

RICCARDO BOLOGNESI

Il “contratto” sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati.

Premessa.

L’art. 2 della legge n.162 del 10 novembre 2014 (di conversione del decreto legge n.132/14) ha introdotto nel nostro ordinamento la “procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati” al dichiarato fine di “degiurisdizionalizzazione” delle liti.

Si tratta di un “rimedio” finalizzato a favorire un più meditato accesso al giudizio, collocabile nell’ormai più ampio “sistema di gestione dei conflitti civili”, ma che presenta significativi elementi di distinzione da tutte gli altri strumenti di composizione delle liti diversi dalla giurisdizione, già noti ed applicati con modesti risultati “deflattivi”, quali la conciliazione e la mediazione obbligatoria¹.

Il Governo in carica, presentando la sua riforma della giustizia (ogni governo ne sente ormai, appena insediato, l’esigenza), nel luglio 2014, ha ammesso espressamente di aver fatto riferimento ad un istituto noto dell’ordinamento francese, attraverso il quale “*si vuole realizzare una procedura cogestita dagli avvocati delle parti, e volta al raggiungimento di un accordo conciliativo che, da un lato, eviti il giudizio e che, dall’altro, consenta la rapida formazione di un titolo esecutivo stragiudiziale*” Per talune materie, essa è tuttavia strutturata come condizione di procedibilità, e ciò per accrescere l’efficacia in chiave deflattiva e (per la diversità delle materie) in funzione complementare alla mediazione.

Anche in Francia, tuttavia, non avevano affatto nascosto di aver trovato ispirazione nelle esperienze nordamericane di “diritto collaborativo” (o processo collaborativo), dove gli avvocati assistono le parti nel trovare una soluzione condivisa del conflitto, impegnandosi a non rivolgersi all’autorità giudiziaria durante la procedura e a rispettare gli obblighi di segretezza e riservatezza su quanto è emerso durante le trattative, addirittura abbandonando il caso dopo il fallimento della negoziazione.

Come spesso è capitato, recependo modelli stranieri, il nostro legislatore ha trascurato “particolari” piuttosto significativi introducendo problemi anziché soluzioni, quali l’obbligatorietà in alcune e limitate ipotesi, la rigidità delle forme e la possibilità che l’avvocato o gli avvocati possano continuare ad assistere (sia pur costretti dalla deontologia al rispetto dei doveri di segretezza e di riservatezza su quanto emerso durante la procedura stragiudiziale), questa volta difendendole in giudizio, le parti che a loro si erano rivolte per negoziare e risolvere *ante causam* la lite.

È preferibile, allora, affermare che la procedura di negoziazione assistita è di regola facoltativa (anche nelle ipotesi di soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento di matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio) ad eccezione di alcuni casi in cui è obbligatoria e costituisce condizione di procedibilità della domanda².

¹ La più importante differenza riguarda il ruolo dell’avvocato: la mediazione obbligatoria prevede l’intervento di un terzo in posizione di mediazione imparziale e quindi assegna agli avvocati il ruolo esclusivamente difensivo; nella negoziazione assistita alle parti e all’avvocato (anche da solo) o agli avvocati è affidato il ruolo attivo di perseguimento dell’accordo.

² Nei casi di obbligatorietà, in base al disposto dell’art. 3, comma 1, l’improcedibilità della domanda discende dal mancato invito rivolto alla controparte a mezzo del proprio avvocato a “stipulare una convenzione di negoziazione assistita”, ovvero un accordo/contratto “mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza di avvocati”. La domanda giudiziale non può essere proposta nei trenta giorni che decorrono dall’invio dell’invito formale a concludere la convenzione. E, in ogni caso, anche quando le parti convengano di esperire la procedura il termine che deve essere necessariamente previsto nella convenzione stessa e che, ai sensi dell’art. 2, comma 3, non potrà essere inferiore ad un mese. La domanda diverrà procedibile ove la controparte rifiuti di addivenire alla stipula della convenzione, sopportandone nel futuro giudizio le conseguenze previste dall’art.4, comma 1, l.162/14, poiché il rifiuto e la mancata risposta nel termine di trenta giorni dall’invito potranno essere valutati ai fini

L'obbligo di comunicare l'invito a firmare la convenzione, a pena di improcedibilità della domanda, sussiste in tassativi casi individuati per materia e valore³, sia pure con l'eccezione di alcune specifiche ipotesi dettagliate dall'art.3, comma 3, ovvero le controversie relative "ad obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori".

Le riflessioni che seguiranno traggono origine dal primo commento del Prof. Claudio Consolo⁴, che ha espresso giudizi severi non tanto sull'utilità del mezzo e neanche per aver restituito agli avvocati, almeno formalmente, quella funzione negoziatoria che nel dialogo ante causam, epistolare o verbale che fosse, essi hanno sempre svolto (nella consapevolezza che la via giudiziale espone sempre più l'assistito ad incertezze e a conseguenze intollerabili, soprattutto per la durata delle cause), quanto per la discutibile contrattualizzazione della scelta di accedere alla negoziazione assistita attraverso un accordo "preparatorio" scritto, che l'ha ulteriormente "irregimentata".

La "convenzione" di negoziazione assistita, nell'art.2, comma 1, della legge n.162/14, viene definita "un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'art.6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001 n.96"⁵.

Tale "convenzione" o "accordo", che all'art.2, comma 4, apprendiamo debba essere "redatta, a pena di nullità, in forma scritta", ha certamente le caratteristiche di un contratto, perché impegna le parti e i difensori, una volta sottoscritto, a negoziare al fine di trovare la soluzione alla lite.

L'aver previsto l'ennesimo obbligo di legge di "andare altrove" e di "fare altro", prima di instaurare una causa (che si chiami tentativo obbligatorio di conciliazione, invito alla mediazione o alla ben diversa procedura di negoziazione assistita non cambia molto), non sorprende. Del resto la Corte costituzionale ha più volte chiarito che, nella previsione di attività stragiudiziali propedeutiche e che determinino solo un breve differimento dell'azione giudiziale, non si può rinvenire alcun motivo di incostituzionalità⁶.

delle spese del giudizio e, visto il riferimento espresso all'art. 642, comma 1, forse anche ai fini della concessione della clausola di provvisoria esecutività di un decreto ingiuntivo.

³ Nell'art.3 della legge n.162/14 sono espressamente e tassativamente indicate le materie (risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti) ed il limite di valore (cinquantamila euro) al di sotto del quale l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Il legislatore ha individuato il limite di cinquantamila euro, con esclusione di quelle domande che, pur invocando la condanna al pagamento di somme fino a tale importo, riguardino materie già "coperte" dalla mediazione obbligatoria *ex lege*. Si tratta, a sommosso avviso di chi scrive, di un importo che, di questi tempi, certamente non consente di definire la controversia "bagatellare". Quest'antica definizione (che il legislatore concepisce al di sotto di quel limite, pur non esprimendola) sarebbe appropriata, forse, per controversie di valore inferiore a cinquemila euro e quando non si tratti di pretese di enti e/o società di servizi che sovente commettono "errori" in danno del cittadino - utente - consumatore. La logica ispiratrice è la medesima della c.d. mediazione obbligatoria *ex lege*, nella più recente disciplina introdotta dalla legge n. 98/2013 dopo la pronuncia di parziale incostituzionalità del d.lgs. 28/2010.

⁴ C.CONSOLO, Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della "degiurisdizionalizzazione" in "Corriere giuridico", n.10/2014, p. 1173 e ss..

⁵ Si tratta degli Avvocati iscritti all'albo degli stabiliti, coloro che esercitano la professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica professionale. Deve, tuttavia, escludersi che le parti possano farsi assistere da praticanti avvocati. Interessante è anche la norma dell'art.2, comma 1 bis, introdotto in sede di conversione, che impone alle amministrazioni pubbliche di avvalersi della propria Avvocatura, ove presente.

⁶ Significativa e longeva esperienza è quella del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie agrarie ex art.46 della legge n. 203/82. Dopo l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione anche nelle controversie di lavoro (obbligo vigente dal 1998 al 2010), Corte Cost. n. 276 del 6-13 luglio 2000 ha affrontato la questione di legittimità costituzionale risolvendola nel senso di doversi escludere l'illegittimità costituzionale non rinvenendo il ritenuto contrasto con l'art. 24 Cost. in virtù del principio per cui «la tutela del diritto di azione non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare interessi generali, con le dilazioni conseguenti». In quel caso la Corte individuò tali «interessi generali» sia nell'evitare che l'incremento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provocasse un sovraccarico dell'apparato giudiziario, sia nel favorire «la

Certamente, però, dobbiamo attribuire un significato ed una qualificazione giuridica al contratto che le parti, “a pena di nullità, in forma scritta”, devono firmare, con tanto di certificazione di autografia delle sottoscrizioni apposte alla “convenzione” da parte degli avvocati “sotto la propria responsabilità professionale”.

Tale contratto, se non riuscissimo a rinvenire convincenti spiegazioni della sua esistenza, potrebbe apparire ridondante, se non inutile, nei casi in cui la legge ha già previsto l’obbligo di “negoziare” prima di litigare in giudizio.

Ma occorre anticipare subito l’opinione che tende ad escludere che l’unica ragione della stipula dell’atto sia quella di formalizzare la scelta di negoziare, che comunque è possibile esprimere, rispetto al rifiuto espresso o al silenzio, anche quando la procedura è obbligatoria.

Ben altro, alle parti e “ad uno o più avvocati”, è richiesto nel momento in cui viene formalizzato l’invito e prima di perfezionare il vincolo contrattuale.

Basti pensare alla delimitazione dell’ambito oggettivo della controversia stragiudiziale (rispetto all’ipotetica e futura domanda giudiziale), ai tempi della procedura, individuati convenzionalmente dalle parti ed alle conseguenze, in termini di responsabilità anche precontrattuale, della violazione dell’obbligo di riservatezza e del divieto espressamente imposto dall’art.9 della legge 162/14 di utilizzare e di divulgare le informazioni acquisite nel corso dell’espletamento della procedura.

E si badi bene che il tema qui posto non costituisce solo un problema giuridico teorico ed astratto, di interesse meramente scientifico, ma sul quale è necessario interrogarsi per valutare tutte le possibili ricadute della rigida disciplina formale.

Si tratta, infatti, di capire perché mai, prevedendo che le trattative di negoziazione assistita si svolgano solo dopo aver firmato un contratto che deve avere i requisiti di cui all’art.2, comma 2, lett.a) e b) e commi 3, 4, 5 e 6, ma anche quelli dell’art.4 della legge n.162/14, il legislatore abbia voluto esporre le parti, i difensori (ed i giudici) al rischio che, oltre all’improcedibilità, ove prevista, per l’omissione dell’invito, si profilino altre ed inutili liti intorno ai vizi di forma del contratto; al mancato rispetto dei termini individuati dalle parti per l’espletamento in difformità da quelli indicati dalla legge; oppure sulla specificazione dell’ambito oggettivo della controversia profilata nella comunicazione di invito ex art.4 della Legge n.162/14, rispetto al quale sorgeranno certamente questioni di maggiore estensione qualitativa o quantitativa della domanda giudiziale rispetto alla pretesa dedotta e poi formalizzata, per iscritto, nella convenzione; e, ancora, pensando alla configurabilità di comportamenti riconducibili alla responsabilità precontrattuale (configurabile in alcuni comportamenti delle parti e degli avvocati, rilevanti non solo sul piano deontologico, posti in essere tra la prima corrispondenza ed il rifiuto di sottoscrivere la convenzione), individuabile nel comportamento di una delle parti che, dopo aver manifestato a fini meramente dilatori l’intenzione di esperire il tentativo, partecipandovi, si sottragga infine alla promessa stipula della convenzione/contratto; o, infine, per l’eventuale responsabilità contrattuale, ai sensi dell’art.1218 e ss. c.c., per l’eventuale inadempimento degli obblighi di negoziare, contrattualmente già assunti addirittura nelle ipotesi di negoziazione assistita volontaria, dopo aver sottoscritto “l’impegno di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in buona fede

composizione preventiva della lite che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quelle conseguite attraverso il processo». Merita di essere ricordata anche l’Ordinanza della Corte Cost. n.436/06 (relatore Vaccarella) che ha escluso la sussistenza dell’obbligo di espletamento del tentativo in caso di convocazione da parte dell’apposita Commissione di conciliazione dopo il decorso di sessanta giorni dalla richiesta. Con riferimento all’obbligatorietà della mediazione nelle materie individuate dalla legge, la Corte Cost., con la citata Sentenza n.272/2012, ha ritenuto che fosse errato confondere il piano del diritto di azione, garantito dall’art. 24 Cost. (e dal diritto sovranazionale), con il piano della mediazione, che non è «rinuncia alla giurisdizione», ma semplicemente un modo attraverso il quale le parti, in presenza di una lite insorta o che sta per insorgere, risolvono la stessa cercando un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi. In altre parole, imporre il tentativo di conciliazione non significa né rinunciare alla giurisdizione né ostacolarla: le parti non sono tenute ad accordarsi, mentre i tempi contenuti entro i quali il tentativo di conciliazione deve svolgersi non possono certamente rappresentare un ostacolo alla giurisdizione.

la controversia” ed una delle parti, con diversi stratagemmi, si sottragga agli appuntamenti prefissati, non partecipando agli incontri. E ciò, si ripete, anche quando la legge non lo ha imposto a pena di improcedibilità, come in materia di famiglia⁷.

Delimitato l’ambito oggettivo di indagine dobbiamo chiederci quante e quali controversie potrebbero derivare dalla scelta del legislatore di rendere obbligatoria in alcuni casi la procedura e, poi, di “ingessarla” prevedendo e disciplinando anche un “contratto che obblighi alla trattativa”. Si potrebbe osservare che un negozio del genere costituisce una “superfetazione” rispetto all’obbligo di legge, ove previsto, e che si tratti addirittura di un “atto inutile⁸”, fonte di nuove liti intorno alle forme ed ai contenuti di esso.

Il legislatore ha certamente creato una nuova categoria di contratti, che potremmo definire “contratti procedurali” o, forse meglio, “negozi sulla procedura”.

Ed allora sarà utile soffermarsi sulle disposizioni salienti che disciplinano la convenzione di cui all’art.2, comma 1 e ss., dettandone puntualmente le forme ed i contenuti.

Un approfondimento, specialmente in ordine ai contenuti ed all’oggetto e non solo alla forma scritta della convenzione, potrà aiutare a risolvere molti dubbi sull’utilità o meno di quel contratto.

Per la novità del tema si potrà tener conto solo dei lavori preparatori, dei pareri espressi dal CSM⁹ e dall’ANM¹⁰, dal Consiglio Nazionale Forense e da alcune associazioni forensi che hanno avuto la

⁷ In questi casi il legislatore, pur prevedendo la volontarietà, al momento della conversione in legge ha imposto l’assistenza di un avvocato per parte.

⁸ N.IRTI, La ripetizione del negozio giuridico, 1970, pp.62-63, affronta il tema dell’ “inutilità dell’atto” che non abbia finalità ed oggetto diverso rispetto ad altro precedente, che nella fattispecie, specialmente per i casi di obbligatorietà dell’invito, potrebbe essere individuabile nelle norme che già obbligano le parti e gli avvocati a negoziare al fine di risolvere amichevolmente la lite.

⁹ Il CSM, nel parere approvato dal Plenum, inviato all’attenzione del Ministro della Giustizia e trasmesso il 18 settembre alla Sesta Commissione Giustizia del Senato, richiama anzitutto la Raccomandazione del Consiglio dell’Unione europea n.362 del 2013 nella quale si legge che “a seguito della sentenza della Corte Costituzionale dell’ottobre 2012 sulla mediazione, è necessario intervenire per promuovere il ricorso a meccanismi extragiudiziali di risoluzione delle controversie”. Quanto all’obbligatorietà, il CSM ricorda un precedente parere reso sulla mediazione obbligatoria, nel quale osservava che “il tentativo di conciliazione può avere successo solo se sostenuto da una reale volontà conciliativa e non se è svolto per ottemperare ad un obbligo. In questo caso si trasforma in un mero adempimento formale, che ingolfa gli uffici preposti, ritardando la definizione della controversia e sottraendo energie allo svolgimento dei tentativi di conciliazione seriamente intenzionati.” Osserva, poi, il CSM che, nonostante lo sforzo compiuto dal legislatore nell’art.3 della legge 162/14 per evitare di sovrapporre mediazione e negoziazione assistita “un certo pericolo di sovrapposizione vi è comunque per quanto riguarda la materia del risarcimento danni da circolazione dei veicoli e natanti, stante la nota procedura preventiva alla lite, costituente condizione di proponibilità (e non di procedibilità della domanda), contemplata dal codice delle assicurazioni... Peraltro l’aver imposto la negoziazione assistita in tutte le materie non coperte dalla mediazione obbligatoria ha sostanzialmente sottratto ogni terreno di praticabilità dell’istituto della mediazione facoltativa che in quello stesso ambito poteva trovare luogo”. Sorprende l’opinione espressa nel parere laddove incoerentemente con le premesse afferma che “è evidentemente estraneo ai compiti e alle responsabilità dell’avvocato la tutela imparziale dei valori generali dell’ordinamento e dei principi inderogabili, se non nella misura in cui convenga, nella situazione concreta, agli interessi dell’assistito... all’avvocato non possono essere attribuiti doveri diversi da quelli del miglior perseguimento dell’interesse specifico, concreto e contingente del proprio cliente”.

¹⁰ Assai critica è l’Associazione Nazionale Magistrati, specialmente per la sovrapposizione e naturale contrapposizione tra mediazione civile e negoziazione assistita, che costituisce “una specialità del nostro ordinamento giuridico”. Quanto alla natura giuridica dei due istituti, secondo l’ANM si tratterebbe di due casi di ADR, trattandosi in entrambe le ipotesi di procedure negoziali su impulso di parte, volontarie e finalizzate al raggiungimento di un accordo, al buon esito del quale si procede alla redazione di un contratto avente forma scritta ad substantiam, avente attitudine a costituire titolo esecutivo se sottoscritto dai rispettivi procuratori delle parti oltre che dalle parti stesse. Nella mediazione obbligatoria occorreva, invece, il procedimento di omologa davanti al tribunale del luogo ove era stato redatto il verbale di avvenuta occorrenza. Difficile risolvere il nodo costituito dalla concorrenza tra la mediazione civile e la negoziazione assistita nelle controversie dove entrambi gli strumenti sono previsti quali condizioni di procedibilità. L’articolo 3, comma 1, della legge n.162/14 offre la soluzione, indicando chiaramente che la negoziazione assistita è la condizione di procedibilità nella materia della RCA, mentre è residuale per tutte le altre controversie con il limite del valore di euro 50.000. Nella relazione dell’ANM,

possibilità di essere ascoltate.

Ma credo che, soprattutto sul piano pratico, possa essere utile individuare quali accorgimenti debbano porre in essere gli avvocati per evitare di finire in una palude dalle sabbie mobili, costituita da una miriade di questioni preliminari derivanti dall'interpretazione delle disposizioni di legge e soprattutto delle regole convenute nel contratto e dei sostenibili vizi o inadempimenti.

È importante, allora, individuare i rischi insiti nella convenzione di negoziazione assistita che, potendo generare nuove eccezioni e liti strumentali e defatiganti, potrebbe ulteriormente allontanare dalla speranza di ottenere giustizia gli irriducibili assertori del diritto al processo ed alla sentenza di merito, rendendoli consapevoli che sarà come attendere il “giorno del Giudizio”¹¹.

1. La forma scritta ed i contenuti necessari della convenzione.

La descrizione delle forme che la convenzione (il contratto) deve rispettare e dei contenuti che deve precisare sia quando la procedura di negoziazione assistita è obbligatoria (ma non lo è, di certo, la stipula della convenzione, essendovi le alternative del rifiuto espresso e del silenzio che, protrattosi per trenta giorni, computabili dalla data di ricezione della comunicazione di invito, lo esprime implicitamente e consente comunque di soddisfare la condizione di procedibilità) sia quando le parti e gli avvocati vi accedano volontariamente, è contenuta soprattutto nell'art.2, commi 2 e 3 (contenuti) e, sempre nell'art.2, ai commi 4, 5 e 6 (forma) della legge n.162/14.

La stipula della convenzione di negoziazione assistita in forma scritta, sottoscritta dalla parti e dagli avvocati che certificano l'autografia delle firme apposte, è indispensabile ad aprire la procedura e consente di attribuire all'atto successivo, all'eventuale accordo che la conclude positivamente, il valore di “titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale” previsto dall'art.5 della legge n.162/14.

Se non esiste il previo contratto o se esso presenta lacune o anomalie gravi in ordine agli elementi costitutivi, l'accordo eventualmente sottoscritto dalle parti avrà il valore di una conciliazione o transazione, ovvero di atti validi ma che non accedono ai benefici della specifica disciplina di legge.

Qualora le parti stipulino una convenzione di negoziazione “senza avvocati” il contratto sarebbe certamente nullo, forse addirittura inesistente, perché carente di un requisito espressamente previsto dalla legge come requisito di validità dell'atto.

ascoltata in audizione dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato il 25 settembre 2014, si legge che nella mediazione, in capo all'avvocato, sorgono, fin dal conferimento dell'incarico da parte del cliente, una serie di obblighi di natura informativa con sanzioni anche di rilievo in caso di inosservanza. Tale onere informativo da parte dell'avvocato, nella negoziazione assistita, è addirittura rafforzato, sino a divenire divulgativo. Si legge, infatti, all'art.7 della l.162/14, che “è dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita”. Poi, le critiche: “tale rimedio, da tempo auspicato e sollecitato dall'avvocatura, appare neutrale in termini di efficienza e velocizzazione della giustizia, giacché rientra tutt'oggi (a pieno titolo) chiusa parentesi nel ruolo del difensore l'attività stragiudiziale volta a stimolare la cooperazione nella fase precedente l'instaurazione della lite al fine di favorire un approccio più meditato al giudizio. Allora, resta da chiedersi se tale norma è correlata principalmente al solo fine di ottenere una “scrematura” degli esagerati accessi al sistema giurisdizionale ovvero all'esigenza di sollecitare nuovi e diversi ruoli dell'avvocatura, anche al di fuori degli alti ruoli difensivi che le sono propri”.

¹¹ Nel Vangelo di Matteo, 25, 31 - 46, viene annunciato cosa accadrà in “quel giorno” e che alcuni saranno puniti, nonostante il dilagante ottimismo che la più recente teologia cristiana fonda sulla bontà e sulla misericordia di Dio. Ma quel che più conta, per chi ha patito a causa della giustizia e per chi è “giusto”, è la promessa che “i giusti andranno alla vita eterna”. Notevole è anche l'invito, rivolto all'uomo, a vegliare perché non sa quando verrà quel giorno e non si può escludere che sia prossimo. Tornando sulla Terra, si deve ragionevolmente escludere che una sentenza di merito a cognizione piena possa aversi “all'improvviso” o in tempi brevi. È evangelicamente consolante che i giusti, tra i quali meritano di essere annoverati anche coloro che hanno creduto nella “giustizia che decide”, anche se terrena, e che hanno pazientato una vita per ottenere la necessaria tutela, possano contare sulla promessa della vita eterna.

1.1. L' "invito all'altra parte" (o alle altre parti).

L'invito all'altra parte è previsto dall'art.3 con esclusivo riferimento alle ipotesi in cui l'espletamento della procedura è condizione di procedibilità.

Prima di tutto occorre pensare alla forma dell'invito potenzialmente idonea a soddisfare (anche con l'altrui rifiuto o silenzio) la condizione di procedibilità.

Stando alla lettera dell'art.3, comma 1, l'invito deve essere certamente firmato dalla parte, potendosi intendere quel "tramite il suo avvocato", solo un'indicazione di opportunità di coinvolgere il professionista sin dall'inizio della procedura. Ma l'art.4, comma 2, risolve ogni dubbio disciplinando la "certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito ad opera dell'avvocato che formula l'invito". Tale espressa indicazione ha un senso perché la parte che dà impulso deve individuare anche sul piano tecnico-giuridico l'oggetto della proposta di negoziazione.

Dunque intorno alla lettera di invito firmata dal solo avvocato potrebbero aprirsi non solo questioni inerenti la sua legittimazione e la prova della data certa di un mandato conferito in precedenza ma sollevarsi anche una fondata eccezione di improcedibilità perché la parte non l'ha sottoscritta.

Per meglio favorire l'apertura di un dialogo tra legali che esplori la possibilità di passare attraverso le successive forme procedimentali, sarà intelligente curare la prestazione professionale stragiudiziale redigendo la lettera di invito su carta intestata dello studio legale, firmata dalla parte e dall'avvocato. Questi paleserà così di aver già ricevuto mandato dalla parte affinché l'assisti nella convenzione e nella procedura di negoziazione assistita.

In ragione degli effetti che la comunicazione di invito è destinata a produrre, anche interruttivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza, si ritiene che la lettera di invito debba essere inviata a mezzo raccomandata A/R o a mezzo di posta elettronica certificata, all'indirizzo risultante dai pubblici elenchi¹², della parte e non dell'avvocato con il quale, eventualmente, sia già stato aperto un dialogo professionale (anche a mezzo di corrispondenza informale), senza che possa impedirlo il timore di incorrere in violazioni di norme deontologiche.

Quid juris quando l'avvocato è uno solo?

Che sia possibile è certo, anche per avere il legislatore espressamente precisato, all'art.6 della legge n.162/14, le ipotesi in cui gli avvocati devono essere almeno uno per parte.

Ma deve ritenersi che l'avvocato che assiste da solo le parti nella negoziazione assistita sarà tenuto, almeno sul piano dei doveri deontologici (cfr. art.24, punto 3, del nuovo codice deontologico, in vigore dal 15 dicembre 2014), a non accettare l'incarico di difesa in giudizio da nessuna delle parti.

Essendo necessario far decorrere il termine di almeno un mese (trenta giorni) dall'invito (vedremo poi la ratio), per evitare di avere successive sorprese derivanti da contestazioni circa la natura di titolo esecutivo dell'accordo dirimente la controversia, occorrerà attribuire alla convenzione sottoscritta dalle parti e da un avvocato (o da più avvocati) una data certa.

Deve invece escludersi, in ragione della collocazione della disposizione nell'art. 3 (improcedibilità, nei casi di obbligatorietà), la formalità dell'invito scritto a mezzo di raccomandata quando la procedura è facoltativa.

Quanto all'oggetto dell'invito, l'art.4, disponendo sugli effetti della "non accettazione dell'invito" (nelle diverse forme del rifiuto e della mancata risposta entro trenta giorni) e del mancato accordo, ha ribadito che nella comunicazione di invito deve essere indicato "l'oggetto della controversia".

Nell'ambito della comunicazione di invito sarà opportuno, dunque, che la parte e l'avvocato definiscano con esattezza le domande che, in mancanza di convenzione e di successivo accordo,

¹² Attualmente indicati dall'art. 16 *ter*, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (c.d. Decreto Crescita 2.0), convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, come inserito dall'art. 1, comma 19, n. 2), legge 24 dicembre 2012, n. 228 e da ultimo modificato dall'art. 45-bis, comma 2, lett. a), n. 1), d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

saranno proposte nell'eventuale e futura azione giudiziale¹³.

Occorre considerare, anzitutto, che nell'esperienza pratica il rifiuto espresso o il silenzio rispetto all'invito alla stipula della convenzione (quando essa è obbligatoria), potrebbero già significare un'accettazione ragionata di un futuro contenzioso che l'invito ha già delimitato sul piano oggettivo.

La convenzione voluta dal legislatore è, come si è già detto, un contratto che ha per oggetto l'obbligazione di *“cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia”*. L'assoluta omissione o incomprendibilità dell'oggetto della controversia e, dunque, di quanto avrebbe dovuto impegnare le parti nella successiva negoziazione potrebbe determinare la nullità dell'invito e dell'eventuale successivo contratto ai sensi dell'art.1346 c.c., perché la lacuna è così grave da rendere impossibile la prestazione, non essendone determinata il suo oggetto e la finalità, impedendo che si possa produrre l'effetto della risoluzione amichevole della controversia, nemmeno ipotizzata.

1.2. La forma scritta, a pena di nullità. Confronti tra le forme della convenzione di negoziazione assistita e le formalità “da sbrigare” per esperire la mediazione obbligatoria.

Il d.lgs. 28/2010 aveva introdotto una “deflattiva” mediazione obbligatoria senza alcun obbligo di assistenza da parte degli avvocati. La penalizzante normativa, caduta all'improvviso sul capo degli avvocati, imponeva solo di “informare” il cliente (acquisendone prova scritta) della necessità di previo esperimento della mediazione, da svolgere presso organismi che dovevano essere accreditati dal Ministero e dove l'assistenza degli avvocati non era prevista ed addirittura sconsigliata.

L'espressione è un po' forte ma rende l'idea che il governo e l'allora Ministro della Giustizia avevano reso palese anche attraverso la campagna mediatica di promozione dell'istituto e non solo attraverso il decreto delegato: che fosse opportuno evitare che gli avvocati partecipassero al procedimento di mediazione, essendo essi nemici delle composizioni stragiudiziali delle liti, in quanto “causidici” per natura o per necessità di sopravvivere¹⁴.

¹³ Si pensi, ad esempio, alla proposizione congiunta di più domande connesse soggettivamente o di discutibile qualificazione, ovvero all'ipotesi in cui ad una domanda soggetta ad un regime di procedibilità sia opposta in via riconvenzionale un'azione per cui sia richiesto il preventivo esperimento di una procedura diversa. Incertezze potrebbero sorgere anche in relazione all'onere del convenuto di esperire il tentativo di conciliazione quando debba far valere non domande riconvenzionali ma eccezioni in senso proprio. La Suprema Corte, in relazione all'onere previsto dall'articolo 46 della legge 3 maggio 1982 n. 203, ha escluso che il convenuto in giudizio debba farsene carico quando, al fine di resistere alle altrui pretese, si limiti a spiegare, in sede difensiva, delle mere eccezioni in senso proprio, negando fondamento alla pretesa di controparte. Una diversa interpretazione del testo normativo, infatti, contrasterebbe con i principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 24 della Costituzione, atteso che, in tale caso, il giudice dovrebbe, da un lato, dichiarare improponibili le eccezioni del convenuto, in quanto non precedute dal tentativo di conciliazione, e, dall'altro, accogliere sempre la domanda dell'attore, in mancanza di qualsivoglia difesa di controparte, solo perché quest'ultima, prima di proporla, e a prescindere dalla sua eventuale infondatezza, non ha esperito il tentativo di conciliazione. (Cass. civ., n. 5693 del 16.3.2005).

¹⁴ La Corte costituzionale, come è noto, ha bocciato la mediazione obbligatoria con la sentenza n.272 del 24 ottobre – 6 dicembre 2012, per eccesso di delega. Al termine dell'udienza del 24 ottobre, in ragione delle polemiche suscitate dall'iniziativa del governo e dell'attesa, la Corte decise di emanare subito un comunicato stampa: *“La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione. Dal Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2012”*. La pronuncia ed addirittura il tenore del comunicato stampa sancì la bocciatura di una legge pensata troppo nel gabinetto del ministero della Giustizia, senza coinvolgere gli ordini professionali, che avrebbero potuto e dovuto determinare il successo o il fallimento del nuovo istituto. Ma la mediazione - o, meglio, tutte le forme attraverso le quali si può risolvere una lite prima e senza il processo, impegno primario del moderno avvocato, che ha nel suo dna questo approccio e non il motto “causa che pende, causa che rende”, idea ingiustamente diffusa nell'opinione pubblica per celare i reali problemi della giustizia - non doveva essere abbandonata, bensì diversamente concepita. F.RUSSO. *“Mediazione civile - i paralipomeni alla batracomiomachia. Proposte per una nuova conciliazione”*, in *Judicium*, 2012, commentando a caldo la decisione della Consulta, osservava: *“Comunque la si voglia vedere, la conciliazione è diretta a produrre un contratto tra le parti e non un provvedimento giurisdizionale. Come logico corollario essa deve assomigliare, più che altro, ad una negoziazione tra*

Mentre l'art. 2, comma 1, della legge n.162/14 indica i contenuti dell'invito a sottoscrivere la "convenzione" soffermandosi sull'oggetto e sulla durata della procedura di negoziazione, l'art.84 della legge n.98/2013 (di conversione del "decreto del fare"), sostituendo l'art.4 comma 1 del d.lgs.28/2010, ha previsto che: "1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo territorialmente competente presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data del deposito dell'istanza". All'articolo 4, il comma 3 è stato sostituito dal seguente: "3.All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione". All'articolo 5, prima del comma 2, è inserito il seguente comma: "1-bis. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza".

Le regole sono, dunque, assai diverse, così come il percorso ed i protagonisti degli eventuali accordi che, nella negoziazione assistita, saranno sottoscritti solo dalle parti e da "uno o più avvocati".

Aver previsto la nullità del contratto e dei patti che disciplinano il procedimento di negoziazione assistita, ove la convenzione non sia scritta e sottoscritta, potrebbe limitarne gravemente l'attuazione.

È appena il caso di osservare che la dottrina civilistica e la giurisprudenza tendono ad escludere l'esistenza di una disciplina "assoluta" che consenta di affermare la propagazione degli effetti di un atto nullo su quello causalmente successivo, ovvero che i vizi che comportano la nullità dell'atto a quo debbano sempre travolgere l'atto ad quem, ritenendo che si debba valutare caso per caso¹⁵.

le parti, sia pure assistita da un terzo imparziale, che non ad un processo civile. In un certo senso essa ha molta più affinità con il diritto sostanziale che con quello processuale". Prevedendo la reintroduzione della mediazione, di lì a breve, auspicava che la nuova normativa fosse "più leggera e meno farragিনosa della precedente, limitando le norme imperative al minimo indispensabile, e lasciando larga autonomia alle parti private".

¹⁵ BIANCA C.M.. Diritto civile. III. Il contratto. Milano, 1987, a p.578 afferma che "il contratto è nullo quando per la mancanza o la grave anomalia degli elementi costitutivi, non produce gli effetti tipici perseguiti dalle parti. La nozione deve essere distinta da quella di inesistenza, con cui si indicano tutti i casi in cui non è possibile identificare alcuna

È opportuno, quindi, soffermarsi sugli aspetti (sui vizi) che hanno maggiori possibilità di verificarsi, individuando possibili risposte a numerosi dubbi che il legislatore ha fatto sorgere.

1.3. L'assistenza di uno o più avvocati.

La procedura prevede l'assistenza obbligatoria di un avvocato (ad eccezione della negoziazione assistita facoltativa in materia di famiglia, dal momento che la legge di conversione, all'art.6, comma 1, ha introdotto l'obbligo di almeno un avvocato per parte) e la possibilità che siano più di uno¹⁶.

Dunque la legge non prevede che le parti siano assistite "dai propri avvocati". Nella procedura di negoziazione assistita non è previsto alcuno spazio per i difensori.

La possibilità dell'assistenza da parte di un solo avvocato consente allora di individuare in tale figura professionale, già "qualificatasi" nelle esperienze della mediazione, anche il ruolo di un "conciliatore/paciere", del tecnico che conferisce le opportune forme alle volontà delle parti, superando il mito dell'avvocato pagato per combattere e prevalere in giudizio al termine di un pluriennale conflitto.

L'avvocato che si cimenta in questa fase "da solo", come abbiamo già visto, non potrà patrocinare nessuna delle parti in giudizio.

L'assistenza utile alla procedura è quella di avvocati che abbiano la capacità di spogliarsi dei tradizionali panni di litiganti al fine di cercare un giusto equilibrio nella composizione dell'insorgente lite, che potrebbe anche avere posizioni di partenza gravemente compromesse per l'una o l'altra parte.

L'avvocato, se vuole interpretare appieno il ruolo e contribuire al successo della negoziazione assistita, deve essere in grado (invero anche prima di fare causa) di esprimere in favore della parte (o delle parti, quando esse lo abbiano congiuntamente incaricato), il suo "consilium", ovvero un parere che nasce dalle competenze giuridiche applicate alla conoscenza dei fatti e dei documenti esaminati, circa la possibile evoluzione ed esito di un futuro giudizio.

Solo così potrà svolgere la funzione "tecnica" del conciliatore, evitando perdite di tempo e passaggi a vuoto, usando la leva del valore anche economico del tempo e dei costi che sarà necessario sopportare al fine di ottenere ragione in giudizio.

1.4. La certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni da parte dell'avvocato o degli avvocati "sotto la propria responsabilità professionale".

La disposizione dell'art.2, comma 5, estende ad un atto stragiudiziale e contrattuale la funzione certificatoria già svolta dall'avvocato a margine o in calce agli atti processuali sotto la firma che conferisce il mandato, di attestare l'autografia delle sottoscrizioni apposte in sua presenza.

La maggior fiducia recentemente dimostrata dal legislatore verso il ceto forense, affidandogli addirittura le nuove funzioni (da pubblico ufficiale) di dichiarare la conformità delle copie all'originale, addirittura dei provvedimenti giurisdizionali, è qui contraddetta da una sovrabbondante minaccia di responsabilità professionale che non è facilmente spiegabile.

Provando ad immaginarne il senso, il legislatore ha forse voluto ammonire gli avvocati non tanto a non falsificare la firma dell'assistito, quanto a non aggirare l'impegno richiestogli di informare i clienti e così di divulgare l'esistenza e le possibilità del mezzo.

1.5. Il termine concordato e la sua prorogabilità.

Un problema rilevante è quello costituito dal termine minimo che le parti dovrebbero indicare nella convenzione, "*non inferiore ad un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti*".

fattispecie negoziale, per la mancanza di alcuni requisiti minimi".

¹⁶ SI è già visto che può trattarsi anche di un abogado ma non di un praticante avvocato.

Intanto v'è da chiedersi perché le parti che riescano a trovare l'accordo in pochi giorni e che siano disposte a rispettare tutte le formalità imposte dalla legge (come abbiamo visto la firma non di uno ma di due contratti), non lo possano formalizzare in tempi più rapidi di un mese (dalla firma della prima convenzione), pena l'esclusione dei desiderati effetti di cui all'art.5.

Il termine dilatorio di un mese, di cui all'art.2, comma 2, lett.b), è difficilmente spiegabile nella predetta ipotesi. È invece comprensibile che la procedura duri almeno un mese ed è ragionevole "fermare" le parti per almeno trenta giorni nell'altro caso. Molto probabilmente il legislatore ha voluto evitare che il tentativo si potesse esaurire in un solo appuntamento o in un freddo scambio di idee, esaurito senza sforzi e senza proposte, per consentire alle parti di tornare sui propri passi prima di iniziare il conflitto. Soprattutto in considerazione della già raccolta, per iscritto, manifestazione di volontà a "*cooperare in buona fede e con lealtà*".

L'omessa indicazione del termine concordato dalle parti non può essere considerata un motivo di nullità del contratto, non trattandosi di un suo elemento essenziale, dal momento che la legge già predetermina un arco temporale compreso fra un mese e tre mesi, entro il quale le parti avranno poi la possibilità di concludere un valido accordo.

Più complessa è la questione relativa al termine massimo di durata della procedura (e delle trattative), pari a tre mesi prorogabili solo per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti.

Detto limite è sicuramente utile a sottrarre la parte ad inutili e strumentali tergiversazioni.

V'è però da chiedersi quale possa essere il destino di un accordo concluso "fuori tempo massimo" e se sia davvero necessario che le parti, per evitare controversie e declaratorie giudiziali inerenti vizi dell'accordo positivo, debbano ripetere tutte le formalità della procedura.

Qualsiasi risposta teorica non sarebbe convincente per un avvocato, che diligentemente ripeterebbe tutte le attività, a scanso di sorprese.

1.6. L'oggetto della controversia: diritti disponibili, con esclusione della "materia di lavoro".

L'art.2, comma 2, lett. b) dispone che la convenzione di negoziazione deve precisare "*l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro*".

Dal momento che il legislatore ha preteso che l'oggetto della procedura fosse preventivamente ed esattamente delimitato, v'è da chiedersi piuttosto se le parti siano a tal punto vincolate dal non poter estendere l'oggetto del successivo accordo raggiunto a materie parzialmente difformi rispetto a quelle che avevano puntualmente formato oggetto della convenzione.

È auspicabile che l'interprete in questo caso riesca ad uscire dall'ingessatura normativa e che l'accordo oggettivamente più ampio possa beneficiare degli effetti dell'art.5 della legge n.162/14.

Importanti, sul piano della coincidenza o meno dell'invito e dell'oggetto della convenzione con quello dell'eventuale accordo e del futuro giudizio, sono le esperienze giurisprudenziali sul tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro¹⁷ e nelle controversie agrarie.

¹⁷ Più volte la giurisprudenza di merito ed anche la Suprema Corte si sono dovute cimentare sul problema della necessità di coincidenza dell'ambito oggettivo del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro rispetto al petitum e, addirittura, alla causa petendi del ricorso poi depositato. Con riferimento all'ormai abrogato regime di obbligatorietà del t.o.c. la giurisprudenza ha affermato che "il tentativo obbligatorio di conciliazione può dirsi ritualmente esperito solo se vi sia completa corrispondenza fra le domande poste in sede di tentativo e quelle poste in ricorso", dichiarando altrimenti l'improcedibilità (cfr. Trib. Milano, sez.lav., n.406 del 26 gennaio 2012); ma anche il contrario, ritenendo che potesse ritenersi "sbrigata la formalità" quando l'istante avesse fatto comprendere alla controparte, impugnando atti datoriali, quali domande avrebbe proposto in giudizio, non essendo affatto richiesta una compiuta articolazione del futuro petitum giudiziale, tanto meno sul piano quantitativo. Per non parlare, poi, degli interrogativi posti dalla recentissima giurisprudenza (Trib. Firenze, sez.III civile, 30.10.2014) in tema di mancato espletamento della mediazione obbligatoria che ha reso definitivo il decreto ingiuntivo per non aver l'opponente rispettato l'ordine giudiziale di esperirla ex art.5, comma 2, d.lgs.28/10, ritenendo tale comportamento processuale una "forma qualificata di inattività delle parti".

Occorre anche affrontare il problema della lite tra due o più parti quando vi sia un litisconsorzio necessario. Se la pluralità di parti è necessaria o facoltativa, nella futura controversia, l'invito deve essere rivolto a tutte le parti che saranno convenute.

Quando la controversia abbia ad oggetto questioni differenti che possono essere connesse tra loro (quali, ad esempio, un patto di famiglia, nel quale a garanzia dell'adempimento di una parte è prevista una fideiussione di un terzo soggetto; oppure un affitto di azienda con patto di opzione finale di acquisto al quale non è stato dato seguito), stante la commistione tra istituti differenti per i quali sono previste due diverse condizioni di procedibilità, al fine di superarla, occorre verificare quale sia la fattispecie principale dedotta in giudizio e quale sia quella accessoria.

1.7. L'avvertimento circa gli effetti della mancata risposta o del rifiuto.

L'art.4, oltre ad imporre l'individuazione dell'oggetto della controversia, deve "contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, c.p.c."

Quali sono le conseguenze di tale omissione? Certamente la possibilità di eccepire l'improcedibilità della domanda da parte del convenuto, a pena di decadenza, o di subire un rilievo d'ufficio da parte del giudice entro e non oltre la prima udienza. Ma anche la possibilità (a cura di altro avvocato) di eccepire la nullità dell'accordo che compone la controversia e che, ai sensi dell'art.5 della legge n.162/14, una volta sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Nullità che potrebbe propagarsi addirittura per i vizi del contratto che aveva "preparato" la negoziazione e che potrebbe essere fatta valere in sede di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi, sussistendone i presupposti.

2. L'effetto interruttivo della prescrizione e della decadenza che si realizza "al momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione".

2.1. Sulla prescrizione si determinano i medesimi effetti (sostanziali) della domanda giudiziale.

L'art.9 della legge n.162/14 prevede che "dal momento della comunicazione dell'invito" si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale.

Si tratta di un evento interruttivo istantaneo assimilabile a quello della diffida e costituzione in mora stragiudiziale, ove si manifesta chiaramente l'intenzione di far valere il diritto e che non determina effetti sospensivi durante l'eventuale e non ancora "contrattualizzata" procedura.

In caso di esito negativo della negoziazione il nuovo termine di prescrizione decorre da quella data e non dalla formalizzazione del mancato accordo ex art.4, comma 3, legge n.162/14.

Nelle ipotesi di convenzione facoltativa deve invece ritenersi che l'effetto si produca nel momento della sottoscrizione della convenzione che impegna le parti a negoziare, se non è stata preceduta da idoneo atto stragiudiziale interruttivo della prescrizione.

2.2. La decadenza è impedita, "per una sola volta", ma il "medesimo termine di decadenza" per proporre la domanda giudiziale decorre dal rifiuto, dal silenzio nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.

Dalla medesima data, di ricezione della comunicazione di invito, è impedita, per una sola volta, la decadenza. Tuttavia, se l'invito è rifiutato o non è accettato entro 30 giorni, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata

accettazione nel termine, ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.

3. L'importanza della funzione degli avvocati: sul piano tecnico – giuridico, nella predisposizione di accordi immuni da vizi formali e sostanziali; sul piano negoziale, nel più ampio disegno del legislatore, che delinea e richiama, più volte, i doveri deontologici degli avvocati nella convenzione e nella procedura di negoziazione assistita.

L'Associazione Nazionale Magistrati (a differenza del CSM) ha affermato che il legislatore ha ora deciso di rispondere all'esigenza *“di sollecitare nuovi e diversi ruoli dell'avvocatura, anche al di fuori degli alti ruoli difensivi che le sono propri”* (cfr. la nota n. 11).

Ha così individuato nuovi ambiti di sviluppo della professione forense, perché le parti ed i professionisti indotti a rinunciare alle liti giudiziarie (*“a colpi di riforme”* che hanno reso estremamente costosa, accidentata e pericolosa la via giudiziale) fossero impegnati a valorizzare maggiormente la fase stragiudiziale per consentire all'assistito di risolvere il conflitto.

Era anomalo continuare a pensare agli avvocati come soggetti che puntano sempre al giudizio - giocando d'azzardo con il denaro e la sorte degli assistiti, anziché accontentarsi di ottenere risultati parziali e rapidi attraverso gli strumenti *“deflattivi”* via via introdotti dal legislatore - e devolvere prestazioni professionali ad altri individui impreparati, con competenze diverse da quelle giuridiche, ricercandoli in ambienti *“para-professionali”*.

Non esiste, in questo Paese, solo personale paramedico o lavoratori parasubordinati.

Negli anni il legislatore ha trovato conveniente che si sviluppassero competenze *“paraprofessionali”*, improvvisati erogatori di servizi a contenuto professionale che, sine titolo, si volevano cimentare in materie che in passato erano coperte da *“riserva”* in favore del ceto forense.

I risultati sono stati disastrosi per cittadini, consumatori, lavoratori, vittime di sinistri, etc. etc..

Le attività che nella procedura di negoziazione assistita le parti devono compiere ed *“organizzare”* per dirimere il conflitto ante causam sono tante e talmente tecniche che solo un avvocato può svolgerle.

Sin dal momento del colloquio informativo e dell'approfondimento della fattispecie in studio occorre la competenza specialistica per individuare e prospettare al cliente le azioni possibili. È necessario tradurre i contenuti dello studio della controversia (prestazione stragiudiziale ancora prevista dal DM 55/14) nell'attività di redazione di una comunicazione di invito alla stipula di una convenzione che impegni le parti *“a cooperare in buona fede e con lealtà al fine di risolvere in via amichevole la controversia”*.

L'invito, come abbiamo già visto, deve contenere un'ampia e possibilmente completa prospettazione delle ragioni di fatto (anche al evitare di subire eccezioni o esposti in ordine all'inutilizzabilità di informazioni o documenti già in possesso della parte, prima della procedura) e di diritto sulle quali si fonda la pretesa dell'assistito, da individuare sul piano oggettivo (*petitum* e *causa petendi*), non certo sino ad articolare le conclusioni alla stregua del futuro atto introduttivo del giudizio.

L'invito, se incontra l'interesse dell'altra parte, deve essere seguito dalla predisposizione e dalla stipula di due contratti. Il primo ha le caratteristiche descritte dalla legge a pena di nullità ed abbisogna di attenzioni tecniche che mettano in conto tutte le possibili ipotesi di responsabilità precontrattuale e contrattuale delle parti, tenendo conto della loro conoscenza personale ed anche dell'indole manifestata in occasione delle conferenze di trattazione a studio. Il secondo, spesso svilito da prassi sciatte che l'hanno di volta in volta degradato al rango di *“verbale di conciliazione”*, *“piano di rientro”*, *“accordo”* o *“puntuazione delle condizioni”*, è un atto che dovrà assurgere alla dignità di un titolo esecutivo e di equivalente di un provvedimento giurisdizionale.

La redazione di tali contratti, per quanto foriera di altre possibili liti, è il terreno sul quale si manifesta l'autonomia negoziale delle parti e, vivaddio, la professionalità degli avvocati.

Questi ultimi, destinatari delle reiterate e palesi minacce del legislatore di subire persecuzioni deontologiche, hanno finalmente la possibilità di svolgere il grato compito di curare i contenuti di

contratti che saranno il frutto della loro competenza giuridica (prima ancora della capacità negoziale) e dell'equilibrio necessario. Soprattutto quando si troveranno da soli ad assistere due contendenti che potrebbero concordemente rivolgersi ad un solo avvocato (come se fosse il loro giudice, magari di pace) per risolvere la confusione delle loro idee (capita abbastanza frequentemente che la lite sorga solo per ignoranza delle norme e per l'incapacità di qualificare una fattispecie) piuttosto che una vera contrapposizione di diritto.

Conclusioni.

La convenzione di negoziazione assistita attraverso la quale le parti, assistite da uno o più avvocati, scelgono di *“cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole una controversia”* è un contratto che deve rispettare regole non semplici, sul piano formale e sostanziale. L'impulso, attraverso l'invito, è un atto unilaterale recettizio produttivo di effetti giuridici sostanziali e processuali, alcuni dei quali assimilabili a quelli ottenuti notificando l'atto introduttivo del giudizio.

La scelta posta in essere dal legislatore di prevedere la stipula di un “contratto sulla procedura”, per quanto possa apparire, al primo esame, ridondante ed evitabile, è invece coerente con la necessità di delimitare soprattutto l'ambito oggettivo dell'eventuale e futura controversia. Attività necessariamente riservata all'impegno professionale ed alle competenze degli avvocati che evidentemente distingue la procedura di negoziazione assistita dalla mediazione e dalla conciliazione stragiudiziale e giudiziale per aver escluso la necessità dell'impegno di un terzo, di un individuo o di una commissione munita di poteri attribuiti dalla legge, al fine di perfezionare un altro contratto, quello destinato a comporre in via amichevole la controversia, con efficacia di titolo esecutivo.

Le competenze e le tecniche di redazione di corrispondenza e di atti così delicati e procedimentalizzati non potevano assolutamente essere rinvenuti al di fuori della specifica professionalità giuridica degli avvocati, anche se Confindustria, nel corso delle audizioni¹⁸, si è permessa di affermare che i diritti del lavoro, nelle mani dei soli avvocati (esonorando le commissioni di conciliazione in sede amministrativa e sindacale e finanche, per le loro funzioni conciliative, quelle di certificazione), avrebbero corso dei pericoli.

Con tale presa di posizione, ascoltata dal legislatore, ha così ottenuto che migliaia di persone prive di competenze giuridiche e munite solo di esperienza continuassero ad occuparsi in sede stragiudiziale dei diritti disponibili dei lavoratori, anziché restituire opportunamente quelle energie e quelle risorse umane e strumentali alla produttività della pubblica amministrazione e delle aziende.

Le osservazioni sviluppate nelle premesse sulla eventuale sovrabbondanza ed inutilità, rispetto agli obblighi di legge, della convenzione “preparatoria” alla stipula della convenzione che recepisce l'eventuale accordo conciliativo devono lasciare spazio ad un complessivo giudizio positivo di utilità.

Le preoccupazioni per i rischi ed i vizi che possono discendere dal mancato rispetto delle forme e dei contenuti dettati dalla legge n.162/14 trovano ampia giustificazione nella necessità di programmare e riempire di contenuti, delimitandolo, l'ambito oggettivo della negoziazione assistita.

Le incertezze nella qualificazione della convenzione di cui all'art.2, comma 1, potrebbero essere risolte individuando in essa un “contratto” che impone l'adempimento delle obbligazioni ivi assunte e le responsabilità per inadempimento, delle parti e degli avvocati (per questi ultimi anche deontologiche, in una miriade di ipotesi espressamente previste dalla legge n.162/14 e che vanno ad integrare il “catalogo” delle mancanze disciplinari contenute nel nuovo codice deontologico in vigore dal 15 dicembre 2014).

La riuscita di questa nuova via di “soluzione amichevole” delle controversie, certamente inutile a definire o a smaltire l'arretrato ma solo ad indurre le parti e gli avvocati, sin dall'origine della lite, a

¹⁸ Audizione del Direttore Generale di Confindustria, Antonio Matonti, dinanzi alla Commissione Giustizia del Senato, del 25 settembre 2014, in Atti Senato.

tradurre il termine “degiurisdizionalizzazione” in “fare altro” ed “andare altrove”, dipende dall’affidamento in via esclusiva di tale ruolo agli avvocati.

A loro toccherà interpretarla in modo da superare le esperienze tradizionali di altri “equivalenti della giurisdizione” (arbitrato e conciliazione con lodo e verbale di accordo destinati ad acquisire il valore di titolo esecutivo perché redatti da un collegio di giudici privati o da una commissione).

Certamente ci troviamo dinanzi ad una scelta più fiduciosa in un’avvocatura seria e matura, anche se la via della negoziazione assistita è stata preparata ed indotta da un intollerabile aumento dei costi per l’accesso alla giustizia civile e dalla disaffezione, per la durata e per la “qualità” del processo e dei suoi esiti, nei confronti della tutela giurisdizionale.

E costituisce anche un’opportunità, stavolta concreta, di valorizzare la dignità della professione forense, consentendole di recuperare progressivamente spazi usurpati da protagonisti para-professionali, che volevano essere mediatori senza possedere competenze giuridiche, magari vantando conoscenze ed esperienze sul piano della psicologia applicata (quella che pensa di poter dividere sempre a metà l’oggetto della contesa) e non avendo alcuna capacità di comprendere i termini della lite ed i diritti, comunque in gioco, delle parti.

Con alcuni correttivi formali (prevedendo che gli scambi epistolari e le proposte delle parti, quando la negoziazione assistita non riesce, non siano mai riservati e possano essere prodotti in giudizio al fine di una più rapida decisione della lite già “svolta” negli studi degli avvocati coinvolti, prima di accedere all’inevitabile soluzione giudiziale) ed ampliando la possibilità per materia (anche alle controversie di lavoro), la negoziazione assistita potrebbe davvero incrementare e non ridurre le opportunità professionali, evitando di spendere incredibili ed impagabili energie nell’accompagnare le parti in sedi appositamente istituite solo per formalizzare conciliazioni già predisposte e, “persino”, nel patrocinare l’assistito in giudizio.