

LA PROCEDURA PARTECIPATIVA DI NEGOZIAZIONE ASSISTITA DA UN AVVOCATO

L'Unione triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati insieme ad importanti associazioni forensi (AIAF, AIGA e Unione Nazionale Camere Civili) hanno elaborato la proposta di introdurre nel nostro ordinamento, come strumento alternativo al contenzioso, la "*procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato*" o "*accordo di negoziazione*", sulla falsariga di un'esperienza recentemente recepita nel codice civile francese, a seguito dell'approvazione da parte dell'Assemblea Nazionale della legge n. 20010-1609 del 22 dicembre 2010.

L'idea nasce dalla considerazione che nelle procedure di conciliazione l'attività richiesta al mediatore può spaziare dalla proposizione di accordi conciliativi del tutto indipendenti ed autonomi rispetto alla normativa che regola il rapporto controverso, sino, all'estremo opposto, a proposte che ricalchino fedelmente la normativa di riferimento. A questo riguardo si può richiamare la distinzione formulata in materia dalla dottrina nordamericana che ha enucleato in primo luogo un modello di mediazione «*norm generating*», ove il possibile esito del procedimento prescinde totalmente dal contesto normativo in cui si pone, venendo così a crearsi, per volontà delle parti, un'autonoma norma di diritto destinata a regolare il rapporto controverso; poi si è andato sostituendo a quel modello un altro definito «*norm educating*», ove le trattative si svolgono all'interno di una cornice giuridica predeterminata e l'accordo viene ricercato attraverso il riferimento ai parametri normativi che regolano il rapporto; da ultimo, nella realtà nordamericana, ci si sta orientando verso un modello di mediazione denominato «*norm advocating*», ove invece l'attività del mediatore tende ad ottenere nella conciliazione l'effettiva applicazione della norma di diritto applicabile al caso concreto. Ciascuno di questi modelli presuppone un diverso tipo di mediatore, un diverso tipo di parti, una diversa possibilità di mediazione; trattasi di forma di mediazione equipollenti tra loro la cui scelta è lasciata alla decisione delle parti.

Inoltre la legislazione italiana prevede la limitazione dei diritti disponibili ed in tal modo sono espunte dall'area della mediazione tutte le liti di famiglia, ed in particolare quelle connesse alla separazione e al divorzio e all'affidamento dei figli, che più di altre potrebbero beneficiare di una attività conciliativa, che deve necessariamente avere i connotati del modello «*norm advocating*», per gli interessi che sono in gioco.

Da questa riflessione nasce l'idea di offrire una procedura conciliativa alternativa al contenzioso e nello stesso tempo concorrente con la mediazione introdotta col D.lgs. 28/2010, che riconosca alle parti il potere di autoregolamentazione dei loro rapporti senza diminuire le loro tutele e ai rispettivi avvocati un ruolo centrale nell'assisterle nella negoziazione finalizzata alla ricerca di un accordo, che una volta raggiunto è poi controllato e omologato dal giudice, così da renderlo esecutivo; la funzione giurisdizionale viene qui esaltata, più che in un'ottica di mero controllo, come vera e propria funzione socialmente orientata per prevenire future liti. Inoltre, tramite l'omologa del giudice, si assicura alle parti la "sicurezza giuridica" degli accordi raggiunti rendendoli esecutivi e trascrivibili.

La procedura prende l'avvio con la redazione e sottoscrizione di una *convenzione di procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato*, che consiste in un accordo mediante il quale

le parti in conflitto, che non hanno ancora adito per la controversia un giudice o un arbitro, convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole il conflitto e la controversia tramite l'assistenza dei propri legali. Appare necessario, volendo rafforzare la finalità conciliativa in un'ottica di leale collaborazione tra le parti, prevedere l'impegno a tenere riservate le informazioni non conosciute o non conoscibili e che le stesse si scambiano durante la procedura, salvo concordare la possibilità di produrre in giudizio la eventuale relazione riguardante gli aspetti tecnici della questione, che può essere stesa con l'ausilio di esperti e consulenti nominati dalle stesse parti.

Tale procedura fa pertanto leva sulle funzioni proprie dell'avvocato, rafforza la qualità della sua prestazione professionale, imponendogli un'assunzione di responsabilità sia sotto il profilo della competenza professionale che della deontologia, amplia la sua competenza a certificare non solo l'autenticità della firma della parte che assiste, ma lo responsabilizza ad attestare che il contenuto dell'accordo corrisponde alla volontà espressa dalle parti.

Ovviamente il ricorso alla convenzione partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato può essere pattuito anche come clausola contrattuale e previsto per le procedure arbitrali.

Trattandosi di una procedura alternativa ed equipollente, diverse sono le simmetrie con l'ipotesi di mediazione prevista nel D.lgs. 28/2010; la proposta ad esempio prevede che quando è in corso una procedura partecipativa assistita da un avvocato qualsiasi ricorso, anche sommario o monitorio, al giudice per decidere sulla stessa controversia è improcedibile, restando salva la possibilità di richiedere i provvedimenti cautelari ed urgenti; così come si prevede che agli accordi raggiunti per mezzo della procedura partecipativa si applicano alle parti gli stessi vantaggi fiscali previsti nell'art. 20 del D.Lgs. 28/2010 sulla mediazione. Inoltre si prevede che all'art. 5 del D.lgs 4 marzo 2010 n.28 comma 1 dopo la parole "Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione" siano aggiunte quelle "o di sottoscrivere nel medesimo termine una convenzione per una procedura partecipativa di negoziazione assistita da un avvocato"; così da parificare gli effetti anche per i casi in cui l'obbligatorietà della mediazione non si applica se non dopo l'adozione di determinati provvedimenti giurisdizionali (ingiunzione, sfratto e possessori). In simmetria con l'ipotesi di mediazione delegata prevista nel D.lgs. 28/2010, si prevede l'invito del giudice ad avviare una procedura partecipativa di negoziazione; la particolarità, con evidenti intenti deflattivi, consiste nella circostanza che tale invito deve essere adeguatamente motivato e potrà essere rivolto dal giudice solo dopo che le parti hanno adeguatamente svolto le loro difese, allorquando sono definiti il *thema decidendum* ed il *thema probandum*. L'ordinanza che contiene l'invito costituirà pertanto per le parti un concreto indirizzo per trovare una ragionevole soluzione transattiva.

Rispetto alla mediazione di cui al D.lgs. 28/2010 possono delinearsi alcuni vantaggi che possono sintetizzarsi:

- Consente costi minori: per gli onorari dovuti si richiamano le tabelle professionali vigenti. A questo riguardo si ricorda che l'attività stragiudiziale che non abbia esito positivo ed è seguita da un procedimento giudiziario, dà diritto a un onorario distinto da quello giudiziario solo se assume una particolare rilevanza; per cui in caso di trattative sterili e inconcludenti o per l'invio della mero invito ad aderire alla procedura, di cui diremo appresso, i costi di questa fase sarebbero per la parte estremamente modesti.
- Si svolge in tempi stringenti: il termine è concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, ma la sua durata e la possibilità di prorogare il termine concordato sono definite entro tempi predeterminati dal legislatore, e questo per evitare di trascinare di trattative inconcludenti o strumentali al solo procrastinare la lite.

- Presenta maggiori contenuti e nuove opportunità: si prevede l'applicazione anche per i procedimenti arbitrali e la previsione che la convenzione – fermo restando il limite che non può essere stipulata al fine di risolvere conflitti e controversie sorte in relazione a diritti indisponibili, status della persona, possa applicarsi alle liti di famiglia, ed in particolare quelle connesse alla separazione e al divorzio e all'affidamento dei figli; inoltre può avere come oggetto anche questioni aventi ad oggetto controversie relative alla risoluzione del rapporto del lavoro dipendente o ricorsi giurisdizionali avverso la certificazione dei contratti di lavoro o riguardanti la materia previdenziale. Ciò in correlazione al recente limite introdotto in materia di arbitrato nel cd. “collegato lavoro”.
- Assicura l'esecutività e la trascrivibilità degli accordi: la certificazione dell'autenticità delle firme delle parti e l'attestazione che il contenuto dell'accordo corrisponde alla volontà delle parti avvengono ad opera dei legali che hanno partecipato alla procedura regolata dalla convenzione. Non volendo però la proposta incidere sulle prerogative di altre professioni, tale autentica è strettamente funzionale alla successiva fase “giudiziale” di omologazione e da avviarsi con ricorso presentato dagli stessi legali delle parti al Presidente del Tribunale. Tale fase non è obbligatoria, essendo lasciata alla libera scelta delle parti, però solo tramite l'omologa le parti raggiungono il risultato di munirsi di un titolo esecutivo e di un atto trascrivibile. L'omologazione da parte del Presidente del Tribunale, come detto in premessa ha poi una funzione preventiva per l'insorgere di future liti. In questo senso la previsione che l'accordo deve essere redatto in modo completo, dando esatto conto della materia del contendere, nei suoi elementi specifici, con la conseguente dichiarazione esplicita dei diritti su cui s'intende transigere, rinunciare e conciliare, senza ricorso a dichiarazione di contenuto generico; conseguentemente si è prevista la facoltà del Presidente del Tribunale di convocare le parti e i loro difensori invitandoli a completare l'accordo o a chiarire i punti che potrebbero dare motivo di futura controversia; lo scopo di tale previsione è quella di rendere il più possibile chiaro e certo il contenuto degli accordi per le parti ed evitare nello stesso tempo il sorgere di successivi contenziosi. E' data, come per la mediazione di cui al D.lgs. 28/2010, al Presidente del Tribunale la facoltà rifiutare l'omologa per le ipotesi in cui l'accordo è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative o riguarda diritti indisponibili, salvo per le ipotesi in cui è ammessa. Per questa ragione si può affermare che l'omologazione da parte del Presidente del Tribunale è una fase importante.
- Rafforza le intese raggiunte: la proposta prevede che le ipotesi di annullamento, nullità e risoluzione dell'accordo, si modellano ai limiti previsti nel codice civile per le transazioni, e per rafforzare ulteriormente l'impegno che le parti vanno ad assumere con l'accordo si prevede che può essere oggetto di risoluzione per inadempimento, anche se il rapporto preesistente è stato estinto, in questo discostandosi dalla corrispondente previsione del codice civile.
- Responsabilizza le parti prima del processo a tentare la conciliazione: la proposta prevede che, prima della proposizione di una domanda giudiziale, una parte per il tramite del suo avvocato può invitare l'altra parte a ricorrere alla procedura partecipativa e se tale invito non sia seguito da risposta o sia seguito dal rifiuto ad aderire alla procedura, questo potrà essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e dell'art. 96 CPC¹. L'invito rivolto all'altra parte a ricorrere alla procedura partecipativa può essere trascritto, se notificato a mezzo Ufficiale Giudiziario, nei casi in cui la controversia abbia per oggetto una domanda

¹ Originariamente si era pensato che la mancata risposta o il rifiuto ingiustificato potessero avere effetti anche ai fini della concessione provvisoria esecutorietà al decreto ingiuntivo, ma poi si è abbandonato questa scelta perché ritenuta di difficile realizzazione.

per cui è consentita la trascrizione, e la trascrizione ha gli stessi effetti di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c.. Questo consente alle parti di non dovere necessariamente notificare la domanda giudiziale per ottenere gli effetti di tutela che discendono dalla normativa civilistica sulla trascrizione, con riduzione dei relativi oneri per le parti e minore pendenza di procedimenti. Si dovrebbe così ottenere il benefico effetto di una deflazione dei procedimenti instaurati.

- Rimodella l'istituto dell'obbligatorietà della mediazione prevista nel D.lgs. 28/2010: l'espletamento di questa procedura o l'invito ad aderirvi esonera le parti dalla conciliazione e dalla mediazione, nei casi in cui sono previste dalla legge come obbligatorie, così come anche previsto dalla legge francese. Questa conseguenza deve essere intesa non per aggirare la vessata e controversa previsione dell'obbligatorietà ma come logico effetto della sua natura di strumento equipollente e alternativo di definizione stragiudiziale delle controversie; d'altro canto il rifiuto della parte cui è rivolto l'invito ad aderirvi è chiaro indice del suo disinteresse a perseguire qualsiasi volontà conciliativa, per cui la stessa previsione dell'obbligatorietà in queste ipotesi si svuota di reali contenuti e si traduce solo in un aggravamento dei costi per chi intende far valere giudizialmente la pretesa.

Riguardo alle ipotesi di applicazione della procedura partecipativa nei procedimenti di separazione personale, cessazione degli effetti civili del matrimonio e scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'art. 3, comma 1, n. 2, lett. b) legge 898/1970 come modificato dalla legge 74/1987, o modifica delle condizioni di separazione o divorzio, anche in presenza di figli minori, o tra genitori non coniugati per la regolamentazione dei loro rapporti nell'interesse dei figli, al fine di cercare una soluzione consensuale è previsto che laddove il ricorso congiuntamente sottoscritto dalle parti e dai rispettivi difensori riporti il contenuto dell'accordo raggiunto tra gli stessi a seguito della procedura partecipativa, il Presidente, senza disporre la comparizione dei coniugi dinanzi a sé, visto il parere del Pubblico Ministero, relaziona al Tribunale in Camera di Consiglio che provvede con decreto all'omologazione dell'accordo. Qualora l'accordo risulti in contrasto con l'interesse dei figli, il Tribunale convoca le parti e i loro difensori, chiedendo chiarimenti sulla procedura partecipativa, indicando eventualmente le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli, e in caso di inidonea soluzione può rifiutare allo stato la omologazione.

Questa procedura, che elimina l'udienza presidenziale, impone ai legali delle parti l'obbligo di esperire preliminarmente il tentativo per la loro riconciliazione, dandone atto nell'accordo che verrà poi sottoscritto dalle parti e dai rispettivi difensori, che sotto la loro responsabilità professionale, certificheranno l'autenticità delle firme e attesteranno che il contenuto dell'accordo corrisponde alla volontà espressa dalle parti. Tale innovata previsione normativa consegue alla notoria constatazione che il tentativo di conciliazione, da esperirsi da parte del Presidente sia in sede di separazione che di divorzio, da tempo ha assunto il solo significato di un passaggio burocratico d'obbligo, privo di sostanziale contenuto e che non ha mai registrato il benché minimo dato di successo.

L'eliminazione dell'udienza di comparizione delle parti avanti al Presidente, qualora sia stata seguita la procedura partecipativa, consente anche di ottenere benefici risultati in termini di riduzione dei tempi processuali e sull'organizzazione del lavoro giudiziario, delle spese del procedimento e dell'attività giudiziaria, che conseguentemente potrà procedere con tempi più celeri alla trattazione dei procedimenti contenziosi.

La proposta introduce l'obbligo per gli Ordini forensi di organizzare per gli avvocati iscritti corsi di formazione riguardanti la conoscenza sulla metodologia delle procedure di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e d'interazione comunicativa, proprio per diffondere tra gli iscritti il loro utilizzo.

Sempre per verificarne il funzionamento s'introducono degli obblighi di comunicazione al Ministero di Giustizia, per monitorarne il funzionamento e l'efficacia deflattiva.

La proposta è una scommessa sulla figura e sul ruolo dell'avvocato ed è per esprimerne il senso e le finalità che i proponenti, nel presentarla l'hanno fatta precedere da una citazione: "*Mi resi conto che la vera funzione dell'avvocato è di unire parti che si sono disunite; la lezione s'impresse così indelebilmente in me che occupai gran parte del tempo per ottenere compromessi privati in centinaia di casi. Non ci persi nulla, neppure denaro, certamente non l'anima. Io sono un avvocato*" Ed è nella forza di queste parole di Gandhi che speriamo, trovi sempre maggiori consensi ².

² In seguito alla proposta sono stati presentati due distinti disegni di legge: uno presentato dal Senatore A. Caruso (disegno di legge nr. 2772), in cui la procedura viene denominata "convenzione per la conciliazione del contenzioso civile", e uno che porta la firma dell'on. Contento (AC. 4376) alla Camera dei Deputati.