

Separarsi e divorziare oggi: negoziazione assistita e soluzioni consensuali

Con il **D.L. 132/2014**, convertito in legge con modifiche il 10 novembre 2014 dalla **legge n. 162**, nell'ambito del riassetto del processo civile e per la riduzione dell'arretrato giudiziario, la coppia che consensualmente voglia separarsi o divorziare non dovrà più necessariamente rivolgersi al giudice, ma avrà la possibilità di intraprendere tre diverse strade.

Potrà, quindi, come prima possibilità, presentare un ricorso congiunto al Tribunale e ottenere l'omologa della separazione, la sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili, oppure scegliere tra **due nuove opzioni**, che hanno lo scopo di ridurre notevolmente i tempi della procedura: la **negoziiazione assistita da avvocati** (art. 6, D.L. 132/2014) e la **conclusione di un accordo presso l'ufficio dello Stato Civile**, in presenza di determinate condizioni (art. 12).

Lo scopo del legislatore è di stimolare le parti al raggiungimento di una soluzione di separazione personale, cessazione degli effetti civili del matrimonio o scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o divorzio, senza dover adire l'autorità giudiziaria, affidando, da una parte il ruolo di negoziatore all'avvocato, dall'altra, in presenza di situazioni che non prevedano la presenza di soggetti deboli da tutelare, come ad esempio i figli minori, coinvolgendo direttamente l'Ufficio Comunale.

a cura di **Avv. Giuliana Barberi**

1) Negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio.

La riforma ha lasciato aperte ampie zone di dubbia interpretazione che allo stato non sono state colmate neanche dalle circolari predisposte del Ministero dell'Interno. Per l'Avvocatura, il Consiglio Nazionale forense ha pubblicato un dossier con un primo commento al Decreto Legge il 13 novembre 2014, ma a seguito delle modifiche introdotte in sede di conversione, nessuna indicazione pratica è stata fornita, in particolare sui nuovi adempimenti di cui è gravato il professionista.

In base a quanto disposto già in sede di decreto legge, la seconda opportunità per le parti è il procedimento di negoziazione assistita da avvocati che ha inizio con la sottoscrizione di una convenzione o con l'invito alla negoziazione assistita, secondo quanto stabilito negli articoli 2, 3 e 4 della legge. **L'invito alla negoziazione è una sollecitazione a stipulare la convenzione di negoziazione assistita indicando l'oggetto della controversia** e l'avvertimento che la mancata risposta entro trenta giorni o il suo rifiuto, può essere valutato dal giudice al fine delle spese di un eventuale giudizio. Secondo una prima interpretazione fornita dal CNF, ai procedimenti separativi si applicherebbe il riferimento all'invito alla negoziazione ma senza l'avvertimento circa le conseguenze della mancata risposta (art. 4).

E' importante sottolineare che quando l'avvocato riceve l'incarico dal cliente è **dovere deontologico informarlo** della possibilità di avvalersi della procedura di negoziazione assistita.

La convenzione è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere una controversia (art. 2), deve essere redatta in forma scritta a pena di nullità e deve contenere la previsione di un termine non inferiore a trenta giorni e non superiore a tre mesi – prorogabile su accordo delle parti di altri trenta giorni - entro il quale concludere o meno l'accordo. **Oggetto della convenzione possono essere solo diritti disponibili.** L'avvocato certifica l'autografia delle firme delle parti che partecipano alla convenzione così come pure la data nella quale sono state apposte, ai fini della decorrenza dei termini entro il quale giungere all'accordo.

Con la conversione in legge del Decreto, sono state introdotte importanti modifiche rispetto alla prima versione dell'art. 6 della Legge. Il testo originario parlava di assistenza di un avvocato, mentre, allo stato, per poter avviare la procedura di negoziazione assistita è necessario un avvocato per ciascuna 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. La legge di conversione ha, invece, introdotto il passaggio obbligatorio dell'accordo alla Procura della Repubblica presso il Tribunale.

Quanto ai requisiti necessari per la soluzione consensuale di separazione e divorzio mediante negoziazione assistita, dopo la modifica introdotta in sede di conversione, anche i coniugi con prole minorenni, maggiorenne non autosufficiente, incapace o con handicap grave, possono accedere a tale procedura. **Grava sul professionista l'onere di accertare la sussistenza dei requisiti** e, pertanto, è opportuno inserire nelle premesse della convenzione, la dichiarazione secondo cui le parti affermano sotto la propria responsabilità, di trovarsi nelle condizioni che consentono di avvalersi della negoziazione assistita.

Dopo la redazione della convenzione, si procede alla stesura dell'accordo che contiene le condizioni di separazione e divorzio, siano esse riguardanti l'affidamento o il mantenimento dei figli, l'assegno di mantenimento per il coniuge o i trasferimenti di tipo patrimoniale nell'ambito delle soluzioni alla crisi coniugale.

In questa fase di redazione dell'accordo, sono rilevanti i compiti e le funzioni attribuite all'avvocato, il cui ruolo consiste nel tutelare i diritti dei coniugi anche al di fuori di un procedimento giurisdizionale che si svolge innanzi a un giudice. Nella procedura egli non è semplicemente l'avvocato della parte ma deve favorire la conciliazione tra i coniugi, sono, infatti, attribuite al professionista, funzioni proprie del negoziatore o, facendo una similitudine, del giudice all'udienza presidenziale di separazione o divorzio.

L'avvocato deve, infatti, avvisare le parti della possibilità di esperire la mediazione familiare e deve tentare la conciliazione tra i coniugi. In caso di figli minori, egli deve ricordare alle parti l'importanza che i figli trascorrono tempi adeguati con entrambi i genitori in modo da non pregiudicare il rapporto con gli stessi. Di queste attività deve essere dato atto nel testo dell'accordo redatto a seguito della negoziazione.

Infine, **l'avvocato deve dichiarare sotto la propria responsabilità che gli accordi non sono contrari a norme imperative di legge e all'ordine pubblico**, ossia che non siano presenti condizioni che ledano diritti considerati indisponibili.

La non contrarietà alle norme imperative di legge e all'ordine pubblico può presentare confini incerti in ragione del fatto che tali concetti sono in continuo divenire e la giurisprudenza sta ampliando notevolmente quello di autonomia contrattuale delle parti.

Al momento la giurisprudenza della Cassazione è concorde nel ritenere alcuni diritti di ordine patrimoniale indisponibili e intoccabili. Sono ritenuti invalidi, ad esempio, **gli accordi economici** che abbiano a oggetto la rinuncia ad un futuro diritto o la limitazione della libertà processuale delle parti, ossia la rinuncia al futuro **assegno di divorzio** o alla revisione dell'assegno, per il motivo che avrebbero una causa illecita. Gli accordi possono, comunque, contenere previsioni di assegno di mantenimento, di soluzioni *una tantum*, di trasferimenti immobiliari in luogo del mantenimento ecc.. Ciò che conta è l'applicazione del principio secondo cui mutate le circostanze di fatto e di diritto, il coniuge possa sempre ottenere tutela in sede di modifica delle condizioni di separazione, o in sede di divorzio.

La legge ha inoltre introdotto il successivo controllo ad opera del P.M. che dovrebbe rafforzare la posizione del coniuge debole e della prole.

Infatti, una volta redatto l'accordo raggiunto a seguito della negoziazione, il procedimento si diversifica qualora la coppia abbia figli minori, maggiorenni non autosufficienti, portatori di handicap o incapaci. L'**Accordo** deve essere **inviato al Procuratore della Repubblica** presso il tribunale competente, ma l'iter può cambiare. Il comma 2 dell'art. 6 prevede che per le coppie senza figli, l'avvocato ha l'onere di inviare l'accordo sottoscritto al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, non è stabilito un termine entro il quale trasmettere l'atto. La legge non specifica se debba essere inviata unitamente all'accordo anche la convenzione, quali siano le modalità di invio e come si determini la competenza della Procura.

In proposito la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, con documento datato 16 dicembre 2014, ha dettato alcune linee guida per gli adempimenti previsti dall'art. 6 della legge 162/2014.

Riguardo alla documentazione che deve corredare l'accordo, è necessario allegare sempre l'estratto per riassunto dell'atto di matrimonio, il certificato di residenza dei coniugi e lo stato di famiglia. Per il divorzio occorre, ovviamente, anche la sentenza o il decreto di omologa della separazione. Per la modifica delle condizioni di separazione o divorzio l'accordo deve essere corredato dalle copie autentiche dei provvedimenti contenenti gli accordi precedenti (provvedimenti giudiziari o accordi sottoscritti mediante negoziazione assistita o di fronte all'Ufficiale dello Stato Civile).

Un'altra importante specifica riguarda la documentazione fiscale. Nel silenzio della legge, sempre il Tribunale di Milano ha ritenuto essenziale l'allegazione delle dichiarazioni dei redditi relativi agli ultimi tre anni – in parallelo con la normativa sulla separazione e divorzio – ma solo nel caso in cui siano presenti figli minorenni, maggiorenni non autosufficienti, portatori di handicap grave o incapaci.

Da ciò si deduce che il controllo sull'accordo di mantenimento del solo coniuge non sarà oggetto di valutazione economica.

Ulteriore dubbio interpretativo riguarda l'incapacità dei figli maggiorenni. Secondo la circolare ministeriale n. 19 del 28 novembre 2014, rilevano le sole incapacità dichiarate, quali l'interdizione, l'inabilitazione e l'amministrazione di sostegno, con esclusione quindi delle incapacità naturali.

Pertanto nei casi di figli portatori di handicap gravi ai sensi della legge n. 104/1992 art. 3, e di figli incapaci dichiarati, all'accordo deve essere allegata la relativa documentazione.

Quanto alla competenza territoriale, sempre secondo il Tribunale di Milano, per le separazioni è territorialmente competente la procura in cui i coniugi hanno avuto l'ultima residenza comune, in caso di divorzio quella in cui almeno uno dei due coniugi ha la residenza, e in caso di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, quella del luogo di residenza del beneficiario dell'obbligazione.

Il controllo della Procura si limita però alla "regolarità" nel caso di coppia coniugata senza figli minori o incapaci o non economicamente autosufficienti ed il Tribunale appone sull'accordo il nullaosta del P.M.. Nell'altro caso, la disposizione di legge prevede che l'accordo debba essere inviato alla Procura entro il termine di dieci giorni, in tal caso il P.M. lo autorizza se le condizioni sono rispondenti all'interesse dei figli, o, in caso contrario, lo trasmette entro cinque giorni al Presidente del Tribunale che fisserà, entro i successivi trenta giorni, provvedendo senza ritardo, un'udienza per la comparizione delle parti.

Una volta ottenuto il nullaosta o l'autorizzazione, nella fase conclusiva della procedura, l'avvocato è gravato di una particolare responsabilità, in quanto deve trasmettere entro il termine di dieci giorni, all'Ufficiale dello stato civile, copia autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5.

Non è chiaro da quale data decorrano i dieci giorni, ma si deve ritenere che il termine cominci a correre dal momento in cui l'avvocato ha ritirato l'atto con il nullaosta o l'autorizzazione dalla Procura. La conseguenza di un eventuale ritardo o omissione comporta per l'avvocato l'applicazione di sanzioni pecuniarie gravi, da euro 2.000 a euro 10.000, che saranno irrogate dal Comune ricevente l'atto.

In base alla circolare n. 19 del 28 novembre 2014, l'Ufficiale dello stato civile dovrà ricevere da ciascuno dei due avvocati l'accordo autorizzato, e sanzionare il professionista che sia reso inadempiente. In fase di ricezione ogni Comune sta allo stato adottando prassi diverse, anche secondo il grado d'informatizzazione degli uffici. L'accordo deve essere trascritto a cura dell'ufficiale dello stato civile ai sensi dell'art. 63 d.p.r. 396/2000, e annotato sia negli atti di nascita dei coniugi sia nell'atto di matrimonio.

L'accordo raggiunto a seguito della convenzione - dice il comma 3 dell'art. 6 - produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di separazione, divorzio e modifica delle condizioni di questi. **Dalla data certificata nell'accordo di separazione concluso a seguito di negoziazione assistita, decorre il termine di tre anni per la domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, come espressamente previsto dal novellato art. 3 della Legge n. 898/1970.**

A norma dell'art. 11 della legge 162/2014, i difensori che hanno sottoscritto l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita devono trasmettere copia al Consiglio dell'Ordine ai fini del monitoraggio delle procedure e per la trasmissione dei dati al Ministero della giustizia.

2) Separazione consensuale e divorzio congiunto innanzi all'ufficiale dello stato civile.

La **terza possibilità** prevista dal legislatore è quella più celere ma è **preclusa alle coppie con figli minori, maggiorenni non autosufficienti, portatori di handicap o incapaci** (art. 12). I coniugi possono, pertanto, recarsi presso il Comune di residenza di uno degli sposi o il comune in cui il matrimonio è stato iscritto o trascritto e, **innanzi al Sindaco quale ufficiale dello stato civile**, concludere un accordo di separazione o di divorzio alle condizioni da loro stessi concordate. La stessa cosa può avvenire per la modifica delle precedenti condizioni di separazione e divorzio. Tutto ciò, **personalmente o con l'assistenza facoltativa di un avvocato** e l'accordo non può contenere, ai sensi del 2° comma dell'art. 12, patti di trasferimento patrimoniali. Il divieto costituisce un'ulteriore limitazione di accesso all'iter procedurale e non è chiaro se il termine trasferimento patrimoniale debba essere comprensivo di ogni scambio economico/patrimoniale. Inteso nell'accezione più ampia, ciò limiterebbe ulteriormente le ipotesi ai casi in cui non ci sia neppure una previsione di assegno di mantenimento per il coniuge più debole, il fatto che si parli di trasferimenti, farebbe pensare che non ci si riferisca in realtà all'assegno di mantenimento, il quale non è definibile come patto di trasferimento ma è espressione del più generale dovere di mantenimento (art. 143 c.c.).

La circolare ministeriale sopra richiamata ha specificato che si è inteso escludere qualunque valutazione di natura economica o finanziaria nella redazione dell'atto di competenza dell'ufficiale giudiziario, al momento, quindi, in assenza di specifiche indicazioni normative, i Comuni non accettano accordi con clausole aventi carattere dispositivo sul piano patrimoniale, come ad esempio l'uso della casa coniugale, l'assegno di mantenimento e qualunque altra utilità economica tra i coniugi.

Quanto all'*iter* procedurale, l'ufficiale riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione di volontà di separarsi o divorziare alle condizioni concordate e l'assistenza facoltativa dell'avvocato non riguarda la sostituzione della parte assistita che fa la dichiarazione, la quale compare personalmente, ma dell'assistenza di un legale si dà atto nel documento che sarà sottoscritto anche dal legale stesso. I coniugi dichiarano all'ufficiale del Comune che non si trovano nelle condizioni di esclusione della procedura e nello stesso atto sono invitati a comparire nuovamente davanti all'ufficiale per la conferma dell'accordo, per una data successiva non inferiore a trenta giorni. In questo periodo l'Ufficio svolgerà i controlli sulle dichiarazioni rese dagli interessati.

La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo ed in caso di successiva comparizione, l'ufficiale redige la conferma dell'accordo di separazione o divorzio.

Anche l'accordo concluso innanzi all'Ufficiale dello Stato Civile produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di separazione o divorzio. I tre anni di separazione legale ai fini della richiesta successiva di divorzio decorreranno dalla data dell'atto contenente l'accordo e non quella della conferma, secondo quanto specificato dalla predetta circolare 19/2014. Si è molto discusso di questa terza opportunità per i coniugi poiché almeno potenzialmente, visto che la presenza di un legale è solo facoltativa, **il rischio di accordi ingiusti o lesivi dei diritti di una parte**, è possibile, poiché non è previsto il vaglio del P.M. e l'Ufficiale dello Stato civile non ha alcuna funzione di controllo riguardo al contenuto dell'accordo.

Il ruolo degli avvocati profili deontologici

Il nuovo istituto assegna un **ruolo determinante agli avvocati**, ai quali vengono conferiti **determinati poteri e attribuiti una serie di obblighi cui attenersi scrupolosamente al fine di non incorrere in illeciti deontologici e disciplinari.**

Oltre all'**obbligatorietà dell'assistenza "di uno o più legali"** (ex art. 2, comma 5, d.l. n. 132/2014), elemento cardine della stessa negoziazione, agli avvocati vengono attribuiti, infatti, **poteri di autentica e di certificazione** delle sottoscrizioni autografe delle parti, della dichiarazione di mancato accordo, nonché della **conformità della convenzione alle norme imperative e all'ordine pubblico.**

Appaio poi piu' incisivi gli obblighi, previsti sia dall'art. 2, comma 7, il quale dispone che "è **dovere deontologico per gli avvocati informare il cliente** all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita", sia dall'art. 9, rubricato, appunto, "Obblighi dei difensori e tutela della riservatezza", che fissa esplicitamente il dovere per gli avvocati e per le parti di **comportarsi secondo lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute** nel corso della procedura, non potendole utilizzare nell'eventuale giudizio avente, anche solo in parte, il medesimo oggetto, né potendo le stesse costituire oggetto di deposizione da parte dei difensori.

La violazione delle prescrizioni costituisce **illecito disciplinare**, mentre costituisce **illecito deontologico** per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Non da ultimo, si segnalano gli **obblighi procedurali di cui all'art. 11** e cioè che dopo che è stato raggiunto l'accordo tra le parti a seguito della negoziazione assistita, gli avvocati autenticano le firme e devono trasmettere a fini di **raccolta dati e monitoraggio** una **copia** dell'accordo stesso al **Consiglio dell'Ordine** del luogo ove l'accordo è stato raggiunto oppure al Consiglio dell'ordine in cui uno degli avvocati è iscritto. Il Consiglio dell'Ordine deve provvedere con cadenza annuale a **monitorare** le procedure di negoziazione assistita e trasmettere i relativi dati al Ministero della giustizia. E si segnalano soprattutto quelli **di cui all'art. 6**, comma 4, che obbliga l'avvocato della parte a **trasmettere entro 10 giorni la copia dell'accordo** di negoziazione in materia di separazione e divorzio **all'ufficiale dello stato civile del Comune**, a pena di sanzione amministrativa pecuniaria variabile da 2.000 a 10.000 euro.

L'accordo raggiunto dalle parti ha efficacia esecutiva al pari degli altri titoli esecutivi, cioè avra' la validita' di una sentenza.

La negoziazione in materia di separazione e divorzio

L'art. 6 del II capo del decreto giustizia è dedicato alla particolare ipotesi di **negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio**, ipotesi profondamente modificata in sede di conversione, la disciplina prevede, infatti, che tramite la convenzione di negoziazione assistita, con almeno un avvocato per parte, i coniugi possano raggiungere una **soluzione consensuale di separazione personale**, di **cessazione degli effetti civili** o di **scioglimento del matrimonio** (nei casi di cui all'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b) della l. n. 898/1970), nonché di **modifica delle condizioni** di separazione o divorzio precedentemente stabilite.

La procedura è applicabile, a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto, **sia in assenza che in presenza di figli** minori o di figli maggiorenni, incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

Nel primo caso, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è **sottoposto al vaglio del procuratore della Repubblica** presso il Tribunale competente, il quale, se non ravvisa irregolarità comunica il **nullaosta** agli avvocati. Nel secondo caso, invece, il PM, cui va trasmesso l'accordo concluso entro 10 giorni, lo autorizza solo se lo stesso risponde a suo avviso effettivamente all'interesse dei figli. Qualora, al contrario, il PM ritenga che l'accordo non corrisponda agli interessi della prole, **lo trasmette, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale**, il quale, nel termine massimo di trenta giorni, dispone la comparizione delle parti, provvedendo senza ritardo.

Una volta autorizzato, **l'accordo**, nel quale gli avvocati devono dare atto di aver esperito il tentativo di conciliazione tra le parti, informandole anche della possibilità di ricorrere alla mediazione familiare, **è equiparato ai provvedimenti giudiziari che definiscono gli analoghi procedimenti** in materia.

Dopo la sottoscrizione della convenzione di negoziazione, il legale della parte ha l'obbligo di trasmetterne copia autenticata, munita delle relative certificazioni, **entro 10 giorni**, a pena di sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 10.000 euro, **all'ufficiale dello stato civile del Comune** in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto per tutti gli adempimenti successivi necessari (trascrizione nei registri di stato civile; annotazioni sull'atto di matrimonio e di nascita; comunicazione all'ufficio anagrafe).

Avv. Giuliana Barberi

