

## **La Negoziazione familiare come strumento di risoluzione della crisi familiare: il ruolo dell'avvocato tra obbligo di conciliazione ed informazione, senza scordare la difesa**

Avv. Valeria Vezzosi – Foro di Firenze

### **Quadro normativo**

Il quadro normativo del tema assegnatomi, obbligo di informazione, conciliazione e difesa dei diritti è dato dall'art **2 comma 7 legge n.162/2014** a norma del quale *“È dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita”*.

**L'avvocato ha il dovere deontologico di informare il cliente** della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita per risolvere controversie in materia di diritti disponibili e in materia di separazione, divorzio e relative modifiche.

Non è prevista una forma specifica per tale comunicazione.

Il mancato rispetto del dovere di informare è illecito deontologico, non è motivo di annullabilità del contratto di assistenza legale.

Tale dovere si raccorda all'altro posto dall'art **4 comma 7 dlgs 98/2010** *“All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.”* <sup>(6)</sup>

A norma di legge, l'informazione circa la possibilità di avvalersi della media conciliazione e delle agevolazioni fiscali connesse deve essere resa per iscritto e in caso di violazione dell'obbligo di informazione il contratto di assistenza fra avvocato e cliente è annullabile. Il documento che attesta la avvenuta comunicazione deve essere allegato al documento introduttivo dell'eventuale giudizio.

Tali doveri trovano ulteriore cornice nel dovere fissato dall'**art. 27 comma 3 Codice Deontologico 31.12.14** secondo il quale *“L'avvocato all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del processo di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.”*

E' quindi opportuno rendere per iscritto l'informazione circa la possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dal Dlgs 28/2010 e la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita per la risoluzione di controversie civili e commerciali.

E' opportuno anche rendere per iscritto l'informazione circa la possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art 74 e segg DPR 115/2002.

La convenzione di negoziazione assistita è definita dall'art **Art. 2 comma 1 legge 162/2014**. Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati 1. La

*convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati è 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 anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96, e dall'art. 6. **Comma 1 legge 162/2014** Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati 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*

1. *La convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.*

La normativa definisce la convenzione di negoziazione assistita, non pone regole procedurali; indica solo gli atti della procedura che sono invito (art 4), convenzione (art 2), accordo raggiunto a seguito di negoziazione (art 5 comma 1, art 6 comma 2).

Per quanto concerne separazioni, divorzi e modifiche delle condizioni, la negoziazione non è condizione di procedibilità e quindi il proporla o meno, con invito formale o meno, è rimesso alla valutazione dell'avvocato.

### **Cosa significa negoziare.**

La definizione di negoziare data dal Vocabolario Treccani è

**negoziare** v. intr. e tr. [dal lat. *negotiari*, der. di *negotium*: v. negozio] (*io negoziò, ecc.*). –

**2. tr. a.** Fare oggetto di contrattazione per la compravendita: *n. una partita di agrumi; n. i titoli in borsa.*

**b.** Per estens., nel linguaggio diplomatico e anche politico e sindacale, trattare, fare le trattative preliminari di un accordo: *n. l'armistizio, il ritiro delle truppe, la pace; è stato negoziato un accordo commerciale tra i paesi confinanti; i partiti maggiori sono disposti a n. una soluzione di compromesso per la nuova legge; i sindacati sono disposti a n. con la controparte il rinnovo del contratto di lavoro.*

Negoziare è, dunque, condurre trattative preliminari volte a raggiungere un accordo.

Un negoziato è un procedimento volto a fare raggiungere a due o più parti un accordo su una determinata questione che li vede su posizioni opposte.

Permette nella maggioranza dei casi di mantenere buoni rapporti con il soggetto con cui si negozia in quanto il raggiungimento dell'accordo presuppone che siano state soddisfatte le reciproche necessità, esigenze o desideri.

Abbiamo sempre negoziato con il collega avversario e con la controparte per tentare di raggiungere un accordo da formalizzare poi in una separazione o in un divorzio consensuale, ma nel caso della negoziazione assistita lo si deve fare muovendo da un'ottica diversa, stante la possibilità di raggiungere accordi disparati, dal contenuto ulteriore rispetto alle condizioni di separazione ordinarie e considerati i poteri attribuiti all'avvocato dalla legge, l'intervento del PM, l'efficacia della convenzione.

Per proporre al cliente, e quindi alla controparte, una procedura di negoziazione assistita in una questione di separazione, divorzio o modifica delle condizioni, occorre conoscere bene la situazione personale, i bisogni del cliente, valutare i suoi diritti in base alle norme ed alla giurisprudenza di Cassazione e di merito, considerare le ricadute che determinate scelte avranno sulla sua attività lavorativa, sul futuro pensionistico, sulla

sua esistenza.

Necessario fare analoga valutazione quanto all'altra parte.

Sottoporre l'analisi dei dati tutto al cliente con chiarezza e capire entro quali limiti è disposto a negoziare, cioè cosa è disposto a lasciare per poter raggiungere un accordo. Inutile fare un negoziato di posizione, proporre la propria soluzione e restare fermi su questa; in questo caso meglio prospettare la questione al Giudice e rimettersi ad una sua valutazione.

Il negoziato deve essere di interessi, andare a soddisfare non solo la pretesa giuridica formale ma l'interesse sotteso.

Oggetto del negoziato sono il diritto alla separazione, la cessazione del regime di comunione e divisione del patrimonio comune; le condizioni di separazione, ma con la legge 6.5.15 n.55 sul divorzio breve, anche le condizioni di divorzio e diritti connessi, considerato che il divorzio può essere chiesto decorsi 6 mesi dalla data di autentica della sottoscrizione dell'accordo di negoziazione assistita.

Le modifiche legislative ultime registrano una tendenza sociale: il matrimonio, l'unione, si fonda sul consenso, consensuale regia nuptias.

Comporterà nel tempo il ridisegnare principi e norme giuridiche quali la solidarietà familiare, il dovere di assistenza morale e materiale fra coniugi, l'assegno di mantenimento.

La legge 55/2015 velocizza oltremodo i tempi per giungere al divorzio e, conseguentemente, l'avvocato nel condurre trattative in negoziazione deve valutare i diritti successori connessi allo status coniugale, il diritto agli alimenti ed il diritto all'assegno divorzile; conseguentemente il diritto alla quota del tfr e della pensione reversibilità.

Sarà più facile oggi definire i rapporti economici connessi alla disparità reddituale dei coniugi anche in un'unica soluzione in sede di separazione: pur permanendo il limite fissato dall'art 5 legge 898/1970, è da considerare che difficilmente un Tribunale riconoscerrebbe ad un coniuge che ha ricevuta una liquidazione in unica soluzione al momento della separazione, un assegno divorzile appena sei mesi dopo.

Conseguentemente, una simile soluzione deve temperare i diritti di oggi, mantenimento nella separazione, con quelli di domani, successori, tfr e pensione di reversibilità, difficilmente recuperabili in un eventuale giudizio.

Oggetto del negoziato sono anche i diritti dei figli, affidamento, domiciliazione prevalente, assegnazione della casa familiare, ripartizione carichi economici del mantenimento, frequentazione figlio/genitore non convivente.

Nel condurre trattative sul punto occorre avere ben presente il dettato degli artt 316 bis e 337 ter e segg. c.c.: sono questi diritti dei figli e quindi meta diritti per i genitori.

Conseguentemente la trattativa non deve essere condotta assecondando il desiderio del genitore, che sia quello di destinare alla cura dei figli minori risorse economiche possibili o tenere per sé il figlio, in quanto è diritto dei minori avere rapporti con entrambi i genitori e le loro famiglie, ricevere da entrambi cura, istruzione, assistenza morale e materiale in proporzione alle rispettive capacità reddituali e patrimoniali.

In presenza di cliente riottoso, deve sovvenire la funzione sociale dell'avvocato: i minori sono il futuro della nostra società, crescerli senza conservare loro radici o ridimensionando immotivatamente le risorse economiche loro destinabili è controproducente per i figli, per i genitori, per la società.

Risparmiare sull'educazione significa investire sull'ignoranza (Erica della Parrà Paz).

Le variabili da considerare nel proporre una trattativa sono la duttilità del cliente e della

controparte, per quanto ci viene riferita; l'affidabilità e trasparenza del proprio cliente, della controparte e del legale avversario.

Ricordo che le parti che accettano a sottoscrivono una convenzione di negoziazione assistita hanno il dovere di cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole la controversia (art. 2 comma 1 legge 162/14) e che l'Art 9 comma 1 Codice Deontologico) dispone che *“L'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa., rispettando i principi della corretta e leale concorrenza”*

Buona fede e trasparenza vanno però testati sul campo e non si limitano alla messa a disposizione delle denunce dei redditi.

Nei modelli Unici vengono riportate solo alcune partite reddituali e talune per importo inferiore rispetto a quello percepito. Le ricchezze di un individuo sono spesso investite in varie forme e danno entrate e disponibilità che devono essere considerate, specie se si tratta del mantenimento dei figli.

Inoltre la negoziazione può condurre ad un accordo duraturo nel tempo se soddisfa le esigenze ed i bisogni di entrambi, si fonda sulla conoscenza reciproca dei rispettivi dati reali, garantisce gli interessi di entrambi.

Si devono dare e chiedere le informazioni e la documentazione necessaria a valutare le condizioni personali ed economiche.

Dare mera forma giuridica ad un accordo raggiunto dalle parti in proprio non è negoziare ed è estremamente rischioso per il legale, sotto il profilo della propria responsabilità professionale.

Il cliente e l'avvocato devono essere disponibili a soluzioni varie, diverse da quelle ordinarie, sempre in una cornice di diritto.

Deve comunque essere valutata la rispondenza di tali soluzioni ai principi di diritto anche perché sono gli avvocati che certificano la conformità dell'accordo a norme imperative ed ordine pubblico. Ai sensi dell'art 5 comma 2 legge 162/2014 . *Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico*

Trovato un accordo occorre tenere conto di ulteriori variabili oggettive ovvero la fattibilità dell'accordo, la tenuta in ragione della situazione personale lavorativa reddituale e l'esposizione debitoria di ciascuno.

Esempio pensare di dividere la casa familiare in due parti presuppone una verifica sulla possibilità concreta di farlo, sulla conformità urbanistica di una simile modifica, sul costo.

Lasciare un coniuge che sia imprenditore, e come tale debba ricorrere al credito nel suo lavoro, in comproprietà e con mutuo cointestato con l'altro, pone rischi connessi all'aggressione da parte di terzi creditori ed al mancato pagamento dei ratei del mutuo da parte dell'uno o dell'altro.

Inopportuno trasferire ai figli la proprietà della casa familiare, siano essi minorenni o maggiorenni, specie se si tratta dell'unico bene immobile e non v'è prospettiva di possibilità di acquisto di ulteriori beni: sono donazioni, revocabili astrattamente da terzi con revocatorie, o anche dal donante per indegnità del donatario, e suscettibili di collazione al momento dell'apertura della successione del donante.

Attenzione alla fretta di definire la separazione che spesso muove il cliente.

Sono gli avvocati che attestano la conformità dell'accordo a norme imperative e ordine pubblico e quindi al legale o cliente può un domani fare causa se ritiene di essere stato mal tutelato.

Poco varrà che nella negoziazione assistita il mandato è ad assistere e non difendere perché la competenza specifica sul tema, che causa l'incarico professionale, è del legale.