Cendon / Book
DIRITTO CIVILE
Professional

NEGOZIAZIONE ASSISTITA E CONFLITTI FAMILIARI. ISTRUZIONI PER L'USO

Giulia Facchini
Alessandra Fissore
Magda Naggar

editore Key

L'autore

Giulia Facchini, www.facchini.org Alessandra Fissore www.studiolegalefissore.it e Magda Naggar www.studiocivalleronaggar.it avvocati in Torino, da decenni praticano il diritto di famiglia e minorile. In tale veste hanno ricoperto incarichi ordinistici e associativi a livello locale, nazionale e internazionale, effettuando numerose docenze, scrivendo articoli e partecipando a incontri, tavole rotonde e servizi televisivi.
Nel 2007 hanno pubblicato con Cedam il testo: "*Il nuovo rito del contenzioso familiare e l'affidamento condiviso. Le riforme del diritto di famiglia viste dagli avvocati*".
Nel 2008 hanno fondato l'associazione Sintonie- Prospettive interdisciplinari per la persona, la famiglia e i minori- nella quale operano attivamente, promuovendo una riflessione e una formazione continua a carattere interdisciplinare e interprofessionale, con psicologi e psichiatri forensi, assistenti sociali ed educatori.

Un particolare ringraziamento all'avv. Margherita Zaffagnini per la preziosa collaborazione

L'Opera

Una prima analisi del decreto legge 132/2014, convertito il 10 novembre 2014 nella l. 162/2014, con particolare riferimento alle norme che incidono nelle controversie familiari. L'opera, scritta da avvocati che si occupano da decenni di diritto di famiglia e delle persone, vuole rappresentare un utile strumento per incentivare l'applicazione della normativa appena entrata in vigore, cercando di fornire risposte alle questioni che gli operatori del diritto si trovano quotidianamente a dover affrontare.

INDICE

Capitolo Primo

LEGGE 162/14 AL VIA: PASSAGGIO IN ARBITRATO DELLE CAUSE PENDENTI E NEGOZIAZIONE ASSISTITA. UNA BUONA RIFORMA?
AVV. ALESSANDRA FISSORE

1. Uno sguardo d'insieme. Finalità e interventismo del legislatore: degiurisdizionalizzazione come risorsa per alleggerire l'arretrato e la giustizia civile?

Capitolo Secondo

ANALISI E COMMENTI DELLE NORME. ARTICOLO 1: TRASFERIMENTO ALLA SEDE ARBITRALE DI PROCEDIMENTI PENDENTI DINANZI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA
AVV. ALESSANDRA FISSORE

2.1. Condizioni per la *traslatio iudicii* - 2.2. Fattispecie a "formazione progressiva" - 2.3. Trasferimento alla sede arbitrale - 2.4. Trattazione della vertenza

Capitolo Terzo
ARTICOLO 2: CONVENZIONE DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA UNO O PIÙ AVVOCATI
AVV. ALESSANDRA FISSORE

3.1 Considerazioni generali sulla negoziazione assistita - 3.2 I soggetti - 3.3. Le modalità - 3.4. La durata - 3.5. L'oggetto - 3.5.1 Breve trattazione sui diritti indisponibili nel diritto di famiglia – 3.6 La forma – 3.7 La certificazione – 3.7.1. La certificazione di cui all'art. 5 comma 2 – 3.7.1.1. Breve trattazione sulle norme imperative e di ordine pubblico - 3.8 L'informativa

Capitolo Quarto

ARTICOLO 3: IMPROCEDIBILITA'

AVV. ALESSANDRA FISSORE

4.1. Condizioni di procedibilità - 4.2. Esclusione dell'applicazione – 4.3 Provvedimenti cautelari e trascrizione della domanda giudiziale – 4.4 Disposizioni sul gratuito patrocinio – 4.5 Efficacia

Capitolo Quinto

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA, DA DOVE NASCE? LA POSIZIONE DELL'EUROPA, IL DIRITTO COLLABORATIVO E LA "PROCEDURE PARTICIPATIVE" FRANCESE

AVV. GIULIA FACCHINI

5.1 Da dove nasce la negoziazione assistita: la posizione dell'Europa – 5.2 Da dove nasce la negoziazione assistita: il diritto collaborativo brevi cenni – 5.3 Da dove nasce la negoziazione assistita: la procedura partecipativa Francese, brevi cenni - 5.4 Come funziona la procedura partecipativa in Francia

Capitolo Sesto

LA DIFFERENZA TRA LA TRATTATIVA, LA MEDIAZIONE, IL DIRITTO COLLABORATIVO, IL "*DROIT PARTICIPATIVE*" E LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

AVV. GIULIA FACCHINI

6.1 La negoziazione tra avvocati ante causam – 6.2 La mediazione (familiare) – 6.3 La procedura collaborativa – 6.4 La procedura partecipativa in Francia – 6.5 Le esigenze dei clienti, la negoziazione assistita, è necessaria la ricerca di una nuova identità per gli avvocati per fare fronte alle nuove domande del "mercato"?

Capitolo Settimo
CHE COSA È LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA PER QUALI SOGGETTI E PER QUALI CONTROVERSIE FAMILIARI/GENITORIALI SI PUÒ ESPERIRE?

AVV. GIULIA FACCHINI

7.1 Che cosa è la negoziazione assistita – 7.2 Quando è possibile/utile adottare la procedura di negoziazione assistita in relazione alle condizioni emotive-relazionali delle parti - 7.3 Negoziazione assistita per quali procedure? Si può adottare la negoziazione assistita nelle procedure relative alla cessazione della convivenza con i figli nati fuori dal matrimonio?

Capitolo Ottavo
COME FUNZIONA LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA DI FAMIGLIA?

AVV. GIULIA FACCHINI

8.1 Entrata in vigore della disposizione di cui all'articolo 6 – 8.2 Convenzione di negoziazione assistita e "competenze per territorio" – 8.3 Invito alla negoziazione assistita per le controversie familiari – 8.4 Non accettazione dell'invito e mancato accordo –8.5 La convenzione di negoziazione di cui all'articolo 6 forma e contenuti: a) L'oggetto della negoziazione e il *petitum* del giudizio, b) I documenti da scambiare e il tema della riservatezza o meno delle informazioni – 8.6 Le parti e i loro avvocati al lavoro: lo svolgimento della negoziazione: a) la durata degli incontri b) il superamento degli "scogli" c) la verbalizzazione degli incontri – 8.7 La possibilità di rivolgersi a esperti di discipline psicologiche e contabili nel corso del procedimento di negoziazione – 8.8 L'efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto – 8.9 Art. 10, negoziazione assistita e norme antiriciclaggio

Capitolo Nono
ART. 12 L. 162/14: LA SEPARAZIONE E IL DIVORZIO "FAI DA TE" DAVANTI ALL'UFFICIALE DI STATO CIVILE
AVV. GIULIA FACCHINI

9.1 Per quali controversie è possibile adottare la separazione divorzio "fai da te"/o "divorzio facile" – 9.2 Procedimento con o senza avvocato? – 9.3 Ipotesi "procedurali" – 9.4 Quale è il Comune competente e quale la tempistica nell'espletamento della procedura? – 9.5 Un primo passo per la degiurisdizionalizzazione totale del contenzioso familiare. Pro e contro.

Capitolo Decimo
CONSIDERAZIONI SULLA TRASMISSIONE DEGLI ACCORDI: DUBBI E PROPOSTE
AVV. MARGHERITA ZAFFAGNINI

Capitolo Undicesimo
LE NUOVE NORME IN MATERIA DI ESECUSIONE FORZATA E LA LORO RICADUTA SUI PROCEDIMENTI FAMILIARI: LE NUOVE NORME CHE CONSENTONO DI SCOPRIRE LE REALI CONDIZIONI ECONOMICHE DELL'ALTRO CONIUGE
AVV. MAGDA NAGGAR

11.1 L'esecuzione forzata e l'accertamento del patrimonio. Generalità – 11.2 Conseguenze nel ritardo del pagamento delle obbligazioni e diritto di famiglia. L'art. 17 e le misure di contrasto del ritardo nei pagamenti – 11.3 Il diritto di famiglia e le informazioni a cui accedere – 11.4 Le nuove modalità di ricerca dei beni da pignorare. L'art. 492 bis: diritto, modalità e termini della richiesta – 11.5 Gli accertamenti diretti alla ricostruzione dell'attivo e del passivo nell'ambito di procedimenti in materia di famiglia e di quelli relativi alla gestione di patrimoni altrui – 11.6 Aspetti processuali – 11.7 Nuove disposizioni in tema di rilascio della casa familiare – 11.8 L'accesso ai documenti amministrativi. L'interesse ad agire

Capitolo Primo

LEGGE 162/14 AL VIA: PASSAGGIO IN ARBITRATO DELLE CAUSE PENDENTI E NEGOZIAZIONE ASSISTITA. UNA BUONA RIFORMA?

Avv. Alessandra Fissore

SOMMARIO 1. Uno sguardo d'insieme. Finalità e interventismo del legislatore: degiurisdizionalizzazione come risorsa per alleggerire l'arretrato e la giustizia civile?

Il DL 12 settembre 2014 n. 132 è stato convertito nella Legge 162/14, pubblicato sulla gazzetta Ufficiale del n. 261 del 10.11.2014- suppl. Ordinario n. 84.

Il 6 novembre 2014, con 317 voti a favore e 182 contrari, la Camera ha approvato, con voto di fiducia, in via definitiva, il decreto legge, recependo nella buona sostanza tutti gli emendamenti che al testo iniziale erano stati apportati dal Senato.

La finalità del legislatore è sin troppo evidente; a fronte di un arretrato spaventoso del contenzioso civile, sono stati introdotti due nuovi istituti che dovrebbero contribuire alla risoluzione stragiudiziale di molte controversie, degiurisdizionalizzandole.

L'accesso a strumenti alternativi sono stati pensati sia per le liti pendenti che per quelle ancora da introitare: ci riferiamo alla possibilità di un trasferimento del giudizio pendente in primo grado o in appello alla sede arbitrale (Capo I, art. 1) e all'introduzione della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, utilizzabile non soltanto per i diritti disponibili in generale (ma vedremo *infra*, *sub* 3.5.1.) le problematiche afferenti tali diritti) ma – soprattutto – per le separazioni, i divorzi e le modifiche alle condizioni separative e divorzili.

Certamente agli avvocati viene attribuito un ruolo strategico: l'affermazione degli strumenti alternativi dipenderà molto dall'utilizzo adeguato ed efficace che gli avvocati sapranno realizzare.

A parere di chi scrive, è in gioco la credibilità della classe forense; la professionalità specifica degli avvocati sarà sempre più un requisito che potrà consentire una vera *alternative dispute resolution*.

Diversamente dovremo prendere atto della fondatezza della (infelice quanto inopportuna) valutazione espressa dall'Associazione Nazionale Magistrati che- in un passaggio del parere predisposto *ad hoc*- ritiene il procedimento arbitrale introdotto dall'art. 1 una vera e propria "*insostenibile contaminazione*" con i procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria!

Come giustamente ha sostenuto il prof. Giovanni Verde, professore emerito di Diritto processuale civile presso la "*Luiss-Guido Carli*" di Roma: "(…) *la chiave di lettura del nuovo provvedimento sulla giustizia ha come presupposto condiviso che lo stato da solo non ce la può fare e che, anche nel campo della giustizia**, occorre fare leva sul principio della sussidiarietà***".

Venendo quindi al lavoro che ci accingiamo a svolgere, devesi subito rilevare che esso riguarda principalmente **l'impatto della legge di conversione con le controversie familiari;** peraltro, una inquadratura corretta della norma non può prescindere dallo stretto rapporto (anche di natura sistematica) che i primi articoli hanno con gli artt. 6 e segg.

Procederemo pertanto ad esaminarli nella loro sequenza numerica, soffermandoci sulle peculiarità che riteniamo costituiscano un *quid novi* meritevole di approfondimento.

Capitolo Secondo

ANALISI E COMMENTI DELLE NORME. ARTICOLO 1: TRASFERIMENTO ALLA SEDE ARBITRALE DI PROCEDIMENTI PENDENTI DINANZI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Avv. Alessandra Fissore

SOMMARIO 2.1. Condizioni per la *traslatio iudicii* - 2.2. Fattispecie a "formazione progressiva" - 2.3. Trasferimento alla sede arbitrale - 2.4. Trattazione della vertenza – 2.5. E' possibile la *translatio iudicii* anche per le cause di famiglia?

Art. 1

(Eliminazione dell'arretrato civile e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti)

''1. Nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile. Tale facoltà è consentita altresì nella cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. per le controversi di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una Pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata, si intende in ogni caso prestato, salvo che la Pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro 30 giorni dalla richiesta.

2. Il giudice, rilevata la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale per le controversie di valore superiore ad euro 100.000 e, ove le parti lo decidano concordemente, di un arbitro per le controversie di valore inferiore ad euro 100.000. Gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso.

2-bis. La funzione di consigliere dell'ordine e l'incarico arbitrale di cui al presente articolo sono incompatibili. Tale incompatibilità si estende anche per i consiglieri uscenti per una intera conciliatura successiva alla conclusione del loro mandato.

3. Il procedimento prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza.

4. Quando la trasmissione a norma del comma 2 è disposta in grado d'appello e il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. E' in facoltà degli arbitri, previo accordo tra le parti, richiedere che il termine per il deposito del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni. Quando il processo è riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna

delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l'articolo 338 del codice di procedura civile. Quando, a norma dell'articolo 830 del codice di procedura civile, è stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

5. Nei casi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, con decreto regolamentare del Ministro della giustizia, che deve essere adottato entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, possono essere stabilite riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri. Nei medesimi casi non si applica l'articolo 814, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile.

5bis. Con decreto di cui al comma 5, sono altresì stabiliti i criteri per l'assegnazione degli arbitrati tra i quali, in particolare, le competenze professionali dell'arbitro, anche in relazione alle ragioni del contendere e alla materia oggetto della controversia, nonché il principio della rotazione nell'assegnazione egli incarichi, prevedendo altresì sistemi di designazione automatica".

2. 1 Condizioni per la translatio iudicii

L'intento, come già si è detto, è quello di snellire il fardello dell'arretrato civile. Peraltro l'introduzione del possibile trasferimento su base volontaria dalla sede giudiziaria a quella arbitrale di alcune cause (vedremo *infra* di quali) ha sollevato una alcune polemiche.

Non è questa la sede per procedere ad una dettagliata analisi delle contestazioni e delle critiche, attesa la natura di per sé "concentrata" dell'opera che andiamo a scrivere; ci limiteremo a segnalare che secondo alcuni commentatori questa norma è stata definita *svalutante* i requisiti dell'arbitrato, unanimemente considerato come strumento già presente nel nostro ordinamento, con la peculiarità di essere stato a suo tempo introdotto come vera alternativa al processo civile.

Che dire in proposito? E' probabile che anche in questo caso il legislatore sia stato un po' frettoloso, ma ciò che oggi ci compete è di esaminare la norma nelle sue componenti, prima fra tutte le condizioni per la *translatio iudicii*.

Innanzitutto deve trattarsi di "cause civili dinanzi al Tribunale o in grado di appello" **pendenti** alla data di entrata in vigore del provvedimento.

Sono quindi **escluse** le cause dinanzi ai Giudici di pace, ma non quelle di appello alle sentenze dei medesimi Giudici di pace, essendo decise dal Tribunale.