

NUMERO 1 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

STEFANO DELLE MONACHE

Profili civilistici della "negoziazione assistita"



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.2
VINCENZO CERULLI IRELLI	
<i>Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione . . .</i>	p.5
FEDERICO ROSELLI	
<i>Categorie civilistiche e giudizio di legittimità</i>	p.49
FRANCESCO MACARIO	
<i>Principi generali e nuovi scenari nel sistema della responsabilità patrimoniale . . .</i>	p.59
ANTONIO BRIGUGLIO	
<i>L'ordinanza "decisoria" sulla competenza ed il modo per giungervi: un compromesso con le Sezioni Unite affinché l'economia processuale giovi a tutti</i>	p.89
STEFANO DELLE MONACHE	
<i>Profili civilistici della "negoziazione assistita"</i>	p.105
DANIELE VATTERMOLI	
<i>Il fideiussore nel concorso tra i creditori del debitore principale.</i>	p.129
PIETRO ZANELLI	
<i>La pubblicità immobiliare di atti e convenzioni per vincoli di interesse pubblico: una norma di origine giurisprudenziale</i>	p.155
ACHILLE ANTONIO CARRABBA	
<i>Testamento e destinazione patrimoniale (una "lettura" per incrementare l'utilizzazione degli atti di cui all'art. 2645-ter c.c.)</i>	p.177

Profili civilistici della “negoziazione assistita”

Il contributo è dedicato ai profili civilistici della procedura di negoziazione assistita introdotta dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132. Esso verte, in particolare, sulla centralità assunta nell’ambito della procedura in esame dalla buona fede, nonché sulle difficoltà che si incontrano nel coniugare gli obblighi tipici di buona fede con le caratteristiche proprie della strategia difensiva. Vengono poi analizzate le problematiche relative alla qualificazione della convenzione, alla forma e al suo contenuto, nonché alle conseguenze derivanti dall’inoservanza degli impegni con essa assunti. Il contributo prende in considerazione, infine, le peculiarità del ruolo svolto dall’avvocato nell’ambito della procedura di negoziazione assistita anche rispetto allo svolgimento degli ordinari incarichi di natura stragiudiziale.

105

This article is dedicated to the contractual profiles of the new procedure called «procedura di negoziazione assistita» (d.l. n. 132/2014). The central role assumed in this procedure by the bona fide is the main object of the analysis. The author draws the attention on the difficulties that may arise in order to put together the typical duties of bona fide with the needs of the defence strategy. The analysis also expands on various topics such as the nature of the agreement («convenzione») between the parties, its form, its contents and the consequences deriving from the failure to fulfil the undertaken obligations. The role performed by lawyers in this particular procedure is examined in comparison with their normal extrajudicial activity.

Sommario: 1. Osservazioni generali. – 2. L’oggetto della convenzione di negoziazione assistita. – 3. Particolari obblighi delle parti. – 4. Il profilo funzionale. – 5. Ruolo degli avvocati, possibili articolazioni sotto il profilo soggettivo e conseguenze sulla natura del procedimento. – 6. La forma e il contenuto della convenzione. – 7. L’inosservanza dell’impegno assunto dalle parti. – 8. La negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. – 9. L’invito a stipulare la convenzione e i suoi effetti sul decorso del termine prescrizionale. – 10. Giorgio De Nova e la negoziazione assistita.

1. - Osservazioni generali.

Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recentemente convertito con modificazioni (l. 10 novembre 2014, n. 162), nel suo Capo II disciplina, precisamente agli artt. da 2 a 11, la «procedura» di negoziazione assistita.

Si tratta di una serie proceduralizzata di atti intesi a comporre una controversia al di fuori del processo civile: più che una procedura, dunque, un procedimento il cui fulcro è costituito dalla «convenzione di negoziazione assistita» (art. 2) ¹.

Va subito sottolineato che costituisce «dovere deontologico» degli avvocati, nel momento in cui ricevono l’incarico, informare il cliente della «possibilità» di ricorrere alla negoziazione assistita (art. 2, comma 7).

Questa formula si rivela tuttavia imprecisa. Per vero, se in generale la procedura di negoziazione assistita è facoltativa, sicché il suo esperimento rappresenta una semplice «possibilità» per le parti, in taluni casi specifici essa diviene obbligatoria o, per meglio dire, giuridicamente necessitata, non essendovi propriamente un obbligo di avviarla, bensì semmai un onere, atteso che l’espletamento della procedura, qui, costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, sul modello già sperimentato in tema di mediazione *ex art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010* ². L’informazione al cliente è a maggior ragione dovuta, perciò, in questi casi, ed anzi il

Il saggio è destinato agli scritti in onore di Giorgio De Nova. Esso rielabora la relazione presentata al Convegno “*Processo civile: che cosa cambia dopo il decreto degiurisdizionalizzazione?*”, Treviso, 12 dicembre 2014.

¹ Per l’inclusione dell’istituto tra le a.d.r., M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in *Questionejustizia.it*, che ne mette in luce la derivazione dal modello francese (l. n. 2010-1609 del 22 dicembre 2010); G. BUFFONE, *L’attività di negoziazione per la composizione delle crisi coniugali (d.l. n. 132 del 2014)*, in *Giustiziacivile.com*, 30 dicembre 2014.

² Per questa parte, tuttavia, è previsto che la disciplina normativa acquisti efficacia una volta decorsi novanta giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione (art. 3, comma 8).

dovere a carico dell'avvocato implica anche e proprio che questi chiarisca quale tipologia di negoziazione, se facoltativa o obbligatoria, sia rilevante nel concreto.

Sempre nel contesto di questo primo sguardo d'insieme, può ancora osservarsi che la procedura di negoziazione assistita è sottoposta ad un regime speciale se viene condotta tra coniugi con la finalità di ricercare «una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio» susseguente a separazione (art. 6). Qui non ci si occuperà, se non attraverso qualche fugace riferimento, di questa tipologia di negoziazione, che per le sue particolarità merita indubbiamente un apposito approfondimento.

L'elemento centrale della procedura – come si diceva – è costituito dalla «convenzione di negoziazione assistita»: questa consiste in «un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo» (art. 2, comma 1).

La convenzione può essere preceduta dalla formulazione di un «invito» a stipularla rivolto da una parte all'altra (art. 4), e potrà condurre al perfezionamento di un «accordo che compone la controversia» (art. 5), accordo che, se concluso, andrà trasmesso in copia dagli avvocati (qui, stranamente, «difensori») al locale Consiglio dell'Ordine (art. 11, comma 1).

107

2. - L'oggetto della convenzione di negoziazione assistita.

L'oggetto della convenzione di negoziazione assistita consiste nell'assunzione dell'impegno a cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere amichevolmente una controversia tramite l'assistenza di avvocati (art. 2, comma 1).

È noto il ruolo giocato dalla buona fede, intesa in senso oggettivo, ché unicamente a questa è riferibile il richiamo compiuto dal legislatore, nell'ambito della disciplina codicistica dedicata al contratto: essa impronta la fase delle trattative (art. 1337), rileva ai fini dell'interpretazione (art. 1366), assume importanza in sede di esecuzione del rapporto contrattuale (art. 1375).

In queste sue multiformi declinazioni, la buona fede opera, segnatamente,

come fonte di integrazione del rapporto³, potendo in particolare dar vita – secondo un ampio, benché non incontrastato, orientamento interpretativo – a tutta una serie di obblighi, definiti di protezione, che si aggiungono all’obbligo primario di prestazione, giustificandosi sulla scorta del pericolo, cui le parti reciprocamente si espongono, che dall’attività dell’una possa derivare un danno alla persona o al patrimonio dell’altra⁴. Si tratta dunque di obblighi i quali richiedono che ciascuna parte assuma le condotte, attive od omissione, necessarie a preservare i beni o gli interessi giuridicamente rilevanti dell’altra o comunque dirette a non pregiudicare la sfera giuridica con cui entra in contatto⁵.

La violazione degli obblighi di protezione determina il sorgere della responsabilità contrattuale, al pari della violazione dell’obbligo primario di prestazione⁶.

Ci si chiede, peraltro, se possano sussistere rapporti il cui contenuto si esaurisca in codesti obblighi di protezione o anche in altri obblighi fondati sulla buona fede, senza un concomitante obbligo primario di prestazione.

³ Per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 493 ss.

⁴ In questi termini, rifacendosi a Heinrich Stoll, cui si deve la prima elaborazione della categoria, F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, 222. Si tenga presente che in Germania, in conseguenza della *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni, gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) sono stati infine codificati attraverso la novellazione del § 241 BGB, che così recita, ora, nel suo Abs. II: «Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten».

⁵ Alla base della teoria in esame, il cui sviluppo si deve – come detto – alla dottrina germanica, sta l’idea dell’obbligazione come rapporto caratterizzato da «una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall’obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*)»: obblighi che, a differenza dell’obbligo principale di prestazione, sono reciproci, come emerge in maniera chiara ed esplicita, nell’ordinamento italiano, in virtù del dettato dell’art. 1173 c.c.; obblighi, ancora, la cui funzione, per quanto strettamente riguarda (nell’ambito delle varie classificazioni proposte) quelli di protezione, consiste nel conservare integra la sfera giuridica di ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, «tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive che l’esistenza stessa del rapporto rende più agevoli in ragione del contatto sociale che con esso si realizza» (C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1; nella letteratura di lingua tedesca, sulla nozione di rapporto obbligatorio in senso lato, inteso come *Organismus*, si vedano, tra i tanti, P. SCHLECHTRIM-M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6^a ed., Tübingen, 2005, 2 e 88).

⁶ Pur essendosi in presenza di interessi, infatti, «che il rapporto debito-credito (...) non è di per sé volto a soddisfare», la loro lesione genera un illecito che è «ascritto all’ambito della responsabilità contrattuale, proprio perché mediato dalla violazione di un obbligo» (C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 3).

Nella dottrina tedesca⁷, nonché in una parte della dottrina italiana, che si pone a sequela della prima, tale interrogativo è stato risolto positivamente con specifico riguardo alla tematica della responsabilità c.d. precontrattuale⁸. Invero, questa è intesa come una responsabilità da violazione dell’altrui affidamento o comunque da violazione degli obblighi secondari che originano dal contatto sociale in cui la trattativa si traduce⁹. Si sarebbe dunque al cospetto dell’inadempimento di un rapporto non caratterizzato da alcun obbligo primario di prestazione (*ohne primäre Leistungspflicht*)¹⁰.

Da qui l’inquadramento della responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento, secondo una prospettiva che, in Italia, non trova tuttavia il favore della giurisprudenza¹¹, la quale nell’art. 1337 c.c. invece individua, accompagnata da insegnamenti autorevoli¹², una sorta di specificazione della regola generale dettata dall’art. 2043 c.c. e ricostruisce la responsabilità precontrattuale quale responsabilità extra-

⁷ Sul tema, ampiamente, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, 14^a ed., München, 1987, 104 ss.

⁸ L’elaborazione ad opera di Rudolf von Jhering, com’è noto, della categoria della *culpa in contrahendo* segna anzi l’origine storica della vicenda dogmatica che ha condotto a teorizzare le *Schutzpflichten*, ovverosia gli obblighi di protezione (C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 2: «Vista in prospettiva storica la scoperta della *culpa in contrahendo* ha iniziato una rivendicazione a favore della responsabilità contrattuale, continuata dalla teoria delle *Schutzpflichten* con il seguente risultato globale: dal momento in cui si iniziano le trattative stipulatorie, e fino alla completa attuazione del rapporto obbligatorio che ne nasce, il fatto illecito di una parte ai danni dell’altra dà luogo a responsabilità contrattuale»). Bisogna aggiungere che con la riforma dello *Schuldrecht* la *culpa in contrahendo* ha trovato un’esplicita disciplina nel nuovo dettato del § 311, Abs. II, BGB (in dottrina si parla, al riguardo, dell’inizio delle trattative precontrattuali come di un fatto da cui deriva «ein gesetzliches Schuldverhältnis»); P. SCHLECHTRIEM-M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht*, cit., 4 e 27).

⁹ Nel senso che il rapporto obbligatorio scaturente dalla trattativa implichì la venuta in essere, segnatamente, anche di *Schutzpflichten* e *Loyalitätspflichten*, si esprimeva già K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 110.

¹⁰ Si vedano P. SCHLECHTRIEM-M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht*, cit., 29: «Der Verweis auf § 241 II bedeutet, daß das gesetzliche Schuldverhältnis aus § 311 II, III „nur“ Schutzpflichten entstehen läßt». Prima della riforma, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 106: «Durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen (...) entsteht (...) bereits eine rechtliche Sonderverbindung, die zwar noch keine Leistungspflicht, wohl aber spezielle Verhaltenspflichten zum Inhalt hat und daher als ein gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht zu charakterisieren ist».

¹¹ Si veda peraltro, ancora di recente, Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648.

¹² R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed. vol. II, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 260.

contrattuale¹³, individuandone talvolta la radice in una affermata lesione dell'interesse alla libertà negoziale¹⁴, del resto sulla scorta di precisi riferimenti dottrinali¹⁵.

La nuova convenzione di negoziazione assistita richiama questi concetti. L'impegno assunto con la sua stipulazione si riassume (ma forse senza esaurirsi, come vedremo) nella necessità per le parti di tenere un comportamento corretto nel contesto del dialogo che esse allacciano per addivinare ad una soluzione amichevole della controversia in corso. Il riferimento a «buona fede» e «lealtà» si risolve dunque in un'endiadi¹⁶, anche se dotata di un pregnante significato evocativo¹⁷, mentre l'obbligo reciproco che discende dalla convenzione è un obbligo a contenuto generico che rimanda alla correttezza quale parametro cui deve improntarsi la condotta di ciascuna parte in vista di un possibile componimento amichevole della controversia¹⁸.

La convenzione di negoziazione assistita, da questo punto di vista, altro

110

¹³ Cass. 29 luglio 2011, n. 16735; Cass. 5 agosto 2004, n. 15040; Cass., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160; Cass. 11 maggio 1990, n. 4051.

¹⁴ Si veda, a conclusione della celebre controversia Fininvest/Cir, quanto statuito, assieme a vari altri principi di diritto, da Cass. 17 settembre 2013, n. 21255: «L'azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali – nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione – che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali».

¹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 3. *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 154: «La responsabilità precontrattuale indica la responsabilità per lesione della libertà negoziale». Afferma la natura extracontrattuale della responsabilità *in contrahendo* anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 184 ss. Per la natura contrattuale, invece, già F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 115 ss. Molto più di recente, nello stesso senso, G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, 8 ss.; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2012, 178. Un'ampia disamina del problema è compiuta da G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, 2, Milano, 2006, 977 ss. ed ivi 1107 ss.; ma si veda anche C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 723 ss.

¹⁶ Nello stesso art. 1337 c.c. la menzione della buona fede, invero, vale quale richiamo ad un «canone di lealtà» (C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 157; analogamente, F. GALGANO, *Il contratto*, 2^a ed., Padova, 2011, 581).

¹⁷ Si è già osservato, infatti, come la dottrina germanica più autorevole abbia ricondotto all'alveo del rapporto scaturente dalle trattative precontrattuali proprio le *Loyalitätspflichten*, accanto ad altri obblighi come, in particolare, le *Schutzpflichten* (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 110).

¹⁸ Buona fede in senso oggettivo e correttezza, com'è noto, sono nozioni ritenute di significato coincidente (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175), benché non siano mancati, in passato, tentativi volti

non è se non un accordo che mette capo allo svolgimento di una trattativa¹⁹.

Ne segue dunque che, nella misura in cui le parti non abbiano direttamente provveduto a definire i contenuti di codesto accordo, com’è da ritenere possibile, la concretizzazione dell’obbligo generico di correttezza che scaturisce dalla convenzione dovrà avvenire attraverso l’utilizzo delle stesse tipizzazioni proposte con riguardo alla responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*²⁰.

Un tale obbligo anzitutto comporterà, pertanto, che sia da considerare illecita la rottura ingiustificata delle trattative, il recesso, cioè, dalle trattative senza una valida giustificazione, quando si è creato un ragionevole affidamento sul loro esito positivo²¹. Più in particolare, costituisce fonte di responsabilità il comportamento di chi inizia o prosegue maliziosamente una trattativa, senza avere alcuna intenzione di stipulare il relativo contratto²².

Ciò significa, riportando il discorso alla convenzione di negoziazione assistita, che la trattativa cui essa mette capo dovrà essere avviata e condotta

a tenerle distinte (per una sintesi sul punto, completa dei necessari richiami bibliografici, G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 102 s., nt. 28).

¹⁹ Si osservi a questo proposito che la prassi relativa, soprattutto, alle acquisizioni di pacchetti azionari o di complessi di beni produttivi ben conosce il fenomeno (rispetto a cui, per un quadro generale, P. CANEPA, voce *Dichiarazione di intenti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 329 ss.) della stipulazione di accordi diretti a disciplinare la fase delle trattative e con i quali le parti assumono particolari obblighi di condotta, impegnandosi, ad es., a scambiarsi determinate informazioni, a permettere l’accesso a certi documenti, a mantenere il segreto su talune circostanze o a non prendere contatti con altri potenziali interessati (per un caso tratto dalla giurisprudenza inglese, in cui si discuteva se le parti avessero concluso un accordo volto all’assunzione dell’impegno di negoziare in buona fede, F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contr. impr.*, 1994, 1101 ss.).

²⁰ Si è detto nel testo che sembra da ammettere che le parti diano concretezza ai contenuti della convenzione specificando gli obblighi a cui ciascuna si sottopone nell’ambito della cooperazione secondo buona fede che costituisce oggetto del rapporto tra le stesse instaurato. È da chiedersi, peraltro, se vi siano dei limiti al riguardo. Potrebbero così le parti escludere, ad es., la sussistenza di un obbligo che altrimenti si sarebbe dovuto dire vigente in virtù della buona fede? La dottrina si impegna su un tema analogo quando pone la domanda se il principio di buona fede sia derogabile pattizialmente, rispondendo che, mentre non sarebbe consentita una sua esclusione generalizzata, le parti potrebbero invece derogare, con previsione puntuale, alle concrete applicazioni del principio stesso (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 494 s.).

²¹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 167 ss.

²² C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 168. Sarebbe questa anzi, secondo un’impostazione oramai superata, l’unica ipotesi possibile di responsabilità per rottura delle trattative: A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3^a ed., I, Milano, 1979, 124 ss.

con la genuina finalità di giungere ad un componimento amichevole della controversia. L'impegno a cooperare secondo buona fede non potrà dunque dirsi rispettato allorché la convenzione sia stata stipulata, ad es., a fini meramente dilatori o per cercare di ottenere informazioni utili, ma senza l'intenzione, in realtà, di addivenire ad un componimento amichevole [e ciò anche se poi «le informazioni acquisite (...) non possono essere utilizzate nel giudizio avente (...) il medesimo oggetto»: art. 9, comma 2] ²³.

Si può aggiungere, ancora prendendo a termine di raffronto le soluzioni elaborate nel campo della responsabilità precontrattuale, che il criterio di imputazione di codesta responsabilità, nel caso di recesso ingiustificato dalle trattative, appare oscillante, come è stato osservato ²⁴, tra la colpevolezza e l'oggettivo contrasto della condotta del precedente con l'obbligo di buona fede *ex art. 1337 c.c.*, sicché in questa materia opererebbero, in ultima analisi, due tipi diversi di responsabilità, l'una fondata sulla prova del dolo o della colpa, coerentemente con i presupposti fissati dall'*art. 2043 c.c.* ²⁵, l'altra avente natura oggettiva ²⁶, il campo di applicazione di quest'ultima essendo peraltro limitato ai casi in cui la trattativa abbia raggiunto uno stadio talmente avanzato da far ritenere praticamente certa la conclusione del contratto ²⁷.

²³ Il discorso si complica, naturalmente, nei casi in cui l'esperimento della negoziazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale. E tuttavia bisognerà in definitiva concludere che, quando l'invito sia accettato e la convenzione stipulata, essa comporterà, pure qui, il venire in essere di un impegno per entrambe le parti a cooperare in buona fede nel tentativo di risolvere amichevolmente la controversia: un impegno dunque gravante anche sulla parte che, ipoteticamente interessata solo all'esercizio dell'azione giudiziale, abbia provveduto a formulare l'invito, tramite il proprio avvocato, soltanto per assolvere l'onere posto a suo carico dalla legge.

²⁴ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 15 ss.

²⁵ In generale, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 157, per cui «la responsabilità precontrattuale può avere fondamento oltre che nella scorrettezza anche nella colpa, secondo la regola generale della responsabilità extracontrattuale (2043 c.c.)».

²⁶ Cfr. Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648: «In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi – come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata – in una delle ipotesi previste dall'*art. 1173 c.c.*».

²⁷ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 18: «Quando la trattativa abbia raggiunto un certo stadio (...) il suo fallimento determina la responsabilità di una delle due parti indipendentemente da ogni considerazione sull'elemento soggettivo»: sennonché (continua subito dopo l'a., per i compiuti svolgimenti del cui discorso si vedano le pagine 27 ss. e 31 ss.) è comunque fatta salva l'ipotesi nella quale «detto fallimento non sia

Tradotti questi esiti sul piano della violazione dell'impegno scaturente dalla convenzione di negoziazione assistita, con conseguente e inevitabile riconoscimento alla responsabilità di una matrice contrattuale intesa in senso stretto, giacché essa troverà la sua radice, qui, nell'inadempimento di un obbligo derivante da contratto²⁸, il tema tende a rifluire, sotto un altro punto di vista, nell'area delle obbligazioni c.d. di mezzi²⁹.

Bisogna invero osservare, a questo riguardo, che l'accordo di che trattasi ha per oggetto una cooperazione destinata, dall'un lato, a protrarsi lungo un determinato «periodo di tempo» (art. 2, comma 3), di regola compreso tra uno e tre mesi [art. 2, comma 2, lett. *a*]), e finalisticamente orientata, dall'altro lato, a «risolvere in via amichevole la controversia» (art. 1, comma 1). Ne segue che il rapporto obbligatorio instaurato tra le parti richiederà non soltanto che queste si astengano dal porre in essere comportamenti scorretti, capaci di deludere l'altrui affidamento, ma anche che ciascuna impieghi, prima ancora, uno sforzo indirizzato secondo diligenza ad una positiva conclusione della trattativa, a pena di doverne altrimenti rispondere, salvo il limite previsto dall'art. 1218 c.c.³⁰.

In questo senso è stato osservato, in precedenza, che l'impegno assunto con la convenzione non sembra esaurirsi nella sola necessità che le parti improntino a correttezza la condotta tenuta nel tentativo di addivenire ad una soluzione amichevole della controversia.

dovuto a causa di cui nessuna delle due parti debba rispondere [si dirà allora che il recesso (...) era giustificato].

²⁸ Cfr., per il caso della violazione degli obblighi derivanti da un accordo inteso a disciplinare le trattative precontrattuali, P. CANEPA, voce *Dichiarazione di intenti*, cit., 344.

²⁹ La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato, com'è noto, presenta riflessi problematici di enorme impegno dogmatico. Senza indulgere in altre citazioni, fondamentale, al riguardo, rimane ancora il contributo di L. MENCONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*. (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, I, 1954, 185 ss., 280 ss., 305 ss. e 366 ss., il quale, negato che per le obbligazioni appartenenti alle due diverse categorie citate funzioni un differente criterio di imputazione della responsabilità, afferma tuttavia quanto segue: «Si deve riconoscere che la legge, con riguardo a certe prestazioni, riassume sotto il profilo della diligenza non solo il criterio di controllo del contegno del debitore di fronte a un evento che ha reso impossibile l'adempimento, ma anche il criterio per determinare concretamente l'oggetto dell'obbligazione» (204).

³⁰ Si osservi che nella prassi è dato distinguere, nell'ambito delle intese che precedono la formazione del contratto, tra gli accordi semplicemente destinati a disciplinare la trattativa e quelli invece che (anche denominati accordi di negoziazione) implicano un vincolo delle parti a condurre la trattativa stessa (P. CANEPA, voce *Dichiarazione di intenti*, cit., 332).

3. - Particolari obblighi delle parti.

Obblighi tipici di buona fede nella fase precontrattuale, e perciò rilevanti per concretizzare l'impegno assunto con la convenzione, sono gli obblighi, ancora, di informazione, di chiarezza, di segreto³¹.

L'obbligo di informazione, come la dottrina da tempo riconosce, a superamento di meno recenti posizioni restrittive³², ha una portata generale, rendendo illecita la reticenza sulle circostanze di rilievo che attengono all'affare cui la trattativa si riferisce³³, e ciò in base ad un criterio che, secondo una certa impostazione, prescinderebbe dalla colpevolezza³⁴.

Si tratta tuttavia di segnare un discriminio tra quanto dev'essere comunicato e quel che attiene, invece, al normale rischio inherente all'esercizio dell'autonomia privata³⁵. Ed è questa una problematica di cui sono ben evidenti i punti di contatto con la teoria dei vizi del volere, in particolare sotto il profilo della rilevanza del c.d. dolo omissivo³⁶, la definizione della cui figura costituisce oggetto di un'ampia riflessione giurisprudenziale, la quale ha condotto ad esiti, fin qui, improntati ad una certa cautela³⁷, sul

³¹ C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 163 ss. Nella dottrina tedesca, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., 110.

³² Si veda, muovendo dal problema del coordinamento tra art. 1337 e art. 1338 c.c., G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., 108.

³³ In giurisprudenza, Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795: «Si è ormai chiarito (...) che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto (Cass. n. 19024 del 2005)». Negli stessi termini, più di recente, Cass. 26 aprile 2012, n. 6526.

³⁴ In tal senso, G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., 253 s., sulla scorta della tesi, ben nota, che afferma essere quella *ex art. 1218 c.c.*, cui dovrebbe ricondursi la c.d. *culpa in contrahendo*, una responsabilità non fondata sulla colpa. In argomento, con ampia analisi, si veda ancora G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, 2^a ed., Artt. 1218-1222, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 2006, 25 ss.

³⁵ Esclusi dall'obbligo di informazione, così, sarebbero i dati e le circostanze caratterizzanti la prestazione di controparte, anziché la propria (G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., 110).

³⁶ In argomento, G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 276 ss.

³⁷ Il principio di diritto solitamente ripetuto è esposto in maniera chiara da Cass. 31 maggio 2010, n. 13231: «Il dolo omissivo, pur potendo viziarne la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del *deceptus*. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della

presupposto che la violazione dell’obbligo di informazione *ex art. 1337 c.c.* non possa di per sé tradursi in una fattispecie di dolo³⁸. Il che solo nelle premesse appare in linea con il pensiero della dottrina che più s’è occupata del tema³⁹, mentre non mancano più recenti sviluppi, ad ogni modo, indotti e guidati dalle esperienze maturate nel contesto dei progetti di unificazione del diritto privato europeo⁴⁰.

Questi temi, a proposito della negoziazione assistita, si presentano assai spinosi. È ben noto, ad es., quanto importante può essere, nell’elaborazione della strategia difensiva, la scelta della tempistica relativa alla *disclosure* documentale. Tanto per citare un caso non molto edificante, viene a mente la pratica, piuttosto diffusa nel contenzioso sugli investimenti finanziari, di non mettere a disposizione dell’investitore il contratto-quadro, salvo poi effettuarne la produzione a processo pendente.

Ora, potrebbero essere trattenuti dei documenti rilevanti nella negoziazione assistita? Potrebbe cioè una delle parti, ritenendo improbabile che si addivenga ad un componimento amichevole, tenere all’oscuro l’altra dell’esistenza di documenti magari anche decisivi ai fini dell’esito del giudizio? Bisognerà rispondere tendenzialmente in senso negativo, aiutati anche da qualche spunto rinvenibile nella disciplina della transazione, giacché, come vedremo, la convenzione di negoziazione assistita è negozio preparatorio rispetto alla stipulazione di un accordo con funzione transattiva. Si

realità, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l’altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto». Nello stesso senso, Cass. 17 maggio 2012, n. 7751; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253. In termini analoghi, Cass. 19 settembre 2006, n. 20260; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2104; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757.

³⁸ Assai istruttiva, in proposito, si rivela Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, secondo cui, comunque, detta violazione «non è ravvisabile nel mero silenzio, se non quando la parte sia consapevole della rilevanza che la circostanza tacita possa avere sulle determinazioni dell’altro contraente, e non possa essere altrimenti da questi accertata con la normale diligenza».

³⁹ Si veda G. VISINTINI, *La reticenza*, cit., 94: «Condizione prima per l’assimilazione della reticenza al dolo è (...) il sovrapporsi alla stessa dell’inganno, e cioè il consapevole uso dello strumento “reticenza” al fine di indurre in errore l’altro contraente». Dopo di che l’A. giunge a concludere, tuttavia, che nei casi concreti il silenzio su determinate circostanze potrebbe essere «più che sufficiente a creare l’inganno» (97 s.), laddove la previsione legislativa della colpa *in contrahendo* non consentirebbe di inferire, come sostenuto dai fautori della distinzione tra regole di validità e regole di buona fede, che «la violazione di un obbligo di informazione non [possa] essere causa di annullamento del contratto» (121).

⁴⁰ Sia consentito il rinvio, in proposito, a S. DELLE MONACHE, *Pratiche commerciali scorrette, obbligo di informazione, dolo contrattuale*, in A. D’ANGELO-V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2009*, Torino, 2010, 104 ss.

pensi al dettato dell'art. 1975, comma 1, c.c. che sanziona, indirettamente, con l'annullabilità la transazione conclusa dalle parti su tutti i loro affari, se si scoprono documenti occultati da una parte in danno dell'altra: l'occultamento costituisce qui un illecito consumato nella fase precontrattuale, che rileva in termini analoghi a quanto accade, in generale, a proposito del dolo quale vizio del consenso⁴¹. Ma se così è, sembra doversene ulteriormente ricavare che, anche quando la transazione concerne un affare determinato e la scoperta di documenti prima ignoti, ai sensi dell'art. 1975, comma 2, c.c., assuma rilevanza ai fini dell'annullabilità solo se essi comprovino che «una delle parti non aveva alcun diritto», nondimeno l'eventuale occultamento, da cui dipenda il mancato accesso ai documenti, si presenterà pur sempre nei termini di un illecito⁴².

Per tornare dunque al nostro tema, il mancato disvelamento di documenti rilevanti sembra poter integrare, in definitiva, una violazione del canone di correttezza che impronta l'impegno assunto dalle parti con la convenzione di negoziazione assistita.

Ma proviamo a ragionare su di un altro caso, sempre riconducibile alla problematica dell'obbligo di informazione.

Vi sono situazioni, come l'esperienza insegna, in cui ci si rende conto che la controparte non ha colto un profilo che potrebbe essere fondamentale per la sua difesa: si pensi, ad es., ad un'eccuzione di prescrizione breve o di decadenza non opposte. In questo contesto, la pretesa avanzata da chi abbia contezza dell'eccuzione potrebbe qualificarsi come temeraria, almeno sotto certi presupposti⁴³, con conseguente annullabilità della transazione, se conclusa, ai sensi dell'art. 1971 c.c.⁴⁴. Orbene, la parte consa-

⁴¹ La riconducibilità alla fatti-specie del dolo, tuttavia, non è pacifica in dottrina: sul punto, E. DEL PRATO, *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 813 ss. ed ivi 858.

⁴² L'occultamento in sé non sarà sufficiente, invece, a viziarre questo tipo di transazione: E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, 2^a ed., in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1986, 414.

⁴³ Sui quali si veda Cass. 3 aprile 2003 n. 5139, secondo cui la temerarietà sussiste se ricorrono «due elementi, uno obiettivo ed uno soggettivo: che la pretesa fatta valere dalla parte nei cui confronti si chiede l'annullamento sia totalmente infondata e che la parte versi in mala fede, ovvero che, pur essendo consapevole della infondatezza della propria pretesa, l'abbia dolosamente sostenuta».

⁴⁴ In dottrina è rappresentata l'opinione, seguita anche da E. DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, cit., 859, secondo cui l'annullabilità, qui, sanzionerebbe «la violazione del dovere di buona fede», unicamente dipendendo «dallo stato soggettivo di mala fede di una parte, cioè

pevole dell’eccezione (e dunque della temerarietà della propria pretesa) sarà responsabile nel caso in cui stipuli la convenzione di negoziazione assistita rimanendo silente, anche dopo, riguardo a questo aspetto del rapporto controverso?

È difficile rispondere negativamente, se si considera che il contenuto dell’impegno assunto con la convenzione consiste nel tenere un comportamento conforme a buona fede e perciò leale.

Una questione a sé, e di grande rilievo, è costituita, ancora, dall’incidenza della convenzione rispetto alle possibili iniziative processuali delle parti. Sembra di poter dire che, durante il termine (che comunque è breve) di espletamento della procedura, le parti non possano promuovere la domanda giudiziale, a pena di incorrere, altrimenti, in una violazione dell’obbligo di cooperare lealmente per risolvere in via amichevole la controversia. Ciò vale anche per le istanze volte ad ottenere provvedimenti urgenti o cautelari?

Il dubbio è più che legittimo atteso che, nei casi in cui la negoziazione assistita funziona da condizione di procedibilità della domanda, il legislatore testualmente chiarisce che ciò non preclude l’ottenimento di provvedimenti urgenti o cautelari (art. 3, comma 4). Forse si può ritenere, peraltro, che sia questa una disposizione di stretta interpretazione e dunque non estensibile oltre l’ambito della negoziazione assistita c.d. obbligatoria, all’interno della cui disciplina essa è dettata. L’esperienza e la sensibilità comune, infatti, insegnano che l’assunzione di iniziative urgenti o cautelari costituisce un qualcosa di disarmonico rispetto alla conduzione di una trattativa genuinamente orientata ad un comportamento amichevole della lite in corso.

117

4. - Il profilo funzionale.

La cooperazione dovuta in base alla convenzione di negoziazione assistita è funzionale, come già osservato, a «risolvere in via amichevole la controversia» (art. 2, comma 1). La convenzione mette dunque capo ad una

di consapevolezza del proprio torto giuridico, a prescindere dall’atteggiamento soggettivo dell’altra».

trattativa indirizzata alla stipulazione di un accordo che importi un tale risultato. Si tratterà di un accordo che, in quanto volto a determinare il componimento di una lite, risulterà connotato da una funzione di natura transattiva⁴⁵.

Ora, il fatto che l'accordo finale obbedisca ad una funzione transattiva non significa tuttavia che esso debba essere qualificato nei termini di una transazione. La transazione è il contratto, com'è noto, con cui «le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro» (art. 1965 c.c.). Consustanziali al tipo sono dunque le reciproche concessioni⁴⁶, che certo possono mancare nell'accordo finale stipulato in esito ad una negoziazione assistita. Ciò che non può far difetto, invece, è l'attitudine di un tale accordo a porre fine alla controversia in corso, attitudine da cui deriva una corrispondente connotazione funzionale dell'accordo stesso, che sarà dunque definibile nei termini di un accordo con funzione transattiva, a prescindere dai suoi contenuti concreti, i quali ne giustificheranno la qualificazione, volta per volta, come vera e propria transazione, come negozio di accertamento, come rinuncia contrattuale, e così via.

5. - Ruolo degli avvocati, possibili articolazioni sotto il profilo soggettivo e conseguenze sulla natura del procedimento.

La convenzione di negoziazione assistita è un contratto di cui sono parte i soggetti tra i quali è in corso la controversia, ma non i loro avvocati.

Quello che la legge assegna agli avvocati è un ruolo di assistenza alle parti nella negoziazione, e, ancor prima, di assistenza nella stipulazione della convenzione, tanto che essi sono chiamati a certificare sotto la propria responsabilità l'autografia delle sottoscrizioni (art. 2, comma 6). Ciò tuttavia non significa, per l'appunto, che gli avvocati divengano a loro volta parte della convenzione: sono soltanto i soggetti litiganti, infatti, ad assumere l'impegno di «cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia», sia pure tramite l'assistenza dei propri avvocati.

⁴⁵ In argomento, S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.

⁴⁶ P. D'ONOFRIO, *Transazione*, 2^a ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 226 ss.

La convenzione di negoziazione assistita instaura dunque un rapporto che intercorre tra i soli soggetti della lite, mentre costoro saranno a propria volta legati al rispettivo avvocato dal rapporto che deriva dal conferimento dell’incarico professionale. Quest’ultimo, qui, ha un oggetto particolare: non si tratta di un semplice incarico di assistenza stragiudiziale, richiedendosi all’avvocato, piuttosto, che egli fornisca il suo contributo, di conoscenze tecniche e di esperienza professionale, utile alla realizzazione del fine che connota la convenzione.

Gli avvocati delle parti saranno perciò chiamati a svolgere un ruolo attivo e dialogico, il quale implica che ciascuno di essi debba relazionarsi con l’altro e con la parte da questi assistita.

Il fatto che gli avvocati non siano da considerare parte della convenzione, tuttavia, non significa che non debbano rispondere delle proprie condotte contrarie a buona fede o di quelle del proprio assistito che essi abbiano avallato o addirittura consigliato. È il legislatore stesso a stabilire che «è fatto obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute» (art. 9, comma 2). Ma, anche al di là di ciò, si consideri che, per il suo particolare oggetto, l’incarico professionale qui implica che si instauri una situazione di contatto “qualificato” tra l’avvocato di uno dei litiganti e la controparte: la quale ultima sarà legittimata ad attendersi che anche costui si attenga al rispetto del canone di buona fede nello svolgimento del suo compito. Pertanto, l’incarico professionale sembra potersi configurare, nella specie, come un contratto con effetti protettivi verso i terzi, e cioè verso la controparte del soggetto da cui l’incarico stesso proviene, controparte che dunque potrà far valere la responsabilità contrattuale nei propri confronti dell’avvocato che abbia posto in essere condotte contrarie a buona fede⁴⁷.

⁴⁷ È noto come quello del contratto con effetti protettivi verso i terzi (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) sia un concetto elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche in vista di un ampliamento degli obblighi di protezione (codificati con la riforma, come detto, nel § 241, Abs. II, BGB) verso soggetti estranei al rapporto obbligatorio, ma legati ad una parte da relazioni (di parentela, convivenza, lavoro, etc.) idonee a porli a contatto con l’attività dell’altra parte (F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, cit., 226 s.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., 7). I contorni della figura, che ha trovato da noi precisi riconoscimenti anche in sede giurisprudenziale (Cass. 4 gennaio 2010, n. 13; Cass. 29 luglio 2004, n. 14488), sono in realtà piuttosto ampi, andando oltre l’ipotesi, messa in evidenza dai nostri autori (sulla scorta del c.d. *Gasuhrfall*), in cui vi siano terzi «esposti, nell’esecuzione del

Ci si deve a questo punto chiedere se gli avvocati da cui l'assistenza è prestata debbano necessariamente essere almeno due, e cioè uno per ciascuna parte, o se è possibile che le parti della convenzione affidino congiuntamente l'assistenza ad un avvocato soltanto.

Quest'ultima opzione è da ritenere sicuramente ammessa alla luce del testuale riferimento normativo alla possibilità che la negoziazione assistita sia affidata a «uno o più avvocati» (art. 2, comma 1): ciò a maggior ragione se si considera che questa dicitura è il frutto di una modifica intervenuta in sede di conversione del decreto, mentre il dettato normativo originario era differente.

Si aggiunga che, in materia di separazione dei coniugi e di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, la previsione normativa è diversa, essendo stabilito che la negoziazione assistita debba svolgersi con l'intervento di «almeno un avvocato per parte» (art. 6).

Se l'avvocato è uno solo, ciò non vuol dire, peraltro, che la convenzione di negoziazione assistita divenga un contratto trilatero: piuttosto si realizzerà, in questo caso, una situazione di collegamento negoziale i cui termini saranno rappresentati dalla convenzione tra i soggetti in lite e dall'incarico professionale da questi conferito, quale parte soggettivamente complessa, all'avvocato prescelto.

Quel che preme evidenziare, ad ogni modo, è la diversità ontologica della negoziazione affidata ad un solo avvocato rispetto alla negoziazione in cui l'assistenza sia prestata dagli avvocati di ciascuna parte: nel primo caso, e solo in esso, l'avvocato verrà ad assumere un ruolo di indipendenza e imparzialità tale da avvicinarne la figura a quella del mediatore secondo il modello della mediazione in materia civile e commerciale di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 [art. 1, lett. a]).

contratto, ad occasioni di danno alla persona e al patrimonio identiche a quelle delle parti» (F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, cit., 226 s.). È necessario, comunque, che il terzo sia minacciato dal pericolo che una cattiva esecuzione della prestazione si traduca in un danno a suo carico (*Leistungsnähe*) e, ancora, che ciò sia riconoscibile (*erkennbar*) da parte del debitore, giungendosi su queste basi, nella dottrina tedesca, a ricondurre al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* i casi in cui esistano terzi che entrano in contatto con l'attività attuativa dell'obbligo e abbiano ragione di confidare che la prestazione sia eseguita correttamente, come tipicamente accade allorché essa provenga da soggetti, quali sono, ad es., gli avvocati, tenuti al rispetto di particolari doveri professionali (P. SCHLECHTRIE-M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht*, cit., 334 s. e 338 s.).

L'affidamento della negoziazione ad un solo avvocato, infine, resta di fatto escluso nelle controversie con le amministrazioni pubbliche, le quali sono tenute, in virtù di una modifica apportata in sede di conversione del decreto, ad avvalersi della «propria avvocatura, ove presente» (art. 1, comma 1-*bis*).

6. - La forma e il contenuto della convenzione.

La convenzione di negoziazione assistita dev'essere stipulata per iscritto a pena di nullità (art. 2, comma 4).

Si tratta dunque di un negozio solenne. Un negozio il cui contenuto è parzialmente vincolato, giacché le parti dovranno precisare: *a)* il termine, compreso tra uno e tre mesi, per l'espletamento della procedura; *b)* l'oggetto della controversia, «che non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro» (art. 2, comma 2).

Inoltre, la convenzione dev'essere conclusa – come si accennava – con «l'assistenza di uno o più avvocati», i quali «certificano l'autografia delle sottoscrizioni (...) sotto la propria responsabilità professionale» (art. 2, commi 5 e 6).

Al di là del caso in cui difetti la forma scritta, non pare tuttavia che in mancanza degli ulteriori requisiti previsti, formali e contenutistici, possa predicarsi la nullità della convenzione: più semplicemente, questa risulterà inidonea ad integrare il modello procedimentale fissato dalla legge, con la conseguenza che l'accordo che sia in seguito stipulato dalle parti, proprio in quanto intervenuto in esito ad un procedimento viziato, non potrà acquisire il valore di titolo esecutivo che pure gli sarebbe proprio (art. 5, comma 1). In altre parole, esso sarà un accordo valido, stipulato sulla scorta di una convenzione a sua volta valida, ma senza che gli possa essere riconosciuta quell'efficacia di titolo esecutivo che sembra poter discendere soltanto dal corretto espletamento della procedura di negoziazione assistita.⁴⁸

121

⁴⁸ Oltre che titolo esecutivo, l'accordo di composizione della lite, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituirà anche «titolo (...) per l'iscrizione di ipoteca giudiziale» (art. 5, comma 1). Ci si potrebbe chiedere, peraltro, come possa un accordo essere titolo per l'iscrizione di un'ipoteca che il legislatore appunto qualifica come «giudiziale».

Altrettanto è a dire, poi, per l'accordo che sia privo degli specifici suoi requisiti previsti dal legislatore, il quale stabilisce, in particolare, che gli avvocati da cui le parti sono assistite debbano attestare la «conformità (...) alle norme imperative e all'ordine pubblico», oltre a certificare l'autografa delle sottoscrizioni delle parti stesse (art. 5, comma 2).

7. - L'inosservanza dell'impegno assunto dalle parti.

L'inosservanza dell'impegno scaturente dalla convenzione determina il sorgere di una responsabilità, come già osservato, la cui natura non può essere che contrattuale⁴⁹.

Ci si potrebbe chiedere che cosa accada se la violazione del canone di buona fede rimonti ad un comportamento anteriore alla convenzione, come nel caso in cui la sua stipulazione venga sollecitata a fini meramente dilatori e senza che vi sia l'intenzione di condurre una seria trattativa volta ad un possibile componimento amichevole della controversia. Si potrà dire che sussista, qui, una responsabilità *in contrahendo* riferita alla stipulazione della convenzione?

122

La risposta è negativa, perché la lesione dell'interesse a non stipulare una convenzione inutile, in un caso del genere, risulterebbe assorbita dalla lesione dell'interesse all'attuazione dell'impegno assunto con la convenzione stessa⁵⁰.

La natura contrattuale della responsabilità, ad ogni modo, non esclude che il danno risarcibile sia tendenzialmente da determinarsi, pur qui, avuto riguardo al c.d. interesse negativo⁵¹, giacché la convenzione di negoziazione assistita integra la fonte di un rapporto scandito da obblighi secondari fondati sulla buona fede, quale canone cui le parti si impegnano a conformare la propria condotta nel contesto del dialogo allacciato per

⁴⁹ In senso diverso, tuttavia, avuto riguardo ai comportamenti che disattendano l'impegno assunto in base ad una promessa di trattare, G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 64 s. e nt. 89.

⁵⁰ Si veda, in generale, C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 161, secondo cui «il contratto può tutelare un interesse (all'esatto adempimento) che si sostituisce interamente all'interesse anteriormente lesso (all'informazione, alla chiarezza, ecc.)», e senza perciò che la parte possa far valere, in tal caso, «un distinto danno precontrattuale».

⁵¹ A proposito del danno *in contrahendo*, C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit.; in giurisprudenza, Cass. 10 ottobre 2003, n. 15172.

addivenire, possibilmente, ad un componimento amichevole della controversia⁵². Come in precedenza è stato osservato, tuttavia, sembra di poter dire che il rapporto scaturente dalla convenzione non si esaurisca nella necessità che le parti si astengano dal porre in essere comportamenti scorretti, esso richiedendo invece che ciascuna impieghi, prima ancora, uno sforzo indirizzato, secondo diligenza, a una positiva conclusione della trattativa. In mancanza di che sarà predicabile la sussistenza di una responsabilità raccordata alla lesione dell’interesse al ricevimento di una prestazione che la parte rimasta, ad es., del tutto inerte e passiva non potrà dirsi avere eseguito.

Al di là di questa ipotesi e quando venga perciò lamentata, propriamente, l’altrui scorrettezza, il risarcimento, se il contesto è quello di una procedura che non abbia sortito alcun risultato utile, sarà in linea di massima limitato all’ammontare delle spese sostenute per la stipulazione della convenzione e per le attività successive⁵³.

Qualora le parti siano approdate, invece, a una composizione amichevole mediante il perfezionamento di un atto con funzione transattiva, ma in una situazione in cui l’una sia stata indotta in errore dall’altra per effetto della violazione di un obbligo informativo fondato sulla buona fede, ciò comporterà pur sempre che la vittima dell’errore, salvo poter domandare, se ne sussistono i presupposti, l’annullamento dell’atto, acquisti il diritto al risarcimento del danno in misura corrispondente all’interesse negativo⁵⁴, così come avviene nel caso della responsabilità precontrattuale⁵⁵.

123

⁵² Per la commisurazione del risarcimento all’interesse negativo nei casi di responsabilità per violazione degli obblighi scaturenti da un accordo diretto a disciplinare le trattative precontrattuali, G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 25 ss. Diversamente, F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 73 ss. ed ivi 92.

⁵³ Non è infatti configurabile un lucro cessante, qui, in relazione ad ipotetiche occasioni trascurate a causa della trattativa non andata a buon fine (sulla nozione di interesse negativo e sulla suddivisione del danno risarcibile, anche in questo ambito, nelle distinte voci del danno emergente e del lucro cessante, G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 69 ss.).

⁵⁴ Qui inteso come l’interesse della parte che abbia subito la violazione «a non cadere o a non essere indotta in errore»: G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 196.

⁵⁵ Si veda ancora G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., 198 e 220 ss., il quale peraltro sottolinea come sia alquanto controversa, nella nostra dottrina, la questione se, in caso di mantenimento del contratto, possa ancora parlarsi di una tutela

8. - La negoziazione assistita come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La negoziazione assistita è elevata a condizione di procedibilità per chi voglia esercitare un'azione giudiziale di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti o proporre una domanda «di pagamento a qualsiasi titolo» di somme non eccedenti 50 mila euro, purché fuori dei casi previsti dall'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28 del 2010.

È così stabilita, quanto a tali ultime domande di condanna, una clausola di prevalenza della mediazione in materia civile e commerciale rispetto alla procedura di negoziazione assistita⁵⁶.

La condizione di procedibilità non opera, tuttavia, quando si tratti di «controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori» (art. 3, comma 1).

Questa esclusione, benché legata all'esigenza di non contravvenire alle previsioni della direttiva 2013/11/UE⁵⁷, mette in luce un'ambiguità di fondo del nuovo istituto: o la negoziazione assistita, infatti, costituisce uno strumento ritenuto utile ad una più solerte definizione delle controversie, ma essa dovrebbe allora poter funzionare come condizione di procedibilità, nei casi stabiliti, anche rispetto alle pretese azionate dai consumatori; o la si deve intendere concepita dal legislatore in pura chiave deflattiva⁵⁸, con sacrificio (sia pure temporaneo) dei soggetti a cui è imposta la condizione di procedibilità, un sacrificio però difficile da giustificare, al di là di ogni considerazione relativa al suo essere conforme ai principi costituzionali⁵⁹.

Quando la negoziazione assistita, comunque, costituisce condizione di procedibilità, l'onere a carico della parte che intenda avviare il giudizio è

riferibile all'interesse negativo. Sul punto, infatti, M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino, 1995, 173 ss.

⁵⁶ F. VALERINI, *Il decreto sulla giustizia civile è legge*, in *Dirittoegiustizia.it*.

⁵⁷ Essa concerne, com'è noto, la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, stabilendo che le parti debbano avere «accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale» e che la procedura stessa debba essere «gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori» (art. 8).

⁵⁸ Le stime ministeriali dicono di una prevista riduzione in entrata del flusso delle cause in ragione di circa 60.000 l'anno.

⁵⁹ Sul punto, M. VACCARI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, cit.

assolto mediante la formulazione di un invito a stipulare la convenzione, invito cui essa deve procedere «tramite il suo avvocato».

Una volta che sia stato formulato questo invito, la condizione di procedibilità «si considera avverata» nel caso in cui: *a)* l’invito non sia seguito da adesione o sia seguito da rifiuto entro trenta giorni; *b)* sia inutilmente trascorso il termine (da uno a tre mesi, ma prorogabile di ulteriori trenta giorni) previsto dalla convenzione (art. 2, comma 2).

La condizione di procedibilità peraltro non opera per una serie di procedimenti come quelli per ingiunzione (inclusa l’opposizione), di consulenza tecnica preventiva, in camera di consiglio (e altri) (art. 3, comma 3).

9. - L’invito a stipulare la convenzione e i suoi effetti sul decorso del termine prescrizionale.

L’invito a stipulare la convenzione costituisce un atto dell’avvocato, essendo rimesso a lui di formularlo: esso deve tuttavia recare anche la firma della parte, firma di cui l’avvocato dovrà certificare l’autografia (art. 4, comma 2).

La mancata accettazione dell’invito, quando la negoziazione assistita è condizione di procedibilità, farà sì che, come detto, la condizione sia da considerare «avverata» (art. 3, comma 2).

Invece, su un piano generale e anche al di là dei casi in cui la negoziazione assistita funziona da condizione di procedibilità della domanda, la mancata accettazione dell’invito potrà essere valutata dal giudice ai fini della condanna alle spese e al risarcimento da responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*, nonché ai fini della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo *ex art. 642, comma 1, c.p.c.* (art. 4, comma 1).

L’avvertimento che queste potranno essere le conseguenze della mancata accettazione (ovverosia, più precisamente, della «mancata risposta» o del «rifiuto») costituisce un elemento contenutistico dell’invito che è imposto *ex lege*.

Bisogna ancora aggiungere che dal momento della sua comunicazione «si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale» (art. 8). La proposizione di una domanda giudiziale, naturalmente, interrompe il decorso della prescrizione (art. 2943 c.c.), e tale sarà dunque anche l’effetto della comunicazione dell’invito.

Ciò significa, peraltro, che la prescrizione potrà essere interrotta stragiudizialmente anche rispetto a quei diritti che, per loro natura, non potrebbero essere conservati attraverso un semplice atto di costituzione in mora, com’è il caso dei diritti potestativi c.d. ad attuazione giudiziale, e cioè dei diritti posti al servizio di interessi che si realizzano solo per il tramite di una sentenza costitutiva (diritto all’annullamento del contratto viziato, alla riduzione di una liberalità lesiva della legittima, alla stipulazione del definitivo, *etc.*)⁶⁰.

10. - Giorgio De Nova e la negoziazione assistita.

Questo saggio, come il lettore ha potuto constatare, è dedicato a Giorgio De Nova.

Ci si potrà tuttavia chiedere, giunti a questo punto, che cosa la sua figura di studioso abbia a che fare con la convenzione di negoziazione assistita. Essa sembra quasi l’antitesi del fenomeno che De Nova, nei suoi lavori, ha individuato con l’espressione “contratto alieno”⁶¹. Esistono contratti, diffusi nella prassi che connota, nel nostro Paese, le operazioni economiche di più rilevante entità, i quali, pur sottoposti alla disciplina della legge italiana in virtù, spesse volte, di un’apposita clausola, sono pensati e redatti sulla scorta di modelli di riferimento appartenenti all’esperienza anglosassone, anziché alla nostra⁶². Questi contratti risultano contrassegnati dalla presenza di clausole molte delle quali, proprio perché attinte da modelli sviluppatisi in un ambiente non solo giuridico, ma anche economico, diverso dal nostro, risultano di difficile decifrazione e inquadramento dal punto di vista del diritto italiano. Ma, soprattutto, i contratti in questione, per quel che qui interessa, si mostrano caratterizzati da una tendenziale autosufficienza, il loro contenuto traducendosi, di regola, in un reticolato di clausole tanto fitte e dettagliate da ridurre la legge appli-

⁶⁰ Cfr., con specifico riguardo all’azione di risoluzione, Cass. 3 dicembre 2003, n. 18477, secondo cui il relativo termine prescrizionale «non può essere interrotto con un atto stragiudiziale di costituzione in mora ai sensi dell’art. 2943, comma 4, c.c., in quanto quest’ultima norma è applicabile ai diritti di credito, non anche ai diritti potestativi, qual è quello esercitato con la succitata azione, rispetto al quale sussiste una situazione di mera soggezione, non già un obbligo, del controinteressato».

⁶¹ Si veda, da ultimo, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, 2^a ed., Torino, 2010.

⁶² G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 2 e 49.

cabile al contratto ad un ruolo, almeno nelle intenzioni, subalterno e del tutto residuale rispetto alla disciplina dettata dalle parti⁶³.

È l'esatto opposto di quanto è dato constatare a proposito della convenzione di negoziazione assistita, in quanto contratto che, salvo la positiva definizione dei loro reciproci impegni cui le parti abbiano provveduto, si presenta vuoto di un concreto contenuto precettivo, attesa la genericità dell'obbligo, che da esso discende, di cooperare secondo correttezza per addivenire ad un componimento amichevole della lite in corso⁶⁴.

Non è questo un dato, tuttavia, capace per se stesso di rendere estranea la negoziazione assistita agli interessi coltivati nei lavori di De Nova. Ciò che segna una distanza, se non ci si inganna, tra i percorsi seguiti nei suoi studi e la nuova figura oggetto d'esame in queste pagine è piuttosto il fatto che egli abbia sempre mostrato di intendere il diritto come un'esperienza saldamente fondata sulla pratica e sulle esigenze che essa porta ad emergere.

La negoziazione assistita non sembra poter ambire, da questo punto di vista, ad occupare alcun posto di rilievo. Essa sarà bensì utilizzata, perché ciò vuole il legislatore, avendola elevata a condizione di procedibilità della domanda giudiziale in una serie di casi: ma sovente il suo impiego, come sembra facile prevedere, assumerà le connotazioni di un vuoto ossequio al comando legislativo, senza alcuna pratica utilità.

La dedica intende dunque segnare, qui, una contrapposizione tra un diritto pensato a tavolino e calato in istituti astrusi, di difficoltosa applicazione (benché coniati su modelli stranieri e interessanti dal punto di vista teoretico, com'è il caso della negoziazione assistita), e un diritto che invece scaturisce dal basso, diciamo così, alimentandosi dalla prassi delle operazioni economiche. È soprattutto nello studio di questo secondo fenomeno che Giorgio De Nova ha compiuto la sua opera di Maestro.

⁶³ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 2 s. e 44: «il contratto di derivazione anglosassone non è fatto per essere integrato da norme dispositive. È fatto per essere autosufficiente, per essere completo».

⁶⁴ Cfr. G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, cit., 32, il quale annota che «una clausola generale non concretizzata da applicazioni puntuali è vuota».