

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

Commento al d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014

(a cura di I. BADARACCO - S. PALOMBI - L.VECCHIONE)

INDICE

CAP. 1. La negoziazione assistita (LEONARDO VECCHIONE)

- Par. 1. Il procedimento e le sue forme pag. 3
- Par. 2. L'accordo e la sua esecutività..... pag. 9
- Par. 3. Il compenso dell'avvocato nella negoziazione assistita..... pag. 10
- Par. 4. Le formule pag. 11

CAP. 2. La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio (SERENA PALOMBI)

- Par. 1. La negoziazione assistita nei procedimenti in materia di separazione e divorzio pag. 17
- Par. 2. La procedura di richiesta congiunta di separazione e divorzio innanzi alla ufficiale di stato civile..... pag. 22
- Par. 3. Le formule pag. 22

CAP. 3. Il ruolo dell'Avvocato nella negoziazione assistita: profili professionali e deontologici (IRENE BADARACCO)

- Par. 1. Considerazioni preliminari..... pag. 29
- Par. 2. Commento alle disposizioni contenute nel capo II del d.l. 132/2014 (convertito con modificazioni in l. 162/2014 – G.U. n. 212, del 12 settembre 2014), con particolare riguardo al ruolo e agli obblighi professionali e deontologici dell'Avvocato nella negoziazione assistita pag. 31

CAP. 1. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA

(LEONARDO VECCHIONE – *Avvocato in Roma*)

Par. 1. Il procedimento e le sue forme.

La procedura di negoziazione assistita da un avvocato è stata introdotta nel nostro ordinamento dal decreto legge n. 132/2014 recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*", convertito con modificazioni in legge n. 162/2014. La disciplina entra in vigore il 9 febbraio 2015.

La *ratio* del legislatore è quella di favorire la risoluzione in via stragiudiziale dei conflitti e delle controversie già insorte ed insorgende mediante l'introduzione di disposizioni idonee a consentire, da un lato, la riduzione del contenzioso civile, attraverso la possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria¹, d'altro lato, la promozione, in sede stragiudiziale, di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo.

Il tentativo di "contrattualizzazione della giustizia", che già permea gli ordinamenti anglosassoni e che ha avuto un buon riscontro nell'ambito

¹ L'art 1 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 prevede che: "*Nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.*

Tale facoltà è consentita altresì nelle cause vertenti su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. Per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, nei casi in cui sia parte del giudizio una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro trenta giorni dalla richiesta".

commerciale, è senza dubbio ispirato alla ricerca di una soluzione all'incertezza del diritto causata dall'eccessiva durata dei processi.

La convenzione di negoziazione assistita² da uno o più avvocati³ è, ai sensi dell'art. 2 del decreto legge in esame *“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”*⁴.

Si possono distinguere due forme di negoziazione assistita:

- **negoziazione facoltativa “c.d. volontaria”;**
- **negoziazione obbligatoria.**

La negoziazione assistita obbligatoria comporta l'obbligo di invitare, tramite un avvocato, la parte nei confronti della quale si vuole far valere un diritto a stipulare una convenzione di negoziazione assistita.

Con riferimento al **contenuto della convenzione di negoziazione**, la stessa deve precisare (art. 2, comma 2):

- a) il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo tra le parti;
- b) l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro.

Il successivo comma 3 disciplina, invece, la **durata del procedimento** prevedendo che la convenzione è conclusa per un periodo di tempo

² La convenzione di negoziazione assistita è un vero e proprio contratto tipico concluso dalle parti e sottoscritto dagli avvocati il cui schema prevede un oggetto (l'impegno a cooperare con buona fede e lealtà), una causa (il tentativo di risolvere in via amichevole una controversia) e una forma (scritta *ad substantiam*).

³ E' avviso di chi scrive che a tutela degli interessi soggetti la negoziazione possa svolgersi solo con l'assistenza di un almeno un legale per ciascuna parte o gruppo di parti che perseguono i medesimi interessi anche se la legge non è chiara al riguardo e astrattamente potrebbe prevedere che sia soltanto una delle parti ad essere assistita nel procedimento di negoziazione. Il convincimento dello scrivente scaturisce dal primo capoverso dell'art. 2 del decreto che stabilisce che la convenzione è diretta a risolvere in via amichevole la controversia *“tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo”*.

⁴ Anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96.

determinato dalle parti, fermo restando il termine di cui al comma 2, lettera a).

Per quanto concerne la **forma** (art. 2, commi 5 e 6) la convenzione di negoziazione deve rivestire, a pena di nullità, la forma scritta e deve essere conclusa alla presenza di uno o più avvocati che dovranno, inoltre, certificare l'autografia delle sottoscrizioni apposte sotto la propria responsabilità professionale.

Il decreto legge in commento sancisce, poi, all'art. 2 comma 7, il dovere deontologico degli avvocati di informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

L'ambito di applicazione della negoziazione assistita obbligatoria è delimitato dall'art. 3 del provvedimento in commento che, a pena di improcedibilità della domanda, impone l'obbligo di avvio della procedura in capo a chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, a chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro.

Con riferimento alla negoziazione assistita facoltativa va osservato che la stessa non è esperibile laddove abbia ad oggetto diritti indisponibili ovvero diritti del prestatore di lavoro.

L'improcedibilità della domanda deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Il giudice quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, rinvia fissando l'udienza successiva dopo la scadenza del termine di cui all'art. 2, comma 3 (termine determinato dalle parti non inferiore a trenta giorni e non superiore a tre mesi).

Allo stesso modo il giudice provvede quando la negoziazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito.

L'improcedibilità della domanda non investe le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

La condizione di procedibilità della domanda giudiziale si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro 30 giorni dalla sua ricezione, ovvero quando è decorso il periodo di tempo previsto dalle parti nella convenzione per la durata della procedura di negoziazione, periodo comunque non inferiore a trenta giorni.

Oltre al caso di controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori, ed alle ipotesi in cui l'oggetto della controversia riguardi diritti indisponibili o verta in materia di lavoro, l'art. 3 ai commi 3 e 7, prevede ulteriori ipotesi di **esclusione dell'operatività** delle norme in tema di negoziazione obbligatoria:

Ed invero la disciplina non si applica:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;
- b) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696 *bis* del codice di procedura civile;
- c) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- d) nei procedimenti in camera di consiglio;
- e) nell'azione civile esercitata nel processo penale;
- f) quando la parte può stare in giudizio personalmente.

Il legislatore precisa, altresì, che l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita nei casi in cui la stessa sia obbligatoria a pena di improcedibilità della domanda non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

Viene, infine, prevista al comma 5 dell'articolo in esame una norma di chiusura che, in maniera auspicabile, fornisce un raccordo con le disposizioni che disciplinano speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati.

La norma prevede, infatti, che le stesse altre disposizioni restano ferme e, che quindi, il termine di cui ai commi 1 e 2, dell'art. 3, del presente decreto,

per materie soggette ad altri termini di procedibilità, decorre unitamente ai medesimi.

La negoziazione assistita obbligatoria non trova, dunque, applicazione in tutti quei casi in cui la legge prevede altri strumenti obbligatori di conciliazione e mediazione (ad esempio CORECOM, mediazione *ex d.lgs. n. 28/2010*).

Per scongiurare ogni ipotesi di violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione il legislatore ha, poi, stabilito che nei casi in cui il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato⁵.

La convenzione di negoziazione assistita ovviamente è conseguenza dell'accettazione dell'invito a stipulare la convenzione assistita.

Il contenuto minimo di detto invito, da trasmettere alla parte con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, è previsto dall'art. 4 del decreto in esame.

L'invito a stipulare la convenzione assistita obbligatoria deve contenere:

- la descrizione dell'oggetto della controversia⁶;
- l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione, o il suo rifiuto, può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dall'articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile⁷;

⁵ A tale fine la parte è tenuta a depositare all'avvocato apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo avvocato, nonché a produrre, se l'avvocato lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

⁶ Nei casi di negoziazione assistita obbligatoria affinché non venga dichiarata l'improcedibilità, a rigore, si dovrebbe registrare una simmetria tra i fatti indicati nell'invito e quelli esposti in sede processuale, laddove una domanda giudiziale divergente con riferimento alle *personae* al *petitum* ed alla *causa petendi* dovrà essere intesa come una domanda nuova rispetto a quella contenuta nell'invito.

⁷ Il richiamo all'art. 96 c.p.c. ed all'istituto della responsabilità aggravata è stato più volte posto, da dottrina giurisprudenza e da ultimo anche dal legislatore, a presidio del principio della ragionevole durata del processo. La vera novità è, invece, costituita, dalla possibilità, ove la domanda venga introdotta con il procedimento monitorio, di concessione, ai sensi dell'art. 642, comma 1, c.p.c., della provvisoria esecuzione del decreto. Viene, quindi, introdotta un'ipotesi facoltativa di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo.

- la certificazione, apposta in calce all'invito, da parte dell'avvocato dell'autografia della firma della parte che formula l'invito.

L'interruzione del decorso del termine di prescrizione si verifica dal giorno della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero da quello della sottoscrizione della convenzione. Ed, invero, ai sensi dell'art. 8 del decreto, da tale data si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale.

Dalla stessa data è, poi, impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di cui all'art. 4, comma 1, e cioè entro trenta giorni dal quello di ricezione dell'invito, 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.

La negoziazione assistita può concludersi con un accordo o con un mancato accordo.

L'accordo costituisce il contratto con il quale viene risolta la controversia e di regola si risolve in una transazione (art. 1965 c.c.) o nel riconoscimento dell'altrui diritto ma non sono da escludere accordi più elaborati di quelli che prevedono la semplice determinazione di una somma di denaro a titolo transattivo.

L'accordo deve essere conforme alle norme imperative ed all'ordine pubblico e, parimenti a quanto previsto in tema di mediazione, è richiesta certificazione dell'avvocato in tal senso.

Il mancato accordo viene, invece, certificato da una dichiarazione sottoscritta dai soli avvocati designati, non essendo, quindi, necessaria, diversamente dal caso in cui un accordo venga raggiunto, anche la sottoscrizione delle parti.

In caso di mancato accordo, inoltre, ai sensi dell'art. 9, le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di negoziazione non

possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto⁸.

Par. 2. L'accordo e la sua esecutività

L'accordo, ovvero il contratto che pone fine alla controversia deve, ai sensi dell'art. 5 del decreto in esame, essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono e costituisce titolo esecutivo anche per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Gli avvocati che hanno partecipato al procedimento debbono certificare l'autografia delle firme delle parti da loro assistite e la conformità del contenuto dell'accordo alle norme imperative e di ordine pubblico.

Nel caso in cui le parti non diano spontanea esecuzione all'accordo è possibile procedere ad esecuzione forzata costituendo il medesimo titolo esecutivo⁹.

La legge non prevede che l'esecuzione debba essere proceduta dalla notifica del titolo esecutivo per cui l'accordo in questione frutto della negoziazione non deve essere munito di formula esecutiva e non deve essere notificato alla controparte. Del resto conforta tale interpretazione il testo dell'art. 475 c.p.c. che fa salvo il precedente dall'obbligo della notifica del titolo qualora la legge preveda diversamente. Non è pertanto necessaria oltre che l'apposizione della formula esecutiva la notifica in forma esecutiva del titolo, venendosi così a realizzare un'ipotesi del tutto analoga a quella prevista per la cambiale e l'assegno.

Il precetto deve contenere l'integrale trascrizione del titolo e cioè dell'accordo così come previsto per tutti i titoli di formazione stragiudiziale.

Se l'accordo tra le parti contiene disposizioni che sono soggette a trascrizione la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere

⁸ Non solo i difensori delle parti non sono tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite ma, la violazione da parte degli avvocati degli obblighi di lealtà e riservatezza costituisce per i medesimi illecito disciplinare (artt. 9 e 19 codice deontologico forense).

⁹ Viene, quindi, introdotta una nuova ipotesi di titolo esecutivo di natura stragiudiziale che si aggiunge a quelle previste dall'art. 474 c.p.c.

autenticata da un pubblico ufficiale a ciò' autorizzato altrimenti l'atto non potrà essere trascritto ai sensi dell'art. 2643 c.c.

Il decreto stabilisce infine che l'avvocato che impugni un accordo di negoziazione assistita al quale ha partecipato commetta un illecito deontologicamente sanzionato.

Par. 3. Il compenso dell'avvocato nella negoziazione assistita

Il compenso all'avvocato per il procedimento di negoziazione può naturalmente essere oggetto di pattuizione e a richiesta della parte è fatto obbligo al professionista di preventivarne il costo¹⁰.

In caso di mancato accordo preventivo il compenso per la negoziazione assistita dovrà essere liquidato sulla base dei parametri di cui al D.M. 155/2014 utilizzando la tabella per le prestazioni di assistenza stragiudiziale quale indubbiamente costituisce la negoziazione assistita sia essa obbligatoria o facoltativa in quanto procedimento che seppur finalizzato al processo si svolge al di fuori dello stesso ed anzi preliminarmente allo stesso.

Nel caso di parte che versa nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio¹¹ l'art. 3 comma 6 del d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni in legge n. 162/2014, esclude che la parte debba corrispondere, ove ammessa al gratuito patrocinio, il compenso al legale in caso di negoziazione obbligatoria.

Ciò naturalmente non esclude che il legale possa chiedere di gravare lo stato anche del compenso per tale fase obbligatoria pre-processuale.

Il compenso in tal caso rientra nell'ambito di applicabilità dell'art. 75 del d.p.r., 30 maggio 2012, n. 115 che prevede che l'ammissione al patrocinio è

¹⁰ Si veda l'art. 13, l. 31 dicembre 2012, n. 247, che detta la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense.

¹¹ L'art. 76 del d.p.r. , 30 maggio 2012, n. 115 prevede che può essere ammesso al patrocinio chi è titolare di un reddito imponibile ai fini dell'imposta personale sul reddito, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a euro 11.369,24.

valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse.

Tra le procedure connesse rientra indiscutibilmente il procedimento di negoziazione obbligatoria.

La liquidazione¹², peraltro, nell'ipotesi non vi sia ancora un giudice incaricato della trattazione del processo di merito, dovrà essere fatta sulla base di un apposito ricorso del legale al giudice che in ipotesi sarebbe stato competente, in base alle ordinarie norme, per la trattazione della causa, mentre nel caso in cui il difetto di negoziazione obbligatoria sia stato rilevato dal giudice nel corso del processo sarà lo stesso giudice, all'esito positivo del procedimento di negoziazione, a liquidarne il compenso con decreto a favore del legale che ha assistito la parte ammessa a gratuito patrocinio.

Par. 4. Le formule

CONVENZIONE DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

(ex artt. 2 e ss., d.l. n. 132/2014)

Tra

Il Sig., nato a ... il ..., residente in ..., C.F.:....., assistito dall'Avv..... del foro di

E

¹² Ai sensi dell'art. 83 del d.p.r., 30 maggio 2012, n. 115 invero: *“L'onorario e le spese spettanti al difensore, all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte sono liquidati dall'autorità giudiziaria con decreto di pagamento, secondo le norme del presente testo unico. 2. La liquidazione è effettuata al termine di ciascuna fase o grado del processo e, comunque, all'atto della cessazione dell'incarico, dall'autorità giudiziaria che ha proceduto; per il giudizio di cassazione, alla liquidazione procede il giudice di rinvio, ovvero quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato. In ogni caso, il giudice competente può provvedere anche alla liquidazione dei compensi dovuti per le fasi o i gradi anteriori del processo, se il provvedimento di ammissione al patrocinio è intervenuto dopo la loro definizione. 3. Il decreto di pagamento è comunicato al beneficiario e alle parti, compreso il pubblico ministero”.*

Il Sig., nato a ... il ... e residente in ..., C.F.: ..., assistito dall'Avv.....
del foro di

Premesso

- (*descrizione dell'oggetto della controversia*)
- che è interesse delle parti di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei rispettivi legali;
- tutto ciò premesso le parti come sopra generalizzate e assistite

convengono

- 1) che la premessa è parte integrante del presente accordo;
- 2) di ricorrere al procedimento di negoziazione assistita come disciplinata dagli artt. 2 e ss. del d.l. n. 132/2014 e di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia con l'assistenza dei rispettivi legali;
- 3) che il termine per l'espletamento della procedura viene indicato in 30 giorni decorrenti dalla sottoscrizione del presente atto.

sottoscrivono la presente convenzioni gli Avv.ti ex art. 2, comma 6, del d.l. n. 132/2014 per autentica della sottoscrizione dei rispettivi assistiti.

(Luogo e data)

(Sig. ...)

...

E' autentica: (Avv. ...)

...

(Sig. ...)

...

E' autentica: (Avv. ...)

INVITO A STIPULARE LA CONVENZIONE

Raccomandata a/r:

Egr. Sig. ...

Via ...

Cap ... – Città ... (...)

Oggetto: invito a stipulare convenzione di negoziazione assistita ex d.l. n. 132/2014

Egr. Sig. ...

Formulo la presente per incarico del Sig. ..., nato a ... il ... residente in ..., C.F.: ... che sottoscrive la presente per accettazione e ratifica del contenuto al fine di invitarla ex art. 3. del d.l. n. 132/2014, a stipulare, con l'assistenza del Suo difensore di fiducia, una convenzione di negoziazione assistita in ordine alla seguente controversia: *(breve descrizione dell'oggetto della controversia)*

Le rappresento che ex art. 4 del D.L. 132/2014 la mancata risposta alla presente entro 30 giorni dalla sua ricezione o il rifiuto alla stipula della convenzione di negoziazione assistita potrà essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642, primo comma c.p.c.

(Sig. ...)

...

Avv. ... anche per autentica

...

ACCORDO A SEGUITO DI CONVENZIONE DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA

(ex artt. 2 ss., d.l. n. 132/2014.)

Tra

Il Sig. ..., nato a ... il ..., e residente in, C.F.: ..., assistito dall'Avv. ... del foro di ...

E

Il Sig. ..., nato a ... il ..., e residente in, C.F.: ..., assistito dall'Avv. ... del foro di ...

Premesso

- che il Sig. ..., *(descrizione della pretesa)*;
- che il Sig. ..., di contro ha affermato che *(descrizione della difesa)*;
- che le parti hanno cooperato in buona fede e con lealtà per comporre in via

- bonaria la controversia tramite l'assistenza dei rispettivi legali;
- che le parti hanno sottoscritto convenzione di negoziazione assistita in data ...;
 - che le parti hanno raggiunto un accordo con cui hanno risolto in via amichevole la controversia alle condizioni appresso descritte;
 - tutto ciò premesso

Convengono

- 1) la premessa è parte integrante del presente accordo;
- 2) il Sig. ... si impegna (*descrizione dell'impegno*);
- 3) il Sig. ... accetta quanto proposto dal Sig. ...
- 4) Con la sottoscrizione del presente accordo le parti si dichiarano soddisfatte e dichiarano che non hanno più niente a pretendere l'una nei confronti dell'altra in relazione ai fatti di cui in oggetto fatto salvo quanto previsto nel presente accordo;
- 5) Che le spese legali sono compensate ovvero e i rispettivi avvocati sottoscrivono il presente accordo anche per la rinuncia al vincolo di solidarietà ex art. 13, comma 8, legge 247/2012.

Sottoscrivono il presente accordo, oltre che in relazione a quanto previsto al punto 5 i rispettivi legali per la certificazione dell'autografia dei propri assistiti che per l'attestazione di conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

(Luogo, data)

(Sig. ...)

...

E' autentica: (Avv. ...)

...

(Sig. ...)

...

E' autentica: (Avv. ...)

...

Gli Avv.ti..... e dichiarano ai sensi e per gli effetti dell'art. 5 comma 2 del D.L. n. 132/2014, che il presente accordo è conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Avv. ...

Avv. ...

MANDATO PROFESSIONALE

Io sottoscritto, informato ai sensi dell'art. 4, 3° comma, del d.lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato, nonché della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita di cui al d.l. n. 132/2014 conv., conferisco all' Avv. mandato a che mi assista nel procedimento di negoziazione assistita nei confronti del Sig.

Dichiaro di aver ricevuto tutte le informazioni previste dagli artt. 7 e 13 del d.lgs. 30 giugno 2003 n° 196 e presto il mio consenso al trattamento dei dati personali per l'espletamento del mandato conferito.

PROCURA SPECIALE

Io sottoscritto, informato ai sensi dell'art. 4, 3° comma, del d.lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato, nonché della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita di cui al d.l. n. 132/2014, delego a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio in ogni sua fase e grado e quindi anche in appello, con ogni facoltà di legge e con espressa facoltà di proporre e/o resistere a gravami, opposizioni, reclami, di riscuotere e quietanzare somme, di procedere in via esecutiva, di chiamare terzi in causa, di estendere o ridurre le domande, di proporre nuove domande ed eccezioni, di transigere e/o conciliare l'Avv.

Eleggo domicilio presso lo studio dell'Avv. in ..., via, n.

Dichiaro di aver ricevuto tutte le informazioni previste dagli artt. 7 e 13 del d.lgs. 30 giugno 2003 n° 196 e presto il mio consenso al trattamento dei dati personali per l'espletamento del mandato conferito.

(Luogo e data)

(firma della parte)

V° per autentica

(firma dell'avvocato)

CAP. 2. La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio

(SERENA PALOMBI – *Avvocato in Roma*)

Par. 1. La negoziazione assistita nei procedimenti in materia di separazione e divorzio.

L'art. 6 del II capo del decreto giustizia introduce la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. Profondamente modificata in sede di conversione, la disciplina prevede che tramite la convenzione di negoziazione assistita (da almeno un avvocato per parte) i coniugi possano raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio (nei casi di cui all'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. b) della l. n. 898/1970), nonché di modifica delle condizioni di separazione o divorzio precedentemente stabilite.

La procedura è applicabile, a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione del decreto, sia in assenza che in presenza di figli minori o di figli maggiorenni, incapaci, portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

L'accordo deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, e sottoscritto dalle parti e dai rispettivi avvocati che dovranno vieppiù autenticare le firme (artt. 2 e 5).

Nello stesso, poi, ai sensi dell'art. 6 comma 3, si deve dare atto che gli avvocati hanno tentato la conciliazione delle parti (sulla scorta del tentativo di conciliazione esperito dal Presidente del tribunale nei procedimenti giudiziari) e reso edotti i coniugi della possibilità di esperire la mediazione familiare. In presenza di figli minori, nell'accordo si deve, inoltre, dare atto che gli avvocati hanno informato i genitori dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

L'accordo, dalla "data certificata" della sua sottoscrizione - si presume che si faccia riferimento alla data del "nulla osta" ovvero all'autorizzazione della Procura della Repubblica - produce i medesimi effetti dei

provvedimenti giurisdizionali, pertanto, ad esempio, da quella data decorreranno i termini di legge (tre anni) per l'eventuale domanda di divorzio; l'accordo inoltre potrà costituire titolo esecutivo che, in quanto tale dovrà essere integralmente riportato nell'atto di precetto, nonché costituire valido titolo per l'iscrizione di ipoteca (Circ. Min. Interno n. 16 dell'1.10.2014).

L'ambito di applicazione è indicato in maniera precipua al primo comma, laddove è previsto che detta convenzione può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

La normativa non si applica alla regolamentazione dell'affidamento e del mantenimento di figli di coppie non coniugate. Quanto al divorzio, le disposizioni in esame interesseranno solo l'ipotesi di divorzio susseguente alla pronuncia passata in giudicato della separazione o all'omologa della separazione consensuale ed al decorso dei tre anni dalla comparizione dei coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale e non trovano, invece, applicazione riguardo le altre cause di scioglimento immediato del vincolo coniugale, legato a fattispecie particolari o anche all'applicazione di leggi straniere.

Il controllo del P.M., previsto al secondo e terzo comma, presenta qualche difficoltà interpretativa.

In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3.

Il concetto di irregolarità va costruito, di fatto, dall'interprete sulla scorta di ciò che risulta palese dal significato delle parole che compongono la norma e da una lettura sistematica della legge.

Possiamo ritenere che l'intervento del P.M. sia circoscritto alle seguenti verifiche:

- competenza territoriale
- partecipazione di un avvocato per parte all'accordo
- che si sia dato atto del tentativo di conciliazione e degli altri adempimenti previsti dalla legge
- esistenza rapporto coniugio
- assenza figli
- decorso termine triennale in caso di divorzio

Sarà dunque opportuno che le parti alleghino all'accordo una serie di certificati (matrimonio, stato di famiglia e residenza) oltre ad eventuali precedenti provvedimenti giudiziali in caso di divorzio.

Il controllo del pm, tuttavia, non potrà non estendersi, in una qualche misura, anche all'autosufficienza dei figli, alle indicazioni sui redditi, all'assegnazione della casa coniugale ed altre questioni di carattere generale.

Il Presidente della prima sezione famiglia del Tribunale di Roma, in un commento del 14.1.2015 alla normativa in esame, ha precisato quanto segue.

Quanto all'autosufficienza dei figli, il P.M. non può che attenersi alla qualificazione adottata dalle parti nella stesura dell'accordo, salvo che da questo non emergano elementi che contraddicano tale qualificazione (es. caso in cui vengano previste forme di contribuzione al mantenimento).

Quanto all'indicazione sui redditi, ritenuto che rientra nei compiti dell'avvocato esplicitare le premesse logiche dell'accordo, e quindi anche le condizioni reddituali e patrimoniali delle parti, non sembra essere necessario richiedere la dichiarazione dei redditi (giustamente il Presidente Crescenzi fa notare come a volte esse siano infedeli o comunque riguardanti situazioni ormai superate, considerato che la dichiarazione dei redditi ad es. 2014 si riferisce ai redditi 2013. Di contrario avviso è il Tribunale di Milano che impone le medesime allegazioni di un procedimento giudiziale).

Quanto alle questioni di carattere generale menzionate dall'art. 5 (certificazione da parte dell'avvocato dell'autografia della firma e della conformità dell'accordo a norme imperative ed all'ordine pubblico, il carattere di titolo esecutivo dell'accordo raggiunto, la possibilità di prevedere trasferimenti immobiliari), pare che il P.M. non potrà emettere alcuna valutazione in ordine alla congruità o all'equità dell'accordo, essendo tutto lasciato alla fase della negoziazione e quindi agli avvocati.

Ciò che senz'altro il P.M. dovrà rilevare è la contrarietà dell'accordo a norme imperative o all'ordine pubblico e, probabilmente, anche una eventuale discrasia tra la volontà delle parti espressa nell'accordo e la situazione di fatto che emerga dagli atti (es. separazioni finte dove non vengono indicate le nuove residenze dei coniugi o sim.).

Il diniego del “nulla osta” del pm non sembra impugnabile in alcun modo.

Le parti dovranno quindi riproporre l'accordo depurato dal vizio che lo inficiava; ciò comporta senz'altro che il provvedimento del pm dovrà essere esplicito nelle ragioni del diniego.

In presenza di figli minori o non autonomi, la negoziazione assistita presenta ulteriori questioni.

Il controllo del P.M.: è previsto un termine di dieci giorni per la trasmissione dell'accordo al pm, termine che invece non esiste in assenza di figli.

Fermo restando quanto anzidetto in merito al controllo formale, il pm in presenza di figli minori o non autonomi deve operare un controllo relativo al rispetto dell'interessi degli stessi.

Ciò potrà effettuarsi attraverso la verifica della regolamentazione dell'affidamento (es. un affido esclusivo non adeguatamente giustificato potrà certamente essere sindacato dal P.M.) e la congruità del mantenimento (è bene che nell'accordo figurino, come anzi detto, una puntuale, anche se sommaria, descrizione delle condizioni economiche dei coniugi).

Senz'altro è da escludersi che il P.M. possa procedere all'ascolto dei minori, atteso che in caso di accordo detto ascolto deve considerarsi superfluo, visto altresì il brevissimo termine entro il quale il P.M. deve rimettere gli atti al Presidente in caso di diniego dell'autorizzazione (cinque giorni).

Se il P.M. rileva delle irregolarità non concede il “nulla osta” e trasmette l’accordo entro 5 giorni al Presidente del Tribunale.

A questo punto nulla dice la normativa sulla fase successiva al diniego del P.M. sembrerebbe instaurarsi una sorta di automatismo nell’avvio della fase giurisdizionale.

Il Presidente potrebbe, allora, omologare l’accordo non tenendo conto della mancata autorizzazione ovvero invitare le parti a modificare l’accordo per ripresentarlo all’autorizzazione del P.M., oppure avviare una vera e propria fase contenziosa assumendo i provvedimenti temporanei e urgenti tipici di questa fase.

Ruolo dell’avvocato. Il nuovo istituto assegna un ruolo determinante agli avvocati, ai quali vengono conferiti determinati poteri e attribuiti una serie di obblighi cui attenersi scrupolosamente al fine di non incorrere in illeciti deontologici e disciplinari. Oltre ai rilievi compiuti sul punto nel commento che precede questo, corre l’obbligo di precisare che durante la procedura di negoziazione, il professionista non è semplicemente l’avvocato della parte ma deve favorire la conciliazione tra i coniugi e gli sono, infatti, attribuite funzioni proprie del negoziatore o, facendo una similitudine, del giudice all’udienza presidenziale di separazione o divorzio. L’avvocato deve, infatti, avvisare le parti della possibilità di esperire la mediazione familiare e deve tentare la conciliazione tra i coniugi. In caso di figli minori, egli deve ricordare alle parti l’importanza che i figli trascorrano tempi adeguati con entrambi i genitori. Di queste attività deve essere dato atto nel testo dell’accordo redatto a seguito della negoziazione.

La trasmissione dell’accordo autorizzato: la disciplina in esame pare imporre ad entrambi gli avvocati di trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all’ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell’accordo munito delle certificazioni di cui all’articolo 5, prevedendo una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.000 ad euro 10.000 all’avvocato che viola tale obbligo. Questa previsione rispecchia l’originaria versione del d.l. n. 132/2014, dove era previsto che tale attività fosse onere dell’ ”avvocato della parte”, atteso che era contemplata la possibilità che fosse uno solo

l'avvocato coinvolto nella negoziazione. Poi, la legge di conversione ha stabilito la partecipazione di almeno due avvocati e pertanto l'obbligo de quo è stato esteso ad entrambi i professionisti. Lascia quanto mai perplessi che in sede di conversione non si sia previsto un correttivo sul punto.

In fase di ricezione ogni comune sta adottando prassi diverse anche secondo il grado d'informatizzazione degli uffici.

L'accordo deve essere trascritto a cura dell'ufficiale dello stato civile ai sensi dell'art. 63 d.p.r. 396/2000, e annotato sia negli atti di nascita dei coniugi sia nell'atto di matrimonio.

L'accordo raggiunto a seguito della convenzione - recita il comma 3 dell'art. 6 - produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali di separazione, divorzio e modifica delle condizioni di questi. Dalla data certificata nell'accordo di separazione concluso a seguito di negoziazione assistita, decorre il termine di tre anni per la domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, come espressamente previsto dal novellato art. 3 della legge n. 898/1970.

A norma dell'art. 11 della legge 162/2014, i difensori che hanno sottoscritto l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita devono trasmettere copia al Consiglio dell'Ordine ai fini del monitoraggio delle procedure e per la trasmissione dei dati al Ministero della giustizia.

Il contributo unificato, allo stato dei fatti, non viene richiesto. Si attende che il Ministero della Giustizia si esprima in merito al quesito sollevato al riguardo dal Procuratore della Repubblica e dal Dirigente la Procura della Repubblica. Il Ministero dovrà pronunciarsi anche in merito all'eventuale sospensione feriale dei termini della procedura stabilita per le convenzioni di negoziazione assistita.

Par. 2. La procedura di richiesta congiunta di separazione e divorzio innanzi alla ufficiale di stato civile

L'art. 12 del III capo del decreto giustizia ha introdotto ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio.

La norma in esame prevede che i coniugi, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, possano concludere, innanzi all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della l. 898/1970, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Le disposizioni di cui all'art. 12 non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti. Ciò risponde presumibilmente alla ratio di un sistema normativo che tende a preservare aree sottratte alla libera disponibilità delle parti.

In proposito, la circolare n. 19 del 28/11/2014 ha esteso l'esclusione anche alle ipotesi in cui ci siano figli di una sola parte, anche se non conviventi. Sulla scia di questo orientamento, il D.M. del 9/12/2014 impone, infatti, alle parti di dichiarare all'ufficiale dello stato civile di non essere genitori di figli rientranti nella categorie suddette, ricomprendendo inevitabilmente anche i figli di una sola parte.

L'ufficiale dello stato civile riceve, così, ai sensi del terzo comma, da ciascuna delle parti personalmente o con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. La norma prevede che si proceda allo stesso modo per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Altrettanto rigorosa è la previsione che esclude dall'accordo qualsivoglia patto di trasferimento patrimoniale. In effetti, non si comprende come il legislatore abbia potuto pensare ad un'ipotesi, ad esempio, di modifica delle condizioni di separazione o divorzio senza alcuna disposizione economica. Invece, proprio la circolare succitata, esplicitamente afferma che *“in assenza di specifiche indicazioni normative, va pertanto esclusa dall'accordo qualunque clausola avente carattere dispositivo sul piano patrimoniale, come ad esempio, l'uso della casa coniugale, l'assegno di*

personale/divorzio/ad una modifica delle condizioni di separazione personale/divorzio.

La stessa mi ha pregato di contattarla poiché desidererebbe trovare un accordo condiviso e sostenibile per entrambi nell'esclusivo interesse dei figli (*qualora ci fossero*).

A tal fine La invita a stipulare la convenzione assistita con l'assistenza di un avvocato, ai sensi dell'art. 6, l. n. 132/2014.

Resto in attesa di un Suo cortese e sollecito riscontro, comunque, entro trenta giorni dal ricevimento della presente, vedendomi, altrimenti costretta, mio malgrado, ad adire le competenti sedi giudiziarie per la migliore tutela della mia assistita depositando ricorso giudiziale con l'evidente aggravio di spese per entrambi.

Luogo, data

Firma Avvocato

NOMINA

Io sottoscritto Caia, conferisco all'Avvocato il potere di formulare l'invito di stipula della negoziazione assistita di cui alla presente missiva ai sensi e per gli effetti di cui al decreto legge n. 132/2014.

Tizio

Firma

La firma è autentica

Avvocato

Fac simile convenzione di negoziazione assistita per la regolamentazione delle controversie familiari ai sensi dell'art. 6 del decreto legge n. 132/2014

Tra

Tizio, nato a C.F.:residente.....

E

Caia, nata a C.F.:residente.....

Nonché

L'avvocato (cod. fisc.), fax, pec, con studio in, via n., che assiste

E

L'avvocato (cod. fisc.), fax, pec, con studio in, via n., che assiste

Premesso

- Che il sig. Tizio e la sig.ra Caia hanno contratto matrimonio civile/concordatario in il iscritto nel registro dello stato civile del comune di il atto.....;
- Che dal matrimonio sono/non sono nati figli (*indicare nomi e date nascita figli*);
- Che il matrimonio nel tempo si è venuto deteriorando per assoluta incompatibilità connessa a divergenze di vita e di impostazione del ménage familiare;
- (*in caso di divorzio*) che il, a seguito di ricorso incardinato innanzied avente r.g. volto ad ottenere la separazione consensuale (*oppure giudiziale*), le parti comparivano all'udienza presidenziale;
- (*in caso di divorzio*) che, vanamente esperito il tentativo di conciliazione, manifestavano la volontà di separarsi consensualmente alle condizioni consacrate nel verbale di udienza del ed omologate da codesto tribunale con decreto delprevio debito visto e con parere favorevole del P.M. in data (*oppure che, vanamente esperito il tentativo di conciliazione, il giudizio così incardinato veniva definito con sentenza n. ... del ... passata in giudicato*);
- (*in caso di divorzio*) che la separazione si è protratta ininterrottamente a far tempo dall'udienza presidenziale sino ad oggi, senza che si sia verificata alcuna forma di riconciliazione;
- Che non vi sono i presupposti per ricostituire tra i coniugi la comunione materiale e spirituale che permetta la continuazione del rapporto coniugale;
- Che i coniugi, debitamente informati ai sensi della legge n. 162/2014, intendono raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale/di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio

(nei casi di cui all'art. 3, 1° comma, n. 2, lett. B) della l. n. 898/1970) di modifica delle condizioni di separazione o divorzio precedentemente stabilite;

- Che gli avvocati hanno tentato la conciliazione delle parti e informato le stesse della possibilità di esperire la mediazione familiare;
- (*in presenza di figli minori*) che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.

Tutto ciò premesso, che deve considerarsi ad ogni effetto parte integrante e sostanziale del presente accordo,

Si conviene e si stipula quanto segue:

1. Le parti si impegnano a cooperare in buona fede e lealtà al fine di risolvere in via amichevole la controversia di cui alle premesse.
2. Le parti a tal fine, ai sensi di legge, nel corso dell'intera procedura, saranno assistite dai rispettivi avvocati indicati in epigrafe, i quali per legge sono tenuti a comportarsi secondo lealtà.
3. Le parti convengono che il termine per l'espletamento dell'intera procedura di negoziazione assistita è di giorni a decorrere dal (*non può essere inferiore a un mese e superiore a tre*) salvo proroga di 30 giorni su richiesta concorde delle parti.
4. Le parti e i rispettivi avvocati hanno l'obbligo di mantenere riservate le informazioni e le dichiarazioni acquisite nel corso del procedimento di negoziazione.
5. In caso di esito negativo della procedura di negoziazione assistita, gli avvocati designati dovranno redigere la dichiarazione di mancato accordo.
6. In caso di esito positivo della procedura di negoziazione assistita, l'accordo raggiunto deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati suddetti che certificano sia l'autografia delle firme che la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico ex art. 5, comma 2, l. n. 162/2014. In tal caso gli avvocati si occuperanno degli adempimenti successivi previsti *ex lege*.

Luogo, data

Firma parte
firma parte

Avvocato
Avvocato

CAP. 3. Il ruolo dell'Avvocato nella negoziazione assistita: profili professionali e deontologici.

(IRENE BADARACCO – *Avvocato in Roma*)

Par. 1. Considerazioni preliminari.

Con il decreto legge n. 132/2014 recante: “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*” – convertito con modificazioni in l. 162/2014, G.U. n. 212, del 12 settembre 2014 – il Governo torna ad occuparsi di Giustizia potenziando l’istituto dell’arbitrato e introducendo nell’ordinamento la negoziazione assistita, con impiego residuale rispetto alla media-conciliazione, allo scopo di ridurre il contenzioso del processo civile e fare fronte alla domanda di tutela secondaria con strumenti di risoluzione delle controversie civili in sede stragiudiziale.

Al riguardo, in un comunicato del Ministero della Giustizia, precedente alla pubblicazione del Decreto legislativo in commento, si legge: «*L’intervento normativo programmato vuole introdurre nell’ordinamento disposizioni idonee a consentire, da un lato, la riduzione del contenzioso civile, attraverso la possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all’autorità giudiziaria, d’altro lato, la promozione, in sede stragiudiziale, di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo*»¹³.

La parola d’ordine è: smaltire il contenzioso arretrato, facendo principalmente leva sulla “*esasperazione*” delle parti costituite in giudizio, e porre un freno all’accesso alla giustizia.

In questo contesto, in cui l’esperienza della media-conciliazione può definirsi fallimentare¹⁴, nonostante gli interventi da ultimi adottati con il c.d.

¹³ Comunicazione del Ministero della Giustizia in merito alla strategia per porre rimedio al problema dell’arretrato delle cause civili, del 3 luglio 2014, <http://www.giustizia.it>

¹⁴ fatta eccezione per i dati provenienti da progetti sperimentali condotti sulla c.d. “*mediazione demandata*”; tuttavia raggiunti grazie ad iniziative virtuose che hanno portato a modelli difficilmente attuabili con omogeneità di efficienza a livello nazionale. “*Mediazione, il “modello fiorentino”: i dati*

“Decreto del fare” (d.l. 69/2013 “Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia”, convertito con modificazioni in l. 98/2013, G.U. n. 194 del 20 agosto 2013), il Governo, a ragion veduta, afferma: «la risoluzione dei conflitti e delle controversie in via stragiudiziale viene favorita dall’introduzione di un nuovo istituto che si aggiunge a quelli già esistenti nell’ordinamento con finalità analoghe: si tratta della procedura di negoziazione assistita da un avvocato».

L’idea di affidare le sorti del programma di Governo a questo nuovo strumento “deflattivo” del contenzioso è dettata dall’esigenza «... di superare le criticità ... e prende le mosse dalla scelta politica di valorizzare quanto più possibile la professionalità e le competenze del mondo dell’Avvocatura, quale attore primario nel contesto dell’amministrazione della Giustizia, chiamato alla responsabilità di un fattivo concorso alla deflazione preventiva del contenzioso civile mediante gli strumenti allo scopo introdotti».

Non si tratta di una scelta politica imposta dalla diffidenza serbata dagli operatori del diritto nei confronti della già collaudata tecnica di risoluzione delle controversie civili; come chiarito nel comunicato in esame.

Piuttosto, si tratta di una scelta politica dettata dalla consapevolezza del ruolo essenziale dell’avvocato nell’amministrazione della Giustizia e dalla presa di coscienza che non si possano raggiungere gli obiettivi ed i livelli di efficienza auspicati senza il riconoscimento e la valorizzazione della professionalità e delle competenze dell’avvocato.

Ecco allora che la scelta politica di valorizzare la professionalità e le competenze dell’avvocatura con la nuova disciplina implica nuovi profili di responsabilità professionali e deontologici; non ultimo quello di curare al meglio la formazione professionale funzionale al fattivo concorso alla deflazione preventiva del contenzioso civile.

Da oggi in poi l’avvocato è mediatore di diritto e anche negoziatore.

In questo nuovo assetto normativo il contenuto gli obbligo di formazione e aggiornamento professionale si espande in funzione dell'allargamento delle nuove competenze professionali dell'avvocato.

Il ruolo che viene a rivestire l'avvocatura nell'ambito della deflazione preventiva è inedito rispetto al passato.

Accanto alle norme che sanciscono ambiti ed effetti, sostanziali e processuali, del nuovo istituto della negoziazione assistita, troviamo nel d.l. 132/2014 disposizioni che attengono più specificatamente al nuovo ruolo dell'avvocato, agli obblighi professionali e deontologici.

Questo commento si rivolgerà a questa ultima tipologia di disposizioni, senza alcuna presunzione di completezza, allo scopo di tracciarne i profili e offrire spunti di riflessione attese anche le già riscontrate criticità ascrivibili alla lacunosità della disciplina in vigore.

Par. 2. Commento alle disposizioni contenute nel capo II del d.l. 132/2014 (convertito con modificazioni in l. 162/2014 – G.U. n. 212, del 12 settembre 2014), con particolare riguardo al ruolo e agli obblighi professionali e deontologici dell'Avvocato nella negoziazione assistita

Come premesso, con l'entrata in vigore del d.l. 132/2014 viene introdotto nell'ordinamento giuridico italiano l'istituto della negoziazione assistita.

Viene definito il ruolo dell'avvocato nell'ambito della deflazione preventiva del contenzioso civile prevedendo a carico di quest'ultimo nuovi obblighi professionali e deontologici.

Vedremo più nel dettaglio il contenuto di queste disposizioni offrendo per ciascuna un sintetico commento.

CAPO II – Procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati

Art. 2. Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati

«(Omissis) 7. È dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita»

All'articolo 2, comma 7, d.l. 132/2014, è fatto obbligo all'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare il cliente o la parte della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

Dal tenore letterale della norma in esame deve ritenersi che tale obbligo di informazione sussista sempre anche nell'ipotesi di non obbligatorietà della negoziazione.

Depone in questo senso anche l'art. 27, comma 3, del nuovo codice deontologico forense¹⁵, rubricato “*doveri di informazione*”, che prevede a

¹⁵ Art. 27 rubricato “**Doveri di informazione**”, del Codice deontologico forense, così come modificato dalla delibera del Consiglio Nazionale Forense del 31 gennaio 2014, G.U. N. 241 del 16 ottobre 2014:

«1. L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.

2. L'avvocato deve informare il cliente e la parte assistita sulla prevedibile durata del processo e sugli oneri ipotizzabili; deve inoltre, se richiesto, comunicare in forma scritta, a colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione.

3. L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.

4. L'avvocato, ove ne ricorrano le condizioni, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita della possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato.

5. L'avvocato deve rendere noti al cliente ed alla parte assistita gli estremi della propria polizza assicurativa.

6. L'avvocato, ogni qualvolta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e documenti, anche provenienti da terzi, concernenti l'oggetto del mandato e l'esecuzione dello stesso sia in sede stragiudiziale che giudiziale, fermo restando il disposto di cui all'art. 48, terzo comma, del presente codice.

7. Fermo quanto previsto dall'art. 26, l'avvocato deve comunicare alla parte assistita la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso.

8. L'avvocato deve riferire alla parte assistita, se nell'interesse di questa, il contenuto di quanto appreso legittimamente nell'esercizio del mandato.

carico dell'avvocato di informare il "*cliente dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge*".

La *ratio* è quella di rendere edotto il cliente degli strumenti alternativi all'azione giudiziale al fine di poter individuare il percorso da intraprendere per giungere alla risoluzione della controversia; contribuendo contemporaneamente a ridurre il carico del contenzioso civile nel processo.

Ne deriva che per poter assolvere a tale obbligo l'avvocato non può limitarsi a fornire al cliente o alla parte che assiste una mera elencazione degli istituti vigenti con funzione deflattiva del contenzioso. Occorrerà informare il cliente e la parte, tenuto conto della fattispecie concreta, dell'obbligatorietà o della possibilità di avvalersi di tali strumenti alternativi di risoluzione della controversia, in quest'ultima ipotesi, individuare, inoltre, lo strumento che meglio si presti a soddisfare le esigenze del cliente evidenziandone le peculiarità e, in qualunque caso, informare il cliente o la parte anche dei benefici perseguibili e dei costi ipotizzabili.

Art. 3. Improcedibilità

«(Omissis)

6. Quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare all'avvocato apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo avvocato, nonché a produrre, se

9. La violazione dei doveri di cui ai commi da 1 a 5 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare dell'avvertimento. La violazione dei doveri di cui ai commi 6, 7 e 8 comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura».

l'avvocato lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato»

All'art. 3, comma 6, d.l. 132/2014, è stabilito che quando la negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 76 (L) del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 e successive modificazioni¹⁶.

La norma non si presta ad una immediata interpretazione in quanto quella che sembrerebbe la soluzione più scontata risulta in realtà priva di significato logico-giuridico.

Tutto ruota intorno al significato da attribuire alla seguente espressione: “... *all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato..”*”.

La disposizione sembra richiamare il dettato di cui all'art. 10, secondo comma, del nuovo codice deontologico forense, secondo il quale: *«costituisce infrazione disciplinare il rifiuto ingiustificato di prestare attività di gratuito patrocinio o la richiesta all'assistito di un compenso per la prestazione di tale attività»*.

Quest'ultima disposizione normativa deve la sua esistenza alla operatività della disciplina dettata dalle norme contenute agli artt. 75 e seguenti del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 e successive modificazioni, in base alla quale lo Stato, in presenza di

¹⁶ Art. 74 (L), rubricato **Istituzione del patrocinio**, T.U. in materia di spese di giustizia (D.P.R. 115/2002):

«1. È assicurato il patrocinio nel processo penale per la difesa del cittadino non abbiente, indagato, imputato, condannato, persona offesa da reato, danneggiato che intenda costituirsi parte civile, responsabile civile ovvero civilmente obbligato per la pena pecuniaria.

2. È, altresì, assicurato il patrocinio nel processo civile, amministrativo, contabile, tributario e negli affari di volontaria giurisdizione, per la difesa del cittadino non abbiente quando le sue ragioni risultino non manifestamente infondate».

alcune condizioni, si sostituisce alla parte nella corresponsione del compenso al difensore per l'attività professionale prestata.

Ne consegue che il senso da attribuire alla norma in commento è quello: di vietare all'avvocato di richiedere dalla parte personalmente il pagamento del compenso professionale per l'attività prestata, quando ricorrono i requisiti per l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello stato; di provvedere che la parte venga ammessa alla procedura; di domandare, solamente dopo la conclusione della procedura di negoziazione assistita, nei modi e nelle forme di legge, la liquidazione del compenso professionale per l'attività prestata.

L'art. 3, comma 6, d.l. 132/2014, letto in combinato disposto con l'art. 10, comma 2, del nuovo codice deontologico forense, annovera la negoziazione assistita obbligatoria tra le ipotesi in cui può farsi luogo alla disciplina del gratuito patrocinio a spese dello Stato.

La norma, dunque, stabilisce che l'attività dell'avvocato prestata in favore della parte avente i requisiti per l'ammissione al gratuito patrocinio a spese dello Stato nell'ambito della negoziazione assistita obbligatoria è liquidabile con provvedimento del giudice che sarebbe competente alla trattazione della controversia all'esito della procedura di negoziazione assistita.

D'altronde, all'art. 8, rubricato "***interruzione della prescrizione e della decadenza***", d.l. 132/2014 è stabilito: *«dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una conciliazione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di cui all'art. 4, comma 1, 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».*

L'atto d'impulso della procedura di negoziazione assistita o la sottoscrizione della convenzione di negoziazione producono sulla prescrizione gli stessi effetti della domanda giudiziale poiché tale procedura svolta con l'assistenza di uno o più avvocati è una specie di appendice del processo,

rientrando così a pieno titolo nell'ambito di applicabilità di cui all'art. 75 (L), T.U. in materia di spese di giustizia: «*L'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse. (Omissis)*».

E' previsto, pertanto, che la parte consegni all'avvocato la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, che potrà autenticarne la firma, nonché produca, ad istanza dell'avvocato, la documentazione necessaria comprovante la veridicità di quanto dichiarato.

L'istanza di ammissione al gratuito patrocinio dovrà essere, presentata dall'avvocato al COA di appartenenza.

La liquidazione¹⁷, peraltro, nell'ipotesi non vi sia ancora un giudice incaricato della trattazione del processo di merito, dovrà essere fatta sulla base di un apposito ricorso del legale al giudice che in ipotesi sarebbe stato competente per la trattazione della causa. Nel caso in cui, alla prima udienza di comparizione delle parti e trattazione della controversia, venga rilevato d'ufficio o ad istanza di parte il difetto di negoziazione obbligatoria, sarà il medesimo giudice, all'esito del procedimento di negoziazione, a liquidarne il compenso con decreto a favore del legale che ha assistito la parte ammessa a gratuito patrocinio.

Art. 9. Obblighi dei difensori e tutela della riservatezza

«(Omissis)

¹⁷ Ai sensi dell'art. 83 del d.p.r. , 30 maggio 2012, n. 115 invero: “*L'onorario e le spese spettanti al difensore , all'ausiliario del magistrato e al consulente tecnico di parte sono liquidati dall'autorità giudiziaria con decreto di pagamento, secondo le norme del presente testo unico. 2. La liquidazione è effettuata al termine di ciascuna fase o grado del processo e, comunque, all'atto della cessazione dell'incarico, dall'autorità giudiziaria che ha proceduto; per il giudizio di cassazione, alla liquidazione procede il giudice di rinvio, ovvero quello che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato. In ogni caso, il giudice competente può provvedere anche alla liquidazione dei compensi dovuti per le fasi o i gradi anteriori del processo, se il provvedimento di ammissione al patrocinio è intervenuto dopo la loro definizione.3. Il decreto di pagamento è comunicato al beneficiario e alle parti, compreso il pubblico ministero”.*

2. È fatto obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute. Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

3. I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite.

4. A tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del medesimo codice di procedura penale in quanto applicabili.

4-bis. La violazione delle prescrizioni di cui al comma 1 e degli obblighi di lealtà riservatezza di cui al comma 2 costituisce per l'avvocato illecito disciplinare»

La norma in commento non chiarisce il contenuto del dovere di cooperare con lealtà che incombe sugli avvocati delle parti nell'ambito della procedura di negoziazione assistita.

Per comprendere la portata di tale previsione può venirci forse in soccorso quel richiamo, enunciato nelle considerazioni preliminari, al “*fattivo concorso alla funzione deflattiva del contenzioso*”.

In base a tale assunto, potrebbe ipotizzarsi per l'avvocato l'obbligo di cooperare con lealtà affinché la negoziazione possa raggiungere gli esiti sperati, ossia possa servire fattivamente alle parti per concludere l'accordo di negoziazione.

Ovviamente il dovere di cooperare con lealtà incontra il limite dettato dalle norme del diritto civile e del codice deontologico relative alla causa del contratto di assistenza e rappresenta legale a garanzia del diritto di difesa.

In tale ottica non potrà ritenersi violato il dovere di cooperare con lealtà in tutti quei casi in cui l'avvocato abbia sottaciuto circostanze impeditive del diritto fatto valere dalla parte: ad esempio la prescrizione.

Al pari, dovrebbe ritenersi non violato l'obbligo di cooperare con lealtà in ipotesi di interruzione della negoziazione senza motivo. Ciò in quanto si snaturerebbe l'istituto della negoziazione declinando lo scopo deflattivo in quello di limite all'esercizio dell'azione.

Naturalmente non si ha pretesa di completezza. Possiamo solo auspicare che la prassi e ulteriori interventi di aggiustamento possano chiarire il significato e la portata di certe previsioni.

L'obbligo di riservatezza imporrebbe all'avvocato, che abbia prestato la sua assistenza nell'ambito di una procedura di negoziazione conclusasi negativamente, di assumere la difesa della medesima parte nel processo¹⁸.

Le violazioni delle previsioni dell'art. 9 in commento costituiscono per l'avvocato illecito disciplinare

Inoltre, l'avvocato che assiste la parte in una procedura di negoziazione assistita è tenuto a segnalare eventuali operazioni sospette in materia di riciclaggio o finanziamento del terrorismo in virtù del combinato disposto degli artt. 12, secondo comma, come novellato dall'art. 10 d.l. 132/14, e 41 del d.l. 21 novembre 2007, n. 231.

¹⁸¹⁸ *Ex art. 6, l. 247/2012, rubricato "Segreto professionale":*

«1. L'avvocato è tenuto verso terzi, nell'interesse della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e del massimo riserbo sui fatti e sulle circostanze apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale.

2. Le disposizioni di cui al comma si applicano anche nei confronti dei dipendenti e dei collaboratori anche occasionali dell'avvocato, oltre che di coloro che svolgono il tirocinio presso lo stesso, in relazione ai fatti e alle circostanze da loro apprese nella loro qualità o per effetto dell'attività svolta. L'avvocato è tenuto ad operarsi affinché anche da tali soggetti siano osservati gli obblighi di segretezza e di riserbo sopra previsti.

3. L'avvocato, i suoi collaboratori e i dipendenti non possono essere obbligati a deporre nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della professione o dell'attività di collaborazione o in virtù del rapporto di dipendenza, salvi i casi previsti dalla legge.

4. La violazione degli obblighi di cui al comma 1 costituisce illecito disciplinare. La violazione degli obblighi di cui al comma 2 costituisce giusta causa per l'immediato scioglimento del rapporto di collaborazione o di dipendenza».

I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite.

A tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni dell'art. 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del medesimo codice di procedura penale in quanto applicabili.

La violazione delle prescrizioni di cui al comma 1 e degli obblighi di lealtà riservatezza di cui al comma 2 costituisce per l'avvocato illecito disciplinare.

E' fatto obbligo ai difensori, una volta raggiunto l'accordo di negoziazione tra le parti, di trasmettere copia dello stesso al Consiglio dell'Ordine circondariale del luogo dove l'accordo medesimo è stato raggiunto, ovvero a uno di quelli in cui risulta iscritto uno degli avvocati. Il Consiglio Nazionale Forense dovrà infatti provvedere annualmente al monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita conclusesi positivamente, trasmettendone i dati al Ministero della Giustizia, affinché il legislatore possa valutare il grado di efficienza dell'istituto.