla possibilità, attraverso un'interpretazione sistematica, di approdare al medesimo risultato assumendo come presupposto che non vi sia ragione per escludere nel caso di specie il principio contenuto nella relazione illustrativa al decreto legislativo 149//2022 laddove si evidenzia la necessità di dettare disposizioni che possano prevedere un coordinamento tra i due procedimenti e quando possibile la loro contemporanea trattazione. Se la negoziazione deve intendersi quale strumento deflattivo del contenzioso, alcune considerazioni della citata sentenza della Suprema Corte sono state ritenute convergenti con questo tipo di funzione anche negli accordi di negoziazione assistita. In particolare, l'inciso «trovare per le parti, a fronte della irreversibilità della crisi matrimoniale, in un'unica sede, un accordo complessivo sia sulle condizioni di separazione che sulle condizioni di divorzio, concentrando in un unico ricorso l'esito della negoziazione delle modalità di gestione complessa, disciplinando una volta per tutte i rapporti economici e patrimoniali tra loro e i rapporti di ciascuno tra di essi e figli minorenni o maggiorenni non ancora autosufficienti, realizza indubbiamente un risparmio di energie processuali che può indurre le stesse a far ricorso al predetto cumulo di domande

²⁶ G. Bertoli e C.Parodi, *Riconosciuto anche per il procedimento su istanza congiunta il cumulo di domanda di separazione e divorzio: un'interpretazione estensibile anche alla procedura di negoziazione assistita?*, in www.osservatoriofamiglia.it

congiunte».

Sebbene l'interpretazione fornita dagli autori dell'articolo citato possa sembrare accattivante, in realtà non sembra che si possa prescindere in assenza di una espressa previsione normativa in proposito. Accanto ad un dettato normativo mancante, che non può essere colmato con un'interpretazione sistematica, si pone il problema della trascrivibilità di un accordo, peraltro non ancora perfezionato in punto cessazione degli effetti civili del matrimonio, o scioglimento, con la revocabilità del relativo consenso al futuro divorzio che, paradossalmente, risulta già trascritto all'anagrafe prima che ne siano maturati i termini. La questione, a parere di chi scrive, imporrebbe un puntuale intervento normativo.

Ed è proprio in questo ambito che, invece, il legislatore avrebbe potuto potenziare questo segmento tipicamente negoziale della separazione e del divorzio quando, in una visione complessiva della relazione familiare, le parti avrebbero potuto raggiungere un'intesa, sicuramente complessa e faticosa, ma capace di dirimere i conflitti futuri.

6. Conclusioni

Nell'innovativa formulazione dell'art. 9 che apporta modifiche al Decreto-legge 132/14 convertito nella legge 162/2014 al n.4 lett. g) è contenuta una importante disposizione, l'art.4 bis, che consente a ciascun avvocato di invitare un terzo a rendere dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia; un'attività di istruzione stragiudiziale coincidente con l'acquisizione delle dichiarazioni da parte dei terzi su fatti rilevanti, oppure con dichiarazioni, richieste da controparte, della parte sulla verità dei fatti ad essa sfavorevoli²⁷

Le domande e le dichiarazioni rese sono verbalizzate in un documento redatto dagli avvocati che può essere prodotto in giudizio e costituisce piena prova.

L'avvocato viene, dunque, chiamato a svolgere una importante funzione amministrativa dichiarativa, volta a conferire certezza a fatti giuridicamente rilevanti, con ciò assumendo a tutti gli effetti la funzione di pubblico ufficiale.

L'esame di questa norma, letta in parallelo con l'obbligo dell'avvocato di certificare l'equità dell'assegno una tantum di cui all'art.9 D.L.149/22 (si noti che il Collegio non ha, invece, obblighi di "certificazione") genera non poche difficoltà interpretative in merito al ruolo ed alle funzioni che il legislatore della Riforma abbia voluto riconoscere all'avvocatura e rende difficile valutarne la coerenza: ci si chiede, cioè, se vi sia un riconoscimento reale del ruolo di pubblico ufficiale dell'avvocato o se ciò accada solo in situazione nelle quali esso diventi strumentale al carico giudiziale.

Quindi, a volte l'avvocato viene ritenuto a tutti gli effetti un pubblico ufficiale capace di significativi poteri di certificazione che addirittura possono travalicarne le competenze, esponendolo a rischi elevati di responsabilità professionale, come nel caso appena menzionato dell'assegno una tantum; a volte detta capacità viene cassata come nel caso dei trasferimenti di immobili nelle vicende separative, che nelle N.A. potrà avere solo effetti obbligatori.

Sembra evidente che tali discrepanze possano avere effetti non irrilevanti rispetto al ricorso ai metodi di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio, nel senso che finché sia questo il panorama gli avvocati potrebbero ancora essere indotti a prediligere la via del giudizio, sia pure consensuale, sia nel caso di riconoscimento dell'assegno in unica soluzione che nelle ipotesi in cui siano previsti trasferimenti di proprietà o diritti immobiliari.

Forse per il legislatore un'altra occasione persa.

²⁷ Così: C. Cecchella, in *L'Osservatorio sul diritto di Famiglia, Diritto e processo*, anno VI, fascicolo 2, maggio - agosto 2022, *cit.*