

Gruppo congressuale VOLONTARIA GIURISDIZIONE

1. Stato dell'arte

Quello di 'Volontaria Giurisdizione' nel nostro ordinamento è concetto ambiguo, sfuggente e di non facile definizione: il legislatore italiano non ha mai ritenuto opportuno introdurre un'elencazione puntuale delle materie e degli ambiti di applicazione di questi procedimenti che – in forza del valore unificante delle norme sul rito camerale (artt. 737 e ss. c.p.c) – abbracciano un' ampia e frastagliata tipologia di casi. Il tratto unificante è quello dell'assenza di contenziosità tra le parti e del conseguente ruolo del giudice chiamato, non già a risolvere una controversia dirimendo un contrasto, bensì a garantire un interesse privato, a volte, solo indirettamente di rilevanza pubblica.

Il gruppo di lavoro pre-congressuale, coordinato dalla Cons. Avv. Maria Masi per il CNF e dall'Avv. Patrizia Graziani per l'OUA, ha ritenuto di focalizzare l'attenzione sui taluni procedimenti di volontaria giurisdizione e, segnatamente, a quelli fallimentari, con specifico riferimento alla necessità di difesa tecnica, e a quelli relativi alla materia del diritto di famiglia e dei minori (nell'accezione ampia) interessati da problematiche diverse rese ancora più evidenti alla luce delle recenti normative approvate (negoziato assistita, procedimenti innanzi a pubblici ufficiali, regolamentazione unioni civili e unioni di fatto).

In particolare il Gruppo di lavoro evidenzia a) l'esigenza di assicurare un'uniformità di prassi e riti nei procedimenti interessati avendo cura delle garanzie utili a tutte le parti coinvolte (compresi i minori); b) la necessità di ribadire l'assistenza obbligatoria dell'avvocato nei citati procedimenti; c) l'opportunità di una rinnovata dettagliata e specifica determinazione dei compensi dell'avvocato; d) l'opportunità di rivedere alcuni istituti alla luce dell'esperienza e delle criticità emerse.

2. Prospettive di sviluppo

2.1. Procedimenti in materia di famiglia e di minori

a) Sulla necessità di garantire la presenza dell'avvocato e la composizione togata del Giudice della famiglia.

In attesa dell'auspicata riforma, si rileva preliminarmente la necessità dell'assistenza tecnica dell'avvocato in tutti i procedimenti in materia, anche con riferimento al minore, a prescindere dal fatto che lo si possa considerare parte del giudizio o parte del procedimento.

Nell'ottica della tutela dell'interesse del minore, il contraddittorio è un elemento non soltanto formalmente necessario, ma anche significativamente arricchente ai fini della riduzione della complessità processuale contribuendo invece ad offrire al giudice elementi di valutazione più ampi. Se ci fermiamo a considerare che gli esiti del giudizio si proiettano sulla vita futura del

minore e degli adulti di riferimento vediamo quanto sia necessario che il Giudice, nel decidere, disponga della più ampia conoscenza per poter scegliere tra la più ampia facoltà di opzioni.

In questa direzione, è evidente che la presenza della difesa costituisce una necessità assoluta, perché il difensore tutela le posizioni di diritto soggettivo in gioco ed ha il compito di prospettarle al giudice nella maniera corretta.

Ugualmente importante è la composizione rigorosamente togata del Giudice della Famiglia e dei Minori sia per le udienze in Camera di Consiglio che nell'ipotesi di delega da parte del Presidente del Tribunale a svolgere le udienze presidenziali.

b) *Necessità di garantire uniformità di rito e di prassi*

E' necessario che sulla materia del diritto relativo a persone e famiglia ci sia un'uniformità di prassi in tutte le ipotesi in cui la normativa non sia esaustiva o si prospetti di dubbia interpretazione.

A questo proposito si ritiene utile condividere l'esperienza del Consiglio dell'Ordine di Bologna che ha deliberato di stipulare un protocollo sottoscritto dalla Presidenza del Tribunale e dal Consiglio dell'Ordine finalizzato alla cura e alla formazione di giovani avvocati (attraverso un'associazione sorta *ad hoc*) nominati per fungere da ausiliari al Giudice nei procedimenti di separazione e divorzio, aventi ad oggetto ipotesi di trasferimenti immobiliari (ipotesi sempre più frequente nelle condizioni e nei patti sottoscritti dai coniugi nelle separazioni consensuali e divorzi congiunti), affinché producano anche effetti reali e non meramente obbligatori come accade nella maggior parte dei Tribunali italiani.

c) *Sulla necessità di rivedere gli oneri relativi all'amministrazione di sostegno*

Analizzata la normativa attuale e considerate le molteplici e non sempre semplici attività, alcune delle quali estremamente tecniche e non scevre di responsabilità, si ritiene debba essere valorizzata la professionalità dell'avvocato, quando è preferito a componenti della famiglia del beneficiario o a terzi nell'assunzione del ruolo di amministratore di sostegno.

Per l'effetto, prevedere - come previsto nell'originaria «proposta Cendon», il diritto alla corresponsione di un'indennità equitativa liquidata dal Giudice Tutelare che tenga conto dell'attività espletata e naturalmente delle risorse disponibili del beneficiario.

Nel caso (molto frequente) di "incapienza" e/o comunque, in alternativa, andrebbero estesi i benefici recentemente introdotti per altri procedimenti in tema di ammissione al gratuito patrocinio e di compensazione dei crediti e detrazione d'imposta.

d) *Determinazione del compenso degli avvocati in materia di diritto di famiglia*

Per effetto della legge 10 novembre 2014 n. 162 di conversione del d.l. n. 132/2014 (*c.d. "decreto degiurisdizionalizzazione*), il quadro normativo relativo ai procedimenti di separazione e divorzio si è arricchito di nuovi e importanti elementi.

La frammentazione procedimentale venutasi a creare ha (ulteriormente) complicato le modalità di determinazione del compenso dell'avvocato per questo tipo di procedimenti (ovviamente nei casi in cui non vi è un apposito contratto avvocato-cliente) in spregio a quei

criteri di chiarezza, trasparenza e semplificazione che hanno segnato il passaggio dalle tariffe ai parametri.

Allo stato, infatti, i procedimenti di separazione e divorzio risultano di fatto soggetti all'applicazione di tre diverse tabelle del dm 55/14; talvolta, anche in cumulo tra loro.

Più specificamente:

- alle separazioni (ed ai divorzi) *giudiziali* avanti il Tribunale, risulta applicabile la tabella 2 relativa ai procedimenti ordinari di cognizione;
- alle separazioni (ed ai divorzi) consensuali avanti il Tribunale, è applicabile la tabella 7 relativa ai procedimenti di volontaria giurisdizione;
- imitatamente alle fasi di studio e alla fase introduttiva (e, forse, anche decisionale a seconda dall'inquadramento o meno di tali procedimenti tra quelli di volontaria giurisdizione su cui non vi è uniformità di vedute), è applicabile la tabella 2 relativa ai procedimenti ordinari;
- alle separazioni (ed ai divorzi) giudiziali trasformati in consensuali, è applicabile la tabella 2 con l'incremento previsto dall'art. 4 co. 6 (aumento fino a $\frac{1}{4}$ del compenso previsto per la fase decisionale);
- alle separazioni (ed ai divorzi) gestiti tramite la procedura di negoziazione assistita, è applicabile la tabella 25 relativa alle attività stragiudiziali se la procedura si conclude con il nulla osta o l'autorizzazione del Procuratore, mentre se la procedura si conclude negativamente con rinvio al Tribunale per la fissazione dell'udienza di comparizione parti, è applicabile la tabella 25 in cumulo con la tabella 2 relativa ai procedimenti ordinari;
- alle separazioni (ed ai divorzi) avanti l'Ufficiale dello Stato Civile, infine, è applicabile la tabella 25 relativa alle attività stragiudiziali.

Invero, anche a prescindere dalla novella richiamata in principio di esposizione, il testo del dm 55/2014 presentava già alcune criticità in relazione ai procedimenti di separazione e divorzio, e ciò per:

a) la mancata previsione nell'art. 5 comma 1 di un criterio normativo idoneo ad individuare, quantomeno in via indicativa, il valore di tali procedimenti (in modo da superare l'orientamento asfittico della giurisprudenza sulla indeterminabilità del valore);

b) l'infelice richiamo operato dall'art. 5 comma 6, all' «oggetto e complessità della controversia» per individuare lo scaglione di valore corretto nell'ambito del maxi scaglione dell'indeterminabile (quel criterio infatti non appare utile per l'individuazione del valore quanto piuttosto per calibrare l' eventuale aumento o diminuzione di un valore tabellare medio già individuato);

c) la mancata previsione di criteri utili ad individuare il giusto aumento o diminuzione del compenso tabellare medio in relazione alle peculiari caratteristiche di questi procedimenti ed alla altrettanto peculiare attività svolta dall'avvocato che si occupa di diritto di famiglia. Si pensi, ad esempio, alla presenza o meno di figli minori, alla situazione di particolare litigiosità tra i coniugi, alla lunghezza della trattativa necessaria a ricercare un accordo consensuale, alla predisposizione di scritture *a latere* dell'accordo di separazione, alla previsione di trasferimenti immobiliari o mobiliari, alla regolamentazione dell'eventuale impresa esercitata in comune dai coniugi, etc.

A ciò si aggiunga che, al di là delle «canoniche» ipotesi di liquidazione del compenso (separazione consensuale, divorzio congiunto e relative modifiche), negli affari di volontaria

giurisdizione confluiscono anche altri procedimenti non contenziosi, precipuamente discendenti da incarichi giudiziali, quali, a titolo puramente esemplificativo e non esaustivo, curatele di minori, gestione di eredità giacenti o di società, rilascio dei beni ai creditori, nomina/revoca amministratore condominio, tutele, amministrazioni di sostegno, etc. che comportano l'espletamento di un'attività per l'avvocato consistente nella redazione di numerosi atti, pareri, relazioni periodiche al Giudice Delegato di notevole difficoltà e rilevanza; trattasi di procedure che mediamente hanno una durata di diversi anni.

Tali attività e procedimenti sembrano non trovino menzione nel vigente D.M.

L'unico "laconico riferimento" potremmo individuarlo nell'attività stragiudiziale di cui all'**art. 26 del D.M. 55/2014** rubricato ***Prestazioni con compenso a percentuale***, «*Per le prestazioni in adempimento di un incarico di gestione amministrativa, giudiziaria o convenzionale, il compenso e' di regola liquidato sulla base di una percentuale, fino a un massimo del 5 per cento, computata sul valore dei beni amministrati, tenendo altresì conto della durata dell'incarico, della sua complessità e dell'impegno profuso*».

Senza considerare che il DM n. 55 non prevede alcuna specifica disposizione che riguardi le attività che possano essere assimilate al nuovo istituto della negoziazione assistita, così come nulla è stato previsto per la mediazione che sebbene sia un istituto meno recente non ha mai avuto una autonoma disciplina per quanto riguarda le tariffe.

Il diritto di Famiglia, nell'accezione ampia, resta la materia che, sia in fase pregiudiziale e stragiudiziale consta di aspetti particolari, suscettibile di un numero imprecisato di variabili che non sono assolutamente, allo stato, considerati.

Sarebbe opportuno, ed oggi auspicabile, pertanto, l'adozione di un Decreto Ministeriale che:

- 1) istituisca una tabella *ad hoc* per i procedimenti di separazione/divorzio; modifiche, unioni civili, unioni di fatto, accordi di convivenza, negoziazione assistita;
- 2) preveda tipizzati, e disciplini i più variegati procedimenti di volontaria giurisdizione, contemplando per ciascuna tipologia di affare, procedimento e/o incarico la possibilità di quantificare e garantire – tra importi minimi e massimi - un giusto ed "equo" compenso, proporzionato all'attività prestata, alla sua durata, al valore dei beni amministrati ed ai ricavi conseguiti, ed altresì "armonizzato" con quello previsto in materia di attività giudiziaria e stragiudiziale.

In alternativa il d.m. n. 55/2014 andrebbe modificato introducendo:

- 2) un criterio normativo utile ad individuare il valore dei procedimenti di separazione e divorzio sulla base di tre o quattro scaglioni di valore (art. 5);
- 3) criteri specifici di graduazione del compenso tabellare medio che tengano conto (anche) della peculiare attività che all'avvocato è richiesta in questo tipo di procedimenti (art. 4 comma 1).

2.2. Sulla necessità di garantire la difesa tecnica nell'ambito dei procedimenti fallimentari

Sulla premessa che:

- Le innovazioni introdotte dalla legge fallimentare, sebbene abbiano eliminato l'iniziativa d'ufficio e dettagliatamente proceduralizzato la fase prefallimentare *ex*

art. 15 L.F. iscrivendola tra i procedimenti in camera di consiglio nulla hanno statuito in merito alla necessità di difesa tecnica sia per la proposizione del ricorso di fallimento, che per la fase prefallimentare, che ancora per la presentazione dell'istanza di ammissione al passivo;

- Allo stato, sopperisce all'aporia normativa l'interpretazione ermeneutica giurisprudenziale, tuttavia ancora non consolidata soprattutto per quanto attiene alla presentazione del ricorso di fallimento nelle ipotesi di cui agli artt. 6 e 14 L.F. e per l'estensione del fallimento ex art. 147 L.F. Permane la facoltatività della difesa nelle ipotesi di presentazione di ammissione al passivo;
 - I procedimenti in parola - ad eccezione dell'istanza di ammissione al passivo con la quale è fatto valere un diritto di credito - si concludono con provvedimenti destinati a incidere sui diritti fondamentali della persona, e come tali necessitano di un chiaro intervento a sostegno della necessità della difesa tecnica;
- Il risultato di detto contesto normativo è che il riconoscimento al passivo del fallimento delle spese processuali viene rimesso all'orientamento assunto dai singoli tribunali, con conseguente proliferare del ricorso al giudice.

Tutto ciò premesso e' auspicabile (*rectius* opportuno) sollecitare l'integrazione della **normativa di cui alla legge fallimentare prevedendo la difesa tecnica nelle ipotesi di cui agli artt. 6-14- 93 e 147 l.f.**

3. Proposte

Alla luce di quanto finora osservato, si sottolinea la necessità di:

- 1) garantire in modo chiaro alle parti l'assistenza del difensore sia nella materia della famiglia e delle persone sia nelle procedura fallimentari, atteso il necessario contributo alla difesa degli interessi (e dei diritti delle parti) e il beneficio in termini di chiarezza e completezza della decisione resa;
- 2) favorire l'emersione di prassi unitarie sul territorio nazionale nella gestione dei procedimenti camerali in materia di persone e famiglia nell'attesa della complessiva riforma del sistema;
- 3) intervenire sulla determinazione del compenso dell'avvocato integrando e/o modificando il d.m. n. 55/2014 in modo da considerare le diverse e complesse attività cui è chiamato l'avvocato nella variegata e ampia materia della volontaria giurisdizione.