

## GLI AUTORI

### Curatori e Coautori

**Giampaolo Di Marco**, Avvocato. Collabora con la cattedra di Diritto Privato dell'Università degli Studi di Bologna. Mediatore e Formatore nella mediazione ex d.lgs. n. 28/2010 e d.m. n. 180/2010. Autore di varie pubblicazioni in materia civile e nel settore delle soluzioni alternative delle liti per le maggiori riviste giuridiche e case editrici.

**Maria Sichetti**, Avvocato. Dottore di Ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi dei Trasporti e della Logistica. Mediatore. Autore di varie pubblicazioni nelle materie del diritto civile per le maggiori riviste giuridiche e case editrici.

### Autori

**Carlo Berti**, Avvocato. Professore associato di Diritto Privato presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bologna.

**Silvio Campidelli**, Avvocato. Cultore della materia di Diritto Privato presso l'Università di Bologna. Autore di numerosi articoli nelle maggiori riviste giuridiche.

**Massimo Libri**, Avvocato. Vice Coordinatore per il Settore Penale dell'Ufficio del Giudice di Pace di Bologna. Relatore alla Scuola Superiore della Magistratura in materia d'immigrazione. Componente della Struttura Territoriale del Distretto di Bologna della SSM.

## PREFAZIONE

L'opera che mi accingo a presentare costituisce un utilissimo compendio teorico-pratico di tutte le forme alternative di soluzione delle controversie che si riscontrano oggi nel nostro Ordinamento, le quali vengono passate in un'efficace rassegna, ordinata prima per tipologia di approccio al contenzioso e poi per alcuni ambiti di attività specifici, come in materia amministrativa, tributaria, penale e delle crisi d'impresa.

La soluzione alternativa delle liti rappresenta oggi, finalmente, una realtà del nostro sistema, nonostante le molteplici difficoltà che si sono riscontrate nell'introduzione dei diversi istituti e gli errori commessi dal legislatore, che non hanno mancato di provocare censure di incostituzionalità, oltre ad aver sollevato alcune significative resistenze nella categoria forense, principalmente interessata alle riforme in atto.

Il nostro sistema giustizia rimane fortemente improntato ad una logica di soluzione del contenzioso etero diretta, nel contesto tradizionale della decisione del giudice dello Stato, come se l'aggiudicazione di un terzo soggetto (pubblico) fosse da ritenersi un esito naturale del contenzioso. Ciò ha portato al consolidamento di una cultura, soprattutto professionale, tutta ispirata alla giurisdizione statale, senza alcuna considerazione di valenza scientifica, etica e culturale per le soluzioni negoziali, totalmente ignorate nella maggior parte dei programmi accademici (ed ancor prima scolastici), al punto che i giovani giuristi ancora oggi escono dalle università privi di qualsivoglia specifica formazione ed attitudine rispetto ad un approccio negoziale alla soluzione di una lite.

Le transazioni – intese come contratti che pongono fine da una controversia – sono sempre state praticate in ambito forense, ma spesso soltanto in corso di causa, magari in uno stadio piuttosto avanzato della stessa, quando si è perso inutilmente troppo tempo per un utile ed efficiente ricorso agli strumenti alternativi.

La negoziazione assistita e la mediazione sono un'altra cosa e rispondono ad una logica di ricerca della migliore soluzione alla controversia, non un ripiego ad un'inevitabile lungaggine giudiziale e non di certo un accordo strappato a chi sta perdendo una causa, perché ormai compromessa in fase istruttoria.

Il legislatore nazionale, in questo contesto, ha ben pensato di introdurre delle nuove procedure alternative, tuttavia lo ha fatto sempre con l'obiettivo primario della deflazione del contenzioso, al fine di scoraggiare l'accesso alla giurisdizione, ritenuta oramai una risorsa scarsa e costosa. Tale approccio di imposizione obbli-

gatoria di filtri pre-contenziosi, come nel caso della mediazione (ma oggi anche della negoziazione assistita), è stato più volte tacciato di incidere sul diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione.

Al di là dell'approccio discutibile, la questione di compatibilità costituzionale sembra essere stata definitivamente risolta con la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 5230/2015, la quale, intervenendo sulla impugnazione del decreto attuativo (DM 180/2010) della mediazione civile, ha ritenuto di non "rinvenire manifesti e significativi profili di violazione dell'art. 24 Cost. ovvero di altri parametri di rango costituzionale", soprattutto laddove il legislatore nazionale ha oggi previsto come obbligatorio soltanto un primo incontro delle parti con il mediatore, lasciando poi le stesse libere di avvalersi o meno della mediazione.

Con la citata pronuncia, si è riconosciuto, pertanto, in linea con alcune precedenti pronunce costituzionali, che l'accesso alla giurisdizione possa essere ragionevolmente condizionato – non certamente ostacolato – dall'obbligo preventivo di un confronto delle parti di fronte ad un mediatore, non particolarmente vessatorio, e ciò al fine di evitare che accedano inutilmente dinanzi ad un giudice controversie che potrebbero essere efficacemente composte in via negoziale o mediativa. Con l'attuale modello italiano, si è forse trovato un giusto compromesso tra l'esigenza di stimolare e responsabilizzare le parti verso una composizione autonoma della lite e l'altrettanto giusta esigenza di non ostacolare l'accesso alla giurisdizione.

Fin qui il disegno normativo e i tentativi legislativi di contenere l'eccessivo carico giudiziario.

Ma accanto a questo, resta ancora da implementare l'aspetto culturale, favorendo un approccio maturo e consapevole dei cittadini, delle imprese e delle pubbliche amministrazioni alla risoluzione alternativa dei conflitti, soprattutto attraverso un adeguato impulso da parte delle categorie professionali, a cominciare da quella forse. D'altro canto, se l'accesso alla giurisdizione deve essere necessariamente filtrato dall'assistenza di un avvocato, è lo stesso professionista che può efficacemente indirizzare il proprio cliente verso percorsi alternativi, magari perché più congeniali a quella specifica vertenza.

Sotto questo profilo, è bene che si comprenda adeguatamente la natura, la funzionalità e l'efficacia di ogni singolo metodo di risoluzione alternativa, ciò che molti professionisti non hanno ancora compreso e che anche il nostro legislatore ha ampiamente sottovalutato.

La presente opera è particolarmente efficace nel rappresentare proprio le connotazioni fondamentali dei diversi strumenti alternativi, anche sul piano prettamente pratico, in una progressione di efficacia dell'intervento, partendo dalla negoziazione assistita, fino alla mediazione e all'arbitrato.

E invero, volendo individuare una visione organica della riforma della giustizia civile – che tuttavia si fatica a rintracciare, a causa di troppi interventi "spot" – si dovrebbe partire proprio dalla valorizzazione, in prima battuta, della volontà delle parti nella soluzione della controversia, le quali ultime sono le migliori interpreti

dei loro stessi interessi e delle diverse priorità di soddisfazione degli stessi. Pertanto, il primo approccio da perseguire dovrebbe essere sempre quello negoziale, laddove vi sia un minimo di interesse dei litiganti a confrontarsi.

A ben vedere, non è nemmeno corretto che tale approccio debba essere necessariamente qualificato come alternativo; lo è, per convenzione, rispetto alla giurisdizione, solo perché questa viene percepita come la soluzione “naturale” di una controversia, ma in termini di idoneità, rapidità, efficienza ed economicità, la composizione autonoma delle parti dovrebbe essere semplicemente riguardata (e favorita) come la soluzione più “appropriata” e quindi la prima da ricercare. In questa visione, la cosiddetta “degiurisdizionalizzazione”, tanto perseguita dal legislatore, finirebbe per essere una mera e positiva conseguenza, non una minaccia per chi legittimamente decide di andare in giudizio, ma una ragionevole gradazione dei migliori strumenti per comporre una lite: una giustizia con una pluralità di porte di accesso, tra le quali le parti sono chiamate ad individuare la migliore.

Di certo, una sana induzione alla composizione consensuale serve per responsabilizzare i litiganti, laddove il ricorso alla giurisdizione possa essere evitato. Sotto questo profilo, il meccanismo della condizione di procedibilità oggi previsto per la negoziazione assistita sembra essere un po’ debole, in quanto non richiede nemmeno l’obbligo di un confronto effettivo tra le parti. Molto più pregnante ed efficace appare essere la condizione di procedibilità della mediazione, ove l’incontro obbligatorio con il mediatore costituisce un momento di riflessione e di responsabilizzazione per le parti e per i loro avvocati.

Per capire, tuttavia, la differenza essenziale di funzionamento tra la negoziazione e la mediazione (in quella sequenza logica ben descritta dalla presente opera), è opportuno comprendere l’importanza dell’intervento del mediatore, che non è evidentemente un mero certificatore, ma al contrario svolge un fondamentale ruolo, tra gli altri, di intermediario nel flusso di informazioni intercorrenti tra le parti, spesso viziato e lacunoso, oltre che di facilitatore neutrale nella ricerca di una soluzione adeguata alla lite. Nella gradazione degli strumenti alternativi, la mediazione, pur restando in un alveo di assoluta consensualità, contiene un *quid pluris*, che la rende più efficace, allorquando la semplice negoziazione diretta tra le parti, anche se assistite da un avvocato, non appare sufficiente. Di tutto ciò è bene essere consapevoli nel valutare lo strumento più idoneo.

Con l’arbitrato, sia pure in un contesto di giustizia privata più rapida e spesso più mirata, la soluzione non è più rimessa alla volontà delle parti, ma alla aggiudicazione di un terzo soggetto, singolo o collegiale. Come tale, la procedura arbitrale, anche in ragione dei diversi costi rispetto alla mediazione, si attaglia soltanto ad alcune tipologie di controversie, laddove il valore degli interessi in gioco meriti il ricorso ad uno strumento più complesso e vincolante, ma inevitabilmente più costoso.

Con la nuova forma di arbitrato cosiddetto “endoprocessuale” (di cui al D.L.132/2014), si è cercato di favorire persino l’uscita dal processo in corso, ricorrendo al giudizio privato di un arbitro. Tuttavia, per la buona riuscita di una simile

previsione, si dovrà tenere ben presente che il ricorso all'arbitrato non può prescindere dalla volontà di tutte le parti coinvolte, tanto è vero – non a caso – che la quasi totalità delle procedure arbitrali nasce dal preventivo inserimento nel contratto di una clausola arbitrale, ben prima che insorga la lite. Se, pertanto, deve ritenersi ben auspicabile una maggiore diffusione dell'arbitrato, ancora una volta il legislatore dovrebbe comprendere meglio le dinamiche sottese al funzionamento dei sistemi di giustizia alternativa.

Il *favor* legislativo per le soluzioni extragiudiziali, ed in particolare per quelle consensuali, ha finito per permeare anche altri ambiti di attività, quali quello amministrativo, tributario, penale e, da ultimo, anche quello delle crisi d'impresa. Come sarà ben illustrato in questa opera, molto diversi sono gli approcci, rispetto alla materia civile e commerciale, ma c'è una filosofia di fondo comune a tutti questi interventi, rintracciabile proprio nella valorizzazione dell'autonomia privata e, più in generale, nella ricerca di una soluzione condivisa tra i soggetti coinvolti o, come in materia amministrativa e tributaria, persino con la pubblica amministrazione, che troppo spesso sottovaluta la percorribilità di queste soluzioni.

In tutto questo contesto, l'opera dell'avvocato, al quale la presente trattazione è particolarmente rivolta, avrà un'importanza fondamentale, in quanto presidio di garanzia per la parte che, in un ambito di consensualità, potrebbe altrimenti finire per subire un accordo magari poco equilibrato, se non addirittura vessatorio. Compito dell'avvocato sarà sempre quello di garantire la piena consapevolezza della parte sulla consistenza della propria posizione giuridica e sulla convenienza di una determinata composizione bonaria, con la certezza che soltanto una categoria professionale adeguatamente preparata potrà costituire un buon volano per la giustizia alternativa, in una logica collaborativa, prima ancora che avversariale.

ANGELO SANTI

*Avvocato-Mediatore*

*Componente esterno della Commissione ADR  
presso il Consiglio Nazionale Forense*

## PRESENTAZIONE

Il recente tumulto normativo che ha investito la Giustizia in Italia ha evidenziato un'inversione di tendenza del legislatore il quale tenta di rendere il "servizio pubblico Giustizia" in forma bifasica.

In futuro si potranno, infatti, da un lato delle forme di risoluzione alternativa su base "laica" (negoziata assistita, arbitrato, mediazione civile e commerciale ecc.) e gestite fuori dal "circuito" della giurisdizione da professionisti, associazioni ecc., salvo interventi *ex post* di controllo e/o rivisitazione delle soluzioni private e, dall'altro, poi, si continueranno ad avere i tradizionali rimedi giurisdizionali seppur riformati per essere resi (si spera) più celeri (tuttavia più costosi), benché concepiti come *extrema ratio* della soluzione della "patologia" legale.

Tale soluzione non investe solo il diritto civile, ma è accompagnata da scelte identiche in tutti i settori del diritto: dal diritto tributario, al diritto amministrativo, dal diritto penale cd. minore (quello di competenza del Giudice di Pace), al diritto societario e della crisi d'impresa.

A ciò aggiungasi che il nuovo sistema porta con sé il cambiamento di molte professioni (in particolare quella forense), le quali, ove incapaci di cogliere tale cambiamento, rischiano di perdere per sempre la connotazione intellettuale che le ha caratterizzate (ed "ingessate") per decenni, per trasformarsi in mero "servizio".

Cogliere l'occasione del cambiamento, quindi, esserne parte attiva e costruttiva, significa conservare anche nel sistema della cd. giustizia alternativa i tratti propri e caratteristici delle professioni intellettuali: preparazione adeguata, capacità organizzativa, individuazione della migliore soluzione possibile per il caso concreto.

Il Testo vuole tentare un approccio unitario al sistema alternativo di risoluzione delle controversie racchiudendo in un'unica opera gli istituti, vecchi e nuovi, maggiormente utilizzati, accompagnandoli dalle formule, dalle relative norme e dalle "parole" dei documenti utili all'accesso alla giustizia cd. alternativa, non senza, ovviamente, una discorsiva presentazione dell'istituto di riferimento.

In calce alla trattazione del singolo istituto verranno inserite, inoltre, le pronunce giurisprudenziali più recenti inerenti l'istituto di volta in volta trattato, nonché diagrammi di flusso e/o tabelle, in modo da agevolare il lettore nell'apprendimento di concetti fondamentali.

Il testo, poi, accompagnato da uno strumento di utilizzazione in formato elet-

#### XXIV PRESENTAZIONE

tronico (cd-rom – piattaforma on-line, ecc.) consentire la massima utilizzabilità delle formule e di tutti i documenti inseriti nei testi (massime, circolari, testi di legge, ecc.).

I Curatori

## CAPITOLO I

# DALLA GIUSTIZIA ALTERNATIVA ALLA DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE

di *Giampaolo Di Marco e Maria Sichetti*

### SOMMARIO

1. La c.d. “degiurisdizionalizzazione”. – 2. La *translatio iudicii*. –  
3. L’introduzione della negoziazione assistita. – 4. Altre misure  
di definizione dell’arretrato civile. – *Schemi*.

### 1. La c.d. “degiurisdizionalizzazione”

Con una parola nuova da inserire nel vocabolario della lingua italiana, il legislatore ha inteso definire il suo recente intervento sulla giustizia civile.

Ci riferiamo alla parola “degiurisdizionalizzazione”.

Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162) recante “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*”, è stato approvato con il precipuo scopo di aggiungere un ulteriore strumento atto a consentire la risoluzione delle controversie in forma autonoma, seppur con l’ausilio (*rectius*: assistenza) degli avvocati.

Di qui l’opportunità di alcune considerazioni per valutare l’effettiva incidenza che l’istituto possa avere sull’attuale sistema della giustizia civile del nostro Paese, soprattutto in termini di maggiore efficienza della risposta di giustizia che da anni il Paese stesso attende.

Il provvedimento si è articolato su quattro diverse tipologie di intervento:

- a) eliminazione dell’arretrato;
- b) trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti;
- c) introduzione della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati;
- d) semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio.

A distanza di un anno, tuttavia, la riforma non sembra avere dato buona prova di sé, salvo che nel settore delle separazioni e dei divorzi, dove si sono registrati sensibili miglioramenti in termini di durata dei rispettivi procedimenti.

## 2. La *translatio iudicii*

Lo stesso provvedimento contiene poi una serie di altre misure di carattere ordinamentale per accrescere la funzionalità del processo civile di cognizione.

Per l'eliminazione dell'arretrato il decreto legge prevede che le parti di un processo civile di primo o secondo grado (pendenti davanti al tribunale o alla corte d'appello), che non abbia ad oggetto diritti indisponibili e non verta in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, possono richiedere il trasferimento davanti a un collegio arbitrale della controversia, secondo le disposizioni del codice di procedura civile, fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale, stabilendo altresì che il lodo abbia gli stessi effetti della sentenza.

Tale misura, con molta probabilità, è destinata a rimanere sulla carta e, quindi, priva di un'effettiva ed efficace applicazione.

A tutt'oggi, anche nei maggiori uffici giudiziari del Paese, non sono noti trasferimenti in sede arbitrale di controversie.

Il meccanismo di funzionamento dell'istituto, è apparentemente semplice e snello: il collegio arbitrale è individuato dalle parti o, in mancanza di accordo, dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati del circondario tra gli avvocati che abbiano dato la loro disponibilità ad assumere la funzione di arbitro.

Sono semplificati alcuni passaggi della procedura, soprattutto per quanto riguarda la scelta degli arbitri e la durata del giudizio (da concludere entro il termine massimo di 120 giorni, essendo in alternativa previsto l'obbligo di riassunzione della causa davanti al giudice).

L'idea di ricorrere all'istituto arbitrale ed in generale a forme di risoluzione alternativa delle controversie potrebbe certamente rappresentare il superamento della cultura giuridica che per anni ha riconosciuto, nel nostro sistema ordinamentale, una sostanziale centralità dello Stato anche nella giurisdizione civile, centralità che è andata ben oltre il naturale esercizio del potere giudiziario nell'ambito della tripartizione dei poteri statali<sup>1</sup>.

Occorre rilevare, a questo riguardo, il mutamento interpretativo della Corte di Cassazione, proprio in ordine alla natura giuridica, privata o giurisdizionale, dell'arbitrato.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con ord. 25 ottobre 2013, n. 24153 sono state chiamate ad esprimere il proprio indirizzo circa la natura giurisdizionale o meno dell'attività degli arbitri<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per un'analisi dei rapporti tra arbitrato, conciliazione e ADR sia consentito rinviare a: G. DI MARCO, *Autonomia contrattuale e forme alternative di risoluzione delle controversie*, in TAR, 2004, II, p. 327 ss.

<sup>2</sup> Cass. civ., SS.UU., ord. 25 ottobre 2013 n. 24153, in *Foro it.*, 2013, n. 12, I, c. 3416 ed ivi ampi richiami ai precedenti giurisprudenziali. In tale sentenza la Corte ha rilevato che "con la riforma attuata con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica". Si veda anche Corte cost., sent. 19 luglio 2013 n. 223, in [www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza](http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza).

La Corte fino alla suindicata pronuncia riteneva<sup>3</sup> che la pronuncia arbitrale avesse assunto natura di atto di autonomia privata quale deroga alla giurisdizione.

La soluzione in chiave negoziale del lodo arbitrale nell'arbitrato (rituale) aveva avuto molteplici conseguenze, sostanziali, processuali e interpretative quali ad esempio quella di far ritenere inammissibile il regolamento di competenza.

Con la recente pronuncia del 2013 la Corte ritiene che l'affidamento della controversia ad arbitri non implica necessariamente il ricondurre in ambito negoziale il relativo procedimento.

Afferma la Corte, infatti, che è possibile trarre la conclusione che, come regola, la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo «a tutela dei propri diritti» davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalle legge, in presenza di determinate garanzie. L'autonomia delle parti si manifesta qui, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell'arbitrato "contrattuale") come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull'esercizio del potere di azione che a quel diritto è connesso.

L'autonomia delle parti, nel settore dei diritti disponibili, opera come presupposto del potere, loro attribuito, di far decidere controversie ad arbitri privati, nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'ordinamento giuridico.

Viene naturale osservare che la funzione giurisdizionale, salvo quella che è espressione della potestà punitiva, è tale non perché realizzata nell'ambito della organizzazione statale, ma intrinsecamente, perché conforme a un processo considerato "giusto", cioè a un processo del settore civile che, fuori dall'ordinamento giudiziario statale, può avere anche una parziale, diversa autoregolamentazione delle sue fasi decisionali, sempre che sia rispettosa dei principi costituzionali (contraddittorio, difesa, motivazione) e dei principi sostanziali di natura inderogabile che caratterizzano l'ordinamento.

Le criticità dell'istituto del trasferimento in sede arbitrale delle controversie possono essere riassunte in pochi punti:

1. il legislatore non ha chiarito quali siano i poteri del collegio arbitrale. Le disposizioni normative si limitano, infatti, ad affermare che il trasferimento al collegio arbitrale lascia fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale, ma non dicono se gli arbitri abbiano piena disponibilità della controversia o se debbano muoversi nell'ambito delineato dallo stato processuale raggiunto;
2. il trasferimento in arbitri non elimina, tuttavia, un possibile ritorno della controversia nell'ambito della giurisdizione pubblica. La controversia potrebbe avere nuovamente uno sfogo giudiziale, nel caso di impugnazione del lodo ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c.;
3. non viene chiarito quale possa essere il beneficio per la parte vittoriosa in pri-

---

<sup>3</sup> Cass. civ., SS.UU., 3 agosto 2000, n. 527, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 761.

mo grado a trasferire in sede arbitrale l'appello, soprattutto in assenza dei chiarimenti di cui al punto 1 che precede;

4. il costo del processo arbitrale potrebbe scoraggiare ulteriormente il ricorso all'istituto. I compensi del collegio arbitrale, infatti, anche temperati dalla possibilità offerta dalla legge di limitarne i compensi con decreto ministeriale, rappresentano pur sempre un costo ulteriore a quello della ordinaria difesa processuale.

In definitiva, un insieme di errori compiuti dal legislatore nella formulazione delle disposizioni normative in tema di *translatio iudicii*, unitamente ai conseguenti condizionamenti che deriveranno da tale infelice formulazione, potrebbero causare uno scarso successo deflattivo della misura adottata.

Sia sufficiente ricordare l'esperienza maturata nella materia del lavoro.

Il legislatore, infatti, in tale settore, assieme agli strumenti negoziali previsti dai contratti collettivi (art. 412-*ter* c.p.c.), aveva previsto un'articolata (e per alcuni versi semplificata) disciplina di risoluzione arbitrale della controversia (artt. 412 e 412-*quater* c.p.c.), la quale per motivi simili a quelli evidenziati oggi, non ha dato luogo a significativi effetti deflattivi.

### 3. L'introduzione della negoziazione assistita

Diverso discorso, almeno in termini di novità, può essere fatto per la procedura di negoziazione assistita introdotta dagli artt. 2 ss., d.l. n. 132/2014<sup>4</sup>.

In realtà, secondo la rubrica della norma, recante "*Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato*", nonché in base alla definizione data dal legislatore "*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 anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96*", siamo di fronte ad un vero e proprio contratto per la risoluzione delle controversie, simile a quelli già presenti nel nostro ordinamento siano essi tipici, come la transazione, o atipici, come l'accordo di conciliazione.

In altri Paesi europei, come ad es. la Francia, l'istituto della negoziazione ha già dato buona prova di sé.

Nel sistema francese, l'istituto consente alle parti di risolvere la controversia mediante un accordo con cui convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia, che non abbia a oggetto diritti indisponibili, tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo.

---

<sup>4</sup> Per una panoramica sull'istituto della negoziazione assistita si vedano tra gli altri, G. DOSI, *La negoziazione assistita da Avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014; A. DIDONE (a cura di), *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, Giuffrè, Milano, 2015; G. FREZZA, 'Degiurisdizionalizzazione', *negoziazione assistita e trascrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 18 ss.

Il carattere innovativo dell'istituto nel nostro Paese risiede nella centralità del ruolo dell'Avvocato, nella valorizzazione della sua capacità a svolgere funzioni conciliative e, infine, nella previsione che l'accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5, commi 1 e 2).

Il nuovo istituto, di indubbio carattere deflattivo del contenzioso civile giudiziale, impone un forte impegno della classe forense, la quale dovrà acquisire la consapevolezza del ruolo assegnato dalla legge ai difensori e attivare una concreta azione collaborativa.

L'avvocato, come nella mediazione, anche nella negoziazione assistita, assume un ruolo centrale come quello che la *ratio* dei procedimenti di ADR affida alle parti in conflitto: un ruolo strategico, volto alla compartecipazione attiva nella gestione dei conflitti non solo sul piano degli scambi comunicativi, ma soprattutto degli aspetti fattuali e giuridici della vicenda.

Il successo della negoziazione assistita dipenderà in larga misura dalla preparazione del cliente da parte dell'avvocato che lo informerà prima e lo assisterà, poi, nel corso del procedimento di espansione dell'autonomia privata nella fase patologica del rapporto.

L'avvocato preparerà la strategia negoziale, raccoglierà tutte le informazioni e valuterà tutte le questioni rilevanti che, ove non accuratamente eseguite, potranno certamente influire negativamente sull'esito della procedura.

La fisionomia dell'avvocato nella negoziazione, dunque, non è molto lontana dall'avvocato nel processo: preparazione, serietà, capacità relazionale e, soprattutto, rispetto dei ruoli e della volontà del cliente che, però, nel caso della negoziazione, sarà maggiormente consapevole.

A tali caratteri innovativi e peculiari, si accompagna un comprensibile obbligo di contenere la procedura conciliativa entro limiti temporali concordati quale garanzia di celerità dello strumento convenzionale che non deve ritardare l'eventuale successivo non auspicabile accesso alla giurisdizione pubblica.

In ogni caso, la parte interessata durante la parentesi della procedura conciliativa non rimane del tutto sfornita di tutela giurisdizionale, in quanto nel predetto periodo resta aperta la possibilità di ricorrere al giudice per la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, o per procedere alla trascrizione della domanda giudiziale.

L'introduzione della convenzione di negoziazione giunge a distanza di un anno dalla riforma di un altro istituto di risoluzione alternativa delle controversie: la mediazione, del quale ci occupiamo in altra parte del presente lavoro.

Sembrirebbe, tuttavia, che tale nuovo istituto non incida direttamente sulla mediazione (obbligatoria), ma che si prospetti come alternativo alla stessa anche se fuori dalle materie nelle quali i due strumenti costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La mediazione costituisce, infatti, una forma evoluta della metodologia negoziale diretta per la composizione delle controversie che, forse, avrebbe reso meglio

ove modificata in alcuni aspetti piuttosto che affiancata da un ulteriore istituto in parte simile, ma con effetti diversi.

Ciò che è necessario evidenziare è l'ampliamento dell'autonomia privata nella fase patologica dei rapporti tra le parti che fino ad oggi era sostanzialmente e consapevolmente affidata a terzi, siano essi avvocati, sindacati, consulenti, ecc.

Tale ampliamento dovrebbe indurre, tuttavia, ad un ripensamento del metodo di creazione dei rapporti giuridici ossia indurre le parti a meglio comprendere le conseguenze delle loro iniziative in modo da essere capaci di gestire consapevolmente, seppur con l'ausilio di terzi, la fase patologica dell'insorgendo rapporto giuridico.

Solo in tal modo sarà possibile evitare che la convenzione di negoziazione assistita sia tacciata di incostituzionalità per violazione dei principi fondamentali che tutelano l'autonomia privata (art. 41 Cost.) oltre che quelli di accesso alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

Anche prima dell'intervento normativo in esame le parti erano libere di negoziare i propri diritti (disponibili), ma potevano farlo senza dover essere gravate da obblighi di assistenza alcuna (tantomeno degli avvocati, dei quali si sarebbe potuto prevedere, come suggerito da alcuni, l'intervento – come in mediazione – anche soltanto all'esito dell'accordo ai fini della sua esecutività e/o controllo di legalità) anche nella fase patologica del rapporto.

Obbligare a negoziare, per giunta con l'assistenza di un legale, ritenendo che in alcune controversie tale attività costituisca condizione di procedibilità, potrebbe limitare, anziché ampliare l'autonomia dei privati, senza al contempo offrire agli stessi un percorso alternativo eterodiretto che possa in qualche modo giustificare anche il ritardo nell'accesso alla giurisdizione.

#### 4. Altre misure di definizione dell'arretrato civile

Riassumendo, con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, il legislatore italiano ha adottato misure ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile che si snodano su due fronti:

1. incentivazione delle modalità di definizione extragiudiziaria delle controversie mediante introduzione degli istituti della negoziazione assistita e della *transactio iudicii*;
2. riduzione dei tempi di svolgimento dei processi civili davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, mediante micro-novellazioni del codice di procedura civile, interventi sul codice civile, ed altri interventi.

Sulle prime tipologie di misure abbiamo già in precedenza esposto i tratti caratteristici degli istituti.

In merito alle seconde, trattandosi di interventi su disposizioni sostanziali e processuali non propriamente oggetto del presente lavoro, se non in termini di

rinvio e citazione, ci limitiamo ad una loro indicazione per completezza espositiva:

1. interventi diretti sulla disciplina del processo civile (la modifica dell'art. 92 c.p.c. in tema di compensazione delle spese, l'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c. regolante il passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione, le modifiche delle disposizioni in tema di espropriazione e di esecuzione forzata);
2. modifica dell'art. 1284 c.c., in tema di misura del saggio di interessi;
3. interventi sulla legge 7 ottobre 1969, n. 742 (sulla "*Sospensione dei termini processuali in periodo feriale*");
4. interventi sulla legge 2 aprile 1979, n. 97 (recante "*Norme sullo stato giuridico dei magistrati e sul trattamento economico dei magistrati ordinari e amministrativi, dei magistrati della giustizia militare e degli avvocati dello Stato*").

A conclusione di questo breve *excursus* sulle novità in tema di degiurisdizionalizzazione possiamo affermare che se l'intenzione del legislatore di trasferire il contenzioso civile in sede extragiudiziaria può astrattamente essere condivisa, altrettanto non può dirsi per le modalità con le quali il proposto intervento è stato realizzato.

Sotto tale profilo, infatti, il testo normativo lascia insoddisfatti, risolvendosi in un articolato di disposizioni che, da un lato, sembra apportare ben poco di nuovo e, dall'altro lato, dare adito a dubbi che potrebbero scoraggiarne la concreta applicazione.

In linea teorica, sia la devoluzione ad arbitri della controversia pendente, sia la composizione della controversia mediante negoziazione assistita dagli avvocati, non richiedevano certo l'adozione di un apposito provvedimento normativo per concretizzarne l'attuazione.

Poteva essere sufficiente sfruttare le già esistenti generali disposizioni in materia di arbitrato e di quelle sui contratti, magari valorizzando l'uso degli accordi amichevoli di composizione delle liti ed il ruolo degli avvocati.

In entrambi i casi, invero, si tratta di modalità di risoluzione delle controversie, alternative alla giurisdizione statale, che, rientrando nell'ambito dell'autonomia privata, non abbisognano di specifiche previsioni normative, ma possono essere attuate, sull'accordo delle parti, secondo le modalità rispettivamente prescritte per lo svolgimento dell'arbitrato e per la formazione dei contratti.

In particolare, la c.d. negoziazione assistita, altro non è che una modalità di c.d. negoziazione paritetica, finalizzata alla composizione contrattuale del conflitto, pacificamente rientrante nella sfera di autonomia privata delle parti, e normalmente praticata dalle parti stesse o dai loro difensori, nell'espletamento del mandato professionale a questi conferito.

Allo stesso modo, la possibilità di deferire ad arbitri la controversia, rinunciando all'azione ed abbandonando il giudizio, è senz'altro ammissibile anche in mera applicazione delle norme generali in materia di arbitrato, atteso che la stipulazione di una convenzione compromissoria, ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c., preclude l'azione giudiziaria, mentre la proposizione dell'azione giudiziaria non preclude la successiva stipulazione di un accordo compromissorio.

## SCHEMI

## MISURE DI DEGIURISDIZIONALIZZAZIONE

Adottate con d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162) recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"

<p><b>Decisioni brevi delle cause pendenti mediante l'intervento degli arbitri</b></p>	<p>Nelle cause civili pendenti in primo e secondo grado le parti possono congiuntamente richiedere il procedimento arbitrale, con esclusione delle cause su diritti indisponibili, in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, salva l'ipotesi in cui l'opzione arbitrale sia prevista dai contratti collettivi.</p>
<p><b>Conciliazione con l'assistenza degli avvocati (negoziiazione assistita)</b></p>	<p>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 accrescerne l'efficacia in chiave deflattiva e (per la diversità delle materie) in funzione complementare alla mediazione. È prevista anche una forma di negoziazione assistita obbligatoria che riguarda i casi di danno da circolazione stradale per domande di somme non superiori a 50mila euro. Infine, la negoziazione è estesa a separazioni e divorzi, anche in presenza di figli minori o portatori di handicap grave. Al tempo stesso, i coniugi, senza figli minori o portatori di handicap, possono comparire innanzi all'Ufficiale di stato civile del Comune per concludere un accordo di separazione o di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili o, ancora, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'assistenza dei legali in tal caso non è obbligatoria.</p>
<p><b>Limiti alla compensazione delle spese di lite</b></p>	<p>La compensazione potrà essere disposta dal giudice solo nei casi di soccombenza reciproca ovvero di novità della questione decisa o mutamento della giurisprudenza.</p>
<p><b>Incremento del saggio di interesse moratorio durante la pendenza della lite</b></p>	<p>È previsto un incremento del tasso di interesse moratorio dal momento della proposizione della domanda giudiziale.</p>

(segue)

<b>Ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare</b>	Su istanza del creditore, il Presidente del Tribunale autorizza l'Ufficiale Giudiziario ad accedere in via telematica alle banche dati della PA, anagrafe tributaria, archivio dei rapporti finanziari, PRA, al fine di migliorare l'efficienza dei procedimenti di esecuzione mobiliare presso il debitore e presso terzi in linea con i sistemi ordinamentali di altri Paesi europei.
<b>Trasparenza ed efficienza dei fallimenti dei concordati preventivi</b>	Al fine di consentire al giudice di esercitare un controllo efficace sullo stato delle procedure, il curatore, il liquidatore o il commissario giudiziale hanno l'obbligo di elaborazione e di deposito del rapporto riepilogativo finale, da redigere in conformità a quanto già previsto dalla legge fallimentare.
<b>Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione</b>	Con l'obiettivo di accelerare la definizione dell'enorme arretrato pendente nei tribunali civili, il Giudice monocratico, valutata la complessità della lite e della istruzione probatoria può disporre, previo contraddittorio, il passaggio al rito sommario. La disposizione si applica ai procedimenti introdotti a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione. La norma riguarda esclusivamente le cause introdotte con rito ordinario di cognizione di competenza del tribunale monocratico.
<b>Riduzione dei termini di sospensione feriale dei procedimenti</b>	La sospensione dei termini processuali inizierà, pertanto, il 1° agosto e terminerà il 31 agosto di ogni anno e non più il 15 settembre come accaduto sino ad oggi. Naturalmente, ove il decorso del termine processuale cada durante il periodo di sospensione feriale il suo inizio è differito al 1° settembre.