

## IL RUOLO SOCIALE DELL'AVVOCATURA

### La sfida della classe forense: la negoziazione assistita in ambito familiare

\*

#### La ragionevole durata del processo

Con la conversione nella legge 162/2014, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi, sono state introdotte nell'ordinamento disposizioni idonee a consentire, da un lato, la riduzione del contenzioso civile, attraverso la possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziarie e, dall'altro, la promozione in sede stragiudiziale, di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo.

In particolare, la risoluzione dei conflitti e delle controversie in via stragiudiziale viene favorita dall'introduzione di un nuovo istituto che si aggiunge a quelli già esistenti nell'ordinamento con finalità analoghe: la procedura di negoziazione assistita da un avvocato.

I presupposti di necessità e urgenza posti alla base del decreto-legge sono stati individuati nel rilevantisimo contenzioso pendente, soprattutto in appello, e nella sistematica violazione del termine di ragionevole durata del processo di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificate ai sensi delle legge 4 agosto 1955, n. 848.

Il Governo, nell'attuale grave contesto economico ha sentito come indilazionabile la risoluzione del problema della giustizia civile e, a tal fine, ha previsto l'adozione di misure finalizzate ad attuare un'inversione di tendenza nella durata dei procedimenti, così trasformando quello che è attualmente un fattore di appesantimento della crisi in un possibile volano per la crescita economica.

L'intervento proposto, con l'obiettivo di superare le criticità sopra indicate, prende le mosse dalla scelta di valorizzare quanto più possibile la professionalità e le competenze del mondo dell'Avvocatura, quale attore primario dell'amministrazione della Giustizia, chiamato alla responsabilità di un fattivo concorso alla deflazione preventiva del contenzioso civile mediante gli strumenti allo scopo introdotti<sup>1</sup>.

Al fine di verificare i risultati dell'introduzione della negoziazione assistita, quale strumento deflattivo del contenzioso ordinario, il Governo ha introdotto all'art. 11 della citata legge, rubricato *Raccolta dei dati*, il monitoraggio nazionale annuale, per il tramite del Consiglio Nazionale Forense, delle procedure di negoziazione assistita.

---

<sup>1</sup> Relazione del senato al DDL 1612 [www.senato.it](http://www.senato.it)

## **Il rapporto avvocato-cliente**

La legge 10 novembre 2014, n. 162, lancia una sfida alla classe forense, alla quale viene attribuito un ruolo strategico nella scelta dello strumento stragiudiziale in luogo di quello giudiziale.

Per poter accedere a questi strumenti alternativi di composizione della lite, dovrà mutare il rapporto avvocato-cliente, e il "modello tradizionale", che considera l'avvocato come colui a cui fa capo la responsabilità totale della vertenza e nel quale il cliente ha un ruolo passivo e il suo comportamento è diretto dall'avvocato, dovrà lasciare il passo al "modello partecipatorio", che assegna al cliente un ruolo attivo nell'ambito di qualunque decisione e l'avvocato gliene mostra tutta la problematicità.

In questa nuova ottica legislativa gli Studi legali diventano sempre più luoghi dove ottenere una consulenza ad ampio spettro, per regolamentare aspetti civili, patrimoniali e nel caso di Studi multiprofessionali, anche per ottenere consulenza pedagogica e psicologica.

L'avvocato, nell'ambito del diritto di famiglia, è un professionista che fornisce consigli e suggerimenti alla luce del quadro legislativo vigente e riveste un ruolo sociale che gli impone, ai sensi dell'art. 6 della legge 162/2014, di dar atto nell'accordo di convenzione di negoziazione assistita di aver tentato di conciliare le parti, di averle informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e di aver informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

## **La negoziazione assistita in ambito familiare: un'ottima occasione per fare del nostro meglio**

Il capo II della legge 162/2014 regola la procedura di negoziazione assistita da un avvocato, rifacendosi all'esperienza di un istituto noto e in vigore in Francia fin dal settembre del 2011, in base alla legge 1609 del 22 dicembre 2010 che ha inserito la "procedura partecipativa" agli articoli dal 2062 al 2067<sup>2</sup>.

Si tratta di una procedura cogestita dagli avvocati delle parti e volta al raggiungimento di un accordo conciliativo che, da un lato, eviti il giudizio e che, dall'altro, consenta la rapida formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale.

L'art. 2 della legge 162/2014 definisce la convenzione di negoziazione assistita da un avvocato 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 dei propri avvocati.

L'art. 6 della legge 162/2014 regola le convenzioni di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali in tema di separazione personale, di cessazione degli effetti civili e di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, anche in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai dell'articolo 3, comma 3, delle legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti.

---

<sup>2</sup> G. Facchini- A. Fissore M.Naggar (2014), *Negoziazione assistita e conflitti familiari. Istruzioni per l'uso*, Key Editore, Vicalvi

Ai sensi dell'art. 6, comma 3, l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita da avvocati, sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, nonché certificato quanto all'autografia della firme e alla conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, è equiparato ai provvedimenti giudiziali che definiscono i menzionati procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

In ragione dell'equiparazione dell'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita al provvedimento giudiziale, l'art. 6, comma 2, richiede che, in caso di presenza di figli minori, l'accordo venga trasmesso entro dieci giorni al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, il quale quando ritiene l'accordo rispondente all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il Procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al Presidente del Tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni la comparizione delle parti e provvede senza ritardo.

L'art. 6, comma 2, prevede che in mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita sia trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per i successivi adempimenti.

### **La procedura negoziale**

Qualsiasi negoziato può concretarsi soltanto in presenza di quattro condizioni

- a) le parti riconoscono di essere in contrasto;
- b) le parti riconoscono la necessità di pervenire ad una composizione del contrasto (obiettivo);
- c) le parti si accordano sulla scelta di un "teatro" in cui portare la rappresentazione dei loro tentativi di soluzione (selezione del contesto);
- d) le parti operano con dinamismo per raggiungere l'obiettivo (attuazione del processo).

La negoziazione può aver luogo solo quando le parti ammettono di avere una lite in corso, sono d'accordo sulla necessità di risolverla e partecipano attivamente ad un procedimento per ricomporre questa lite.

Accade, infatti, a volte, che una parte non avverte un urgente bisogno di risolvere la controversia, mentre l'altra lo ritiene impellente, per questo motivo è necessario che entrambe le parti si accordino sul fatto che esiste una disputa, oppure che uno dei due contendenti abbia il potere di costringere l'altro a riconoscere e ad affrontare il problema.

Una volta che le parti in lite convengono sulla necessità di dover risolvere il loro problema, è necessario che decidano quali siano i metodi più appropriati, devono scegliere un campo di azione

in cui riordinare il problema, un contesto, un luogo che facciano da sfondo e, che nello stesso momento influiscano sull'organizzazione del loro confronto.

A differenza della composizione giudiziaria del conflitto, in cui le parti si vedono obbligate a partecipare all'*iter* processuale, la negoziazione mediata comporta alla base la scelta libera e volontaria dei contendenti in relazione al contesto entro il quale necessita risolvere la controversia.

Tale scelta viene attuata tenendo presente una costellazione di motivi, quali: la convinzione che, portando la disputa in altri contesti, se ne possa vedere estinto il carattere privato, facendo divenire di pubblico dominio certi aspetti e comportamenti che si preferirebbe, invece, mantenere riservati; il convincimento che, ricorrendo ad un processo di negoziazione mediata si otterranno più vantaggi concreti all'atto della stipulazione dell'accordo, in quanto si è avuta la possibilità di dimostrare le proprie reciproche necessità.

Fondamentale quando si procede ad un negoziato cogliere subito le basilari motivazioni delle persone, perché nel corso del processo si dovrà far leva proprio su di esse per superare gli eventuali ostacoli.

Identificato il conflitto, avvertita la necessità di risolverlo, scelto il contesto entro il quale condurre i negoziati, le parti devono aver concordato, inoltre, un attivo impegno alla conduzione del processo di negoziato<sup>3</sup>.

### **Metodi competitivi e cooperativi di negoziato**

Le negoziazioni competitive appaiono come la strategia più saggia per condurre la trattativa all'interno di un sistema imperniato sulla logica antagonista, i teorici utilizzano l'espressione della "contrattazione distributiva" per indicare l'orientamento generale a condurre una negoziazione all'interno di una situazione competitiva.

I conflitti in cui gli interessi di ciascuna parte sono in diretto contrasto con quelli dell'altra parte sono definiti come conflitti "a somma zero", dove ,tanto più una parte vince, tanto più perde l'altra.

Ad esempio nelle controversie di natura economica nelle cause di separazione e divorzio, l'ammontare dell'assegno di mantenimento che uno dei due coniugi è tenuto a versare all'ex coniuge, coincide, infatti, con quanto l'altro incassa e la somma algebrica di ciò che una parte guadagna e di ciò che una parte perde è pari a zero.

In questo tipo di situazioni spesso i contendenti utilizzano la contrattazione distributiva per difendere i propri interessi, e ognuna delle parti comincia facendo un'offerta iniziale, presentandola alla controparte come una soluzione accettabile del conflitto e l'altra parte formulerà a sua volta un'offerta che la favorisca, cioè, che contenga richieste superiori a quello che è "l'ultimo prezzo", ossia il risultato minimo accettabile da parte di ciascuno.

---

<sup>3</sup> G. Gulotta G. Santi (1988), Dal conflitto al consenso. Utilizzazione di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari, Giuffrè, Milano

Nella contrattazione distributiva adottare posizioni estreme reca un vantaggio solo entro determinati limiti, i cui contorni sono incerti. Questo tipo di contrattazione, con la sua sequenza rituale di mosse, se è da preferire come strumento per negoziare accordi squisitamente economici, di converso può creare dei problemi se applicata al contesto dell'affidamento e del collocamento dei figli.

Infatti, radicalizzare le proprie posizioni rispetto a ciò che si vorrebbe ottenere, rifiutarsi di discutere soluzioni di compromesso e prendere tempo prima di raggiungere l'accordo sono tattiche che possono deteriorare il rapporto tra i genitori e nel contempo recare danno ai figli.

La contrattazione distributiva è il mezzo più efficace per massimizzare il guadagno individuale quando la trattativa si svolge in una situazione competitiva.

Nell'ambito dei conflitti familiari, invece, il "metodo cooperativo" di negoziazione è particolarmente benefico quando le parti sono in un rapporto destinato a continuare nel tempo. Il metodo scelto per dirimere la controversia, infatti, può avere degli effetti sul futuro della relazione, e in questo caso nessun conflitto è un gioco a somma zero quando tutte le parti continueranno ad interagire nel futuro.

Presupposto essenziale alla base dei metodi cooperativi per la risoluzione della controversia è che il conflitto sia a somma positiva", piuttosto che "a somma zero", nel quale non è necessario che alla fine della contrattazione ci siano un vincitore e un vinto, ma la possibilità di concludere la contesa con un esito favorevole per entrambe le parti.

I conflitti a somma positiva, si concludono con delle soluzioni di compromesso che, in termini di benefici complessivi per le due parti, hanno un valore più alto dei benefici complessivi che risulterebbero da soluzioni che privilegiano uno solo dei due. Infatti, sommando quello che riceve una parte con quello che riceve l'altra, si ottiene, un numero maggiore di zero, da qui l'espressione "a somma positiva".

In questo tipo di contrattazione imperniate nell'ottica di cooperazione, è possibile trovare soluzioni che consentano a entrambe di vincere, avendo le parti alcuni obiettivi e interessi in comune.

I presupposti teorici dei conflitti a somma positiva e della contrattazione integrata sono illustrati dai teorici dei giochi nel "dilemma dei prigionieri".

Il dilemma dei prigionieri deve il suo nome a un dilemma che potrebbe presentarsi a due prigionieri nell'ipotesi che due uomini abbiano commesso una rapina a mano armata in banca e che poi vengano arrestati.

Entrambi hanno la sicura prospettiva di essere accusati e condannati per detenzione abusiva di armi, dal momento che entrambi erano illegalmente in possesso di una pistola. Tuttavia il giudice che conduce le indagini non ha prove sufficienti per addossare ai due sospetti la responsabilità di aver commesso la rapina. Per poter avere almeno un colpevole da condannare per la rapina, il pubblico ministero propone a ciascuno dei prigionieri il seguente patto: se confessa di aver preso parte all'azione criminosa e testimonia contro il suo compagno, egli lascerà cadere sia l'accusa per la rapina, che quella per la detenzione abusiva di armi. Il detenuto che confesserà sarà liberato, mentre l'altro riceverà 20 anni di carcere.

Tuttavia, il Pubblico Ministero precisa che non potrà accettare una confessione da parte di entrambi i prigionieri e lasciarli liberi tutti e due: perciò se entrambi confessano saranno condannati per la rapina alla banca, ma la loro pena sarà ridotta da 20 a 12 anni; se invece nessuno dei due parlerà, dovranno scontare entrambi soltanto 1 anno di prigione per detenzione abusiva di armi.

In questa situazione, è ovvio che è nel comune interesse dei prigionieri cooperare e perciò tacere, perché in questo caso ognuno di loro sconterà solo 1 anno di carcere, mentre nell'ipotesi in cui entrambi confessassero ognuno dovrebbe scontare 12 anni e nell'ipotesi in cui uno solo di loro confessasse a sfavore dell'altro questo dovrebbe scontare 20 anni di carcere. I benefici della cooperazione sono evidenti.

Nell'ottica di massimizzare i benefici individuali, per ciascuno l'alternativa più logica sarebbe quella di confessare, ma nell'ottica di massimizzare i benefici complessivi la decisione dovrebbe essere quella di cooperare. Infatti il risultato complessivo della competizione, nel qual caso entrambi sarebbero spinti a confessare è pari 24 anni di carcere, mentre il risultato complessivo della cooperazione, che si realizza nel caso in cui entrambi decidono di tacere, è pari a 2 anni.

Nei conflitti familiari, come nel dilemma dei prigionieri, è necessario cooperare, e per procedere in questo modo, è necessario sostenere dei sacrifici sia nel modo di procedere che nella sostanza degli accordi. La cooperazione richiede ad entrambi i genitori, che sono quasi sempre ostili e diffidenti, di fare uno sforzo in buona fede per comunicare tra loro, e dal punto di vista della sostanza degli accordi, la cooperazione spesso comporta che le parti accettino qualche compromesso sui propri interessi individuali, a vantaggio del bene comune.

Il ruolo dei negoziatori, che hanno a cuore la risoluzione della controversia in chiave cooperativa, sarà quello di facilitare la comunicazione e di dissolvere la diffidenza reciproca, contenendo e controllando, allo stesso tempo, la conflittualità delle due parti in lite.

Riguardo ai contenuti, i negoziatori devono cercare di portare allo scoperto quella che è la "linea incavalcabile", ovvero l'ultimo prezzo di ciascuno, per capire se c'è qualche punto di coincidenza nelle loro posizioni, e se tale convergenza esiste, i negoziatori incoraggeranno la stipulazione di compromessi in quelle aree sulle quali c'è l'accordo.

I negoziatori devono aiutare i genitori separati o divorziati a rendersi conto che, tra loro, continuerà ad esistere una qualche forma di relazione e che, per questo motivo, cooperare con l'altro è nel loro interesse sia individuale che congiunto, come nell'interesse dei loro figli <sup>4</sup>.

## **Luci e ombre della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati di cui alla legge 162/2014**

Nella stagione delle riforme in materia di protezione dei diritti del minore, che ha visto, prima, con la L. 10 dicembre 2012, n. 219 e, poi, con il D.Lgs. 28 dicembre 2013, n.154, la parificazione dello

---

<sup>4</sup> Robert Emery (1994), *Il divorzio, rinegoziare le relazioni familiari*, Franco Angeli, Milano

*status* di figlio, eliminando ogni discriminazione sostanziale, procedurale e lessicale tra figli naturali, legittimi e adottivi, non si comprende il vuoto normativo della legge 162/2014 relativamente alla possibilità di procedere alla negoziazione assistita dagli avvocati nel caso di coppie non unite in matrimonio, le c.d. coppie di fatto.

L'art. 6 della legge 162/2014 è, infatti, rubricato - *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* - e il primo comma di detto articolo prevede che la convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra "*coniugi*".

In dottrina si è già esclusa la possibilità di applicazione alle unioni di fatto della categoria più generale della negoziazione assistita di cui all'art. 2 della citata legge, in ragione del limite dettato dal comma 2, dello stesso art. 2, il quale precisa che l'oggetto della controversia non debba riguardare *diritti indisponibili*, e tale indicazione normativa preclude la sua applicazione alle questioni di diritto di famiglia.

Altro punto fortemente discusso dell'intervento normativo, che potrebbe dissuadere la classe forense dall'utilizzare il nuovo istituto, riguarda i rigidi tempi procedurali imposti dalla norma e le conseguenze economiche sul piano sanzionatorio per i trasgressori.

Nel comma 3 dell'art. 6, è infatti previsto che dopo aver formato l'accordo, averlo depositato presso l'ufficio del Procuratore della Repubblica, presso il Tribunale competente, aver ottenuto il nullaosta o l'autorizzazione dell'accordo da parte del Procuratore, l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato Civile in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia dell'accordo, autenticata dallo stesso,.

Nel successivo comma 4, dell'art. 6, è statuito che, all'avvocato che viola l'obbligo di trasmissione di cui al precedente punto, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 2.000,00 ad euro 10.000,00 e all'irrogazione della sanzione è competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'art. 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

A quanto sopra si aggiunga che il Ministero dell'Interno - Dipartimento per gli Affari interni e territoriali - ha precisato nella Circolare n. 19 del 2014, che, in ragione del fatto che la convenzione di negoziazione tra coniugi debba essere assistita "*da almeno un avvocato per parte*" come previsto dal comma 1 dell'art 6, discenda che l'ufficiale dello stato civile dovrà ricevere "*da ciascuno degli avvocati l'accordo autorizzato*", ai fini dei conseguenti adempimenti e, trascorso il termine di dieci giorni, dovrà avviare l'iter di irrogazione delle sanzioni a carico del legale che abbia violato l'obbligo di trasmissione entro il predetto termine.

In un'ottica squisitamente pragmatica, si chiede, dunque, ad entrambi gli avvocati che hanno assistito la parte nella convenzione di negoziazione assistita, entro dieci giorni dalla comunicazione dell'autorizzazione o del nullaosta dell'accordo da parte del Procuratore della Repubblica, di fare richiesta di una copia autentica dell'accordo e della pedissequa autorizzazione o nullaosta, di recarsi a ritirare la copia autenticata presso la Procura, di trasmettere immediatamente il tutto, entro appunto il termine dei dieci giorni, all'Ufficiale dello Stato Civile del Comune in cui il matrimonio

fu trascritto o iscritto, pena, in caso di violazione di detto termine, l'irrogazione della sanzione amministrativa di Euro 2.000,00, nella migliore delle ipotesi.

Alla luce delle possibili criticità sopra evidenziate, il Governo potrà trarre conclusioni più chiare in merito ai risultati prefissati con la riforma, tra non meno di 12\24 mesi, quando si potranno apprezzare, in concreto, i risultati numerici del calo di ruolo generale dei Tribunali italiani in merito ai procedimenti di separazione e divorzio e modifiche delle condizioni.

Avv. CRISTINA CECI  
Patrocinante in Cassazione  
Giudice Onorario di Tribunale  
Mediatore Familiare Sistemico, Civile e Commerciale

[www.avvocatoceci.com](http://www.avvocatoceci.com)

Tel 011.19943358 Fax 011.19621001 Cell. 347.9224100

10125 TORINO - C.so G. Marconi, 4  
13100 VERCELLI - Via S. Michele, 16

E-mail: [cristina@avvocatoceci.com](mailto:cristina@avvocatoceci.com)  
P.e.c.: [cristina.ceci@legalmail.it](mailto:cristina.ceci@legalmail.it)