

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/06/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37105-negoziazione-assistita-vantaggi-e-criticita-l-istituto-della-negoziazione-assistita-brevi-cenni>

Autore: Munarini Elena

**Negoziazione assistita: vantaggi e criticità L'istituto della  
negoziazione assistita. Brevi cenni.**

## NEGOZIAZIONE ASSISTITA: VANTAGGI E CRITICITA'

L'istituto della negoziazione assistita. Brevi cenni.

A mezzo del D.L. 132/2014, così come convertito nella L. 162/2014 avente quale funzione precipua ed obiettivo primario la degiurisdizionalizzazione e l'adozione di misure per la definizione dell'arretrato in tema di processo civile, è stato introdotto l'istituto, di nuovo conio nel nostro Paese, della negoziazione assistita.

Accanto alla previsione della possibilità per le parti del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'Autorità Giudiziaria, purché non vertenti su diritti indisponibili o in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale, e sempre che la causa non sia già assunta in decisione, è stata inserita, al capo II, la disciplina relativa alla negoziazione assistita da uno o più avvocati.

In essa possiamo rinvenire la normativa afferente tanto alla convenzione di negoziazione ed ai suoi aspetti formali, quanto ai casi in cui l'esperimento della stessa sia obbligatorio, con ogni giuridica conseguenza per ciò che concerne l'improcedibilità della domanda giudiziale; seguono gli aspetti procedurali relativi alla non accettazione dell'invito e al mancato accordo, nonché per altro verso, all'esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e alla relativa trascrizione, all'applicazione dell'istituto alle soluzioni consensuali di separazione personale tra coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio, alla modifica delle condizioni di separazione o divorzio, all'interruzione del termine prescrizione e di decadenza e agli specifici obblighi dei difensori, con particolare riguardo anche alla tutela della riservatezza.

Prima di trattare, seppur succintamente, gli aspetti procedurali, va precisato quale sia stato lo scopo dell'introduzione di tale istituto che si può a buon titolo rinvenire nell'obiettivo di snellire, ridurre, semplificare la mole di contenzioso, ricercando il perseguimento in una fase stragiudiziale che vede l'assistenza dei difensori di parte, di un accordo amichevole, grazie al quale si possa evitare di ricorrere al Tribunale.

Recita, infatti, l'art. 2 della citata normativa che "la convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati è 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 (...)".

La linea di discrimen tra mediazione e negoziazione assistita.

Posto che la sua utilità si rinviene nell'esigenza di ricercare una composizione della lite fra le parti al di fuori e senza dover adire le aule di giustizia, essa non va, eccettuata della finalità comune, sovrapposta all'istituto della mediazione, né, peraltro, può dirsi prevista in via alternativa a quest'ultimo.

Non si tratta, quindi, di uno strumento sostitutivo, bensì e per contro, di un mezzo che si aggiunge a quanto già legislativamente previsto e disciplinato in tema di mediazione.

Il dato normativo sul punto chiarisce l'assenza di sovrapposizioni tra gli istituti, laddove disciplina la negoziazione assistita come obbligatoria nelle ipotesi di controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti o afferenti al pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti l'importo di euro 50.000, con espressa esclusione e, quindi facendo salvi i casi di mediazione obbligatoria ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 del D. Lgs. n. 28/2010.

In merito, preme evidenziare come il legislatore all'art. 3 della normativa introduttiva del nuovo istituto precisi che "allo stesso modo deve procedere (...) chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti i cinquanta mila euro" aggiungendo, altresì, "fuori dei casi previsti dall'art. 5 comma 1-bis. del D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28".

Nel delimitare l'ambito oggettivo di applicazione della negoziazione assistita nelle ipotesi in cui essa sia prescritta come obbligatoria, e, quindi, come condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale, improcedibilità che deve essere eccepita dal convenuto nella prima difesa utile, ma che può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice, viene escluso il rischio di una sovrapposizione a livello normativo dal tenore testuale e letterale del disposto del citato articolo 3, tale per cui, essendo fatte salve le disposizioni in tema di mediazione obbligatoria, ben può escludersi che le parti possano trovarsi nella gravosa situazione di dover fare ricorso ad entrambi i procedimenti stragiudiziali, ferma restando la possibilità di una eventuale scelta in tal senso, che resta comunque confinata nell'alveo della facoltatività.

Basti precisare che nell'ipotesi di mediazione obbligatoria, pur non potendosi escludere in via opzionale il ricorso preliminare alla negoziazione assistita, tuttavia, in caso di esito negativo della stessa, non sarà possibile adire direttamente il Tribunale, ma occorrerà esperire ulteriormente il procedimento di mediazione prescritto per legge, dato che, attesa la non sovrapposibilità o equivalenza degli istituti, l'esperimento del primo rimedio non comporterà l'assolvimento

dell'obbligo e la soddisfazione della condizione per cui la domanda in giudizio possa ritenersi procedibile.

D'altronde, è vero che se il legislatore avesse scelto di predisporre un'alternatività tra mediazione e negoziazione assistita lo avrebbe fatto espressamente, in ossequio al generale principio in base al quale "ubi lex dixit voluit".

Va, altresì, rilevato come benché si tratti in entrambi i casi, di istituti miranti al raggiungimento di un accordo di carattere privatistico tra le parti in via stragiudiziale e, quindi, con finalità deflattiva del contenzioso, elemento principale di discrimen si rinviene proprio nel ruolo e nella figura del mediatore, con particolare riferimento alla sua posizione.

In altre parole, non solo, come precisato, non si tratta di strumenti sovrapponibili, ma nemmeno equiparabili, posto che mentre il procedimento di mediazione avviene dinanzi ad un soggetto con posizione di terzietà e di imparzialità ai fini della possibile definizione del contenzioso, nella negoziazione è prevista l'assistenza di uno o più avvocati, spettando, perciò ai legali stessi la ricerca di una soluzione concordata che permetta di risolvere amichevolmente una controversia in via stragiudiziale.

Come si comprende dalla stessa denominazione dell'istituto di che trattasi, quindi, la presenza degli avvocati (uno o più) risulta espressamente qualificata come obbligatoria, in tal senso interpretandosi il termine "assistenza".

Il ruolo degli avvocati nell'ambito della negoziazione assistita.

Da quanto esposto emerge l'importanza del ruolo del/dei legali in subiecta materia, vuoi con riferimento agli obblighi di informativa al cliente, come peraltro già previsto in tema di mediazione, con indicazione della possibilità di avvalersi nell'ipotesi in cui sia essa sia facoltativa, previa puntuale specificazione dei casi di obbligatorietà della stessa, obblighi rilevanti anche sotto il profilo disciplinare, vuoi di assistenza nella fase stragiudiziale della convenzione, vuoi di certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni apposte sotto la propria responsabilità professionale.

Peraltro, i legali sono tenuti, una volta raggiunto l'accordo, oltre ad accertare l'autografia delle firme, anche ad attestare la conformità dello stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 5).

Inoltre, è prescritto espressamente che costituisca illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione egli abbia partecipato.

Nell'ambito della negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale dei coniugi, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, l'avvocato è tenuto a trasmettere all'Ufficiale di Stato Civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, entro il termine di dieci giorni, copia autenticata dallo stesso dell'accordo munito di certificazioni, secondo quanto previsto dall'art. 5 "Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione".

A ciò si aggiungano gli obblighi dei difensori i quali, oltre a non poter essere nominati arbitri ex art. 810 c.p.c. nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse, sono tenuti a comportarsi con lealtà e a rispettare il vincolo di segretezza sulle informazioni acquisite durante l'iter procedimentale stragiudiziale che ci occupa, informazioni che è fatto veto siano utilizzate nel corso del giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

Va ulteriormente rilevato come gli avvocati (e coloro che partecipano al procedimento) non possano essere tenuti a deporre in ordine al contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite (cfr. art. 9).

In sintesi, quindi, come specificato dal legislatore, qualora il difensore violi i doveri prescritti di lealtà e riservatezza come enunciati nel citato articolo, sarà passibile di procedimento disciplinare, nell'ipotesi in cui, invece, impugni l'accordo cui abbia partecipato, tale comportamento costituirà illecito deontologico.

L'iter procedimentale e gli aspetti formali.

Passando, quindi, all'iter procedimentale, va rilevato che esso principia con l'informativa da parte dell'avvocato al proprio assistito del diritto di avvalersi del nuovo istituto, con specificazione delle ipotesi in cui esso sia obbligatoriamente prescritto ex lege, rispetto ai casi di facoltatività nella scelta dello strumento de quo; a ciò segue l'invito formale della parte tramite il proprio legale rivolto alla controparte mirante alla stipulazione della c.d. convenzione di negoziazione, definita ed intesa quale cooperazione inter partes e con l'assistenza legale, al fine di risolvere in via amichevole una controversia vertente su diritti disponibili, ferma restando l'esclusione dell'applicazione ai procedimenti di ingiunzione, inclusa la fase di opposizione, di A.T.P., di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, a quelli in camera di consiglio ed, infine, di azione civile esercitata nel processo penale.

Tale invito, debitamente sottoscritto, deve riportare l'indicazione dell'oggetto della controversia, in aggiunta all'espresso avvertimento che, in caso di mancata risposta allo stesso nel termine di trenta giorni, o di rifiuto, tale contegno costituirà motivo di valutazione da parte del giudicante adito, ai

fini dell'addebito delle spese di causa, della condanna al risarcimento dei danni per temerarietà della lite secondo il disposto dell'art. 96 c.p.c., nonché di esecuzione provvisoria ex art. 642 c.p.c.

Da notare che la certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito avviene ad opera del legale che lo formula.

Ciò posto, qualora la negoziazione abbia esito negativo, gli avvocati designati saranno tenuti a redigere dichiarazione attestante il mancato raggiungimento di un accordo fra le parti, mentre in caso di esito positivo, l'accordo dovrà essere sottoscritto sia dalle parti, sia dagli avvocati che le hanno assistite, i quali in aggiunta, avranno l'onere di certificare, oltre che l'autografia delle firme, anche la conformità delle stesse alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Peraltro, va rilevata l'importanza di tale accordo costituendo il predetto titolo esecutivo e per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale di cui all'art. 2818 c.c.

Peraltro, si è accennato al fatto che la negoziazione assistita, oltre che facoltativa, rimessa quindi, alla libera scelta delle parti secondo opportunità, può essere anche obbligatoria nelle ipotesi prescritte dal legislatore, risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, domande di pagamento a qualsivoglia titolo di somme di denaro non eccedenti l'importo di euro 50.000, purché non relative ai casi di mediazione obbligatoria, dal legislatore espressamente fatti salvi.

Orbene, in queste ipotesi l'esperimento del procedimento in esame risulta qualificabile come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Pertanto, va specificato che qualora la negoziazione assistita non si sia ancora conclusa, pur essendo già principiata, nel momento di proposizione della domanda in giudizio, il giudice fisserà l'udienza successiva dopo la scadenza del termine stabilito dalle parti per la durata della procedura nella convenzione di negoziazione; qualora, invece, la negoziazione non sia stata proprio esperita, il giudicante, in aggiunta comunque alla fissazione dell'udienza successiva, sarebbe tenuto ad assegnare alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito, affinché sia soddisfatta la condizione di procedibilità, ciò che potrà dirsi, peraltro, anche in caso di mancata risposta all'invito, con comportamento che sarà valutabile per quanto attiene alle spese del giudizio, alla esecutività e alla temerarietà della lite.

Seguiranno le formalità indicate all'art. 5 norm. cit. per la trascrizione dell'accordo.

Da ultimo, non può essere sottaciuto come la convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati sia prescritta anche per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del vincolo matrimoniale, nonché delle condizioni di separazione o di divorzio.

Nell'ipotesi in cui non vi sia prole (figli minori, maggiorenni ma incapaci ovvero portatori di handicap grave), l'accordo si come raggiunto in sede di negoziazione assistita, va trasmesso al

procuratore della Repubblica presso il Tribunale, competente, che, come prescritto dall'art. 6, se non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nulla osta per gli adempimenti previsti all'art. 3. In presenza di prole, sì come indicata supra, l'accordo raggiunto a seguito della convenzione va trasmesso entro il termine di dieci giorni al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, il quale, se reputa l'accordo rispondente all'interesse dei figli che va preliminarmente preso in considerazione e tutelato, lo autorizza, in caso contrario lo trasmette entro cinque giorni al Presidente del tribunale che fissa entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo (cfr. art. 6).

Infine, si significa che l'accordo in cui i legali devono dare atto di aver esperito il tentativo di conciliazione tra le parti, informandole della possibilità del ricorso alla mediazione familiare, una volta autorizzato, viene espressamente equiparato ai provvedimenti giudiziali che definiscono gli indicati procedimenti in tema di separazione e scioglimento degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione e divorzio.

L'avvocato di parte è tenuto alla trasmissione di copia autentica munita delle relative certificazioni, entro dieci giorni all'Ufficiale di Stato Civile del Comune in cui il matrimonio era stato iscritto o trascritto, per la trascrizione nei relativi, le annotazioni sull'atto di matrimonio e di nascita, le comunicazioni all'Ufficio dell'anagrafe.

Il tutto, in ipotesi di non espletamento o non completo assolvimento degli oneri formali di cui sopra, pena l'applicazione di sanzione amministrativa pecuniaria ricompresa tra i duemila ed i diecimila euro.

Per quanto concerne l'aspetto più strettamente economico, relativo, quindi, ai costi della procedura sin qui esaminata, seppur per sommi capi e senza pretesa in detta sede, di esaustività, va rilevato che, essendo prevista l'assistenza degli avvocati, le parti saranno tenute a corrispondere ai relativi professionisti il compenso dovuto per l'attività espletata.

Si segnala, tuttavia, che qualora la parte si trovi nella condizione per l'ammissione al patrocinio a spese dello stato e nell'ipotesi in cui il ricorso all'istituto della negoziazione non sia rimesso alla libera scelta della stessa, ma sia invece, obbligatorio, in tal caso la predetta non sarà tenuta al pagamento di alcunché.

Se, poi, il compenso non è stato previsto e stabilito anteriormente, nella fase iniziale della procedura, esso verrà determinato secondo i criteri fissati dal Ministero della Giustizia di concerto con il C.N.F.

Elena Munarini

