

ROBERTO NANNELLI

Avvocato del Foro di Firenze

La negoziazione assistita in alcune sue parti L'invito, la redazione della convenzione di negoziazione, il programma, le sedute, la durata e gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza, il fallimento della negoziazione

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'invito – 3. La redazione della convenzione – 4. Il programma e le sedute – 5. La durata e gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza – 6. Il fallimento della negoziazione – 7. Conclusioni.

1. – Premessa

Il 12 settembre 2014 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 212 il Decreto Legge n. 132, emanato lo stesso giorno n. 132 e successivamente convertito con modificazioni dalla Legge 10.11.2014 n. 162.

Il titolo del decreto legge in esame recita: “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”. Il capo II del decreto legge, dagli articoli 2 a 11, aveva introdotto la “Convenzione di negoziazione assistita *da un avvocato*” titolo poi opportunamente modificato dalla legge in di conversione in “Convenzione di negoziazione assistita *da uno o più avvocati*”.

Già questa modifica ci fa capire come l'intenzione del legislatore sia stata quella di affidare, con la suddetta normativa, alla gestione degli avvocati una parte del contenzioso e che quindi questo nuovo istituto possa inserirsi a pieno titolo nelle misure di degiurisdizionalizzazione. Lo scopo infatti di queste norme è quello di giungere a una conciliazione della lite¹ e cioè di “degiurisdizionalizzare” il più possibile il contenzioso civile.

Possiamo allora dire che, dal proficuo funzionamento di questo istituto, come da quelli simili (il riferimento più facile e più immediato è quello al procedimento di media - conciliazione previsto dal Dlgs. 28 del 2010), dipende la sua incisività sulla mole del contenzioso civile in modo da ridurre, per la parte più alta possibile, che questo possa gravare e scaricarsi sulle strutture giudiziarie preposte a dare la risposta di giustizia.

In questo senso possiamo infatti registrare i primi commenti successivi all'entrata in vigore della normativa oggetto della presente relazione: si tratta, in definitiva, di una delle tante misure di ADR (alternative Dispute Resolution)

¹ Paolo Giuggioli - Maria Carla Giorgetti - *Giustizia civile nella Riforma Orlando - Guida pratica per l'Avvocato* - pag. 10 - in www.ordineavvocatimilano.it.

varate dal legislatore negli ultimi anni².

Ma in che cosa consiste effettivamente la procedura di negoziazione assistita? Se volessimo dare una definizione più completa di questo istituto potremmo dire che questa è, in estrema sintesi, l'accordo che le parti raggiungono per la regolamentazione di un procedimento finalizzato alla conciliazione della lite e cioè alla stipula di una transazione che ponga fine a una lite o ne eviti l'insorgenza. La validità e la obbligatorietà dell'accordo di negoziazione prescinde dal fatto che questo possa o meno sfociare in una successiva transazione. L'art. 2, al primo comma, infatti prevede che *“La convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati e' un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo ...”*.

La differenza quindi è proprio questa: mentre prima conoscevano procedure finalizzate alla conciliazione della lite, con questo istituto si è voluto introdurre il contratto di negoziazione e cioè un accordo tra le parti con cui queste cercano di transigere una lite.

Si tratta di una novità o l'ordinamento già prevedeva (o poteva prevedere) figure del genere? In realtà l'ordinamento già conosceva l'accordo di negoziazione come sopra definito. Le parti infatti, utilizzando gli artt. 1322 cc e 1337 cc, ben potevano stipulare accordi che avessero per oggetto non solo la puntuazione (e cioè l'intesa raggiunta su alcuni punti del contratto da concludere)³ ma anche le modalità di conduzione delle trattative in sé⁴. Il tutto con il diritto delle parti stesse di non essere vincolate alla stipula di nessun accordo e quindi di recedere dalle trattative ma con l'obbligo di risarcire i danni per la responsabilità precontrattuale in caso di comportamento contrario a buona fede⁵. E' infatti evidente che l'accordo sulle modalità di conduzione delle trattative finalizzate alla conclusione di un contratto (quale ben può essere una transazione), sebbene abbia contenuto atipico, persegue comunque un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, esattamente come recita il secondo comma dell'art. 1322 cc.

In altre parole la giurisprudenza conosceva già questo tipo di negozio.

Ad avviso di chi scrive allora gli esempi di accordi di regolamentazione delle trattative che si ritrovano nello sfogliare i massimari di giurisprudenza sono, più o meno, simili (per non dire identici) all'istituto della negoziazione assistita introdotto dal legislatore. Il contratto di trattativa è diventato tipico. L'unica differenza è che la negoziazione assistita in alcuni casi è obbligatoria e costituisce condizione di procedibilità della domanda. Per questo il legislatore ha dovuto prevedere e regolare espressamente questo istituto.

² Roberto Visciola - *Negoziazione assistita e mediazione - i rapporti tra i due istituti* - 3.2.2015 - www.altalex.it: *“Mediazione e negoziazione assistita rientrano entrambi nell'ambito dei sistemi di ADR (Alternative Dispute Resolution), con finalità deflattiva del sistema giudiziario. Si tratta di due istituti che mirano a risolvere le controversie mediante un accordo di natura privatistica tra le parti in lite; due strumenti che non sono da considerarsi alternativi l'uno all'altro, bensì destinati a convivere e, talvolta, ad operare nell'ambito della medesima controversia”*.

³ Cass. Sez. II, 4.8.1990 n. 7871 - Giust. Civ. Mass. 1990, fasc. 8.

⁴ App. Catania, 10.12.2009 n. 763 - Giust. Civ. 2010, 12, 2935.

⁵ Cass. Sez. Un., 9.5.1983 n. 3152 - Rass. Avv. Stato 1983, I, 863.

In altre parole, il problema è sempre lo stesso: si emanano procedure di degiurisdizionalizzazione con lo scopo primario di tenere le controversie civili il più lontano possibile dai tribunali. Se lo scopo fosse stato (solo) quello di favorire in sé soluzioni negoziate e stragiudiziali di queste controversie, sarebbe bastato semplicemente introdurre degli incentivi, per esempio di natura fiscale, per le parti che avessero voluto raggiungere questi accordi. Non era certo necessaria la sua regolamentazione.

Ad ogni modo, l'istituto della negoziazione assistita adesso c'è e quindi va conosciuto e studiato.

In questa relazione esamineremo una parte della normativa ed esattamente gli argomenti indicati di seguito, senza necessariamente seguire il succedersi dell'articolato ma secondo un criterio logico che leghi detti argomenti tra loro.

2. – L'invito

Il primo aspetto della nuova normativa da esaminare è l'invito che una parte fa all'altra per la conclusione dell'accordo.

L'invito a stipulare la convenzione di negoziazione assistita è previsto dai primi due commi dell'art. 4 del decreto legge che così recitano: “*1. L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere 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 dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile. 2. La certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito avviene ad opera dell'avvocato che formula l'invito*”.

Dalla normativa sopra indicata è abbastanza facile ricavare induttivamente il contenuto sostanziale della comunicazione di invito che deve contenere:

- l'indicazione dell'oggetto della controversia;
- la menzione delle conseguenze processuali (sulle spese e sulla concessione della provvisoria esecutorietà dell'emanando decreto ingiuntivo) della mancata risposta;
- la sottoscrizione della parte invitante;
- la autentica della sottoscrizione suddetta da parte dell'avvocato.

Vediamo allora uno per uno gli elementi sopra indicati. Cominciamo dall'oggetto della controversia. La Cassazione ha avuto modo di definirlo affermando che questo sia in pratica la situazione di fatto da cui derivino uno o più diritti di una parte che questa ritenga violati dal comportamento della parte avversa. Potremmo allora dire che per “oggetto della controversia” si intende una situazione di fatto (attiva o passiva) nella quale si trovi una parte e da cui derivino uno o più diritti della stessa dei quali si chiede la tutela⁶. L'oggetto della controversia non va confuso né con il petitum (l'oggetto della domanda) né la con la causa petendi (le ragioni della domanda) né con l'inquadramento normativo di tale situazione di fatto che, naturalmente, spetta al giudice qualificare giuridicamente⁷. Possiamo allora dire che per oggetto della controversia si intende

⁶ Cass. Sez. II, 9.6.2014 n. 12953 - Guida al Diritto 2014, 33, 38.

⁷ Cass. Sez. II, 28.6.2012 n. 10946 - Guida al Diritto 2012, 40, 39.

il rapporto sostanziale da cui sia sorta la controversia e a cui l'invito deve fare espresso riferimento. Ciò è molto importante perché su questo elemento (la definizione di oggetto della controversia data nell'invito) si misurerà la successiva verifica sulla condizione di procedibilità della domanda in caso di esito negativo della negoziazione e quindi di introduzione della causa. Nell'incertezza, converrà allargare il più possibile l'oggetto della controversia per evitare poi di proporre domande che non siano facilmente riconducibili a questo.

Il secondo elemento da valutare sono le conseguenze processuali in caso di mancata risposta entro trenta giorni. Qui le norme richiamate sono due: l'art. 96 cpc, che disciplina il risarcimento dei danni per la cd. "lite temeraria", e l'art. 642 cpc, che invece individua le condizioni per la concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo.

Il richiamo a queste due norme, in entrambi i casi, pone problemi e impone riflessioni. Cominciamo dalla responsabilità aggravata ex art. 96 cpc.

La norma, come sappiamo, prevede tre ipotesi distinte:

- al primo comma il caso generico di chi inizi o resista in una causa con mala fede o colpa grave;
- al secondo comma la norma descrive invece casi specifici di responsabilità aggravata (procedimento cautelare, trascrizione della domanda, ecc...) che sono indici di azioni instaurate senza la normale prudenza⁸;
- al terzo comma un potere "discrezionale" del giudice di pronunciare, oltre che sulle spese ex art. 91 cpc, anche su una somma di denaro ulteriore, determinata equitativamente, a favore dell'altra parte.

Si tratta di ipotesi che normalmente fanno riferimento all'atteggiamento che una parte ha avuto in un processo. Per avere questa responsabilità, occorre che sia emerso l'elemento soggettivo (dolo o grave negligenza) imputabile a chi agisce o resiste in giudizio⁹, elemento che può essere valutato d'ufficio avendo natura sanzionatoria¹⁰. E' però un'ipotesi che presuppone appunto l'instaurazione di un processo davanti all'autorità giudiziaria; cioè la norma presuppone chiaramente che alla fine le parti siano arrivate davanti a un giudice.

Per quanto riguarda invece il comportamento preprocessuale delle parti, l'art. 96 cpc è stato applicato nel successivo giudizio, e quindi interpretato, nel senso di tenere conto, nella determinazione della condanna aggiuntiva, anche del comportamento stragiudiziale della parte soccombente; di regola però si è sempre trattato di un atteggiamento commissivo e non omissivo. In genere si è fatto ricorso all'applicazione dell'art. 96 cpc e si è condannata la parte che aveva negato in giudizio ciò che aveva ammesso in sede stragiudiziale¹¹. Con la nuova normativa sulla negoziazione assistita si fa invece un salto di qualità: si dà infatti peso al semplice silenzio tenuto dalla parte che decida di non aderire all'invito della sua controparte e di non stipulare l'accordo di negoziazione. In altre parole, si sono ulteriormente dilatati i confini dell'art. 96 cpc, specialmente per l'ipotesi generica prevista dal terzo comma di questa norma. Adesso anche il semplice

⁸ Cass. Sez. II, 18.2.2011 n. 3993 - Il civilista 2011, 5, 18.

⁹ Cass. Sez. III, 10.11.2010 n. 22826 - Il civilista, 2011, 1, 19.

¹⁰ Cass. Sez. VI, 11.2.2014 n. 3003 - Giustizia Civile Massimario 2014, rv 629613.

¹¹ Trib. Bari, Sez. III, 5.3.2014 n. 1167 - in tema di comodato e usucapione; Trib. Oristano, 17.11.2010, Foro It. 2011, 7-8, 2200, in tema di affitto di fondo rustico.

atteggiamento omissivo e quindi la mancata risposta all'invito di trattare non il merito della controversia ma addirittura sull'accettazione di negoziare sulla controversia medesima, può essere valorizzato (in caso ovviamente di successivo accoglimento della domanda dell'invitante) come responsabilità aggravata con la conseguente condanna del soccombente ex art. 96 cpc.

E' evidente la palese dilatazione che il campo di applicazione di questa norma abbia avuto.

Vediamo adesso la seconda disposizione processuale, quella prevista dall'art. 642 cpc. Anche qui la novità introdotta suscita delle perplessità a meno che non la si voglia vedere come un incentivo, un po' mascherato, a far negoziare le parti anche laddove non avrebbero interesse a farlo. Vediamo perché.

L'art. 3, come vedremo successivamente, al terzo comma, articolo a), esonera dalla condizione di procedibilità le domande che possono essere introdotte con un ricorso per ingiunzione, procedure queste che quindi sono al di fuori del campo di applicazione della presente legge. Ma allora, se è così, perché richiamare l'art. 642 cpc se appunto la controversia che preveda crediti assistiti da prova scritta non è negoziabile sotto pena di improcedibilità e se quindi per la stessa non sia necessario spedire l'invito alla negoziazione? Qui traspare evidente la volontà del legislatore che si può sintetizzare nel seguente messaggio: le controversie che possono sfociare in una richiesta di ingiunzione non sono soggette alla condizione di procedibilità ma, se il creditore decida di sottoporle ugualmente (e volontariamente) a questa procedura, allora può avere un "premio" e cioè può richiedere e ottenere che l'ingiunzione che richiede dopo il naufragio delle trattative, o semplicemente la mancata risposta all'invito, sia assistita dalla clausola di provvisoria esecutorietà. E' allora evidente che lo scopo del legislatore è stato quello di allargare, anche oltre le condizioni di procedibilità, il raggio d'azione della procedura di negoziazione assistita proprio per tenere, come abbiamo detto all'inizio, lontano dagli uffici giudiziari un numero sempre maggiore di procedimenti civili. Ciò avrà anche l'effetto di scoraggiare i debitori dal non accettare l'invito poiché, diversamente, potranno correre il rischio di dover opporre un decreto ingiuntivo dichiarato inaudita altera parte provvisoriamente esecutivo e di chiederne la sospensione ex art. 649 cpc, con un indubbio vantaggio delle loro controparti.

Anche qui comunque segnaliamo un'espansione indiretta del campo di applicazione dell'art. 642 cpc. Questa norma infatti è sempre stata interpretata nel senso che le ipotesi previste, al primo comma (credito fondato su titolo particolare) e al secondo comma (pericolo nel ritardo o riconoscimento di debito) siano tassative sussistendo invece la regola contraria che vuole che il decreto ingiuntivo sia normalmente emanato a 40 giorni¹². E' allora evidente che, con questa normativa, si sia in pratica introdotta una nuova ipotesi di concedibilità della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo: tutte le volte in cui si avrà un rifiuto alla negoziazione, il creditore, anche in assenza dei criteri indicati dall'art. 642 cpc, potrà richiedere ugualmente la concessione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo. Anche in questo caso siamo di fronte a una rilevante novità.

¹² Cass. Sez. III, 29.1.2014 n. 1984 - Giustizia Civile Massimario 2014, rv 629879.

Gli ultimi due elementi, cioè la sottoscrizione della parte e l'autentica dell'avvocato che provvede alla spedizione dell'invito, offrono meno problemi interpretativi. Su questi si possono fare le seguenti considerazioni.

La legge non indica la forma dell'invito ma è ovvio che questa debba essere scritta, anche se digitalmente. L'invito infine ha carattere ricettizio e cioè produrrà i propri effetti dal giorno della ricezione da parte del destinatario, secondo gli effetti previsti dall'art. 1334 cc. Su questo punto si ricorda che l'atto unilaterale che sia spedito all'indirizzo del destinatario è assistito da presunzione di consegna (e quindi di arrivo a destinazione) qualora indirizzo del destinatario sia corretto¹³. Lo stesso principio può affermarsi qualora l'invito sia spedito via pec e il relativo indirizzo del destinatario risulti dai pubblici registri.

3. – La redazione della convenzione

Una volta che l'invito è stato accettato dal destinatario, le parti, e cioè i loro avvocati, devono redigere la convenzione di negoziazione assistita.

La legge ci dà una definizione della convenzione; infatti l'art. 2/1 del DL 132 del 2014 recita: *“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”*.

Il medesimo art. 2 precisa anche che la convenzione deve contenere: il termine indicato dalle parti entro cui la negoziazione va conclusa; l'oggetto della controversia e la conclusione dell'accordo di negoziazione tramite gli avvocati delle parti che certificano l'autenticità della sottoscrizione di queste ultime.

Il tutto va fatto, sotto pena di nullità, nella forma scritta.

Infine l'art. 9 precisa che il procedimento di mediazione deve essere coperto da riservatezza non solo per i difensori ma anche per le parti.

E' allora possibile ricavare il contenuto minimo ed essenziale e la forma della convenzione che deve contenere:

- a) l'impegno alla cooperazione in buona fede e con lealtà alla soluzione della controversia;
- b) il termine di durata della procedura;
- c) l'oggetto della controversia;
- d) la sottoscrizione delle parti con l'autentica dei difensori;
- e) la forma scritta a pena di nullità;
- f) l'impegno alla riservatezza delle informazioni ricevute e alla loro inutilizzabilità nel giudizio avente il medesimo oggetto.

Vediamo allora uno alla volta questi elementi essenziali:

Impegno a cooperare in buona fede e lealtà

Si tratta di un evidente richiamo dell'art. 1337 cc il quale esprime il principio generale di comportamento secondo buona fede nelle trattative contrattuali¹⁴;

¹³ Cass. Sez. II. 25.9.2014 n. 20167 - Giustizia Civile Massimario 2014, rv 632821.

¹⁴ Tra i tanti: Francesco Saverio Martucci Scarfizzi - *L'istituto della negoziazione assistita nel quadro delle ADR* - Diritto Mercato e Tecnologia - www.dimt.it; Domenico Dalfino - *La*

questa norma a sua volta è espressione del più generale canone di comportamento secondo buona fede previsto dall'art. 1175 cc. La norma poi, nel prevedere la cooperazione tra le parti ha in pratica formalizzato l'interpretazione che dell'art. 1337 cc era stata data dalla giurisprudenza. Infatti si era già precisato che questa norma contenesse il dovere delle parti di cooperare per la conclusione del contratto, inquadrando il recesso ingiustificato dalle trattative anche come violazione di questo specifico dovere¹⁵.

Termine di durata della procedura

L'art. 2/2 lett. a) recita: *“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”*. In altre parole, è la legge stessa che prevede la durata minima e massima del termine di durata della procedura di negoziazione assistita. Il problema però riguarda l'inderogabilità o meno di questo termine e cioè se, una volta che le parti abbiano stabilito il termine nella convenzione di negoziazione, questo termine (contrattuale) sia o meno inderogabile. In altre parole il quesito di diritto sul punto potrebbe essere così formulato: qualora a un certo punto appaia evidente che sia impossibile raggiungere un qualsiasi accordo, le parti debbono comunque attendere lo spirare del termine previsto nella convenzione o possono subito agire in giudizio a tutela dei propri diritti? Qui i problemi, ad avviso dello scrivente, possono essere due: uno processuale, attinente all'assolvimento della condizione di procedibilità, con il rischio che sia eccepito ex art. 3/1, anche d'ufficio, il mancato espletamento della procedura stessa visto che questa è stata conclusa prima del termine che le parti si erano assegnate. L'altro sostanziale poiché potrebbe nascere una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cc a carico della parte che abbia interrotto le trattative immotivatamente e che non abbia atteso la scadenza del termine convenuto. Non si può fare un paragone con la mediazione prevista dal Dlgs. 28 del 2010 poiché in quella procedura, all'art. 6/1, si prevede che il termine non sia superiore a tre mesi ma lì comunque la previsione è procedurale e di carattere legislativo e le parti non hanno preventivamente concordato alcun termine¹⁶, come invece accade per la negoziazione assistita in cui il termine è pattizio prevedendo appunto la legge solo la durata minima e quella massima della negoziazione. Né si potrebbe sostenere un'interpretazione eccessivamente rigida della norma poiché sarebbe in contrasto con l'art. 24 Costituzione e quindi con il diritto di azione a tutela dei propri diritti che ciascuna parte ha.

Si ritiene allora che la soluzione più corretta sia quello di prevedere nella convenzione di negoziazione la facoltà delle parti di agire anche prima della scadenza o qualora le stesse concordino sulla impossibilità di proseguire nella negoziazione oppure quando risulti che non sia più possibile proseguire proficuamente nella procedura di negoziazione. In questo caso è vero che chi recede unilateralmente si espone a una azione di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cc ma l'onere della prova di dimostrare la malafede nella interruzione

procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati - www.treccani.it.

¹⁵ Cass. Sez. III, 29.11.1985 n. 5920 - Giust. Civ. Mass. 1985, fasc. 11.

¹⁶ La norma recita: *“Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi”*.

della trattative incombe all'altra parte¹⁷.

Oggetto della controversia

Su questo ci si è diffusamente soffermati sopra (sull'invito alla negoziazione) allorché lo abbiamo definito come “il rapporto sostanziale da cui sia sorta la controversia”. E' ovviamente consigliabile che la convenzione riporti almeno l'oggetto della controversia indicato nell'invito alla negoziazione in modo da far coincidere l'ambito della negoziazione con l'invito che ne è stato il suo presupposto.

La sottoscrizione delle parti con l'autentica dei difensori

La norma, apparentemente semplice, in realtà pone qualche problema interpretativo. Diciamo subito che non si può utilizzare l'art. 83/3 cpc, che com'è noto, è stato interpretato nel senso che l'autentica del difensore costituisce una presunzione di attribuzione della sottoscrizione della procura alla parte che risulta dall'atto processuale, attribuzione che è impugnabile solo con la querela di falso¹⁸. La norma infatti è di carattere processuale e male si adatta agli atti negoziali e cioè non è utilizzabile per regolare la certificazione di autenticità fatta dal difensore in atti puramente negoziali.

Ad avviso di chi scrive, occorre allora rifarsi all'art. 2703/2 cc dove si prevede che il pubblico ufficiale certificatore debba attestare che la sottoscrizione sia avvenuta in sua presenza, avendo preventivamente accertato l'identità della persona che sottoscrive¹⁹. Senza voler entrare nel dibattito se l'avvocato certificatore sia, a questo punto, considerabile come una sorta di pubblico ufficiale o semplicemente di soggetto esercente poteri officiosi attribuiti volta per volta dall'ordinamento (peraltro ormai sempre più frequenti - ved. l'art. 52 DL 84/14 sull'autentica da parte dei difensori delle copie informatiche), preme invece considerare come la norma sia stata interpretata. La giurisprudenza ha precisato che il certificatore deve, a pena di nullità, dare atto di come abbia identificato l'autore della firma²⁰. Pertanto è evidente che nella convenzione di negoziazione, non solo le parti devono essere compiutamente identificate e devono sottoscrivere il testo, ma i difensori, oltre a formare per autentica, devono anche dare atto di come abbiano identificato i loro clienti della cui sottoscrizione hanno garantito l'autenticità.

La forma scritta a pena di nullità

Per quanto riguarda la forma scritta riteniamo che oltre che in forma cartacea, il documento contenente la convenzione di negoziazione possa essere stipulato anche in modo digitale, attesa la piena equiparazione legale tra i due tipi di documenti ex art. 20/1 Dlgs. 7.3.2005 n. 82 (Codice dell'Amministrazione Digitale), anche se il successivo comma 1bis ha precisato che l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutati dal giudice²¹. E' solo il caso di ricordare che,

¹⁷ Cass. Sez. II, 1.2.1995 n. 1163 - Giust. Civ. Mass. 1995, 254.

¹⁸ Cass. Sez. VI, 2.7.2014 n. 15170 - Giust. Civ. Mass. 2014, rv 631574.

¹⁹ La norma recita: “*L'autenticazione consiste nell'attestazione da parte del pubblico ufficiale che la sottoscrizione è stata apposta in sua presenza. Il pubblico ufficiale deve previamente accertare la identità della persona che sottoscrive*”.

²⁰ Cass. Sez. I, 17.9.2002 n. 13578 - Giust. Civ. Mass. 2002, 1679.

²¹ Comma inizialmente inserito dall'articolo 8 del D.Lgs. 4 aprile 2006, n. 159 e successivamente

per avere queste caratteristiche, il documento digitale deve contenere le sottoscrizioni digitali²² delle parti e dei suoi difensori.

L'impegno alla riservatezza delle dichiarazioni e delle informazioni ricevute e alla loro inutilizzabilità nel giudizio avente il medesimo oggetto

L'impegno è previsto dall'art. 9/2 che ricalca, quasi esattamente, l'art. 10 del Dlgs. 28/2010 in materia di mediazione. L'unica differenza tra le due previsioni è che mentre la seconda consente l'utilizzazione delle dichiarazioni e delle informazioni riservate sul consenso delle parti, l'art. 9/2 non prevede questa possibilità. Per evitare qualsiasi responsabilità delle parti e dei loro difensori anche di natura deontologica (ved. art. 13 Codice Deontologico Forense), qualora appunto si ritenga che questo dovere sia di carattere assoluto e non derogabile dalle parti, neppure su loro accordo, converrà allora nella convenzione di negoziazione precisare che la formalizzazione dell'eventuale mancato accordo, che serva a documentare l'espletamento della procedura per il soddisfacimento del requisito di procedibilità nel successivo giudizio, non debba prevedere alcun riferimento alle dichiarazioni e alle informazioni che le parti si siano rilasciate nel corso della procedura medesima ma che contenga la sola presa d'atto formale del mancato accordo.

4. – Il programma e le sedute

Il programma, inteso come le modalità anche temporali di svolgimento del procedimento, e le sedute su cui la procedura deve snodarsi non sono, come si è visto, requisiti di validità della convenzione di negoziazione e, giustamente, il loro svolgimento e la loro eventuale formalizzazione sono rimessi all'autonomia delle parti.

Questi elementi diventano però importanti qualora si discuta, in un momento successivo, di rottura ingiustificata delle trattative e quindi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cc.

Non abbiamo precedenti specifici sull'applicazione della responsabilità precontrattuale in caso di violazione delle regole procedurali durante una trattativa poi non conclusa da parte di privati. E' però utile, ad avviso di chi scrive, rifarsi invece alla giurisprudenza formatasi nell'ambito della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione²³. Secondo questi precedenti il procedimento (in questo caso amministrativo) che deve essere seguito dai pubblici amministratori, se viene violato, porta di per sé a una astratta configurabilità della responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione. Utilizzando allora questi criteri, è evidente che anche le violazioni procedurali nell'ambito della negoziazione assistita possono portare di per sé a responsabilità precontrattuali se alla fine, tramite queste violazioni, si ritenga integrato il requisito della malafede e della scorrettezza tenute da una parte nel corso del procedimento.

Per evitare allora possibili contestazioni, sarà opportuno prevedere nella

sostituito dall'articolo 13, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 30 dicembre 2010, n. 235.

²² Trib. Roma 27.5.2010 - Dir. Informatica 2011, 3, 513.

²³ Cass. Sez. I, 3.7.2014 n. 15260 - Giust. Civ. Mass. 2014, rv 631507.

convenzione di negoziazione che di ogni seduta si rediga un verbale delle operazioni nel quale sintetizzare l'attività compiuta.

Il problema però è stabilire se, in questo verbale, vadano o meno riportate le dichiarazioni e le informazioni riservate, ed eventualmente le proposte transattive formulate per conciliare la lite, o se invece queste debbano essere evitate per evitare problemi di riservatezza e di successiva inutilizzabilità dei verbali. E' un problema questo di non facile soluzione perché, in caso di mancata formalizzazione di questo contenuto riservato e in ipotesi di successivo giudizio ex art. 1337 cc, la parte che si vede accusata di rottura ingiustificata delle trattative ma che invece ha avuto un comportamento corretto nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita non ha la prova della mancata conclusione dell'accordo non per colpa a lei imputabile ma per oggettiva impossibilità di incontro tra proposte troppo distanti tra loro. In caso invece di formalizzazione di questo contenuto riservato, qualora sia necessario documentare ai fini della procedibilità della causa l'espletamento della negoziazione, la parte non potrà documentarlo se non esibendo e producendo in giudizio verbali e documentazioni che però non sono producibili visto il divieto di loro utilizzazione.

La soluzione a questo problema può essere ravvisata dell'impegno delle parti e dei rispettivi difensori, in sede di stipula della convenzione di negoziazione a:

- verbalizzare ogni tipo di informazioni o proposte se queste siano state riferite dalle parti;
- impegnarsi a non divulgare queste informazioni e proposte se non nell'ambito di un giudizio ex art. 1337 cc per dimostrare le modalità di svolgimento delle trattative e l'assenza di responsabilità precontrattuale di una o di entrambe le parti;
- impegnarsi a redigere una dichiarazione di mancato accordo in caso di fallimento della negoziazione assistita, dichiarazione che non contenga alcuna informazione o proposta riservata, che si limiti a dare atto della conclusione negativa del procedimento e che sia producibile nel successivo giudizio.

5. – La durata e gli effetti sulla prescrizione e sulla decadenza

Sulla durata e sui termini del procedimento di negoziazione assistita abbiamo già parlato sopra a proposito del contenuto della convenzione di negoziazione.

Resta invece da parlare degli effetti su prescrizione e decadenza.

L'art. 8 recita: *“Dal momento della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione 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'articolo 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”*.

Vediamo allora per primi gli effetti sulla prescrizione.

L'invito a concludere la convenzione di negoziazione assistita si dice che abbia gli stessi effetti della domanda giudiziale che, come sappiamo, sono previsti dall'art. 2943 primi tre commi e dall'art. 2945 primi due commi cc.

Dal combinato disposto delle norme suddette noi sappiamo che la prescrizione:

- è interrotta dalla notificazione della domanda giudiziale;
- una volta notificata la domanda giudiziale la prescrizione non (ri)comincia a decorrere fino al passaggio in giudicato della sentenza che abbia definito il giudizio.

E' allora notorio che con la notificazione della domanda giudiziale abbiamo due effetti interruttivi: uno immediato, cd "istantaneo", e l'altro qualificato come permanente, cioè per tutta la durata della causa e fino alla sua stabilizzazione con una decisione definitiva²⁴. E' opportuno precisare che, avendo l'atto introduttivo un carattere di negozio unilaterale recettizio²⁵ ex art. 1334 cc, l'effetto interruttivo lo ha quando giunge a destinazione e cioè quando il procedimento di notificazione si è concluso.

Ma per la negoziazione valgono gli stessi principi?

Per quanto riguarda l'effetto interruttivo istantaneo è abbastanza facile ipotizzare che ci sia e che quindi la ricezione dell'invito alla negoziazione assistita comporti l'interruzione del corso della prescrizione.

Più problematico appare l'effetto interruttivo permanente posto che le legge non dice nulla e cioè non precisa se:

- in caso di stipulazione della convenzione, l'interruzione ci sia per tutta la durata del procedimento e comunque entro i tempi previsti dall'art. 2/2 lett. a) (non oltre tre mesi prorogabile per 30 giorni);
- in caso di mancata stipulazione della convenzione, l'interruzione ci sia per la durata del termine di trenta giorni previsto per la risposta all'invito dall'art. 4;
- in caso di risposta positiva all'invito e di trattative per la stipula della convenzione, da cui poi non sia sfociata alcuna convenzione, l'interruzione ci sia per tutta la durata delle trattative stesse.

Crediamo che a queste domande debba darsi risposta negativa e che quindi non ci sia mai un effetto interruttivo permanente della prescrizione. Perché:

- l'effetto interruttivo permanente è indissolubilmente legato a una decisione di merito e quindi al fatto che dopo aver introdotto un processo questo sia culminato con una decisione della controversia;
- la conferma di questo ragionamento l'abbiamo leggendo il terzo comma dell'art. 2945 cc dove si nega l'effetto interruttivo permanente in caso di giudizio culminato con la declaratoria di estinzione del giudizio e non quindi con una decisione che possa avere gli effetti di ci all'art. 2909 cc;
- del resto, tutte le eccezioni di incostituzionalità di questa norma sono state respinte sul presupposto che gli effetti interruttivi permanenti siano appunto ricollegabili alla sola instaurazione del processo culminato con una decisione con attitudine al giudicato nel merito²⁶;

²⁴ Cass. Sez. III, 19.9.2014 - Giust. Civ. Mass., rv 632702.

²⁵ Cass. Sez. Lav. 22.3.1991 n. 3074 - Giust. Civ. Mass. 1991, fasc. 3.

²⁶ Cass. Sez. III, 18.1.2006 n. 825 - Giust. Civ. Mass. 2006, 1.

- a maggior ragione l'aver instaurato una procedura di negoziazione assistita non può comportare mai l'effetto interruttivo permanente tipico e proprio di un processo.

Non resta che parlare degli effetti dell'invito sulla decadenza.

La norma sopra richiamata esordisce dicendo che la decadenza, con l'invito alla negoziazione assistita, è impedita per una sola volta, con la precisazione che però che, in caso di non accettazione dell'invito nel termine di trenta giorni la domanda giudiziale deve essere proposta entro lo stesso termine di decadenza decorrente dalla scadenza del termine di trenta giorni, dal rifiuto o dalla data di certificazione del mancato accordo da parte degli avvocati.

La norma suscita alcune perplessità interpretative.

La prima è che si ha deroga palese al principio previsto dall'art. 2967 cc secondo il quale, una volta impedita la decadenza, il diritto relativo rimane solo soggetto alla prescrizione, tenuto conto che questa norma si riferisce al compimento di un atto stragiudiziale²⁷. In altre parole, con il compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto (es. la denuncia dei vizi o difetti di una cosa venduta), la decadenza viene definitivamente impedita e il diritto è regolato solo dalla prescrizione. Qui no. Qui, una volta scaduti i termini sopra indicati, entro il medesimo termine di decadenza l'azione va proposta essa stessa a pena di decadenza, sulla falsariga di quanto previsto in materia di mediazione dall'art. 5/6 del Dlgs. 28/2010²⁸. E' evidente una penalizzazione dei casi che saranno soggetti alla negoziazione assistita rispetto agli altri poiché per i primi sarà inapplicabile l'art. 2967 cc (pensato come detto per un atto impeditivo stragiudiziale), in ipotesi di estinzione del processo successivo, l'atto introduttivo non avrà effetti sulla decadenza con la conseguente improponibilità successiva dell'azione²⁹. In altre parole, con l'estinzione del processo, le controversie iniziate a seguito di negoziazione assistita, saranno penalizzate dalle decadenze eventualmente maturate rispetto a quelle che invece non siano state sottoposte a questa procedura, per le quali sia stato fatto l'atto impeditivo stragiudiziale e per le quali resta applicabile la deroga dell'art. 2967 cc con la sottoposizione delle medesime controversie si soli e ben più lunghi termini di prescrizione.

L'altra difficoltà interpretativa discende dall'individuazione del dies a quo da cui far decorrere la seconda decadenza. Si dice che questa decorra dalla scadenza del termine di trenta giorni dell'invito, dal rifiuto e dalla sottoscrizione della certificazione di mancato accordo da parte degli avvocati. Non si dice però che cosa si intende per "rifiuto" e cioè non si precisa se per rifiuto vada inteso il rifiuto dell'invito alla negoziazione e se debba intendersi il rifiuto di sottoscrivere una convenzione di negoziazione dopo aver astrattamente accettato l'invito. Nel primo caso infatti la nuova decadenza decorrerebbe da quando la controparte ha rifiutato l'invito, e quindi il dies a quo potrebbe essere anche da prima della scadenza del termine di trenta giorni per rispondere all'invito; nel secondo caso invece il termine decorrerebbe da quando sia divenuta definitiva l'impossibilità di giungere alla stipulazione di una convenzione di negoziazione, con il dies a quo

²⁷ Cass. Sez. III, 3.7.1980 n. 4214 - Giust. Civ. Mass. 1980, fasc. 7.

²⁸ Cass. Sez. Un., 22.7.2013 n. 17781 - Giust. Civ. Mass. 2013, rv 627247.

²⁹ Cass. Sez. I, 14.4.1994 n. 3505 - Foro It. 1995, I, 2229.

che potrebbe essere anche successivo alla scadenza dei trenta giorni per rispondere all'invito.

Riteniamo che nessuna delle due soluzioni escluda l'altra e che il rifiuto possa intendersi, a seconda dei casi, sia come rifiuto dell'invito alla negoziazione sia come rifiuto a sottoscrivere un testo condiviso di convenzione dopo aver accettato astrattamente di negoziare la controversia.

Vediamo perché.

Prima di tutto è evidente che il legislatore ha voluto distinguere il rifiuto dalla scadenza del termine posto che ha previsto entrambe le ipotesi; pertanto non si può parlare di rifiuto tacito (che è quello appunto della scadenza dei trenta giorni senza accettazione) ma il rifiuto deve sempre essere espresso.

In secondo luogo, non dicendo nulla il legislatore, è chiaro che il rifiuto può riguardare o la negoziazione in sé, nel senso che il destinatario dell'invito dichiara di non voler negoziare, oppure può riguardare il contenuto della convenzione, nel senso che il destinatario dell'invito astrattamente vuole negoziare ma non sul testo di convenzione proposto dall'invitante e alla fine non si riesce a trovare un testo condiviso.

Pertanto, essendo la negoziazione assistita un procedimento prodromico alla controversia (e in qualche caso condizione di procedibilità), nel primo caso (volontà di non negoziare) la parte invitante saprà subito del fallimento del suo tentativo e dalla data della risposta decorrerà la nuova decadenza; nel secondo caso (volontà di negoziare ma a diverse condizioni) la parte invitante saprà solo dopo un po' di tempo della impossibilità di stipulare una convenzione di negoziazione e da quella data decorrerà la decadenza.

Essendo infatti la procedura collegata al diritto di azione in giudizio, è evidente che una diversa interpretazione violerebbe gli artt. 3 e 24 della Costituzione (ragionevolezza della scelta legislativa e diritto di difesa), ritardando nel primo caso il diritto ad agire (di fronte a un rifiuto alla negoziazione si dovrebbero comunque attendere i trenta giorni) e rendendo impossibile, nel secondo caso (di fronte a una accettazione in linea di principio della procedura), la prosecuzione delle trattative per la firma della convenzione, posto che, se il termine di decadenza comunque decorresse dal trentesimo giorno, dopo quella data la parte invitante per evitare la decadenza dovrebbe comunque interrompere le trattative per la firma di un testo di convenzione ed iniziare la causa. Il che sarebbe irragionevole e in netto contrasto con lo spirito della normativa.

6. – Il fallimento della negoziazione

Il terzo comma dell'art. 4 prevede l'ipotesi del mancato accordo tra le parti e recita: “*La dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati designati*”. Di mancato accordo parla anche l'art. 8 a proposito della decorrenza della decadenza, come abbiamo visto.

Il primo problema che nasce da questa norma è stabilire se per mancato accordo si intenda quello sulla convenzione di negoziazione o, una volta stipulata la convenzione, sull'oggetto della controversia, oppure su entrambi da valutare

caso per caso.

Ad avviso dello scrivente è certamente preferibile la terza soluzione e cioè che la certificazione di mancato accordo riguardi entrambe le ipotesi fatte sopra. Le ragioni che militano a favore di questa tesi sono le seguenti:

- Nel caso in cui la convenzione sia stipulata ma non sfoci in una conciliazione nel termine assegnato tra le parti, è ragionevole prevedere che gli avvocati designati certifichino appunto il mancato raggiungimento dell'accordo (conciliazione). Questo documento è utilizzabile in giudizio principalmente nei casi in cui la negoziazione sia condizione di procedibilità della domanda ex art. 3.
- Nel caso invece in cui la convenzione non sia stata stipulata le ipotesi sono due: o è scaduto il termine di trenta giorni dal ricevimento dell'invito e non è giunta la risposta positiva all'invito oppure la risposta è stata positiva ma poi le parti non hanno stipulato la convenzione di negoziazione.
- Nel primo caso, la certificazione è inutile avendo la legge già previsto la conseguenza di ciò e comunque impossibile da fare non essendoci un avvocato designato per il procedimento; nel secondo caso invece il mancato accordo sulla stipula della convenzione di negoziazione va certificato altrimenti la parte proponente non avrebbe alcuna prova non solo della attivazione della procedura ma anche della sua impossibilità di prosecuzione non per sua colpa, ciò sempre ai fini della condizione di procedibilità.

Il secondo problema interpretativo riguarda poi la sottoscrizione della certificazione di mancato accordo da parte degli avvocati designati. La norma infatti nulla dice per l'ipotesi di impossibilità di sottoscrizione di detta certificazione da parte degli avvocati, semplicemente anche solo perché uno di essi si rifiuti di firmarla e non intenda collaborare con l'altro tenendo un atteggiamento strumentale. Visto il silenzio della norma, possiamo solo fare ipotesi.

Ferme restando le possibili violazioni deontologiche per il venir meno con detto comportamento al dovere di lealtà (art. 9 del Codice Deontologico Forense) e al dovere di correttezza (art. 19 del Codice Deontologico Forense), resta il problema di come l'altro avvocato, che di regola è quello della parte invitante e che un interesse ad iniziare la causa quanto prima, possa dimostrare in giudizio l'esaurimento della procedura di negoziazione assistita ai fini dell'assolvimento della condizione di procedibilità.

Escludiamo subito che costui possa dichiarare che l'invito alla stipula della convenzione non abbia avuto positivo riscontro nel termine di trenta giorni perché in questo caso l'avvocato sarebbe esposto alla violazione del dovere di verità previsto dall'art. 50 del Codice Deontologico Forense. Ciò significa che l'unica soluzione in quel caso per l'avvocato adempiente sia appunto quella di dichiarare esattamente quanto accaduto e produrre:

- in caso di accordo sulla negoziazione e di stipulazione della convenzione, una copia di questa, a dimostrazione della instaurazione del procedimento;
- in caso di disaccordo sulla negoziazione e di mancata stipulazione della convenzione, una copia della corrispondenza intercorsa tra gli avvocati da cui risultino i tentativi, andati a vuoto, di stipulare la convenzione.

In quest'ultima caso pertanto sarà utile che né la corrispondenza precedente

né la convenzione di negoziazione contengano informazioni riservate o proposte transattive, che invece vanno formulate eventualmente alla fase successiva, poiché diversamente questi atti diventerebbero difficilmente producibili in giudizio, vista a quel punto la probabile violazione dell'art. 48 del Codice Deontologico Forense, che sanziona com'è noto la produzione o l'utilizzazione di corrispondenza o di altri atti qualificati come riservati o contenenti comunque proposte transattive.

7. – Conclusioni

Non resta che trarre le conclusioni di questo nostro lavoro.

La scommessa del legislatore è stata quella di ottenere, come abbiamo detto all'inizio, attraverso questo strumento deflattivo, una soluzione stragiudiziale delle controversie.

E' evidente allora come l'istituto si collochi nel solco delle misure di alleggerimento del contenzioso civile che da tempo stanno interessando la nostra giustizia civile tenuto conto del fatto che, da più parti, non ultime le Sezioni Unite Civili, si è ritenuto appunto che la risorsa - giustizia (intesa come messa a disposizione degli utenti da parte dello Stato delle proprie strutture pubbliche preposte al servizio giudiziario di risoluzione delle controversie civili) non è illimitata³⁰. Ma questo gli avvocati lo sanno bene e lo sostengono da tempo³¹.

Questo è quanto ci aspetta e su misure come queste saremo verosimilmente costretti a misurarci sempre di più.

Per quanto riguarda infine la loro concreta efficacia e i loro effetti benefici sul contenzioso, non resta che aspettare anche se l'esperienza avuta da istituti simile non lasciano assolutamente ben sperare.

³⁰ Cass. Sez. Un., 12.12.2014 n. 26242 - Giustizia Civile Massimario 2014, rv 633507.

³¹ Ved. riflessioni di Bruno Sazzini, segretario generale ANF in vista del Consiglio Nazionale a Bari del 10 e 11 ottobre 2008, il quale dice: "Oggi la giurisdizione è una risorsa limitata. Non è in grado di soddisfare la domanda crescente di giustizia e per questo, come per l'acqua, va affrontato il problema di come gestirla in modo da garantire a tutti la tutela dei propri diritti. La prima cosa da fare è ridurre l'uso ed evitare gli sprechi a partire dall'intervento della magistratura togata che dovrebbe essere limitato alla tutela dei diritti più rilevanti.