

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA TRA LINEE GUIDA, PROTOCOLLI E PRASSI

di Rita Prinzi con la collaborazione dell'avv. Fabrizio Testa

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. I contenuti delle linee guida e dei protocolli 2.1 Il contenuto dell'accordo 3. La produzione delle dichiarazioni fiscali 4. La documentazione relativa ai figli maggiorenni 5. I correttivi degli accordi 6. La fase avanti al Presidente del Tribunale 7. Le questioni risolte 8. Le indicazioni dei comuni 9. La trasmissione dell'accordo di negoziazione assistita alla procura della Repubblica e al comune (a cura dell'avv. Fabrizio Testa del Foro di Cuneo) 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Gli ultimi anni hanno visto un legislatore molto attivo nella materia familiare, ma spesso impreciso e lacunoso. A questo andazzo non si è sottratta neppure la normativa sulla negoziazione assistita che, come altri testi legislativi e per certi versi più di altri, presenta vuoti e imprecisioni rilevanti.

Gli organi e gli uffici che la normativa sulla negoziazione ha investito dei nuovi compiti, si sono posti -per primi- il problema di darsi (e dare all'utenza) una regolamentazione più stringente, trovandosi di fronte a due differenti esigenze: quella di colmare i vuoti normativi e quella di mettere in piedi un'organizzazione efficiente in grado di dare risposte adeguate e tempestive a coloro che scelgono la strada della degiurisdizionalizzazione.

Esigenze queste, sentite in primo luogo dalle procure della Repubblica, a cui la legge ha conferito il compito di autorizzare o rilasciare il nulla osta agli accordi di cui all'art. 6 Decreto Legge 12 settembre 2014 n. 132 come modificato dalla Legge di conversione 10 novembre 2014 n. 162.

E così le procure, fra le prime quella milanese, hanno opportunamente fornito specifiche indicazioni sugli adempimenti concreti del processo di negoziazione assistita, attraverso l'emanazione di linee guida o di protocolli siglati con gli altri soggetti coinvolti in quello che si è appena definito -in senso strettamente atecnico- quale processo di negoziazione.

Gli uffici della magistratura requirente che si sono dotati di linee guida o protocolli sono veramente tanti, altri ancora stanno lavorando in questo senso, per cui è

verosimile che nel giro di qualche mese la - quasi- totalità delle procure avrà emanato il proprio vademecum.

Ovviamente si tratta di linee guida e protocolli che si riferiscono alla negoziazione assistita in materia familiare ed in particolare a quella disciplinata dall'art. 6 D.L. 12 settembre 2014 n. 132 come modificato dalla Legge di conversione, che prevede l'intervento del pubblico ministero con funzioni di controllo sostanziale o meramente formale degli accordi, a seconda che vi siano o meno figli (minorenni o maggiorenni non autosufficienti, incapaci o portatori di handicap grave).

Alcuni di questi vademecum, come quello milanese (che è certamente fra i più risalenti), sono stati rivisti ed aggiornati nel rispetto delle indicazioni provenienti dal Ministero dell'Interno attraverso le circolari e le direttive emesse in risposta ai quesiti, ovvero corretti ed adeguati ai nuovi termini del divorzio introdotti dalla Legge 6 maggio 2015 n. 55.

2. I contenuti delle linee guida e dei protocolli

Le linee guida emanate dalle procure della Repubblica generalmente contengono innanzi tutto una sorta di promemoria delle condizioni e dei requisiti essenziali per l'accesso all'istituto della negoziazione assistita, che si possono così riassumere:

- il riferimento alla necessità dell'assistenza di almeno un avvocato per parte
- i termini di presentazione dell'accordo al pubblico ministero
- i riferimenti alle regole della competenza territoriale
- i contenuti necessari dell'accordo come previsti dagli art. 6 comma 3 e art. 5 comma 2 D.L. 12 settembre 2014 n. 132 come modificato dalla L. 162/2015
- il riferimento preciso alla data di sottoscrizione dell'accordo.

Quest'ultimo requisito è essenziale ai fini della verifica del rispetto del termine di 10 giorni per la trasmissione dell'accordo alla procura della Repubblica, espressamente previsto dalla normativa per i patti negoziali che coinvolgono i figli. La Procura della Repubblica di Milano, in relazione al rispetto di questa scadenza -considerata perentoria- precisa che gli accordi trasmessi oltre i 10 giorni sono ritenuti irricevibili. Altre procure, così quella di Monza, non attribuiscono al predetto termine carattere di

perentorietà, ma evidenziano che il rilevante ritardo nel deposito dell'accordo rispetto alla data dell'intesa viene fatto oggetto di valutazione attenta da parte del pubblico ministero e può costituire motivo di diniego dell'autorizzazione per il venir meno del requisito dell'attualità delle condizioni in relazione all'interesse del minore. Si consideri che la data dell'accordo di negoziazione assistita assume grande rilevanza - anche - ai fini della decorrenza del breve termine per la domanda di divorzio, posto che le recenti modifiche legislative collocano il dies a quo del termine di sei mesi per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio proprio nella data certificata dell'accordo di separazione (così art. 3 comma 3 lett. b) Legge 1 dicembre 1970 n. 898).

Allo stato attuale non risulta che ci siano procure della Repubblica che richiedono la produzione della convezione di negoziazione assistita che precede (o dovrebbe precedere) l'accordo.

Le linee guida e i protocolli contengono altresì una serie di indicazioni molto importanti per gli operatori perché regolano gli aspetti strettamente operativi della negoziazione assistita e così stabiliscono se l'accordo dev'essere depositato in originale o in copia ed in quanti esemplari, come e cosa viene restituito (a seconda delle sedi: l'originale o la copia conforme (a volte più copie); contengono altresì l'indicazione dei diritti di copie, l'ufficio a cui l'atto deve materialmente pervenire, il pubblico ministero incaricato, i soggetti che possono effettuare il deposito e il ritiro dell'atto, le formalità del rilascio dell'atto munito di nulla osta o autorizzazione, i tempi e le modalità di invio dell'accordo al presidente del tribunale in caso di diniego, i tempi e le modalità di comunicazione del diniego, gli indirizzi di posta elettronica a cui inviare e da cui ricevere le comunicazioni. Pochi vademecum dettano anche specifiche disposizioni sugli accordi che contengono patti di trasferimenti immobiliari o altri patti soggetti a trascrizione, per i quali l'art. 5 comma 3 D.L. 132/2015 prevede l'autentica notarile.

Quasi sempre le linee guida e i protocolli richiedono che l'accordo di negoziazione assistita sia accompagnato da una scheda sintetica, che raccoglie i dati essenziali (sulle parti, i difensori e l'oggetto). Questa scheda, su cui viene apposta la data del

deposito, in alcuni casi viene inquadrata come istanza di nulla osta o di autorizzazione (linee guida di Asti), in altri come nota di iscrizione (linee guida di Udine).

Le linee guida e i protocolli contengono poi l'elenco dei documenti da produrre a corredo dell'accordo, elenco articolato in maniera diversa a seconda che la negoziazione abbia ad oggetto la separazione, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la modifica.

Queste produzioni rispondono innanzi tutto all'esigenza di verifica dei presupposti oggettivi per l'accesso alla negoziazione (così ad esempio è necessario produrre l'estratto o la copia integrale dell'atto di matrimonio, con i relativi riferimenti alla trascrizione o all'iscrizione, perché il matrimonio è presupposto necessario per l'accesso alla negoziazione che non è fruibile dalle coppie genitoriali non coniugate; nelle modifiche sarà necessaria la copia conforme del provvedimento o dell'accordo negoziale che si intende modificare, munita dell'attestazione di definitività).

L'altra esigenza a cui rispondono le produzioni documentali è quella di consentire la verifica della competenza territoriale della procura adita, al cui fine vengono richieste essenzialmente le certificazioni dello stato civile e quelle anagrafiche.

L'ultima finalità a cui rispondono le produzioni documentali è quella di fornire al pubblico ministero gli elementi per le valutazioni di legge in ordine alla regolarità e/o conformità dell'accordo all'interesse dei figli, ai fini del rilascio del nulla osta o dell'autorizzazione.

Anche in assenza di espressa previsione legislativa, si deve ritenere che tali richieste di produzioni documentali siano del tutto legittime, in quanto elementi necessari in rapporto strumentale con i compiti attribuiti dalla normativa alla procura della Repubblica e come tali espressione di un potere implicitamente riconosciuto.

A tal proposito bisogna evidenziare che il ruolo che la normativa de qua ha attribuito al pubblico ministero esclude ogni forma di contatto diretto con le parti, con la conseguenza che le valutazioni del P.M. dovranno fondarsi necessariamente sui dati che emergono dall'accordo e dagli allegati.

Anche per questo verso, le indicazioni delle linee guida sulle produzioni documentali appaiono del tutto ragionevoli e conformi allo spirito della legge.

Nonostante queste considerazioni, non si può non apprezzare e condividere la posizione di quelle procure fra le quali vi sono la Procura della Repubblica di Cuneo e quella di Bari -ad oggi per il vero in posizione decisamente minoritaria- che nel dichiarato intento di privilegiare il principio di semplicità e snellezza a cui l'istituto della negoziazione assistita è dichiaratamente ispirato, tendono a contenere al minimo possibile le produzioni documentali, considerando altresì che ciascuna delle parti, nel percorso negoziale è costantemente seguita dal proprio avvocato, cui vengono demandate tutte le verifiche e gli accertamenti relativi ai presupposti e alle condizioni connaturate con l'istituto. Sarà compito dei legali confezionare un accordo autosufficiente nei termini di cui si dirà fra poco.

2.1 Il contenuto dell'accordo

Le indicazioni delle linee guida ci permettono di fare una riflessione sui contenuti dell'accordo frutto della negoziazione assistita.

A parere di chi scrive sarebbe opportuno che, aldilà degli elementi forniti con le produzioni, l'accordo -in quanto prodotto ed espressione della negoziazione- fosse completo e compiuto in sé, così da essere totalmente autosufficiente e da consentire al pubblico ministero di trarre dalla sua mera lettura una rappresentazione precisa della situazione -di fatto e di diritto- in cui versa il nucleo familiare, completa di tutti gli elementi e di tutti i dati necessari all'assunzione del provvedimento.

Questo vale in ogni caso, sia in presenza che in assenza di figli.

Ove non vi siano figli, poiché il controllo del pubblico ministero sarà certamente meno penetrante essendo limitato alla verifica delle formalità di legge, senza intrusioni nel merito delle condizioni contrattuali che investono l'area dei diritti disponibili, possiamo pensare ad un accordo più snello, in cui accanto al contenuto necessario siano semplicemente elencate le condizioni concordate.

In presenza di prole, la procura della Repubblica non solo dovrà preoccuparsi di verificare la regolarità formale dell'atto, ma dovrà anche entrare nel merito delle condizioni relative ai figli, dovendo valutarne la rispondenza all'interesse dei predetti. In questo caso, a parere di chi scrive, il contenuto dell'accordo dovrà essere necessariamente più ampio e più completo, dovendo contenere la rappresentazione, anche in termini descrittivi, della situazione di fatto del nucleo familiare sia in relazione agli aspetti personali che sottendono alle condizioni dell'affidamento dei figli minori, del collocamento e della residenza, nonché delle visite con il genitore non collocatario, sia con riguardo agli aspetti del mantenimento. Questo varrà sempre, ma in particolare varrà quando la famiglia presenti elementi - per così dire- di originalità, che giustificano condizioni sensibilmente diverse da quelle ordinariamente previste. Per fare un esempio concreto, possiamo ritenere che quando uno dei genitori dimori stabilmente all'estero per motivi lavorativi possa essere convenuto dalle parti, in deroga all'ordinario affidamento condiviso, un affidamento esclusivo all'altro genitore con regolamentazione specifica dell'esercizio della responsabilità genitoriale anche su questioni che eccedono l'ordinaria amministrazione. In tal caso perché l'accordo possa essere autorizzato, sarà necessario che contenga una precisa ricostruzione delle condizioni di fatto della famiglia e delle ragioni che giustificano l'affidamento esclusivo in stretta correlazione con l'interesse del minore.

In ogni caso, qualunque accordo dovrà certamente contenere le statuizioni sull'affidamento e sulla residenza dei figli minori, con indicazione degli specifici tempi di permanenza presso ciascuno dei genitori, da stabilirsi nel rispetto della cornice normativa di cui agli artt. 337 ter e seguenti c.c., cornice normativa che costituisce un limite invalicabile sia per le parti che per il pubblico ministero.

In relazione a ciò, deve ricordarsi altresì che in ogni accordo di negoziazione assistita, sia in presenza che in assenza di figli, dovrà rigorosamente rispettarsi il limite di conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, la cui violazione costituisce causa di nullità dei patti negoziali ed espone gli avvocati a gravi responsabilità professionali.

3. La produzione delle dichiarazioni fiscali

Fra i documenti generalmente richiesti dalla procura della Repubblica a corredo dell'accordo di negoziazione assistita -solo in presenza di figli- vi sono le dichiarazioni dei redditi (in alternativa al Cud o all'autocertificazione), quasi sempre relative agli ultimi tre anni. Con questa indicazione le linee guida seguono le previsioni normative relative ai procedimenti di separazione e divorzio, rispettivamente secondo le previsioni dell'art. 706 comma 3 ultima parte c.p.c. e dell'art. 5 comma 9 L 1/12/1970 n. 898.

Si consideri che nella maggior parte degli uffici giudiziari le dichiarazioni fiscali dei coniugi sono richieste solo nelle procedure contenziose, mai nelle separazioni consensuali e nei divorzi congiunti. Ora il fatto di dover produrre le dichiarazioni dei redditi potrebbe costituire un elemento che scoraggia il ricorso alla negoziazione assistita e viceversa incentiva quello alle procedure consensuali o congiunte.

Bisogna però osservare che la convenzione di negoziazione assistita pone le sue basi sui principi di trasparenza e lealtà, che devono animare e guidare le parti e i loro difensori nel percorso negoziale, costituendo elementi imprescindibili dell'accordo.

Chi decide di eleggere la via della negoziazione deve farlo sapendo che, in condizioni di reciprocità, non dovrà o potrà celare nulla all'altra parte e che proprio il fatto di aver portato al tavolo negoziale tutti gli elementi rilevanti, gli consentirà di raggiungere una buona soluzione condivisa.

Nessuna remora dunque alla produzione delle dichiarazioni fiscali.

Semmai dovrà essere il legale a valutare, preliminarmente ed in concreto, se la via della negoziazione improntata all'assoluta trasparenza risponde o meno agli interessi del proprio cliente, non dimenticando i rischi di causa anche in relazione ai più ampi poteri istruttori riconosciuti oggi al giudice dei procedimenti di famiglia, per il quale, a seguito delle recenti riforme, si sono aperte le porte di accesso a banche dati fino ad oggi segretissime, come l'archivio dei rapporti finanziari, che quindi hanno perso la loro inaccessibilità.

Tornando alle indicazioni delle linee guida e dei protocolli sulla produzione delle dichiarazioni fiscali, bisogna aggiungere che, per quanto non venga espressamente esplicitato, questi documenti sono asserviti all'esigenza di verifica della rispondenza all'interesse dei figli degli accordi di contenuto economico.

Se questa è loro finalità, dobbiamo però osservare che la documentazione di cui si tratta può rivelarsi in concreto come ampiamente inadeguata a soddisfare la verifica di congruità con l'interesse dei figli.

Questo non solo e non tanto perché le dichiarazioni fiscali potrebbero essere compilate infedelmente, ma soprattutto in quanto, pur correttamente compilate, potrebbero indurre ad una falsa rappresentazione della complessiva situazione patrimoniale di uno o di entrambi i genitori.

Come più volte ha osservato la Suprema Corte proprio in riferimento ai procedimenti di famiglia, la dichiarazione dei redditi ha funzione tipicamente fiscale. Per tale motivo non contiene tutti redditi percepiti dal dichiarante, ma unicamente quelli che vengono tassati con il sistema dichiarativo. Tutti gli altri redditi soggetti a tassazione separata (come ad esempio i depositi e i titoli) non compaiono.

Per tale motivo le dichiarazioni fiscali prodotte con l'accordo, pur essendo compilate fedelmente e correttamente, potrebbero essere prive di dati rilevanti, necessari alla corretta rappresentazione della complessiva situazione patrimoniale dei genitori. Di tutto ciò non tengono conto né le linee guida né i protocolli di cui si ha conoscenza, che in maniera semplicistica e sbrigativa richiedono semplicemente la produzione delle dichiarazioni fiscali dei genitori.

Sarebbe molto più utile e aderente allo spirito della normativa, nell'ottica della lealtà e trasparenza a cui la negoziazione assistita si ispira, che si richiedesse alle parti di inserire in seno all'accordo tutti i dati rilevanti ai fini della ricostruzione complessiva dello stato patrimoniale e reddituale dei genitori, perché solo così il pubblico ministero sarà in condizioni di esprimere un corretto giudizio di conformità delle statuizioni economiche all'interesse dei figli.

Da ultimo, con riguardo alle disposizioni sul mantenimento dei figli, bisogna ancora osservare che l'art. 337 ter comma 4 c.c. riconosce ai genitori la facoltà di

accordarsi liberamente, pur nel rispetto dei criteri di legge e in primo luogo del principio di proporzionalità. Della predetta facoltà riconosciuta ai genitori, in forza della norma citata in seno alle procedure che si svolgono avanti alla autorità giudiziaria, non può non tener conto il pubblico ministero, chiamato ad autorizzare l'accordo in presenza di figli, che non potrà in nessun caso esercitare un controllo più penetrante ed incisivo di quello riservato al giudice.

4. La documentazione relativa ai figli maggiorenni

La normativa che si sta disaminando prevede che in presenza di maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'art. 3 comma 3 Legge 5/2/1992 n. 104, ovvero non autosufficienti economicamente, si segua la strada delle tutele procedurali riservate ai figli minorenni. In tali casi, secondo le indicazioni delle linee guida o dei protocolli, dovrà documentarsi lo stato di incapacità - evidentemente - con la produzione dei relativi provvedimenti di interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno. Nei vademecum delle procure non ci sono indicazioni specifiche per gli incapaci naturali, ciò nondimeno deve ritenersi che alla luce dell'espressione generica usata dall'art. 6 D.L. 132/2014 ("maggiorenni incapaci"), anche tali soggetti siano da annoverarsi tra quelli a cui è riservata la tutela rafforzata. Non essendo però ufficialmente riconosciuti come incapaci, si pone il problema della difficoltà di documentarne lo stato. In questi casi deve ritenersi sufficiente la dichiarazione dei genitori contenuta nell'accordo sottoposto al vaglio del P.M. eventualmente accompagnata da certificazione medica che attesti l'invalidità. Per i portatori di handicap grave la condizione non potrà che documentarsi attraverso l'indispensabile certificazione delle competenti autorità sanitarie.

In assenza di figli (minorenni, incapaci o portatori di handicap grave ovvero maggiorenni non autonomi) la convenzione segue la strada del nulla osta e non dovrebbe essere richiesta alcuna documentazione relativa alla prole. In realtà molte procure, fra cui quella di Nola e quella di Latina, in presenza di figli maggiorenni economicamente autonomi, non ritengono sufficiente la dichiarazione dei genitori in

seno all'accordo o in allegato atto notorio, ma richiedono la documentazione reddituale dei figli o in alternativa un atto notorio proveniente dagli stessi figli che ne attesti l'autosufficienza economica.

Per il vero le linee guida della Procura della Repubblica di Nola prevedono addirittura che nelle convenzioni fra coniugi senza figli, venga prodotto un certificato storico di famiglia in modo che il P.M. abbia la possibilità di accertare se la coppia genitoriale abbia o meno prole, sempre ai della verifica e dell'apprezzamento dell'autosufficienza economica degli eventuali figli, con l'avvertenza che la mancata produzione comporta il diniego del nulla osta.

Ora francamente tutto questo appare eccessivo ed irragionevole, innanzi tutto perché si dimentica che la convenzione di negoziazione assistita si svolge con la necessaria assistenza di un avvocato per parte. Spetterà dunque ai legali unitamente alle parti assistite, la verifica della condizione di autosufficienza economica, avendo ben presente che un accordo fondato sul falso presupposto dell'autosufficienza economica del figlio sarebbe affetto da nullità assoluta -in primo luogo- per contrarietà a norme imperative e sarebbe suscettibile di impugnativa da parte del figlio eventualmente leso.

In relazione a questa problematica, viene poi assolutamente trascurato dalle procure della Repubblica che richiedono la documentazione fiscale dei figli maggiorenni, che si tratta di atti appartenenti a soggetti estranei alla procedura, soggetti che non possono essere obbligati a fornire attestazioni sulla propria situazione reddituale.

5. I correttivi degli accordi

L'esperienza dei mesi trascorsi dall'entrata in vigore della disciplina sulla negoziazione assistita ha insegnato che in qualche caso gli accordi contengono irregolarità per così dire "veniali", che non consentono il superamento del vaglio del pubblico ministero, pur potendo essere agevolmente superate.

Per questo problema, la Procura della Repubblica di Velletri ha approntato una soluzione originale, ritenendo che, nel silenzio del legislatore, il pubblico ministero possa interloquire con gli avvocati sollecitando integrazioni di documentazione o

integrazioni e modificazioni dell'accordo da farsi con pattuizione scritta, sottoscritta dalle parti e munita delle certificazioni dei legali.

Questa soluzione, che la Procura di Velletri ha ufficializzato nelle proprie linee guida, pare essersi rivelata molto efficace e viene adottata in altre procure della Repubblica di importanti realtà territoriali, pur non essendo dichiarata nelle linee guida o nei protocolli. Si riferisce di una prassi talmente efficace da aver fortemente limitato ed addirittura evitato numerosi invii al presidente del tribunale.

6. La fase avanti al Presidente del Tribunale

L'art. 6 comma 2 ultima parte D.L. 132/2014 stabilisce che nell'ipotesi in cui il procuratore della Repubblica non ritenga di autorizzare l'accordo per contrarietà all'interesse dei figli deve trasmetterlo entro 5 giorni al presidente del tribunale che nei trenta giorni successivi dovrà fissare udienza di comparizione delle parti e provvedere senza ritardo.

In questo passaggio la normativa sulla negoziazione assistita presenta la lacuna più vistosa, perché nulla dice sulle modalità di svolgimento della fase avanti al presidente del tribunale ed in particolare nulla dice sui compiti del presidente, limitandosi ad un generico "provvede".

Neppure le linee guida si spingono a dare indicazioni su questa fase perché normalmente le indicazioni si fermano al momento della trasmissione dell'accordo non autorizzato, ad eccezione -ad esempio- della Procura della Repubblica di Latina che prevede la possibilità delle parti di inviare al presidente del tribunale note a difesa.

Uno dei pochi protocolli che affronta la questione è quello siglato a Torino tra Tribunale e Procura della Repubblica, laddove si stabilisce che, in caso di diniego di autorizzazione, a seguito della trasmissione da parte del pubblico ministero, gli atti vadano all'ufficio del ruolo generale dove viene aperto un fascicolo che a seconda dell'oggetto viene qualificato come separazione, cessazione o scioglimento del matrimonio ovvero modifica di separazione o divorzio. Questo passaggio comporta che le parti vengano chiamate a versare il contributo unificato. Il fascicolo viene

quindi trasmesso per i provvedimenti al presidente della sezione tabellarmente competente. In modo analogo si procede ad Isernia secondo le linee guida condivise dalla Procura della Repubblica, il Tribunale e l'Ordine forense.

Venendo alle prassi che si sono sviluppate nelle sedi giudiziarie in cui si è presentato il caso di mancata autorizzazione da parte del pubblico ministero, si devono segnalare due diversi orientamenti

Il primo, seguito fra gli altri dal Tribunale di Cuneo, muove dal principio che con la trasmissione degli atti al presidente si apre una fase propriamente giurisdizionale, in quanto, nel silenzio della legge, non possono che applicarsi gli istituti previsti dal codice di rito. Verrà quindi aperto un fascicolo, versato il contributo unificato previsto per le procedure consensuali/congiunte e fissata l'udienza di comparizione delle parti. All'udienza il presidente, attraverso la comunicazione diretta con le parti e i loro difensori, potrà approfondire le questioni sollevate dal pubblico ministero con provvedimento motivato, verificando se con gli opportuni correttivi, ove ritenuti necessari, si possa "salvare" l'accordo proposto dai coniugi/genitori. Raccolte le istanze delle parti sull'accordo modificato, il presidente riferirà al collegio che provvederà con l'omologazione della separazione, la sentenza di divorzio o il decreto di modifica, a seconda dei casi.

Nel caso in cui anche il presidente ritenga che nell'accordo permangano elementi di contrarietà all'interesse dei figli, l'accordo non verrà omologato.

Il secondo orientamento muove dal diverso presupposto che la procedura di negoziazione assistita ha carattere amministrativo e non giurisdizionale e che neppure l'intervento dell'organo giurisdizionale possa snaturare le funzioni ed il carattere, ragion per cui il ruolo che l'articolo 6 D.L. 132/2014 ritaglia al presidente del tribunale è del tutto nuovo e non si inquadra nei normali strumenti processuali. La fase presidenziale si presenta come una sorta di secondo grado rispetto alla fase avanti al PM. In questa seconda istanza le parti saranno sentite dal presidente del tribunale che, tenendo conto dei rilievi mossi dal pubblico ministero, verificherà la possibilità di salvare l'accordo, eventualmente con i correttivi che le parti riterranno di apportare.

Potrebbe anche accadere che il presidente non condivida i rilievi mossi dal pubblico ministero ritenendo l'accordo in linea con l'interesse dei figli. In qualunque caso, sia con i correttivi che senza, l'accordo ritenuto conforme all'interesse dei figli viene autorizzato dal presidente senza alcun rinvio al collegio. Secondo questo orientamento dunque il provvedimento del presidente del tribunale non sarebbe dissimile da quello del pubblico ministero, dovendosi trattare sempre di autorizzazione ovvero di non autorizzazione.

7. Le questioni risolte

All'indomani dell'entrata in vigore del Decreto Legge 12 settembre 2014 n. 132 come modificato dalla Legge di conversione 10 novembre 2014 n. 162, oltre a quelli già evidenziati, si sono presentati alcuni problemi interpretativi oggi risolti attraverso il contributo delle circolari del Ministero dell'Interno ed in particolare della circolare n. 6 del 13/4/2015, che ha stabilito, facendo marcia indietro rispetto a precedenti indicazioni, che il riferimento ai figli deve essere inteso come figli di entrambi i genitori. Nella citata circolare si chiarisce anche il significato dell'espressione "patti di trasferimento patrimoniale" contenuta nell'art. 12 del citato D.L. 132/2014, da intendersi come riferita unicamente ai trasferimenti che producono effetti traslativi di diritti reali. Da ciò deriva la possibilità -prima negata- di concludere in seno agli accordi fatti dinanzi all'ufficiale di stato civile, patti aventi ad oggetto obblighi di mantenimento con carattere di periodicità, ivi comprese le modifiche sia in termini di riduzione/aumento che in termini di eliminazione o costituzione dell'obbligo. Si è invece esclusa la possibilità di pattuire l'assegno divorzile in forma una tantum.

E' stato chiarito che il termine per la trasmissione al comune dell'accordo autorizzato o munito del nulla osta, decorre dalla comunicazione e non dall'effettivo rilascio.

Ribadita la necessaria presenza di almeno un avvocato per parte, si è precisato che la trasmissione dell'accordo allo stato civile può essere fatta anche da uno solo degli avvocati.

Rispondendo ad alcuni quesiti posti dalle procure della Repubblica, il Ministero dell'Interno ha altresì chiarito che nella negoziazione assistita, qualificata

espressamente come procedimento amministrativo, non è esigibile il contributo unificato e non posso trovare applicazione né l'istituto della sospensione feriale dei termini processuali né quello del patrocinio a spese dello Stato.

8. Le indicazioni dei comuni

L'esperienza dei mesi scorsi ha dimostrato che, molto più delle procure della Repubblica, sono stati i comuni ad essere interessati dal "fenomeno" della negoziazione assistita, non tanto e non solo in relazione agli accordi di cui all'art. 6 D.L. 132/2014 che vedono gli uffici dello stato civile come mero punto di approdo, quanto piuttosto e soprattutto in relazione agli accordi di cui all'art. 12 D.L. 132/2014.

Il cosiddetto "divorzio fai da te" sembra infatti aver incontrato un altissimo gradimento, tanto che i comuni più grandi hanno dovuto attrezzarsi, predisponendo uffici ad hoc che si occupino stabilmente di queste pratiche.

Il Ministero dell'Interno ha fornito ai comuni una serie di indicazioni (di cui si è in parte riferito) per agevolarne il lavoro, predisponendo anche delle formule per le varie tipologie di accordi da concludersi avanti all'ufficiale di stato civile e per la trasmissione degli accordi muniti del nulla osta o dell'autorizzazione della procura delle Repubblica.

I siti istituzionali di molti comuni forniscono tutte le indicazioni operative delle modalità concrete di accesso all'istituto.

Si segnala che, per quanto riguarda la trasmissione dell'accordo di negoziazione previsto dell'art. 6 D.L. 132/2014 munito di nulla osta o di autorizzazione, si sta sviluppando sempre di più la prassi della trasmissione attraverso pec.

9. La trasmissione dell'accordo di negoziazione assistita alla procura della Repubblica e al comune

a cura dell'avv. Fabrizio Testa del Foro di Cuneo

Come anticipato dalla Collega Emanuela Comand sul numero precedente della rivista, la legge nulla dice in merito alle modalità di trasmissione dell'accordo di

negoziante assistita familiare dalle parti alla Procura, da questa agli avvocati e dai medesimi al Comune.

L'art. 6 D.L. 132/2014 ss.mm. si limita infatti a prevedere che l'accordo sia "trasmesso al Procuratore della Repubblica" competente per il nullaosta o l'autorizzazione (c. 2), all'esito dei quali "l'avvocato della parte è obbligato a trasmettere ... copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5" al Comune competente (c. 3).

Si è quindi cercato di colmare anche questa lacuna con i protocolli, distinguendo le tre successive trasmissioni (e salva l'eventuale quarta pure menzionata dalla Collega Comand, se ritenuta necessaria una comunicazione del Comune a trascrizione o iscrizione avvenuta).

Quanto alla prima, si è generalmente previsto il deposito in Procura di un originale cartaceo con firme delle parti certificate dai legali, da annotare in un apposito registro: sarà interessante approfondire, *de iure condito* o *condendo*, la possibilità di effettuare anche tale trasmissione in via telematica.

Quanto alla seconda, in caso di Procure sfornite di adeguati strumenti informatici si è costretti al ritiro dell'accordo munito di nullaosta o autorizzazione, ma in diversi protocolli si è potuta prevedere la comunicazione via pec del rilascio di tali provvedimenti con allegata, ove presenti le necessarie dotazioni informatiche, la scansione degli originali trattenuti dalla Procura, senza formalità o in alcuni casi con firma digitale (che potrebbe aver rilievo ex art. 22 c. 1 CAD, come si vedrà *infra*).

Quanto alla terza, ove l'ufficiale dello stato civile richieda la trasmissione in modalità cartacea, l'avvocato vi dovrà così procedere previa autentica, ma essendo ormai necessariamente dotati di casella pec, con molti Comuni si è potuta concordare la trasmissione tramite posta certificata, a volte senza alcuna (forse invece opportuna) formalità in altri con variegate (anche eccessive) formalità.

Nel caso di trasmissione via pec al Comune, occorre infatti confrontarsi, quanto meno, con il T.U. in materia di documentazione amministrativa (D.P.R. 445/2000), con il Codice dell'Amministrazione Digitale (d. lgs. 82/2005) e con le regole tecniche sul documento informatico emanate in sua attuazione con D.P.C.M. 13/11/2014.

In particolare, se può apparire semplicistico il mero inoltro via pec al Comune di quanto ricevuto via pec dalla Procura, inutilmente gravoso pare l'interessante protocollo di Bolzano laddove descrive gli *“adempimenti dell'avvocato ai fini dell'invio al Comune competente”* concordati tra Procura, Ordine e Consorzio dei Comuni della Provincia.

In sintesi, vi si prevede che:

- la Procura trattiene l'originale cartaceo dell'accordo con l'apposto provvedimento del PM ed invia agli avvocati via PEC la scansione del documento originale con firma digitale;
- l'avvocato stampa accordo e provvedimento della Procura, redige un'autentica cartacea di tale copia ai sensi degli artt. 19 e 47 DPR 445/2000 con dichiarazione sostitutiva di notorietà che la copia è conforme all'originale depositato presso la segreteria della Procura;
- scansiona il tutto, firma digitalmente e trasmette via PEC al Comune allegando anche il messaggio originario con relativo allegato ricevuto dalla Procura.

In pratica, viene inviata al Comune una copia digitale (scansione finale dell'avvocato) di una copia cartacea (la stampa di quella ricevuta dalla Procura) di una copia digitale (la scansione effettuata ed inviata dalla Procura) dichiarata conforme all'originale con un'autentica cartacea che non appare corretta, perché predisposta in cartaceo prima della creazione della copia (digitale, per successiva scansione) cui si dovrebbe riferire e che invece ancora non esiste al momento della redazione dell'autentica.

È interessante il ricorso alla dichiarazione sostitutiva di notorietà (per superare la firma del pubblico ufficiale, tale non appearingo l'avvocato agli estensori del protocollo, richiesta dall'art. 4 c. 3 DPCM 13/11/2014 e ritenendo applicabile l'art. 19 sul presupposto dell'originale detenuto dalla segreteria del PM ente amministrativo), ma la procedura, finalizzata ad agevolare gli avvocati poco informatici, li grava invece di adempimenti non regolari e non necessari.

Molto più semplice e corretto, infatti, inoltrare via PEC al Comune il messaggio della Procura senza alcun intervento né inutili stampe e scansioni, aggiungendo però

come ulteriore allegato il file dell'autentica/dichiarazione sostitutiva di notorietà firmato digitalmente dall'avvocato, con cui si attesta che accordo e provvedimento del PM ricevuti nella data indicata nel relativo messaggio PEC sono conformi ai rispettivi originali depositati presso la segreteria della Procura.

Ci si potrà poi interrogare sull'eventuale ulteriore scrupolo di inserire in tale dichiarazione impronta e riferimento temporale (con semplici e gratuite applicazioni già utilizzate dagli avvocati per le notifiche) ai sensi degli artt. 22 e 23bis CAD e del comma 2 degli artt. 4 e 6 DPCM citato, non necessari comunque qualora quanto (ricevuto dalla Procura e) inviato al Comune sia ritenuto un duplicato informatico ex art. 5 DPCM e 23bis c. 1 CAD oppure un documento informatico sostitutivo dell'originale ex art. 22 c. 1 CAD.

10. Conclusioni

Data la complessità della materia che si svela ogni giorno, si deve pensare ad un'evoluzione necessaria dell'istituto in senso migliorativo, con parallelo andamento nelle prassi sin qui applicate.

Il compito attuale dell'avvocatura, che la normativa sulla negoziazione assistita ha investito di un ruolo molto importante, è quello di comprendere a fondo l'istituto e di proporre i necessari correttivi volti a renderlo effettivamente fruibile ed efficace.