

I. La negoziazione assistita da avvocati

La negoziazione assistita da avvocati per risolvere al di fuori dei tribunali controversie su diritti disponibili e per raggiungere accordi di separazione e divorzio è stata introdotta nel sistema giuridico italiano con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (“Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile” pubblicato sulla *G.U.* 12 settembre 2014, n. 212 ed entrato in vigore il 13 settembre 2014. La legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162 che apportava importanti modifiche è stata pubblicata sul supplemento ordinario della *G.U.* 10 novembre 2014, n. 261 ed è entrata in vigore l’11 novembre 2014. La riforma – che ha previsto anche interventi per l’accelerazione del processo civile – è stata per molti versi rivoluzionaria avendo introdotto misure del tutto inedite come la possibilità di separarsi o divorziare direttamente davanti all’ufficiale di stato civile.

La riforma si colloca nel solco degli interventi legislativi che, con l’obiettivo dichiarato di dare risposte a necessità strutturali di carattere deflattivo, si sono occupati nell’ultimo decennio di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore civile e commerciale a cominciare dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) (Attuazione dell’art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98).

La prima parte della nuova normativa del 2014 si è occupata dell’eliminazione dell’arretrato civile prevedendo la possibilità, su richiesta congiunta delle parti, del trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti davanti ai tribunali e alle corti d’appello (art. 1 del d.l.) e in questa parte è entrato pienamente in vigore il 13 settembre 2014 con alcune modifiche significative apportate dalla legge di conversione.

La seconda parte del decreto legge (artt. 2-11), che concerne la negoziazione assistita in generale e la negoziazione finalizzata ad accordi di separazione e divorzio, è entrata anch’essa in vigore il 13 settembre 2014 ma le disposizioni sulla improcedibilità (e cioè sulla negoziazione intesa come condizione di procedibilità della domanda giudiziale: art. 3) sono diventate

efficaci “*decorsi novanta giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione*” (art. 3, comma 8) e quindi dal 9 febbraio 2015.

La terza parte del decreto legge (che disciplina la rivoluzionaria possibilità per i coniugi senza figli comuni a carico di procedere alla separazione e al divorzio direttamente davanti all’ufficiale di stato civile: che chiameremo separazione e divorzio fai da te) sono diventate efficaci – in base a quanto espressamente prevede l’art. 2, comma 7 – “*a decorrere dal trentesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione*” e cioè dall’11 dicembre 2014.

La quarta parte del decreto legge (altre misure per la funzionalità del processo civile di cognizione) ha trovato applicazione per i procedimenti introdotti “*a decorrere dal trentesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione*” e cioè dall’11 dicembre 2014. È entrata altresì immediatamente in vigore la disposizione che regola il nuovo periodo feriale dal 1° al 31 agosto di ogni anno in sostituzione del periodo di 45 giorni previsto in precedenza e che riduce a 30 giorni il periodo di ferie per i magistrati.

La quinta parte del decreto legge concernente le misure a tutela del credito e di accelerazione del processo esecutivo si applicano “*ai procedimenti iniziati a decorrere dal trentesimo giorno successivo all’entrata in vigore della legge di conversione*” e cioè dall’11 dicembre 2014 (artt. 17; 18, comma 3; 19, comma 6). Una disciplina particolare è prevista invece nell’art. 20 (monitoraggio delle procedure esecutive individuali e concorsuali e deposito della nota di iscrizione a ruolo con modalità telematiche) che si applicano anche alle procedure in corso “*a decorrere dal novantesimo giorno della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dei decreti contenenti le indicazioni tecniche di attuazione*”.

Successivamente la l. 6 agosto 2015, n. 132 di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 recante: «Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell’amministrazione giudiziaria» ha previsto – sia pure in via sperimentale – incentivi fiscali per chi abbia corrisposto agli avvocati compensi in sede di negoziazione assistita o di trasferimento delle controversie in sede arbitrale.

II. Il trasferimento in sede arbitrale delle controversie su diritti disponibili

La normativa che ha introdotto nel nostro sistema giuridico la negoziazione assistita da avvocati contempla, come si è detto, anche altre misure tese alla deflazione del carico giudiziario. Tra queste la principale è costituita dalla possibilità del trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria. L'art. 1 del d.l., modificato dalla legge di conversione, prescrive che nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data del 13 settembre 2014, *“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”*. Ciò può avvenire anche quando la causa verte su diritti che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, sempre che il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale. L'arbitrato cui fa riferimento la legge è quello rituale.

La necessità dell'istanza congiunta rende oggettivamente incerta la potenzialità deflattiva del meccanismo individuato dal legislatore.

Si tratta di un meccanismo, in ogni caso, del tutto inedito dal momento che in genere il ricorso all'arbitrato avviene – in forza di clausole arbitrali – fin dal sorgere della controversia. Qui invece siamo in presenza di una controversia per la quale è in corso un contenzioso davanti al tribunale o alla corte d'appello. Proprio per questo il secondo comma dell'art. 1 prevede che, all'atto della trasmissione del fascicolo in seguito alla richiesta di attivazione della procedura arbitrale, restano ferme *“le preclusioni e le decadenze intervenute”* e pertanto il tema della decisione arbitrale è circoscritto al materiale e alle domande che al momento della trasmissione il giudice sarebbe competente ad esaminare.

Il contenzioso – come ha precisato la legge di conversione – può anche riguardare controversie (su diritti disponibili) nelle quali è parte una Pubblica amministrazione. In tal caso se la controversia ha ad oggetto una domanda di responsabilità extracontrattuale di valore non superiore a 50.000 euro ovvero si tratta di una controversia che ha ad oggetto il pagamento di somme di denaro, per il trasferimento in sede arbitrale non è richiesta un'istanza congiunta ma è sufficiente l'istanza della parte privata. La Pub-

blica amministrazione può comunque esprimere un dissenso scritto entro 30 giorni dalla richiesta del privato ed in tal caso la causa continua nella sede contenziosa in cui si trova.

La legge prevede che le funzioni arbitrali in questo specifico contesto deflattivo del carico giudiziario possano essere assunte solo da avvocati che possono essere direttamente indicati dalle parti (al momento dell'istanza evidentemente) o, in difetto, nominati dal Presidente del Consiglio dell'Ordine. Gli arbitri devono essere obbligatoriamente scelti *“tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso”* (art. 1, comma 2).

Pertanto il giudice di fronte al quale pende la causa di cui si chiede il trasferimento in sede arbitrale a seguito dell'istanza congiunta delle parti verifica che sussistono i presupposti sopra indicati per il trasferimento della causa in sede arbitrale e dispone la trasmissione del fascicolo al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello. La trasmissione – per evidenti motivi di correttezza formale – deve avvenire anche nell'ipotesi in cui le parti abbiano nominato direttamente gli arbitri; la legge non lo dice ma è evidente che un fascicolo giudiziario non può essere trasmesso in altre parti. In tale ultimo caso il Presidente del Consiglio dell'Ordine si limiterà ad una verifica della regolarità della nomina e rimetterà le parti davanti agli arbitri prescelti. Nel caso in cui le parti non abbiano indicato gli arbitri, sarà il Presidente dell'Ordine ad indicarlo.

Se il valore della controversia supera i 100.000 euro deve essere nominato un collegio arbitrale, altrimenti nelle controversie di valore inferiore gli interessati concordemente possono scegliere un solo arbitro. Per il meccanismo di nomina si può fare riferimento al sistema previsto negli artt. 809 e 810 c.p.c. e quindi le parti possono concordemente indicare il singolo arbitro (nelle controversie di valore inferiore ai 100.000 euro) ovvero, negli altri casi, concordare il numero degli arbitri e nominare l'intero collegio arbitrale o anche solo alcuni arbitri del collegio; sarà il Presidente del Consiglio dell'Ordine ad integrare il numero di arbitri o a nominare gli arbitri in caso di mancata nomina.

Gli arbitri devono accettare la nomina con atto formale e dall'accettazione partono i termini per la definizione del procedimento arbitrale.

La funzione di consigliere dell'Ordine e l'incarico arbitrale sono incompatibili e l'incompatibilità si estende anche per i consiglieri uscenti per

una intera consiliatura successiva alla conclusione del loro mandato (art. 1, comma 2-*bis* introdotto dalla legge di conversione).

Con decreto del Ministro della Giustizia da adottare entro novanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione (quindi entro il 9 febbraio 2015) il comma 5-*bis* dell'art. 1 del decreto legge (come modificato dalla legge di conversione) prescrive che vengano “*stabiliti i criteri per l'assegnazione degli arbitrati tra i quali, in particolare, le competenze professionali dell'arbitro, anche in relazione alle ragioni del contendere e alla materia oggetto della controversia, nonché il principio della rotazione nell'assegnazione degli incarichi, prevedendo altresì sistemi di designazione automatica*”.

Il decreto in questione – approvato il 12 aprile 2016, n. 61 ed entrato in vigore il 2 luglio 2016 – dispone che il presidente dell'Ordine degli avvocati tiene e aggiorna l'elenco degli arbitri, nel quale iscrive gli avvocati che hanno reso la dichiarazione di disponibilità. L'avvocato che rende la dichiarazione di disponibilità indica l'area professionale di riferimento documentando le proprie competenze professionali e la sussistenza dei requisiti di anzianità e di onorabilità che è sempre revocabile. L'avvocato è tenuto a comunicare immediatamente al presidente il venir meno dei requisiti di onorabilità. Il presidente, verificata la sussistenza dei requisiti procede, secondo l'ordine temporale di presentazione delle domande, all'iscrizione dell'avvocato in una delle aree indicate nella tabella allegata al decreto. Quando vengono meno i requisiti di onorabilità dell'avvocato iscritto nell'elenco, il presidente procede alla cancellazione. Il presidente procede allo stesso modo quando l'avvocato revoca la dichiarazione di disponibilità.

Quanto ai criteri per l'assegnazione degli arbitrati il decreto prevede che il presidente, individuate le ragioni del contendere e la materia oggetto della controversia, stabilisce l'area professionale di riferimento e all'interno dell'area professionale di riferimento, decide la designazione dell'arbitro, con rotazione nell'assegnazione degli incarichi, in via automatica.

L'art. 3 del decreto legge prescrive che il procedimento trasferito “*prosegue davanti agli arbitri*” e aggiunge che “*restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza*”.

La nuova normativa prevede un termine per la pronuncia del lodo solo per il caso in cui il trasferimento in sede arbitrale avviene dalla Corte d'appello. In tal caso il procedimento arbitrale deve concludersi con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale (o dell'arbitro se il valore è inferiore a 1000.000 euro) ma la norma precisa che “*è in facoltà degli arbitri, previo accordo tra le par-*

ti, richiedere che il termine per il deposito del lodo sia prorogato di ulteriori trenta giorni". Se questo termine non viene rispettato, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. Quando il processo è riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l'art. 338 c.p.c. che prevede il passaggio in giudicato della decisione di primo grado. Quando, poi, a norma dell'art. 830 c.p.c., venisse dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

Se il trasferimento del processo in sede arbitrale avviene dal tribunale il termine per la pronuncia del lodo è disciplinato, secondo le regole generali, dall'art. 820 c.p.c. che prevede 240 giorni di tempo (prorogabili) salva diversa decisione delle parti.

Per il compenso degli arbitri si può fare riferimento al decreto del Ministero della giustizia 10 marzo 2014, n. 55 (regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense) dove si prevede anche la disciplina del compenso per l'esercizio delle funzioni arbitrali (cfr. tabella n. 26) ma espressamente l'art. 1, comma 5, d.l. n. 132/2014 prescrive che "*non si applica l'articolo 814, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile*" (che prevede la solidarietà della parti per il pagamento) e quindi l'arbitro potrà pretendere il pagamento dei compensi da entrambe le parti. Forse anche per questo la legge ha previsto che il Ministro della Giustizia dovesse stabilire la riduzione dei parametri di tali compensi con proprio regolamento.

Il regolamento in questione è stato pubblicato con decreto 12 aprile 2016 nella *G.U.* del 3 maggio 2016 e ha ridotto i parametri relativi ai compensi agli arbitri del trenta per cento.

III. Negoziazione assistita da un solo avvocato o da almeno un avvocato per parte? Conflitto di interessi

Secondo l'impostazione di qualche studioso tra i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie non rientrerebbero le procedure di negoziazione diretta (cioè effettuata dalle parti sia pure assistite da avvocati) ma solo procedure di negoziazione eterodiretta da terzi imparziali (come la

mediazione civile e commerciale). Almeno così lascerebbero intendere le raccomandazioni che la Commissione europea ha adottato in passato (la n. 98/257 del 30 marzo 1998 e la n. 2001/310 del 4 aprile 2001) indicando i principi per il funzionamento dei sistemi ADR (*Alternative Dispute Resolution*) tra i quali vengono citate l'indipendenza e l'imparzialità del terzo che facilita l'accordo.

In verità la negoziazione assistita che può portare ad un accordo esecutivo è oggettivamente un metodo alternativo, diverso dalla mediazione civile; potrà discutersi se sia o meno efficace e in che modo possa rispondere all'obiettivo di deflazionare la giustizia. Resta però certamente una sfida che l'avvocatura ha voluto lanciare e che ora ha la responsabilità di gestire nel migliore dei modi. L'avvocatura ha rivendicato in passato un ruolo attivo in un primo momento nelle procedure di mediazione (con l'effetto di aver imposto di fatto al legislatore nel 2013 molte modifiche anche sostanziali al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 sulla mediazione) e successivamente proprio appoggiando l'introduzione di procedure di negoziazione assistita previste nel progetto di l. 25 maggio 2011, n. 4376 (promotori i parlamentari avvocati Manlio Contento e Maurizio Paniz).

La riforma sulla negoziazione assistita – con la legge di conversione – dà al problema dell'assistenza legale una soluzione differenziata prevedendo come regola che anche solo un avvocato possa assistere le parti nella negoziazione (in tal caso essendo evidente che l'avvocato agevola la negoziazione tra due parti che non possono che essere da lui entrambi assistiti) ma prescrivendo invece l'obbligo di "almeno un avvocato per parte" nelle procedure di negoziazione finalizzate al raggiungimento di accordi di separazione e divorzio (e rispettive modifiche) e la facoltà per i coniugi senza figli a carico di farsi assistere da un avvocato nelle procedure di separazione e divorzio *fai da te*.

Da tempo nel nostro ordinamento si parla di procedure conciliative alternative a quelle contenziose tradizionali e ulteriori rispetto a quelle introdotte nel 2010 con la legge sulla mediazione civile e commerciale (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98). La negoziazione assistita dagli avvocati (introdotta in Francia con una legge del 22 dicembre 2010) era stata nel 2011 proposta in Italia con il progetto di l. 25 maggio 2011, n. 4376 (promotori Contento e Paniz) che aveva ricevuto una favorevole accoglienza nell'avvocatura. Poiché alcuni commentatori hanno fatto rilevare che in Francia la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio non avrebbe avuto fortuna, si deve osservare che le procedure di negoziazione

in Francia non prevedono che i coniugi possano direttamente trasmettere l'accordo agli uffici di stato civile, ma prescrive che l'accordo – a differenza di quanto avviene in Italia con la nuova normativa – debba essere trasmesso per l'omologa al tribunale, con ciò non avendo, quindi, avuto quella carica di eversione del sistema tradizionale che è invece destinata ad avere in Italia.

Ora le procedure di negoziazione assistita sono state disciplinate dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162, in particolare dal capo II intitolato nella sua versione finale "Procedura di negoziazione assistita da avvocati" (il decreto legge parlava di "negoziazione assistita da un avvocato") che già nel titolo tradisce perciò un primo aspetto problematico legato al dubbio circa la plausibilità della negoziazione assistita da un solo avvocato, salva, s'intende, la disciplina giuridica che impone la presenza di un avvocato per parte solo per gli accordi di separazione e divorzio.

Nella proposta di l. n. 4376/2011 si parlava di convenzione di negoziazione assistita "da un avvocato" dandosi quasi per scontato che ciascuna parte avesse il proprio avvocato. Nel testo della proposta si definiva, infatti, l'accordo di negoziazione come quel l'accordo mediante il quale le parti in conflitto che non hanno ancora adito un giudice o un arbitro convengono di cooperare in buona fede e lealtà per risolvere il conflitto e la controversia "tramite l'assistenza dei propri legali". E si aggiungeva che "gli avvocati designati si adoperano affinché le parti raggiungano un accordo".

Il testo dell'art. 2 del d.l. n. 132/2014 è, invece, oggettivamente ambiguo, già nella rubrica (che era intitolata "Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato") derivandone la difficoltà di una univoca interpretazione. La disposizione poi definiva l'accordo di negoziazione come un accordo per risolvere una controversia tramite l'assistenza di "avvocati iscritti all'albo"; ugualmente al quinto comma si affermava che "la convenzione è conclusa con l'assistenza di un avvocato". Viceversa il penultimo comma si esprimeva al plurale affermando che "gli avvocati certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità". Dai lavori preparatori si evince che il legislatore verosimilmente aveva ipotizzato l'assistenza anche di un solo avvocato (il relatore alla Camera afferma espressamente "l'originario decreto-legge prevede l'assistenza di un solo avvocato; una modifica del Senato ha stabilito che la convenzione di negoziazione sia assistita da uno o più avvocati").

Il punto non è indifferente ed è stato spesso discusso, in passato, con riferimento per esempio alle separazioni consensuali dove in sede giudiziaria

è certamente ammissibile che le parti siano assistite da un solo legale, sebbene sia preferibile che ciascun coniuge abbia il suo legale in quanto la presenza di un avvocato per parte è in grado di assicurare tutela ai diritti di ciascuno dei coniugi più adeguatamente di quanto non possa avvenire con un solo legale.

La normativa sulla mediazione civile all'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010 (nel testo inserito dal d.l. n. 69/2013 dopo la sentenza con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega dell'originario primo comma) precisa che il procedimento di mediazione è esperito con l'assistenza degli avvocati. Trattandosi di procedure che, in caso di insuccesso, possono sfociare entrambe in un procedimento giudiziario dovrebbe essere scontato che le parti debbano essere ciascuna assistita da un proprio avvocato. Sintomatico della correttezza di questa soluzione – che, cioè, alla negoziazione sia opportuno che partecipi un avvocato per ciascuna parte – è la norma di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione (non riprodotta tuttavia nella disciplina della negoziazione) in base alla quale l'efficacia esecutiva dell'accordo raggiunto è subordinata al fatto che “tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato”.

La legge di conversione ha chiarito le disposizioni del decreto legge, precisando che la negoziazione assistita è quella effettuata da “uno o più avvocati” (art. 2, comma 1). Non ha voluto quindi dare una interpretazione che preveda sempre la presenza di un avvocato per ciascuna parte ma ha lasciato libertà agli interessati di negoziare con un solo avvocato o con un avvocato per parte. Quindi la scelta del legislatore è stata quella di non obbligare le parti alla negoziazione con un avvocato per parte (salvo – come la legge di conversione ha imposto – che per gli accordi di separazione e divorzio). Una scelta derivante verosimilmente dalla necessità di non scoraggiare nella pratica il ricorso alle procedure di negoziazione in generale, pur essendo raro che una controversia in generale si manifesti in forme tali da convincere i contendenti alla nomina di un solo legale.

Il testo della legge prevede anche che le amministrazioni pubbliche (art. 2, comma 1-*bis*, d.l. convertito) siano obbligate ad affidare la convenzione di negoziazione a propri avvocati (ove sia presente un'avvocatura).

L'auspicio resta quello che l'avvocatura voglia interpretare le norme in tema di negoziazione assistita in modo tale da assicurare e garantire sempre che nelle procedure di negoziazione assistita, proprio per la migliore tutela dei diritti degli interessati, ciascuna parte sia sempre assistita da un proprio legale.

Ove la negoziazione avvenga per il tramite di un solo avvocato troveranno applicazione indubbiamente le disposizioni del Codice deontologico forense vigente (approvato il 31 gennaio 2014, pubblicato nella *G.U.* 16 ottobre 2014 ed in vigore dal 15 dicembre 2014) sul conflitto di interessi nel senso che ove un avvocato abbia assistito due parti (anche in sede stragiudiziale) non potrà poi assumere la difesa di una di esse contro l'altra. Il principio è espresso in via generale nell'art. 24 dove si legge che "il conflitto di interessi sussiste anche nel caso in cui il nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o cliente, la conoscenza degli affari di una parte possa favorire ingiustamente un'altra parte assistita o cliente, l'adempimento di un precedente mandato limiti l'indipendenza dell'avvocato nello svolgimento del nuovo incarico" (sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni). Principi come è noto applicati poi nell'art. 68 allo specifico caso dell'assunzione di incarichi contro una parte già assistita, dove si prescrive che l'avvocato può assumere un incarico professionale contro una parte già assistita solo quando sia trascorso almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale (comma 1) e che in ogni caso "non deve assumere un incarico professionale contro una parte già assistita quando l'oggetto del nuovo incarico non sia estraneo a quello espletato in precedenza" (comma 2) e sempre con divieto all'avvocato di utilizzare notizie acquisite in ragione del rapporto già esaurito (art. 3) (sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni). I principi come è noto sono poi applicati specificamente alle controversie familiari con l'indicazione (art. 68, comma 5) che "l'avvocato che abbia assistito congiuntamente coniugi o conviventi in controversie di natura familiare deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno di essi in controversie successive tra i medesimi" (sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da due a sei mesi).

Questi doveri di astensione sussistono "anche se le parti aventi interessi confliggenti si rivolgano ad avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocati o associazione professionale o che esercitino negli stessi locali e collaborino professionalmente in maniera non occasionale" (art. 68, comma 5).

IV. Diritto collaborativo, mediazione familiare e negoziazione assistita

Si può ritenere che la negoziazione assistita in generale abbia uno dei suoi ascendenti culturali nel diritto collaborativo la cui metodologia è nata nel contesto delle cause di separazione negli Stati Uniti (Stuart Webb) ed è praticata in Italia dagli avvocati che fanno soprattutto riferimento all'Associazione italiana degli avvocati di diritto collaborativo e all'Istituto italiano di diritto collaborativo. Si tratta di procedure nelle quali le parti si impegnano a collaborare lealmente per la ricerca di una soluzione più che a farsi la guerra reciprocamente. Si stabiliscono le regole soprattutto di trasparenza, fiducia e riservatezza e ci si impegna costruttivamente per il raggiungimento di una soluzione.

Si tratta di procedure soprattutto pensate e studiate, come detto, per i conflitti familiari e coniugali – anche quindi quelli su diritti indisponibili (analogamente a quanto ambisce anche la mediazione familiare) – che il d.l. n. 132/2014 prevede ora per la totalità delle controversie ma solo su diritti disponibili. Il diritto collaborativo non esclude che si possa fare ricorso anche all'aiuto di esperti ulteriori rispetto ai legali di fiducia delle parti, come per esempio a psicologi, mediatori familiari o a commercialisti.

Questo significa che la negoziazione assistita può anche coinvolgere altri soggetti. La legge non lo esclude e la prassi lo recepirà certamente perché è del tutto ragionevole che nella controversia vi possano essere aspetti che con gli esperti possono essere meglio trattati. La normativa sulla mediazione lo prevede d'altro lato espressamente (art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010, dove si legge che "il mediatore può avvalersi di esperti").

Molte delle disposizioni del decreto legge ripercorrono alcuni nodi cruciali del diritto collaborativo che ha attinto certamente all'esperienza di queste prassi conciliative ma che non ha riprodotto alcune delle regole seguite nell'ambito del diritto collaborativo. Per esempio nella prassi del diritto collaborativo vale la regola secondo cui in caso di mancato accordo gli avvocati si impegnano, rinunciando al mandato, a non assistere il proprio cliente nell'eventuale giudizio instaurato. La normativa sulla negoziazione assistita, invece, si limita a prevedere il divieto per gli avvocati e per le parti di utilizzazione delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nell'eventuale giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

Nell'ambito delle procedure di diritto di famiglia, quali sono le differenze tra le pratiche di tipo collaborativo, la mediazione familiare e la ne-

goziato assistita? Si è detto delle strette somiglianze tra le pratiche collaborative e la negoziazione assistita: in entrambi i casi si tratta di procedure che le parti programmano nei loro confini tematici e temporali con un accordo e che si sviluppano in incontri durante i quali viene ricercata tra le parti una soluzione non delegata a terzi e non contenziosa della specifica vertenza. La mediazione familiare (analogamente a quella civile e commerciale) ha in fondo lo stesso obiettivo, con la differenza piuttosto significativa che mentre le pratiche collaborative e la negoziazione sono condotte direttamente dalle parti aiutate dai rispettivi avvocati, nella mediazione familiare (e in quella civile e commerciale) il compito di guidare le parti è attribuito ad un terzo che ha il compito specifico di facilitare l'accordo con una conduzione il più possibile imparziale.

È piuttosto evidente che – per ragioni culturali connesse alla nostra specifica tradizione giuridica e alle resistenze opposte dalla classe forense alla mediazione – il decreto legge istitutivo della negoziazione assistita ha scelto di puntare su un modello di negoziazione assistita e gestita dagli avvocati che supera quello proposto dalla mediazione (familiare e civile/commerciale) gestito da terze persone. Il decreto legge istitutivo della mediazione costituisce quindi il segnale molto chiaro di una sconfitta nel nostro Paese della mediazione. Naturalmente la legge prevede sempre che la mediazione civile e commerciale resti condizione di procedibilità per un gran numero di controversie ma è l'immagine in sé della mediazione che rimane oggi offuscata dalla negoziazione assistita e questo certamente indebolisce l'appetibilità delle procedure alternative.

V. La partecipazione personale delle parti alla negoziazione

Uno dei problemi che la legge espressamente non regola e che si potrebbe porre nella prassi della negoziazione assistita è se le parti possano delegare la negoziazione ai loro avvocati (come spesso avviene in sede di mediazione civile e commerciale) o se debbono prendervi parte di persona.

Il dato caratterizzante la negoziazione assistita dovrebbe essere quello che gli interessati non possono delegare la negoziazione, dovendola al contrario effettuare di persona, assistite dall'avvocato. Sono le parti infatti che con la convenzione di negoziazione convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere la controversia. È pur vero che l'art. 1 dice espressamente "tramite l'assistenza di avvocati" ma quel tramite dovrebbe

significare “con l’assistenza di avvocati” altrimenti non avrebbe senso parlare di “negoziazione assistita”. Sembra quindi effettivamente che tutto il sistema della negoziazione ruoti intorno alla necessaria partecipazione personale delle parti alle sedute di negoziazione.

Tuttavia molto verosimilmente il problema se le parti debbano partecipare personalmente alla negoziazione o se possano delegare i rispettivi avvocati potrebbe anche trovare nei suoi sviluppi applicativi soluzioni diverse a seconda della materia trattata.

Nel diritto di famiglia – come si è detto – le prassi giuridiche collaborative hanno in comune che i protagonisti della negoziazione sono inevitabilmente le parti (sia pure assistite dagli avvocati nella mediazione civile e commerciale) mentre nella mediazione familiare sono solo le parti le protagoniste della negoziazione, essendo evidente che le sedute e gli incontri hanno anche la specifica funzione di far sì che i coniugi in conflitto tra loro si riappropriino della loro capacità di confronto e di elaborazione delle decisioni che riguardano la loro sfera personale. Nel diritto di famiglia un accordo trovato da terze persone potrebbe anche essere astrattamente plausibile ma in genere la plausibilità degli accordi è legata proprio al fatto che sono stati gli interessati a negoziarli e raggiungerli personalmente.

Viceversa nelle materie civili e commerciali (risarcimento dei danni, pagamento di somme di denaro) questa elaborazione personale – potremmo dire questa carica funzionale attribuita al confronto diretto tra i protagonisti del conflitto – non ha la stessa valenza. E pertanto verosimilmente potrebbe anche avvenire quello che è avvenuto nel settore della mediazione civile e commerciale e cioè che le parti possano anche delegare la negoziazione del loro accordo ai rispettivi avvocati restando certamente in secondo piano nelle controversie commerciali l’esigenza di una elaborazione personale del conflitto.

VI. Quale inquadramento sistematico?

Se si guarda alle riforme che il legislatore ha introdotto in questi ultimi anni – fino alla negoziazione assistita – nel sistema di risoluzione delle controversie nel settore civile e commerciale (art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69) (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile) e d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) (Attuazione dell’art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di media-

zione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98) e in quello dei conflitti di lavoro (art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183) (Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro (pubblicata nel supplemento ordinario della *G.U.* 9 novembre 2010) ci si accorge che, con l'obiettivo dichiarato di rispondere a necessità strutturali di carattere deflattivo e alternativo, il sistema della giustizia si è andato costruendo nel tempo intorno a tre pilastri che sembrano connotarlo ormai in un modo che appare stabile e definitivo.

Per la soluzione delle controversie nell'area dei diritti disponibili il sistema giustizia si presenta oggi – in una coraggiosa e competitiva sinergia tra apparati pubblici e organismi privati – come insieme di alternative interscambiabili caratterizzate ciascuna da differenti fattori di appetibilità e di fattibilità.

Le procedure alternative dovranno prima o poi diventare la regola e non l'eccezione per la soluzione delle controversie su diritti soprattutto disponibili e pertanto va invertito il tradizionale approccio al tema dell'inquadramento sistematico che mette in genere al primo posto la giurisdizione e ai posti successivi l'arbitrato, la mediazione e la negoziazione.

Al primo posto, come primo pilastro, vanno quindi collocate oggi la mediazione civile e commerciale e la negoziazione assistita, finalizzate entrambe alla soluzione consensuale delle controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili. Si tratta di un pilastro rinvenibile nell'esperienza giuridica di molti altri Paesi e che ha raggiunto nell'ambito della giustizia una propria dignità di sistema *consensuale* a prescindere ed oltre le esigenze di deflazione del carico giurisdizionale. La potenzialità deflattiva di questo sistema di risoluzione alternativa dei conflitti non può più essere considerata la sua funzione primaria che va, invece, rintracciata nel suo ruolo parallelo di sistema di giustizia basato sul consenso e non sulla coazione. Il termine "conciliazione", che prima di oggi connotava da solo nel linguaggio comune sia la procedura tesa alla soluzione consensuale di una controversia sia l'atto in sé dell'accordo, è stato molto opportunamente sostituito da quello di "mediazione finalizzata alla conciliazione della controversia" o di "negoziazione assistita da avvocati" che riesce a dare meglio l'idea della circostanza che per giungere a risolvere una controversia è ne-

cessario un percorso di avvicinamento che, sia pure senza particolari formalismi, deve pur sempre avere un proprio *setting* senza il quale perderebbe la propria plausibilità. In questo contesto va ribadito che la “conciliazione” non è l’abbandono di una pretesa, quasi una riconciliazione, ma la soluzione consensuale di un conflitto. Il momento finale di un confronto tra le parti.

A questo pilastro – appartiene certamente la mediazione familiare – non ancora regolamentata dal legislatore verosimilmente perché in essa si agitano quei diritti ritenuti (a torto come si dirà) sempre indisponibili che non consentono il ricorso alle procedure alternative su diritti disponibili (quali la mediazione, e la negoziazione assistita e lo stesso arbitrato).

Proprio l’arbitrato costituisce l’altro pilastro della giustizia, il secondo. Non solo e non tanto il tradizionale e solenne arbitrato rituale, ma soprattutto di quello previsto nell’art. 808-*ter* c.p.c. (*arbitrato irrituale*) – introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 – dove si legge che “*le parti possono [...] stabilire che la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale*”. A questo modello di diritto comune sono riconducibili le modalità di arbitrato varate per i conflitti di lavoro dalla riforma di cui all’art. 31 della l. 4 novembre 2010, n. 183 che ha previsto con decorrenza dal 24 novembre 2010 la *risoluzione arbitrale* irrituale delle controversie davanti alle commissioni di conciliazione (nuovo art. 412 c.p.c.) o con le eventuali modalità previste dai contratti collettivi (nuovo art. 412-*ter* c.p.c.) ovvero davanti ad appositi collegi di conciliazione e arbitrato irrituale per i quali è stata anche introdotta una propria agile procedura (nuovo art. 412-*quater* c.p.c.). Sono queste le nuove forme di risoluzione arbitrale delle controversie nel campo dei conflitti di lavoro ai quali il legislatore è giunto recentemente, nel contesto e a conclusione di un più vasto intervento legislativo di riforma, non sempre lineare, realizzatosi in questo settore negli ultimi anni.

L’arbitrato rituale (al quale anche fa riferimento il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 che gli attribuisce il difficile compito di ridurre l’arretrato civile su diritti disponibili nei tribunali e nelle corti d’appello) condivide con quello irrituale il fondamento privatistico e la natura negoziale ontologicamente alternativa alla giurisdizione statale (Cass. civ. Sez. Unite, 3 agosto 2000, n. 527), se ne differenzia – secondo l’orientamento ormai comunemente condiviso – perché il primo viene finalizzato per volere delle parti al conseguimento di un risultato che ha la stessa efficacia della sentenza (art. 824-*bis* c.p.c.), impugnabile secondo il sistema previsto negli articoli dall’827 all’831 c.p.c., mentre il lodo irrituale non ha il valore della decisione

giurisdizionale ma quello di un accertamento direttamente riconducibile alla volontà delle parti (Cass. sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21585; Cass. sez. I, 30 maggio 2005, n. 12684; Cass. sez. I, 10 ottobre 2006, n. 24059; Cass. sez. I, 20 luglio 2006, n. 16718) ed è assoggettato alle consuete azioni di annullamento dell'invalidità negoziale (davanti al giudice competente secondo i normali criteri) come indicato nell'art. 808-ter, richiamato, per le controversie di lavoro, dall'art. 412-*quater* che, nel nuovo testo della riforma del 2010, attribuisce la competenza in appello in unico grado al tribunale in funzione di giudice del lavoro.

In queste forme di arbitrato irrituale il lodo ha la natura e l'efficacia, quindi, di un contratto, annullabile dal giudice per le ipotesi tipizzate dal legislatore nell'art. 808-ter c.p.c. ma in modo sostanzialmente analogo a quanto avviene per qualsiasi altro contratto.

L'estensione alle controversie di lavoro dell'istituto della risoluzione arbitrale irrituale che era stata introdotta nel 2006 con l'art. 808-ter c.p.c. per qualunque tipo di controversia su diritti disponibili – con la stessa forza derogatoria prevista nel comma 4 nell'art. 2113 c.c. (Il comma 4 dell'art. 2113 c.c. prevede che al verbale di conciliazione si applica la deroga al principio di invalidità delle rinunce e delle transazioni a diritti indisponibili. Secondo il nuovo testo dell'art. 412 c.p.c. “il lodo emanato a conclusione del nuovo procedimento di conciliazione arbitrale sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 e all'art. 2113, comma 4° c.c.”) – potrebbe dare ora una maggiore visibilità e appetibilità generale all'istituto di diritto comune moltiplicando le occasioni e le opportunità della soluzione arbitrale delle controversie nel campo civile dei diritti disponibili.

Il sistema arbitrale ne risulta nella sua generalità potenziato e ampliato, se si considera, peraltro, la persistente vigenza dell'arbitrato nel settore societario a suo tempo introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (artt. 34-37) oltre naturalmente alle innumerevoli altre fattispecie di arbitrato presenti nell'ordinamento. In questo senso si può affermare quindi che anche le nuove procedure arbitrali, pur essendo caratterizzate da una delega della decisione a terzi, trovano la loro piena collocazione all'interno delle ADR (*Alternative Dispute Resolution*) alle quali l'esperienza giuridica di tutto il mondo ha affidato le speranze di una nuova giustizia basata soprattutto sul consenso verso forme di composizione alternativa a quella contenziosa tradizionale.

Parallelamente alla costruzione di un sistema nuovo di risoluzione arbitrale irrituale nell'ambito dei conflitti di lavoro, nel settore privato e pub-