

L'Osservatorio sul diritto di famiglia

Diritto e processo

fascicolo 2 • maggio-agosto 2022

L'Osservatorio sul diritto di famiglia

Periodico dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia

Anno VI, n. 2 - maggio-agosto 2022

Autorizzazione del tribunale di Pisa n. 372/2017 del 22 marzo 2017

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale - 70% C1/LU/851

Amministrazione e redazione

Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia

Via San Martino, 51 - 56125 Pisa

Tel 050/26205

segreteria@osservatoriofamiglia.it

Direttore responsabile

Prof. Avv. Claudio Cecchella

Coordinatrice e Vice Direttore

Avv. Michela Labriola

Comitato editoriale

Avv. Caterina Bernardi (Modena); Avv. Francesco Campione (Pisa); Avv. Sabrina Candi (Arezzo); Avv. Stefania Castellone (Nola); Avv. Emanuela Comand (Udine); Avv. Giovanna Cucuini (Arezzo); Avv. Fernanda D'Ambrogio (Caserta); Avv. Fiorella D'Arpino (Roma); Avv. Francesca Ferrandi (Pisa); Avv. Cesare Fossati (Genova); Avv. Lucia Galletta (Gorizia); Avv. Cecilia Gradassi (Livorno); Dr. Alessandro Grillone (Università di Pisa); Avv. Barbara Lanza (Verona); Avv. Andrea Mengali (Pisa); Avv. Anna Pappalardo (Roma); Avv. Roberta Ruggeri (Vicenza); Avv. Francesca Salvia (Palermo); Avv. Giancarlo Savi (Macerata); Avv. Francesca Zadnik (Genova)

Comitato scientifico

Prof. Sladjana Aras Kramar (Università di Zagabria); Prof. Avv. Bruno Barel (Università di Padova); Dr. Geremia Casaburi (Tribunale di Nola); Luis Cucarella Galiana (Università di Valencia); Prof. Elena D'Alessandro (Università di Torino); Prof. Avv. Romolo Donzelli (Università di Macerata); Prof. Avv. Giovanna Falzone (Università di Cagliari); Prof. Chiara Favilli (Università di Pisa); Prof. Beatrice Ficarelli (Università di Siena); Prof. Fernando Gascón Inchausti (Università di Madrid); Prof. Rita Lombardi (Università di Napoli Federico II); Prof. Avv. Francesco Paolo Luiso (Università di Pisa); Prof. Dmitry Maleshin (Università Lomonosov di Mosca); Prof. Anastasia Maleshina (Università Lomonosov di Mosca); Prof. Avv. Michele Lupoi (Università di Bologna); Avv. Dr. Valerie Moro (Rechtstanzwaeltin in Monaco); Prof. Avv. Daniela Noviello (Università Link Campus Roma); Prof. Avv. Mauro Paladini (Università di Milano Bicocca); Prof. Avv. Salvatore Patti (Università di Roma La Sapienza); Prof. Ilaria Queirolo (Università di Genova); Dott. Rita Russo (Corte di appello di Catania); Dr. Francesco Sartorio (Tribunale di Treviso); Prof. Andrea Sassi (Università di Perugia); Dr. Paolo Sceusa (già Presidente tribunale per i minorenni di Trento); Prof. Elisabetta Silvestri (Università di Pavia); Prof. Stefania Stefanelli (Università di Perugia); Prof. Angela Patrizia Tavani (Università di Bari); Prof. Avv. Giovanni Maria Uda (Università di Sassari)

Gli articoli e le note a sentenza, prima della pubblicazione sono sottoposti in forma anonima all'approvazione di due revisori del Comitato scientifico, scelti di volta in volta dalla direzione in base alle specifiche competenze. Qualora vi sia dissenso, la Direzione nominerà un terzo revisore. Se la pubblicazione è condizionata dai revisori a modifiche o integrazioni, la direzione curerà prima della pubblicazione l'avvenuta integrazione o modifica suggerita.

Note a sentenza e articoli, muniti di indice sommario con indicazione dei paragrafi e note in calce per i necessari riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, devono essere trasmessi a segreteria@osservatoriofamiglia.it oppure cecchellalawyer@gmail.com in formato word e non pdf, con la sentenza epurata dei riferimenti sensibili e anch'essa in formato word, massimata e preparata secondo le indicazioni editoriali pubblicate su www.osservatoriofamiglia.it. La redazione avverte che non saranno presi in considerazione contributi non coerenti con tali indicazioni. Gli articoli e le note di commento dovranno essere muniti di un abstract in italiano e in inglese, da collocare prima dell'indice sommario che segue il titolo con il nome dell'Autore e la sua qualifica universitaria o professionale.

Impaginazione

David Nieri

Stampa

Press UP - Ladispoli (RM) - Novembre 2022

L'artista celebrato nel presente numero è Afro Libio Basaldella (Udine 1912 - Zurigo 1976), pittore italiano considerato tra gli artisti di rilievo del Novecento, principale esponente dell'arte informale ed astratta. Formatosi a Firenze, Venezia e Milano, negli anni trenta appartenne alla scuola romana. Ha esposto in tutto il mondo e i suoi quadri fanno parte delle collezioni dei migliori musei di arte contemporanea. I dipinti, fotografati da Claudio Cecchella, fanno parte della collezione esposta a Ca' Pesaro a Venezia nel 2021.

SOMMARIO

EDITORIALE

- 5 La riforma del giudice e del processo di famiglia e “gli affari correnti governativi”
Claudio Cecchella

DOTTRINA

- 7 L'autonomia deontologica dell'avvocato tra Costituzione e mercato
Giuseppe Colavitti
- 15 La negoziazione assistita nelle controversie sulla crisi delle relazioni familiari dopo la riforma con legge n. 206 del 2021
Claudio Cecchella
- 19 Legge sull'interruzione volontaria di gravidanza e profili di tutela giurisdizionale dei diritti
Laura Durello
- 27 Cognome, ultimo atto: il principio dell'accordo tra genitori e la regola legale del doppio cognome
Alessia-Ottavia Cozzi
- 39 L'Assegno unico universale tra luci e ombre*
Valeria Fihl

DOSSIER

Il curatore del minore

- 45 Un'analisi combinata degli artt. 336-bis c.c. e 38-bis disp. att. c.c. alla luce delle disposizioni protocollari: la *soft law* nel diritto di famiglia
Alessandra Cordiano
- 61 La funzione del tutore e differenze con la figura del curatore speciale
Francesca Romana Arciuli

CNF

- 67 Raccomandazioni per gli avvocati curatori speciali di minori

LA GIURISPRUDENZA ANNOTATA

- 69 La sopravvenuta morte del coniuge obbligato al versamento dell'assegno, dopo il giudicato di divorzio, determina la cessazione della materia del contendere? Finalmente la parola delle Sezioni Unite
Francesca Ferrandi
- 74 Ripetibilità delle erogazioni che trovano origine nella crisi familiare: la richiesta dell'intervento nomofilattico delle sezioni unite
Fernanda D'Ambrogio

AVVOCATURA E FAMIGLIA

- 77 Riflessioni in tema di responsabilità sociale dell'avvocato
Giancarlo Savi

STORIA, ARTE E CULTURA

- 82 Lucrezia eroina di genere: storia e interpretazione del suo sacrificio di fronte al tribunale domestico
Alessandro Grillone

DIRITTO E PSICOLOGIA

- 87 Famiglie omogenitoriali: la valutazione dell'equipe adozioni nei procedimenti *ex art. 44 lett. d) l. 184/83* tra limiti e opportunità
Valentina Pizzol, Alberta Xodo

RECENSIONI

- 92 Sarah Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone recluse. Un progetto di riforma tra esigenze di tutela contrapposte*, Editoriale Scientifica, 2022
Alessia Russo
- 93 Maria Dell'Anno, *E il modo ancor m'offende*, San Paolo editore, 2022
Giuseppe Piccardo

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLE CONTROVERSIE SULLA CRISI DELLE RELAZIONI FAMILIARI DOPO LA RIFORMA CON LEGGE N. 206 DEL 2021

CLAUDIO CECHELLA

Professore ordinario di diritto processuale civile all'università di Pisa e presidente di ONDiF

L'Autore esamina le novità della disciplina della legge n. 206 del 2021 in tema di negoziazione assistita nelle controversie familiari, sia in relazione alle norme di immediata entrata in vigore, come il più ampio ambito di applicabilità, sia in relazione alle norme che dovranno entrare in vigore, come la determinazione dell'assegno una tantum oppure il gratuito patrocinio e la facoltà di assumere prove in sede di trattativa, denunciando la grave lacuna in relazione all'ascolto del minore e alla sua rappresentanza nella trattativa.

The Author examines the novelties of the law n. 206 of 2021 on the subject of assisted negotiation in family disputes, both in relation to the rules of immediate entry into force, as the broader scope of applicability, and in relation to the rules that must enter into force, such as the determination of the one-off allowance or free legal aid and the right to take evidence during the negotiation, denouncing the serious gap in relation to listening to the minor and his representation in the negotiation.

SOMMARIO. 1. I problemi suscitati dalla legge n. 162 del 2014. - 2. Le soluzioni offerte dalla legge n. 206 del 2021. - 3. L'assunzione stragiudiziale di mezzi istruttori. - 4. Il problema della difesa e dell'ascolto del minore. - 5. L'attuazione degli accordi di negoziazione assistita.

1. I problemi suscitati dalla legge n. 162 del 2014

La legge n. 162 del 2014, di conversione del d.l. n. 132 del 2014, ammette, con un'articolata disciplina, alle procedure di negoziazione assistita anche le controversie sulla crisi della famiglia, limitatamente alla famiglia fondata sul matrimonio e con l'integrazione, dovuta alla l. n. 76 del 2016, art. 1, comma venticinquesimo, delle controversie sulla crisi delle unioni civili¹.

Resta esclusa la materia della crisi delle relazioni familiari fondate sulla convivenza civile, pur regolate con la stessa l. n. 76 del 2016.

Ne risulta, pertanto, l'esclusione di un settore rilevante del contenzioso familiare, che deve essere avviato necessariamente innanzi al giudice, limitando intensamente la *ratio* sottesa alla legge, quella di favorire l'accordo tra le parti delle relazioni familiari, senza imporre che l'accordo medesimo, per essere efficace, debba passare al vaglio di un giudice (più opportunamente concentrato sulla controversia). La degiurisdizionalizzazione del contenzioso incontrava, dunque, una

remora di non poco conto nel diritto di famiglia². I conviventi, fossero essi di sesso differente o dello stesso sesso, dovevano sempre avviare un procedimento contenzioso, pur avendo raggiunto un accordo con l'aiuto dei propri difensori, al fine di tradurre (necessariamente) i contenuti negoziali condivisi in un provvedimento giurisdizionale, il quale soltanto poteva produrre effetti giuridici, pur essendo essi fondati sul consenso delle parti.

Al contrario, nelle controversie fondate su una relazione familiare che nasceva dal matrimonio o dall'unione civile, l'accordo raggiunto con la negoziazione degli avvocati, ai sensi dell'art. 6, comma 3°, della l. n. 162 del 2014, consegue effetti identici a quelli dei provvedimenti giudiziali, senza percorrere la via giurisdizionale, con il solo nulla osta o, nei casi in cui l'accordo coinvolgesse diritti del minore, con la sola autorizzazione del p.m.

Viene così introdotta quella che i "pratici" chiamano "giurisdizione forense", e cioè l'idoneità di un accordo, perfezionato sotto la guida e la condivisione degli avvocati, di conseguire esattamente gli stessi effetti di un provvedimento giurisdizionale, con il solo controllo di un organo amministrativo, costituito dal Procuratore della Repubblica.

Peraltro, l'accordo conserva la sua matrice negoziale, potendo essere impugnato solo attraverso le azioni contrattuali di nullità o annullabilità ovvero risoluzione, con una stabilità maggiore rispetto al provvedimento giurisdizionale, impugnabile con l'appello e il reclamo, che consentono un sindacato non solo di legittimità, ma anche di merito.

Il discrimine della legge istitutiva della negoziazione assistita, diventava – com'era inaccettabile consuetudine dei mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti – discrimine altresì verso i

¹ Sul tema, F. DANOVÌ, *Il processo per separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, 867 ss., che dedica un intero capitolo alla separazione e divorzio senza processo e ove sono condensati i numerosi scritti dell'Autore sul tema; cfr., anche, S. CHIARLONI, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio*, in *Giur. it.*, 2015, V, 1259; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita di due o più avvocati*, in *www.treccani.it*; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obbligo di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, 295; F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. dir.*, 2015, 157; B. POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, V, 34 ss.; A. CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, V, 1287; E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, V, 1278; G. TRISORIO LIUZZI, *Le procedure di negoziazione assistita*, in *Il giusto processo civile*, 2015, 23 ss.; M. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 283; A. PROTO PISANI, *Diritti sostanziali e processo nella evoluzione delle relazioni familiari*, in *Foro it.*, 2015, V, 124; A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1111; G.A. PARINI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2017, 111; e non ultimo il Maestro che si onora, F.P. LUISSO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, a cura di F.P. LUISSO, Torino, 2014, 33.

² Per l'inefficacia degli accordi coevi, antecedenti o successivi all'omologa prima della riforma del 2014, v. Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Dir. fam.*, 1994, 139; Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Foro it.*, 1984, I, 401; in senso al contrario favorevole ad attribuire efficacia ai patti non omologati, cfr. Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, 1189; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Dir. fam.*, 2006, 150.

figli nati fuori dal matrimonio che non potevano godere dello stesso trattamento agevolato della soluzione negoziata.

Lirrazionale limitazione degli ambiti di espansione della negoziazione assistita prosegue, in linea interpretativa, nel riservare al giudice alcune soluzioni della crisi, quali, dal punto di vista economico, la contribuzione di mantenimento o di un assegno divorzile versati *una tantum*, perché necessitanti per legge di una valutazione del giudice. Eppure, a parer dello scrivente³, l'ampia assimilazione voluta all'art. 6 della legge n. 162 del 2014 dei contenuti e degli effetti dell'accordo al provvedimento giurisdizionale, consente l'accordo anche sulla determinazione *una tantum* del contributo economico. D'altra parte, l'accordo può perfezionarsi anche in relazione alla regolamentazione di diritti indisponibili, quali i diritti del minore, senza alcun limite⁴. Ciò nondimeno, prevale una lettura restrittiva⁵.

Proprio in relazione all'esplicita possibilità di un accordo tra i genitori in ordine ai diritti nascenti dalle relazioni con i propri figli minori, che ha il solo effetto di modificare un controllo di regolarità formale del Procuratore della Repubblica in un controllo di merito, destinato ad una vera e propria autorizzazione in senso amministrativo, emerge un'ulteriore grave lacuna della disciplina previgente.

Sulla base di principi, fondati in particolare sulla disciplina sovranazionale, circa la circolazione dei titoli esecutivi nell'Unione Europea⁶, ma anche sulla base di un preciso orientamento del giudice di legittimità in applicazione della legge nazionale⁷, la regolamentazione dei diritti del minore, contenuti in un provvedimento giurisdizionale, non può validamente esprimersi senza che sia consentito, nel corso del procedimento, l'ascolto del minore.

In mancanza di uno svolgimento di tale fase, ritenuta necessaria a pena di nullità degli atti processuali, non solo la sentenza finale risulta invalida, ma essa non può neppure circolare, agli effetti esecutivi, nei Paesi dell'Unione Europea.

La disciplina sulla negoziazione assistita si presenta, proprio sotto questo profilo, carente di una valutazione, nel contesto della trattativa, degli interessi del minore da parte del suo titolare attraverso la percezione dell'opinione del minore sovra dodicenne o capace di discernimento⁸.

All'*impasse* non può neppure sopperire un'applicazione dei principi del sistema giurisdizionale, poiché gli avvocati negoziatori incontrano, nella loro veste di rappresentanti dei genitori, l'ostacolo insormontabile dell'art. 56 del codice deontologico, che fa divieto all'avvocato del genitore di avere contatti con il minore, in difetto di un consenso di entrambe le parti e salvo il conflitto di interessi, potenzialmente sempre latente fra un genitore e il proprio figlio.

Anche sotto questo aspetto, si rendeva necessaria, al più presto, una disciplina nuova che risolvesse la grave remora alla validità dell'accordo e alla sua circolazione come titolo esecutivo nell'ambito dell'Unione Europea⁹.

Ulteriore tema di discussione, in caso di accordo che contenga patti di trasferimento immobiliare, che godono, se resi nel contesto della crisi familiare, di significativi benefici fiscali, è costituito dalla necessità che oltre all'attestazione della identità dei firmatari con le parti della controversia, mediante la sottoscrizione degli avvocati, sia necessaria una vera e propria autentica notarile, presupposto della trascrizione dell'accordo¹⁰. Su tale aspetto, l'art. 5 della l. n. 162 del 2014 rende necessario che l'accordo "*deve essere autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*". Poiché non è sostenibile che l'avvocato, nei suoi interventi di certificazione delle sottoscrizioni, assuma la funzione di pubblico ufficiale, inevitabile era la necessità di riprodurre l'accordo in una scrittura innanzi a un notaio, ai fini dell'autenticazione delle firme, per la trascrivibilità dell'atto.

Infine, remora non secondaria all'espansione della negoziazione assistita nelle controversie familiari, è costituita dalla impossibilità di applicare all'istituto stragiudiziale, le regole che disciplinano il gratuito patrocinio, destinate solo all'"ambiente" giurisdizionale. Avendo la controversia che muove dalla crisi familiare come parti persone non abbienti, si rende necessaria un'estensione del regime del gratuito patrocinio all'attività di negoziazione assistita.

2. Le soluzioni offerte dalla legge n. 206 del 2021

L'art. 1, comma 4°, della legge n. 206 del 2021, interviene per numerosi aspetti sulle procedure di mediazione e di negoziazione assistita, fissando alcuni principi all'esercizio della delega¹¹.

Molti di questi principi direttivi rispondono alle problematiche insolite, ed evidenziate nel par. che precede, proposte dalla legge n. 162 del 2014.

Le soluzioni si accompagnano ad alcune rilevanti novità, volte a valorizzare gli atti compiuti nei procedimenti di negoziazione assistita, in caso di fallimento della trattativa, all'interno del successivo episodio giurisdizionale: in particolare, le attività di istruzione stragiudiziale compiute dagli avvocati, sono destinate a conservare il loro rilievo anche nel procedimento innanzi al giudice.

Delle soluzioni, deve anzitutto dirsi della lett. u), che legittima, all'interno degli accordi, patti di trasferimento immobiliari ma con soli effetti obbligatori, e che affida agli avvocati il giudizio di congruità sull'ammontare della prestazione di mantenimento, corrisposta *una tantum*, attraverso la certificazione dell'accordo.

Sotto il primo aspetto, con una soluzione di continuità tra l'emendamento risultato delle attività della commissione ministeriale presieduta dal Prof. Francesco P. Luiso, che ammetteva patti di trasferimento immobiliare con effetti reali, affidando

³ Come già espresso in C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 317. Cfr. F. ROMANO, *Luna tantum divorzile*, in www.iafrivista.it (2919).

⁴ Se vuoi, C. CECHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco P. Luiso*, Torino, 2017, 145.

⁵ Cfr. App. Roma, 23 marzo 2020, in www.osservatoriodifamiglia.it (6 maggio 2020).

⁶ Cfr. S. GHIONZOLI, *Il diritto all'ascolto: la partecipazione e la consultazione come evoluzione dello status e dell'interesse del minore, tra giurisprudenza di legittimità, fonti interne e convenzioni internazionali*, in www.familia.it (19 giugno 2019).

⁷ Numerosissime, da ultimo, Cass., 25 gennaio 2021, n. 1474, in www.rpl.it (gennaio 2021); Cass., 17 aprile 2019 n. 10774, in www.familia.it, loc. cit.

⁸ Sul tema v. più ampiamente, C. CECHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, cit., 159.

⁹ La commissione istituita dalla Ministra Cartabia ha tentato la soluzione di una delega dell'ascolto al Presidente del Tribunale di residenza del minore, escludendone gli avvocati, nella stesura degli articolati delegati.

¹⁰ Soluzione inevitabile nel regime della legge n. 162 del 2014, v. C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 305.

¹¹ Tra i primi commenti, B. POLISENO, *Le adr in materia familiare*, in *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, 285; R. LOMBARDI, *La negoziazione assistita*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2022, 381.

agli avvocati la qualifica di pubblico ufficiale nella certificazione delle sottoscrizioni, si è preferito riservare alla professione notarile detta funzione, ammettendo gli avvocati alla pattuizione del solo accordo obbligatorio. In tal modo, si risolve ogni dubbio lasciato residuo dalla disciplina previgente.

Sotto il secondo aspetto, per quanto già in via interpretativa l'art. 6 della legge n. 162 del 2014 consenta tale possibilità, in modo, a questo punto, inequivoco, si ammette nell'accordo negoziato il patto sulla prestazione *una tantum* del contributo o assegno di mantenimento.

Inoltre, in sede di attuazione della delega, l'art. 1, comma 4°, lett. a), stabilisce l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di negoziazione assistita.

L'art. 1, comma 4°, lett. p) legittima anche la negoziazione assistita, su accordo delle parti, allo svolgimento della trattativa con modalità telematiche, con possibilità di incontri svolti mediante collegamenti da remoto.

I principi direttivi esaminati, diventeranno legge solo al momento della loro traduzione negli articoli dei decreti legislativi, che il Consiglio dei ministri dovrà adottare entro l'anno 2022.

La legge delega, tuttavia, ha ritenuto di adottare, in alcuni significativi passaggi della disciplina dedicata alla giurisdizione sulle controversie familiari e minorili, norme prescrittive che entreranno immediatamente in vigore, secondo il regime transitorio, per i procedimenti introdotti dopo il 22 giugno 2022 (art. 1, comma 37°, legge n. 206 del 2021).

La formulazione di norme immediatamente cogenti riguarda anche la negoziazione assistita (art. 1, comma 35°, legge n. 206 del 2021).

Intervenendo sull'art. 6 della legge n. 162 del 2014, sia nella rubrica e sia nell'articolo, si è ammessa una convenzione di negoziazione assistita, con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, tra i genitori al fine di giungere ad una soluzione consensuale per la regolazione delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché del mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori dal matrimonio. Si supera, in tal modo, la remora originaria all'applicazione della negoziazione assistita fuori dalla relazione familiare fondata sul matrimonio o sull'unione civile.

All'art. 6, comma 1°bis, della legge n. 162 del 2014, l'ipotesi si amplia anche al caso della pretesa al diritto al mantenimento richiesta ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e alle liti per la determinazione degli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c., anch'esse ammesse alla negoziazione assistita, previa convenzione fra le parti.

La previsione riguarda anche le controversie sulla modifica delle determinazioni contenute in un provvedimento giurisdizionale che già determina le regole dell'affidamento o il mantenimento, nelle varie ipotesi prospettate dal legislatore.

Queste norme sono già in vigore, deve intendersi per le convenzioni di negoziazione assistita perfezionate dopo il 22 giugno 2022 (secondo le regole di perfezionamento del contratto, ai sensi dell'art. 1326, 1° comma, c.c.).

3. L'assunzione stragiudiziale di mezzi istruttori

Di particolare rilievo, tale da favorire il percorso di una via di negoziazione assistita prima che sia introdotto un giudizio, la facoltà di un patto contenuto nella convenzione preliminare di svolgere, nel rispetto del contraddittorio e con l'intervento

di tutti gli avvocati che assistono le parti coinvolte, un'attività di istruzione stragiudiziale coincidente con l'acquisizione delle dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti, oppure con dichiarazioni, richieste dalla controparte, della parte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli.

Si tratta, evidentemente, della prova testimoniale e della prova per interrogatorio formale.

Alla lett. t) dello stesso comma, si pongono, opportunamente, alcune garanzie al compimento di atti di istruzione stragiudiziale con rilievo in sede giurisdizionale.

In particolare, la possibilità per i terzi di rifiutare le dichiarazioni prevedendo, in tal caso, misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine dell'acquisizione della testimonianza, in una sorta di istruzione preventiva o delega all'assunzione. Ugualmente, opportune garanzie per le parti per ciò che concerne le modalità di verbalizzazione delle proprie dichiarazioni.

L'eventuale compimento di abusi nell'acquisizione delle dichiarazioni del terzo e della parte costituisce, per l'avvocato, grave illecito disciplinare.

Qualora il terzo renda dichiarazioni false, deve prevedersi una sanzione penale a suo carico, come anche nel caso di rifiuto della parte a rendere la dichiarazione, il rilievo della condotta nel successivo giudizio, ai fini della regolamentazione finale delle spese e dell'applicazione degli artt. 96 e 642, comma 2°, c.p.c.

Il giudice potrà utilizzare le prove raccolte nell'ambito dell'attività di istruzione stragiudiziale, fatta salva la facoltà di disporre la rinnovazione della prova.

Nel contesto particolare delle controversie familiari e minorili, ove la prova testimoniale ha un rilievo meno significativo, fuori dai casi di domanda di addebito o di risarcimento danni per illecito endofamiliare, e ove il mezzo istruttorio che prevale, nei casi di maggiore conflittualità, sugli aspetti personali ed economici, è la consulenza tecnica, lo strumento degli atti di istruzione stragiudiziale, sembra avere una minore importanza (ma sono certamente consentiti).

In questo ambito particolare, tuttavia, non è del tutto da escludere la possibilità di esperire una consulenza preventiva ai fini della composizione della lite, ai sensi dell'art. 696-bis c.p.c., particolarmente quando oggetto della controversia sia un diritto nella disponibilità delle parti, come anche la legge n. 206 del 2021 ha riconosciuto, al comma 23°, lett. i). Si tratta, ovviamente, di un mezzo avulso dall'istituto della negoziazione assistita, perché interamente giurisdizionale, pur avendo un evidente intento conciliativo, cosa che non esclude l'acquisizione agli atti del successivo giudizio di merito della consulenza, ai sensi dell'art. 696-bis, comma 5°, c.p.c.

4. Il problema della difesa e dell'ascolto del minore

Gli atti istruttori stragiudiziali, che devono rigorosamente essere raccolti nel contraddittorio delle parti, pongono il delicato problema, ancora una volta insoluto, della rappresentanza tecnica del minore nella trattativa.

Il legislatore delegante, ancora una volta con una scelta verso norme immediatamente cogenti e non delegate, interviene sugli artt. 78 e 80 c.p.c., nell'ampliare le ipotesi di nomina obbligatoria di un curatore speciale del minore, che ne assuma la rappresentanza anche tecnica nel processo. Nessuna parola viene, tuttavia, spesa dal legislatore al rilievo di una presenza

del curatore speciale del minore nell'ambito della trattativa di negoziazione assistita, come anche nella stipula della convenzione e dell'eventuale accordo finale.

Ora, se certamente le nomine imposte, a pena di nullità degli atti processuali compiuti, nel procedimento per la decadenza dalla responsabilità genitoriale o nel procedimento occasionato dagli atti amministrativi di allontanamento del minore dalla sua famiglia perché moralmente o materialmente abbandonato o sottoposto a grave pregiudizio e pericolo per la sua incolumità fisica, rendono scarsamente rilevante il profilo della negoziazione, non trattandosi di materie negoziabili, vi è tuttavia da dire della nomina obbligatoria, nel caso in cui venga alla luce una situazione di un'adeguata rappresentanza del minore da entrambi i genitori, che può essere apprezzata dagli avvocati, oppure di una richiesta di un proprio rappresentante da parte del minore che ha compiuto 14 anni.

Non è poi da escludere che il giudice, ai sensi dell'art. 80, comma 3°, c.p.c., pure esso novellato, nell'affidare poteri sostanziali al curatore speciale del minore possa affidargli il compito di rappresentare il minore in un parallelo procedimento di negoziazione assistita.

Profili, questi tutti, che evidenziano la scarsa attenzione, ancora una volta, del legislatore verso la rappresentanza del minore, sensibilità evidenziata oggi in sede giurisdizionale, ma del tutto dimenticata in sede negoziale.

Si tratterà, allora, di sensibilizzare gli avvocati delle parti che avvertano, per il livello elevato di conflittualità, un'adeguata rappresentanza del minore da parte dei genitori, di chiudere la trattativa abbandonando le soluzioni da offrire, particolarmente ai profili personali, verso l'inesorabile via giurisdizionale, cui potrà partecipare il curatore speciale del minore.

Ancora una volta, una remora che conduce inesorabilmente all'impossibilità della confluenza naturale della trattativa verso l'accordo negoziato.

Il vero problema, tuttavia, resta quello, al di là della rappresentanza del minore nella trattativa, dell'ascolto del minore, come atto con il quale egli esprime il suo punto di vista nella regolamentazione dei suoi interessi personali ed economici (di cui già si è evidenziato il grave profilo della validità dell'accordo e della sua circolazione nei paesi dell'Unione Europea).

Le opzioni possibili, sulle quali tuttavia il legislatore non dà indicazioni, possono essere quella di un ascolto effettuato dagli avvocati delle parti, nello stesso modo in cui gli avvocati delle parti possono compiere atti istruttori stragiudiziali (per certi versi, l'aver ricondotto l'atto a dichiarazioni di terzi e non a vere e proprie dichiarazioni testimoniali, fa pensare alla possibilità che anche l'ascolto rientri fra gli atti istruttori

stragiudiziali). Si renderebbe, però, necessario un intervento dell'organo di autonomia deontologica della professione di avvocato, il quale ricomprenda nell'art. 56 del codice deontologico, l'ipotesi derogativa, tenuto conto che oggi l'avvocato del genitore non può avere rapporti, anche indotti dall'ascolto, con i figli minori.

Questa sembra essere la soluzione auspicabile, poiché l'avvocato che riveste il ruolo di curatore speciale del minore, ai sensi dell'art. 80, comma 3°, c.p.c., procede all'ascolto del minore.

Altra opzione è assimilabile all'ipotesi del rifiuto del testimone a rendere dichiarazioni in sede di negoziazione, in tal caso per limite legislativo alla dichiarazione del minore in sede di ascolto, che apre alla prospettiva di un ricorso al giudice, il quale raccolga l'opinione del minore in sede di ascolto a verbale, che verrà poi trasmesso agli avvocati e sarà unito agli accordi di negoziazione assistita.

Tale soluzione appare, francamente, indice di una remora ingiustificata verso l'attività professionale dell'avvocato il quale, potendo esprimere la propria opinione sulla regolamentazione dell'affidamento, certificando l'accordo come compatibile alle norme imperative, non si vede perché non possa assumere il punto di vista del minore, con tutte le precauzioni che contraddistinguono l'ascolto in sede giurisdizionale.

5. L'attuazione degli accordi di negoziazione assistita

Il legislatore non pone la sua attenzione sulle problematiche suscitate dall'attuazione degli accordi, che assumendo gli effetti di un provvedimento giurisdizionale, ai sensi dell'art. 6, legge n. 162 del 2014, dovrebbe assicurarsi le misure attuative offerte ai provvedimenti di affidamento e di mantenimento.

L'assimilazione degli effetti potrebbe indurre, sul piano interpretativo, la possibilità di richiedere al giudice le misure di cui all'art. 709-ter c.p.c. o le altre misure, in più luoghi del codice civile, a tutela dei contributi al mantenimento (sequestro, iscrizione ipotecaria, concessione di garanzie, ordini di pagamento verso terzi obbligati a prestazione nei confronti del genitore inadempiente). Sarebbe stato utile, tuttavia, un'espressa previsione onde fugare dubbi.

Peraltro, v'è da dire che sul piano negoziale già esistono strumenti di eguale efficacia, qual è il sequestro convenzionale (art. 1798 e ss. c.c.) oppure quella della clausola penale (art. 1382 c.c.), potendosi prevedere una cessione volontaria del credito verso il proprio datore di lavoro, in caso di inadempimento.