



Interventi sulla giustizia civile

*a cura dell'Unione Nazionale delle Camere Civili
e del Centro Studi dell'Avvocatura civile italiana*

La riforma del processo civile: percorso ragionato per gli avvocati

a cura di

Virginio Angelini e Monica Ceravolo

Prefazione di Antonio de Notaristefani di Vastogirardi

Introduzione di Francesco Paolo Luiso



Giappichelli

Gli Autori

DAVIDE AMADEI: *Avvocato del Foro di Livorno, Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università di Pisa.*

VIRGINIO ANGELINI: *Avvocato del Foro della Spezia e Vice Presidente dell'UNCC.*

PAOLO BIAVATI: *Avvocato del Foro di Bologna e Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Bologna.*

VALENTINA CAPASSO: *Ricercatrice nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.*

ANTONIO CARRATTA: *Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università Roma Tre.*

MONICA CERAVOLO: *Avvocato del Foro di Padova e Segretario del Centro Studi dell'UNCC.*

MARCO D'ARRIGO: *Avvocato del Foro di Torino.*

ANTONIO DE NOTARISTEFANI DI VASTOGIRARDI: *Avvocato del Foro di Napoli e Presidente dell'UNCC.*

MARCO DI BENEDETTO: *Avvocato del Foro di Velletri e membro della Giunta esecutiva UNCC.*

MANUELA FERRI: *Avvocato del Foro di Arezzo e membro della Giunta esecutiva UNCC.*

ROBERTO FUSCO: *Avvocato del Foro di Brindisi e membro della Giunta esecutiva UNCC.*

DARIO GRAMAGLIA: *Avvocato del Foro di Asti e membro del consiglio direttivo della Camera Civile del Piemonte.*

FRANCESCO PAOLO LUISO: *Avvocato del Foro di Lucca, già Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Pisa.*

CRISTINA MARTINETTI: *Avvocata del Foro di Torino e docente al Master of Laws (LLM) in International Trade Law dell'ILO-ITC.*

MATTEO MASIELLO: *Avvocato del Foro di Mantova e coordinatore della commissione ADR dell'UNCC.*

SERGIO MENCHINI: *Avvocato del Foro di Lucca e Professore ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Pisa.*

ALESSANDRO PATELLI: *Avvocato del Foro di Como e coordinatore della commissione Diritto civile e procedura civile del CNF.*

GIOVANNI ROCCHI: *Avvocato in Brescia e coordinatore della commissione PCT dell'UNCC.*

PIERPAOLO SOGGIA: *Avvocato del Foro di Bologna e consigliere del Centro Studi dell'UNCC.*

FABIO SPORTELLI: *Avvocato del Foro di Venezia e coordinatore della commissione procedura civile dell'UNCC.*

FABIO VALERINI: *Professore a contratto di Diritto processuale civile nell'Università di Roma Tor Vergata e consigliere del Centro Studi dell'UNCC.*

Prefazione

di Antonio de Notaristefani di Vastogirardi

Da molti, troppi anni il processo civile è vittima di una sorta di accanimento terapeutico: in nome della stessa esigenza di incrementarne la efficienza si è fatto e disfatto – il giudice istruttore in appello prima è stato soppresso, e poi reintrodotta, mentre la c.d. Sesta filtro, in Cassazione, prima è stata introdotta e poi soppressa – ma direi sempre con risultati modesti. Credo che ad aumentare siano stati soltanto i convegni di diritto processuale, e le vendite di codici e manuali.

Noi avvocati le riforme condivisibili le apprezziamo, come contestiamo quelle sbagliate: non ho mai sentito qualcuno parlar male della introduzione del processo cautelare uniforme, e non ho mai sentito qualcuno parlar bene di quello societario.

Siamo adesso alle prese con la riforma Cartabia, che contiene alcune novità di fondo, in parte buone, in parte no.

Tra quelle buone, va riconosciuto che, per la prima volta, sono stati stanziati soldi, molti soldi: e questo è sicuramente un bene, perché lo sanno tutti che i problemi della giustizia civile sono problemi di uomini, mezzi ed organizzazione, e non di rito. Se non andranno sprecati, qualcosa si potrà fare: ben venga l'ufficio del processo, se non si mettono i suoi addetti a scrivere sentenze.

Tra quelle cattive, ne vedo due.

L'accesso alla giurisdizione, e l'esercizio delle impugnazioni sembra, più che consentito, tollerato, ma a condizione che non se ne abusino, altrimenti scattano sanzioni pesanti che possono essere collegate alla semplice soccombenza, e non solo al dolo o colpa grave.

È stata ampliata a dismisura la discrezionalità (o si tratta di arbitrio, visto che non mi sembra vi siano regole precise in base alle quali esercitarla?) dei giudici, chiamati non solo a decidere chi ha ragione e chi torto, ma anche se

un atto giudiziario è sufficientemente chiaro e sintetico da dover essere preso in esame.

Si aumentano così i poteri degli interpreti in materia processuale, forse troppo: nel procedimento semplificato, finisce con l'essere il giudice a stabilire se preclusioni e decadenze esistono oppure no, ed è cominciata la corsa a rassicurare tutti che la norma sarà interpretata con benevolenza, quasi che il perimetro del diritto di difesa possa essere definito dalla magnanimità di un giudice che oggi lo amplia, ma domani potrebbe anche restringerlo.

Intendiamoci: sono circa duemila anni che l'attività degli interpreti, prima ancora di quella del Legislatore, garantisce l'evoluzione dell'ordinamento alle sopravvenute esigenze, crea nuovi diritti, e persino nuove configurazioni di una formazione sociale importante quanto può esserlo la famiglia.

Ma mentre nel diritto sostanziale la capacità di mutare opinione quando cambiano le esigenze sociali costituisce una garanzia per i cittadini, la necessità fondamentale di un ordinamento processuale è la certezza, perché serve ad assicurare la eguaglianza dinnanzi alla legge: soluzioni differenti di una stessa questione processuale sono ingiuste sempre, quale che sia quella tecnicamente più corretta.

I processi civili richiedono non solo perizia tecnica, ma anche senso della giustizia, e quello deve essere rinchiuso nel cuore di avvocati e magistrati, prima ancora che nel testo della legge. Spetta a loro, di individuare il punto di equilibrio tra la aspirazione di ciascuna delle parti ad ottenere una sentenza giusta, e la necessità della società e della comunità degli affari nel loro complesso di avere sentenze pronte.

Ed è evidente che quella individuazione non può nascere che dal confronto. Quel confronto che forse oggi in sede giudiziaria è stato compresso troppo, perché chi non si adeguerà alla opinione dominante rischia, e parecchio. Per questo, è forse giunto il momento di agevolarlo anche fuori dal processo, e prima del processo.

Nasce da questa esigenza, l'idea della collana delle Camere civili: consentire quel confronto tra gli interpreti che forse oggi in sede processuale è visto come un intralcio, e per questo dare la parola a coloro che i processi li celebrano, non solo a quelli che li studiano dal punto di vista teorico.

A tutti gli interpreti, siano essi favorevoli o contrari alla riforma, perché il confronto nasce dalla divergenza delle opinioni, e se il dibattito fosse stato sempre visto come una perdita di tempo staremmo ancora alle procedure per *legis actiones* (alle quali confido che i moduli cui vorrebbe costringerci il nuovo art. 46 delle disposizioni di attuazione non ci riportino).

La parola agli interpreti, potrebbe essere il titolo della collana: perché

spetta agli avvocati di proporre, ed ai giudici di recepire, quelle interpretazioni che consentano di garantire la giustizia anche al cospetto di leggi che vorrebbero imporre soltanto la rapidità.

Grazie a loro, sopravviveremo alla riforma Cartabia, come siamo sopravvissuti a tutte le altre che l'hanno preceduta: interpretandola.

Introduzione generale

di *Francesco P. Luiso*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il primo libro del codice. – 3. Il processo di primo grado. – 4. Le impugnazioni. – 5. La revocazione per contrarietà alla CEDU. – 6. L'arbitrato.

1. Premessa

La riforma Cartabia, com'è noto, è stata la risposta alle condizioni richieste dall'Unione europea per l'erogazione dei fondi PNRR. Entro il 2026 la durata del processo civile deve essere ridotta del 40% e l'arretrato del 90%. Quindi senza dubbio molte delle modifiche introdotte sono finalizzate a diminuire la durata dei processi giurisdizionali, in particolar modo del processo di cognizione.

Tuttavia, come è accaduto da trent'anni a questa parte, le numerose riforme, tutte (inutilmente, per le ragioni che vedremo) volte ad ottenere una diminuzione dei tempi processuali, hanno con l'occasione introdotto importanti ed apprezzabili miglioramenti al sistema del processo: si pensi soltanto al procedimento cautelare uniforme della legge n. 353/1990 o alla riforma dell'arbitrato del 2006.

Anche in questa occasione, quindi, sono state introdotte apprezzabili novità, che sommariamente indicheremo nei paragrafi successivi. Queste novità, tuttavia, non sono idonee a raggiungere, se non in minima parte, la finalità della riforma. La realtà è sotto gli occhi di tutti: il problema dei tempi processuali è costituito dal collo di bottiglia della decisione. Non basta costruire un'autostrada a tre corsie, se poi il casello di uscita è uno solo: fuor di metafora, è inutile strutturare un processo veloce alla fase introduttiva e nella fase istruttoria, se poi esso si ferma nella fase decisoria perché *i soggetti legittimati a pronunciare decisioni sono insufficienti*. Questa è la vera ragione della lentezza del processo.

2. *Il primo libro del codice*

La più importante novità del primo libro del c.p.c. è costituita senz'altro dalla definitiva stabilizzazione di fattispecie di svolgimento delle udienze, introdotte in occasione della pandemia: l'udienza da remoto e l'udienza a trattazione scritta.

La prassi di quasi due anni ha dimostrato che le udienze in presenza possono essere quasi sempre evitate, con sensibili benefici in ordine al risparmio di tempo e spese, evitando i viaggi, gli affollamenti e le attese dinanzi alla porta del giudice.

Queste udienze sono sempre possibili, se non debbano parteciparvi soggetti diversi dal giudice e dai suoi ausiliari, dalle parti, dai difensori e dal p.m. Occorre, poi, segnalare che lo svolgimento dell'udienza da remoto è rimesso alla discrezionalità del giudice; al contrario, la concorde richiesta di tutte le parti costituite è idonea a vincolare il giudice, alternativamente, a far svolgere o non far svolgere l'udienza a trattazione scritta.

3. *Il processo di primo grado*

Le modifiche più importanti, quelle che hanno suscitato la maggior attenzione (ed anche le maggiori critiche) degli addetti ai lavori riguardano senz'altro il processo di cognizione in primo grado. Qui il legislatore ha posto a disposizione degli utenti due procedimenti assai diversi.

Il rito ordinario è caratterizzato per l'anticipazione, rispetto alla prima udienza, della trattazione che nel previgente regime si svolgeva con le memorie di cui all'art. 183 c.p.c. Infatti, una volta acquisiti gli atti introduttivi, le parti hanno la facoltà di depositare tre memorie, con termini decorrenti a ritroso dalla data dell'udienza, il cui contenuto coincide con quello dell'art. 183, comma 6, previgente. Sicché si dovrebbe ipotizzare che all'udienza il giudice sia in grado di disporre immediatamente per lo svolgimento dell'istruttoria oppure per il passaggio in decisione della controversia.

In parallelo con il rito ordinario, è stato istituito un rito semplificato, che può essere utilizzato per introdurre qualunque controversia, anche a decisione collegiale. Qui la struttura è simile al vecchio rito ordinario: atto introduttivo (ricorso), comparsa di costituzione, udienza nella quale il giudice mantiene il rito semplificato *“quando i fatti di causa non sono controversi, op-*

pure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un'istruzione non complessa"; altrimenti muta in rito in ordinario. Il mutamento di rito può avvenire anche in senso opposto, se una causa introdotta con il rito ordinario presenta le caratteristiche sopra indicate.

Nel rito semplificato – al contrario del vecchio rito sommario – l'istruttoria si svolge nei modi ordinari, e non invece *“nel modo che [il giudice] ritiene più opportuno”*. La decisione è una sentenza perfettamente equivalente, anche con riferimento al giudizio di appello, a quella resa nel rito ordinario.

Vi è poi da segnalare la scomparsa del rito speciale per il giudice di pace, il quale applicherà il rito semplificato.

4. *Le impugnazioni*

Con riferimento alle impugnazioni, una delle novità più importanti è l'abrogazione del c.d. filtro in appello, che era caduto in desuetudine a causa dei difficili problemi che suscitava. L'abrogazione è da approvare anche e soprattutto perché è assurdo uno strumento volto ad abbreviare i tempi per il rigetto dell'appello e quindi per la conferma di una sentenza corretta. I tempi vanno abbreviati quando l'appello è fondato, non quando è infondato, perché una sentenza di primo grado sbagliata fa sicuramente più danni di una sentenza giusta.

In appello è poi stato reintrodotta il giudice istruttore. La collegialità dell'appello è durata lo spazio di un mattino: introdotta nel 1995, tre anni dopo era già stata depotenziata, prevedendosi la figura del giudice delegato per l'assunzione dei mezzi istruttori.

Per ciò che attiene alla Cassazione, oltre alla ristrutturazione delle varie modalità di trattazione del processo (con la soppressione della c.d. sesta sezione, in quanto – a detta della stessa Corte – fonte di rallentamenti a causa della necessità di trasferire le controversie, non decise in sesta, alle sezioni ordinarie) si è avuta l'introduzione del rinvio pregiudiziale.

Tale meccanismo processuale consentirà – se i giudici di merito lo utilizzeranno, in un'ottica di buon funzionamento del processo e superando possibili “ritrosie” a spogliarsi del proprio potere decisorio – di avere in tempi brevi, anziché nei lunghi tempi delle impugnazioni ordinarie, l'opinione della Cassazione su questioni nuove. Ciò soprattutto in materia processuale, ove spesso, nell'interpretazione della norma, l'unico valore sottostante è la certezza.

5. *La revocazione per contrarietà alla CEDU*

Il legislatore ha poi dato risposta ad un auspicio della Corte costituzionale in materia di decisioni CEDU. La Corte costituzionale, com'è noto, è intervenuta in materia penale, ma non in materia civile. La legge delega, dunque, incaricava il legislatore delegato di istituire il rimedio della revocazione nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, il contenuto della sentenza sia successivamente dichiarato dalla Corte Edu contrario alla Convenzione.

L'attuazione ha avuto una portata minimale, limitandosi ai casi in cui la violazione, accertata dalla CEDU, ha pregiudicato "un diritto di stato della persona". Non è stato accolto, senza alcuna ragione, il suggerimento di estendere la revocazione alla violazione dei diritti processuali relativi a tutte le controversie.

6. *L'arbitrato*

In materia di arbitrato, la riforma ha fortificato gli strumenti volti a garantire la terzietà dell'arbitro, ed ha disciplinato la *translatio iudicii* fra arbitrato e giurisdizione e viceversa.

L'intervento più importante è stato però quello, in virtù del quale si è conferito agli arbitri il potere di pronunciare tutti i provvedimenti cautelari previsti dall'ordinamento, superandosi quindi l'anacronistico ed ingiustificato divieto di cui al previgente art. 818 c.p.c.

Gli arbitri hanno i poteri cautelari se le parti glieli avranno conferiti con espressa previsione; e tuttavia, una volta che ciò accada, e ovviamente dal momento in cui il tribunale arbitrale sarà in grado di provvedere (in precedenza permane il potere cautelare del giudice), la competenza cautelare arbitrale sarà esclusiva.

L'attuazione del provvedimento cautelare avviene in sede esecutiva, in quanto esige la spendita di poteri autoritativi che gli arbitri non hanno; e può essere richiesta senza necessità di un *exequatur*, la cui concessione avrebbe dilatato i tempi per l'attuazione del provvedimento.

Il provvedimento concesso dagli arbitri è reclamabile, ma solo per vizi processuali, e non con riferimento al "merito" (*periculum in mora* e soprattutto *fumus boni juris*).

Capitolo 1

La ricerca di un accordo di composizione della lite

di *Virginio Angelini e Fabio Valerini*

SOMMARIO: 1.1. Gli strumenti alternativi: la negoziazione assistita. – 1.1.1. Gli strumenti alternativi di risoluzione della controversia: dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. – 1.1.2. Le nuove norme in materia di negoziazione assistita. – 1.1.3. La negoziazione assistita in materia di lavoro. – 1.1.4. L’istruzione stragiudiziale ad opera degli avvocati. – 1.1.5. La negoziazione assistita in materia di famiglia. – 1.1.6. L’entrata in vigore delle nuove disposizioni. – 1.2. La mediazione civile e commerciale. – 1.2.1. Le modifiche in materia di mediazione: aree di intervento e risoluzione di questioni interpretative. – 1.2.2. La domanda di mediazione: competenza territoriale ed effetti della domanda. – 1.2.3. L’opposizione a decreto ingiuntivo e l’onere di introdurre la mediazione. – 1.2.4. La mediazione obbligatoria: le nuove materie. – 1.2.5. L’effettività del procedimento di mediazione. – 1.2.6. La mediazione condominiale. – 1.2.7. Il nuovo primo incontro di mediazione. – 1.2.8. La partecipazione delle parti. – 1.2.9. La partecipazione della Pubblica Amministrazione. – 1.2.10. Le sanzioni per garantire la partecipazione delle parti. – 1.2.11. La mediazione telematica. – 1.2.12. L’accordo raggiunto: formalità, agevolazioni fiscali e sanzioni. – 1.2.13. L’entrata in vigore delle nuove disposizioni.

1.1. *Gli strumenti alternativi: la negoziazione assistita* (Virginio Angelini)

1.1.1. *Gli strumenti alternativi di risoluzione della controversia: dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*

Nel capitolo dedicato alla riforma della giustizia il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza afferma chiaramente che “*la riforma del processo civile si articola lungo tre dorsali, complementari fra loro: da un lato si intende accentuare il ricorso agli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, ADR (Alternative dispute resolution); dall’altro occorre apportare le necessarie migliorie al processo civile, anche in considerazione del fatto che*

solo a fronte di un processo efficace davanti all'autorità giudiziaria le misure alternative possono essere in grado di funzionare proficuamente; infine occorre intervenire sul processo esecutivo e sui procedimenti speciali".

Rispetto a questa affermazione appare opportuno, in primo luogo, sottolineare che il PNRR così scrivendo non soltanto si pone l'obiettivo di sostenere una più ampia diffusione degli strumenti alternativi al processo¹ per la risoluzione delle controversie (arbitrato, mediazione e negoziazione assistita), ma chiarisce in modo inequivoco che incentivare il ricorso agli ADR non deve essere letto (come lo stesso legislatore sembra talvolta ritenere) in chiave di mera deflazione del contenzioso, ma come uno dei pilastri che comunque richiede, per il suo funzionamento, l'efficienza del processo².

Ed infatti, è acquisizione risalente nel tempo che l'efficienza degli strumenti autonomi di risoluzione delle controversie sia direttamente proporzionale all'efficienza del processo.

L'incentivo alla mediazione, in altri termini, non dovrebbe essere visto come "occasione" soltanto per alleggerire il carico giudiziario, dovendo il legislatore assicurare, anche tramite apposite modifiche ordinamentali, che, laddove sia necessario procedere in sede giudiziaria, la risposta sia tempestiva ed efficace essendo la tutela giurisdizionale dei diritti costituzionalmente necessaria ex art. 24 Cost.

In secondo luogo, il PNRR aveva individuato le principali direttrici che, come vedremo, hanno rappresentato il contenuto, prima della legge delega (legge n. 206/2021) e, poi, del decreto legislativo delegato (d.lgs. n. 149/2022).

Quanto all'arbitrato le modalità di attuazione dell'obiettivo erano state individuate nel rafforzamento delle garanzie di imparzialità dell'arbitro e nel riconoscere agli arbitri il potere di emanare provvedimenti di natura cautelare.

¹ Nel testo manteniamo il ricorso all'espressione strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) perché è quella utilizzata dal PNRR e quella tradizionale che comprende, *inter alia*, sia l'arbitrato che la mediazione e la negoziazione assistita: ciò nella consapevolezza che altre espressioni sono state utilizzate come "giustizia complementare", "giustizia forense", "giustizia consensuale" o "giustizia consensuale preventiva" *et alia*.

² L'esame delle disposizioni ha portato F. LOCATELLI, *Complementarità tra mediazione e processo nel D.Lgs. 149/2022: "l'occasione è difficile che si offra ed è facile che si perda"*, in www.judicium.it del 24 novembre 2022 ad affermare che "il fatto che la delega, prima ancora di occuparsi del procedimento, si sia dedicata al profilo dei benefit fiscali tradisce peraltro lo scopo reale della riforma, che è stata presentata sì in termini di complementarità delle adr negoziali ma, evidentemente, conserva più che altro finalità diverse, essenzialmente di deflazione del contenzioso giudiziale".

Quanto alla negoziazione assistita, lo scopo era quello di colmare alcune lacune specialmente in materia di diritto di famiglia dove peraltro lo strumento – il ricorso al quale è meramente facoltativo – ha dato buona prova di sé diversamente dal contenzioso civile dove pure è prevista l'obbligatorietà.

Quanto, infine, alla mediazione gli interventi ipotizzati erano destinati ad agire su più piani: da quelli degli incentivi fiscali a quelli del numero delle materie sottoposte al tentativo obbligatorio di mediazione a, quelli, infine, di un maggior ricorso alla mediazione delegata.

1.1.2. *Le nuove norme in materia di negoziazione assistita*

Oltre che alla disciplina della mediazione civile, il legislatore ha apportato modifiche anche all'istituto della negoziazione assistita che era stata introdotta nel nostro ordinamento nell'ambito della c.d. degiurisdizionalizzazione ad opera del d.l. n. 132/2014.

La negoziazione assistita aveva così fatto ingresso sia come condizione di procedibilità per alcune controversie sia come percorso facoltativo per altre materie, come il diritto di famiglia.

Oggi, il d.lgs. n. 149/2022 ha svolto, innanzitutto, una modifica che potrebbe apparire formale, ma che, in realtà, riveste un'importanza notevole: la convenzione di negoziazione assistita può essere tale soltanto quando ci sia più di un avvocato. Quindi ogni parte dovrà essere assistita da un proprio avvocato (soprattutto con riferimento al diritto di famiglia).

Quanto al contenuto della convenzione, il decreto legislativo prevede che la convenzione possa precisare alcuni aspetti riguardanti le nuove potenzialità dell'istituto, sulle quali torneremo tra poco.

Il nuovo comma 2-bis, dell'art. 2 del d.l. n. 132/2014 quindi, prevede che *“la convenzione di negoziazione può inoltre precisare, nei limiti previsti dal presente capo: a) la possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia; b) la possibilità di acquisire dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste; c) la possibilità di svolgere la negoziazione con modalità telematiche; d) la possibilità di svolgere gli incontri con collegamenti audiovisivi a distanza”*.

Per facilitare la stipulazione della convenzione il nuovo comma 7-bis prevede che *“salvo diverso accordo, la convenzione di negoziazione assistita è conclusa mediante utilizzo del modello elaborato dal Consiglio nazionale forense in conformità alle disposizioni del presente capo”*.

Il nuovo art. 2-*bis* del d.l. n. 132/2014 prevede che la negoziazione assistita possa svolgersi in modalità telematica.

In questo caso, come accade anche per la mediazione in modalità telematica, ciascun atto del procedimento, ivi compreso l'accordo conclusivo, sarà formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e sarà trasmesso a mezzo posta elettronica certificata o con altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato, secondo quanto previsto dalla normativa anche regolamentare concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Gli incontri si potranno svolgere con collegamento audiovisivo da remoto purché i sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri assicurino la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate.

L'ultimo inciso del comma 2 prevede che *“ciascuna parte può chiedere di partecipare da remoto o in presenza”*: il che significa che non occorre un consenso di tutte le parti sulla modalità di partecipazione, e quindi, a scanso di equivoci, che nessuna delle parti può condizionare l'altra sulle modalità di partecipazione una volta che le parti abbiano previsto questa forma di negoziazione nella convenzione.

In base al comma 3, però, *“non può essere svolta con modalità telematiche né con collegamenti audiovisivi da remoto l'acquisizione delle dichiarazioni del terzo di cui all'articolo 4-bis”*.

Rispetto all'accordo raggiunto all'esito della negoziazione assistita è bene dare conto di alcune novità.

In primo luogo, così come avviene per l'accordo di mediazione, l'accordo che compone la controversia contiene l'indicazione del relativo valore.

In secondo luogo, se la mediazione si è svolta in modalità telematica, ma l'accordo di negoziazione è contenuto in un documento sottoscritto dalle parti con modalità analogica, tale sottoscrizione è certificata dagli avvocati con firma digitale, o altro tipo di firma elettronica qualificata o avanzata, nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 20, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 82/2005 (così il comma 4 dell'art. 2-*bis* d.l. n. 132/2014).

Infine, il legislatore delegato ha disciplinato *ex novo* le disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato anche nella negoziazione assistita sul modello della mediazione civile e commerciale.

Anche qui, come per la mediazione, alla parte che ne ha diritto è assicurato il patrocinio a spese dello Stato per l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di negoziazione assistita nei casi di cui all'art. 3, comma 1 (e, cioè, quando è obbligatoria), se è raggiunto l'accordo.

A tutela della finanza pubblica l'ammissione al patrocinio è esclusa nelle controversie per cessione di crediti e ragioni altrui, ad eccezione del caso in cui la cessione appare indubbiamente fatta in pagamento di crediti o ragioni preesistenti.

L'istanza di ammissione – che dovrà contenere le enunciazioni in fatto e in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere – dovrà essere presentata al Consiglio dell'ordine degli avvocati del luogo in cui ha sede il tribunale che sarebbe competente a conoscere della controversia.

Quando è raggiunto l'accordo di negoziazione, l'ammissione è confermata, su istanza dell'avvocato, dal Consiglio dell'ordine che ha deliberato l'ammissione anticipata, mediante apposizione del visto di congruità sulla parcella.

1.1.3. *La negoziazione assistita in materia di lavoro*

Una significativa novità è quella che riconosce alla negoziazione assistita la possibilità di risolvere controversie di lavoro con pari efficacia delle conciliazioni e delle transazioni raggiunte nelle c.d. sedi protette.

Non c'è dubbio che ciò avrà evidenti ripercussioni anche sul complessivo sistema di risoluzione delle controversie di lavoro che ha sempre manifestato caratteristiche peculiari rispetto al più vasto settore del contenzioso civile. Peraltro, c'erano stati tentativi di riconoscere anche formalmente un ruolo significativo agli avvocati che già sostanzialmente lo svolgevano nella risoluzione delle controversie individuali di lavoro³.

Nella prima versione del d.l. n. 132/2014, infatti, era stata prevista la possibilità di ricorrere in questo caso alla negoziazione con la sola assistenza degli avvocati, ma la successiva conversione in legge aveva eliminato questa facoltà.

Oggi, l'art. 2-ter del decreto legislativo realizza una significativa svolta nell'ambito della gestione del contenzioso del lavoro riconoscendo che “*per le controversie di cui all'articolo 409, fermo restando quanto disposto dall'articolo 412-ter, le parti possono ricorrere alla negoziazione assistita senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale*”.

³ Sebbene la prassi datoriale si mostri in genere disponibile, rimane ancora la limitazione al lavoratore privato di farsi assistere da un avvocato nell'ambito del procedimento disciplinare senza che ciò abbia mai dato luogo, sino ad ora, ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa.

Ciascuna parte dovrà essere assistita da almeno un avvocato e potrà essere anche assistita da un consulente del lavoro: il che significa che il consulente del lavoro potrà partecipare alla negoziazione, ma non potrà sostituire l'avvocato nel ruolo della negoziazione assistita.

L'aspetto innovativo è, però, rappresentato dalla disposizione per la quale *“all'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita si applica l'articolo 2113, quarto comma, del codice civile”*: l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita può dirsi oggi raggiunto in una sede protetta con conseguente esclusione del potere del lavoratore di impugnare la transazione raggiunta nei sei mesi successivi.

L'ultimo comma dell'articolo prevede che l'accordo dovrà essere trasmesso a cura di una delle due parti, entro dieci giorni, ad uno degli organismi di cui all'art. 76 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ponendosi poi il dubbio se questa norma sia una norma *speciale* (e, quindi, sostitutiva della trasmissione dell'accordo all'Ordine degli avvocati) oppure preveda un onere aggiuntivo.

1.1.4. *L'istruzione stragiudiziale ad opera degli avvocati*

Un'ulteriore potenzialità della nuova negoziazione assistita riguarda la possibilità per la parti che l'abbiamo prevista, di acquisire informazioni da parte di terzi la cui utilità non sarà soltanto “interna” alla negoziazione (potendo favorire il raggiungimento dell'accordo chiarendo alcune questioni che le parti ritengono importanti “accertare”), ma anche “esterna” dal momento che queste dichiarazioni avranno un'efficacia processuale a livello probatorio.

Ebbene, *“ciascun avvocato può invitare un terzo a rendere dichiarazioni su fatti specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia”*.

Potrà rivestire la qualità di informatore soltanto chi ha compiuto il quattordicesimo anno di età e chi non si trova nella condizione prevista dall'art. 246 (e, cioè, chi non ha un interesse in causa).

Queste dichiarazioni dovranno essere rese presso lo studio professionale dell'avvocato richiedente o presso il Consiglio dell'ordine degli avvocati, ma sempre in presenza degli avvocati che assistono le altre parti.

Come abbiamo visto in precedenza l'acquisizione delle dichiarazioni del terzo non potrà avvenire in modalità telematica stante il divieto espressamente previsto dall'art. 2-bis.

Quando renderà le dichiarazioni (per chi intenderà renderle non essendoci

alcun obbligo) l'informatore, dopo essere stato identificato, sarà invitato a dichiarare se ha rapporti di parentela o di natura personale e professionale con alcuna delle parti o se ha un interesse nella causa, e sarà preliminarmente avvisato:

- a) della qualifica dei soggetti dinanzi ai quali rende le dichiarazioni e dello scopo della loro acquisizione;
- b) della facoltà di non rendere dichiarazioni;
- c) della facoltà di astenersi ai sensi dell'art. 249;
- d) delle responsabilità penali conseguenti alle false dichiarazioni;
- e) del dovere di mantenere riservate le domande che gli sono rivolte e le risposte date;
- f) delle modalità di acquisizione e documentazione delle dichiarazioni.

Le domande rivolte all'informatore e le dichiarazioni da lui rese dovranno essere verbalizzate in un documento, redatto dagli avvocati, che contiene l'indicazione del luogo e della data in cui sono acquisite le dichiarazioni, le generalità dell'informatore e degli avvocati e l'attestazione che sono stati rivolti gli avvertimenti di cui al comma 2 nonché la sottoscrizione dell'informatore (cui il verbale deve essere integralmente letto) e degli avvocati.

All'informatore e a ciascuna delle parti sarà consegnato un originale del verbale dell'audizione.

Quanto alla responsabilità penale per le false dichiarazioni l'art. 5 d.l. n. 149/2022 modifica allo scopo l'art. 371-ter c.p. (rubricato "False dichiarazioni al difensore") inserendo un nuovo comma in base al quale "*nelle ipotesi previste dall'articolo 4-bis del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 10 novembre 2014, n. 162, chiunque, non essendosi avvalso della facoltà di cui al comma 2, lettere b) e c), del medesimo articolo, rende dichiarazioni false è punito con la pena prevista dal primo comma*".

Il successivo comma precisa che "*il procedimento penale resta sospeso fino alla conclusione della procedura di negoziazione assistita nel corso della quale sono state acquisite le dichiarazioni ovvero fino a quando sia stata pronunciata sentenza di primo grado nel giudizio successivamente instaurato, nel quale una delle parti si sia avvalsa della facoltà di cui all'articolo 4-bis, comma 6, del decreto-legge n. 132 del 2014, convertito con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge n. 162 del 2014, ovvero fino a quando tale giudizio sia dichiarato estinto*".

Fin qui l'efficacia "interna" delle dichiarazioni dell'informatore.

Ma come abbiamo visto il legislatore si è preoccupato anche di discipli-

nare possibili effetti sul processo civile nell'eventualità di mancato accordo in sede di negoziazione assistita.

Un primo effetto è quello di consentire alla parte che intende sentire l'informatore che, però, non si è presentato o si è rifiutato di rendere dichiarazioni, di chiederne l'audizione davanti al giudice laddove si applicheranno, in quanto compatibili, gli artt. 693, 694, 695, 697, 698 e 699.

Un secondo effetto è quello che regola l'efficacia probatoria delle dichiarazioni rese dall'informatore.

In questo caso il comma 6 prevede che il verbale fa piena prova di quanto gli avvocati attestano essere avvenuto in loro presenza, può essere prodotto nel giudizio tra le parti della convenzione di negoziazione assistita ed è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 116, comma 1 (prova liberamente valutabile) con la possibilità per il giudice di disporre che l'informatore sia escusso come testimone.

La seconda delle nuove e significative potenzialità della negoziazione assistita riguarda la possibilità di "provocare" dichiarazioni confessorie dalla controparte.

L'art. 4-ter, infatti, prevede che *"quando la convenzione di negoziazione assistita lo prevede, ciascun avvocato può invitare la controparte a rendere per iscritto dichiarazioni su fatti, specificamente individuati e rilevanti in relazione all'oggetto della controversia, ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste. La dichiarazione è resa e sottoscritta dalla parte e dall'avvocato che la assiste anche ai fini della certificazione dell'autografia"*.

Anche qui il legislatore ha disciplinato il coordinamento con il processo civile per il caso di mancato accordo quanto alla sua efficacia probatoria: il documento contenente la dichiarazione di cui al comma 1 fa piena prova di quanto l'avvocato attesta essere avvenuto in sua presenza e può essere prodotto nel giudizio iniziato dalle parti della convenzione di negoziazione assistita con l'efficacia ed è soggetto ai limiti previsti dall'art. 2735 c.c.

Occorre avvertire che il rifiuto ingiustificato di rendere dichiarazioni sui fatti sarà valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio, anche ai sensi dell'art. 96, commi 1, 2 e 3. Questo aspetto, particolarmente gravoso per la parte che si sia rifiutata (senza giustificato motivo) di rendere la dichiarazione confessoria dovrà essere attentamente valutata dall'avvocato che assiste la parte all'atto della stipulazione della convenzione di negoziazione assistita perché potrebbe avere effetti pregiudizievoli per la parte assistita (e con possibilità quindi di azioni di responsabilità professionali per mancata informazione e per mancata valutazione della strategia più adeguata).

1.1.5. La negoziazione assistita in materia di famiglia

Infine, il legislatore ha apportato alcune modifiche nell'ipotesi di accordo in materia familiare.

In base al comma 2-bis dell'art. 6 *“l'accordo è trasmesso con modalità telematiche, a cura degli avvocati che assistono le parti, al procuratore della Repubblica per il rilascio del nullaosta o per l'autorizzazione. Il procuratore della Repubblica, quando appone il nullaosta o rilascia l'autorizzazione, trasmette l'accordo sottoscritto digitalmente agli avvocati delle parti”*.

Si tenga presente anche una modifica che non riguarda tanto l'accordo, ma il possibile prosieguo: quando il Procuratore ritiene che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, o che sia opportuno procedere al loro ascolto trasmette l'accordo, entro cinque giorni, al Presidente del tribunale.

In quest'ambito il legislatore ha previsto che *“gli eventuali patti di trasferimento immobiliari contenuti nell'accordo hanno effetti obbligatori”*.

Francamente non se ne comprende la ragione specialmente ove si va ad incidere in modo così significativo sull'efficacia traslativa del consenso: l'eventuale necessità di ricorrere ad un notaio per attendere alle formalità pubblicitarie, del resto, era già prevista.

Il comma 3-bis, ponendosi sulla scia di un orientamento della giurisprudenza di legittimità che aveva invitato le parti a valutare una simile possibilità, prevede che *“quando la negoziazione assistita ha ad oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o lo scioglimento dell'unione civile, le parti possono stabilire, nell'accordo, la corresponsione di un assegno in unica soluzione”* rispetto alla quale la valutazione di equità è effettuata dagli avvocati, mediante certificazione di tale pattuizione, ai sensi dell'art. 5, comma 8, della legge 1° dicembre 1970, n. 898.

Infine, il nuovo comma 3-ter prevede che *“l'accordo, munito di nulla osta o di autorizzazione, è trasmesso senza indugio a mezzo posta elettronica certificata o con altro sistema elettronico di recapito certificato qualificato, a cura degli avvocati che lo hanno sottoscritto, al Consiglio dell'ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati, che ne cura la conservazione in apposito archivio. Il Consiglio dell'ordine, se richiesto, rilascia copia autentica dell'accordo alle parti e ai difensori che lo hanno sottoscritto. La conservazione ed esibizione dell'accordo è disciplinata dall'articolo 43 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”*.

Sebbene il deposito presso il Consiglio dell'ordine fosse già previsto dal d.l. n. 132/2014, oggi il Consiglio dell'ordine diviene un depositario pubbli-

co (in luogo della Procura della Repubblica dove l'atto già risultava depositato per l'ottenimento del nulla osta o dell'autorizzazione).

1.1.6. *L'entrata in vigore delle nuove disposizioni*

Il comma 4 dell'art. 41 del d.lgs. n. 149/2022 oggi prevede, infine, che “*le disposizioni di cui all'articolo 9, comma 1, lettere e) e l) si applicano a decorrere dal 30 giugno 2023*” con la conseguenza che le rimanenti disposizioni sulla negoziazione assistita entrano in vigore il 28 febbraio 2023.

Peraltro, il Ministero della Giustizia con una Circolare del 28 febbraio 2023, in attesa di individuazione del flusso telematico strumentale per la comunicazione Avvocati-Procura della Repubblica per l'invio della negoziazione assistita, ha disposto la persistente validità del deposito cartaceo degli atti.

1.2. *La mediazione civile e commerciale* (Fabio Valerini)

1.2.1. *Le modifiche in materia di mediazione: aree di intervento e risoluzione di questioni interpretative*

L'esame della legge 26 novembre 2021, n. 206 di delega per la riforma del processo civile sembra portare alla conclusione che si sia inteso privilegiare la scelta di implementare l'efficienza del procedimento di mediazione senza affrontare, come avrebbe dovuto essere nelle premesse del PNRR, l'efficienza del processo.

Le nuove norme introdotte dal d.lgs. n. 149/2022 in materia di mediazione possono essere raggruppate per aree di obiettivi: (a) estendere il ricorso alla mediazione sia preventiva che delegata dal giudice; (b) rafforzare la partecipazione delle parti al procedimento di mediazione; (c) ridisegnare le misure di incentivo fiscale e di gratuito patrocinio per il procedimento di mediazione.

Oltre alle grandi aree di intervento che abbiamo ora individuato, il legislatore ha voluto anche cogliere l'occasione di chiarire alcuni snodi problematici nel rapporto tra mediazione e processo civile come nel caso della domanda di mediazione e, aspetto che aveva creato non pochi problemi pratici, dell'individuazione della parte onerata ad introdurre il procedimento di mediazione nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo e l'onere di introdurre la mediazione.