

Mediazione e Negoziazione assistita: rapporti tra i due istituti

Scritto da Administrator

Mercoledì 25 Febbraio 2015 08:33 - Ultimo aggiornamento Mercoledì 25 Febbraio 2015 08:37

Mediazione e Negoziazione assistita: rapporti tra i due istituti

Articolo 03.02.2015 ([Roberto Visciola](#))

Sommario: 1. La necessaria convivenza tra negoziazione assistita e mediazione; 2. Coordinamento tra i due istituti, laddove obbligatori; 3. L'uso facoltativo dei due istituti; 4. Conclusioni

Mediazione e negoziazione assistita rientrano entrambi nell'ambito dei sistemi di ADR (**Alternative Dispute Resolution**

), con finalità deflattiva del sistema giudiziario. Si tratta di due istituti che mirano a risolvere le controversie mediante un accordo di natura privatistica tra le parti in lite; due strumenti che non sono da considerarsi alternativi l'uno all'altro, bensì destinati a convivere e, talvolta, ad operare nell'ambito della medesima controversia.

Nel momento in cui, con [decreto legge 12 settembre 2014, n. 132](#) (convertito, con modifiche, dalla [L. 162/2014](#)), è stata introdotta la negoziazione assistita, buona parte della classe forense, da tempo avversa all'istituto della mediazione, ha cantato vittoria, individuando nell'introduzione della negoziazione assistita

l'automatica scomparsa

della mediazione obbligatoria.

Si ricordi che l'Avvocatura già tentò di procedere alla eliminazione della mediazione obbligatoria impugnando il [d.lgs. n. 28/2010](#) dinanzi alla Corte Costituzionale, che ne dichiarò con [sentenza n. 272/2012](#)

l'illegittimità costituzionale, ma per mero eccesso di delega, sulla base del fatto che nella legge delega non era stata prevista la possibilità di introdurre una forma obbligatoria di mediazione.

La vittoria dell'Avvocatura ebbe, tuttavia, vita breve, dal momento che il legislatore decise, di lì a poco, di intervenire nuovamente con il c.d. "decreto del fare" ([D.L. 69/2013](#) , convertito con

L. 98/2013

) al fine di ripristinarne l'obbligatorietà, correggendo il vizio formale riscontrato dalla Corte.

Orbene, anche stavolta, con la negoziazione assistita, le attese di gran parte dell'Avvocatura in merito all'eliminazione della mediazione obbligatoria sono destinate, come vedremo, a rimanere vane.

1. La necessaria convivenza tra negoziazione assistita e mediazione

L'introduzione della negoziazione assistita con [d.L. 132/2014](#) **non elimina in alcun modo la mediazione obbligatoria**, ponendo al più un problema di coordinamento tra i due istituti.

Non era, infatti, intenzione del legislatore quella di sostituire uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie con un altro – e, del resto, non risultano esservi nel decreto legge disposizioni normative che possano lasciare intendere quanto sopra –, bensì era quella di offrire agli operatori di giustizia un ulteriore strumento col quale cercare di risolvere le controversie al di fuori delle aule giudiziarie.

La **differenza tra i due istituti**, fondamentalmente, risiede proprio nella presenza di un soggetto esterno, terzo, estraneo alla vicenda ed imparziale, qual è il mediatore, che è chiamato ad agevolare il dialogo tra le parti, ripristinandone la comunicazione e facilitando il raggiungimento di un accordo. A tal fine sono previste anche sessioni separate (con incontro tra il mediatore e solo una delle parti in lite) che, ovviamente, non possono aversi all'interno della negoziazione assistita.

Non è detto, dunque, che al fallimento della negoziazione assistita debba seguire automaticamente il fallimento della mediazione, proprio in quanto in quest'ultima vi è la presenza aggiuntiva di un soggetto esterno alla vicenda – ovvero il mediatore – che in certi casi può fare la differenza.

Ecco spiegato come, nell'ottica del legislatore, i **due istituti sono destinati a convivere**, in quanto, se è vero che il risultato finale può essere il medesimo (un accordo avente natura negoziale), diversa è la modalità seguita per raggiungerlo.

2. Coordinamento tra i due istituti, laddove obbligatori

Preme segnalare come non sussistano pericoli di sovrapposizione (obbligatoria) tra i due istituti, dal momento che l'art. 3, commi 1 e 5, del [d.L. 132/2014](#), come convertito dalla [L. 162/2014](#), fa salve le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati e, in particolare, le previsioni di cui all'art. 5, comma 1-bis, del [d.lgs. n. 28/2010](#), ossia quelle collegate a materie per le quali debba obbligatoriamente esperirsi il procedimento di mediazione.

La negoziazione assistita, infatti, risulta obbligatoria nei casi in cui si voglia esercitare in giudizio un'azione in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e nei casi in cui si intenda proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori a € 50.000, **fatta eccezione per le controversie nelle quali è prevista la mediazione obbligatoria (ovvero quelle in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari).**

Le parti in lite non si trovano, dunque, nella condizione di dover necessariamente esperire i due procedimenti di ADR prima di poter procedere con la domanda giudiziale.

Occorre, in ogni caso, sottolineare che, nelle materie in cui è prevista la mediazione obbligatoria ben possono le parti scegliere preliminarmente di avvalersi della negoziazione assistita, con la precisazione che, in tal caso, laddove la tentata negoziazione fallisse, le parti sarebbero comunque costrette a esperire il previo tentativo (obbligatorio) di mediazione prima di poter procedere in sede giudiziaria, dal momento che non potrà altrimenti dirsi avverata la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1 bis, del [d.lgs. n. 28/2010](#)

3. L'uso facoltativo dei due istituti

Mediazione e negoziazione assistita risultano di particolare interesse per gli operatori di giustizia specie per i loro profili di obbligatorietà, dal momento che solo il previo esperimento di un tentativo di mediazione o di negoziazione assistita può consentire di procedere in sede giudiziaria, laddove la conciliazione fallisca.

Detti strumenti alternativi di risoluzione delle controversie risultano, peraltro, utilizzabili anche **in via facoltativa**

dalle parti, sulla base di una loro libera scelta e/o dietro consiglio del loro legale, tenuto ad informarle di tale possibilità.

Ben potrà accadere che ad una mediazione fallita segua un tentativo di negoziazione assistita o, viceversa – e con maggiori probabilità di successo – ad una negoziazione fallita le parti decidano di avvalersi del procedimento di mediazione, stante l'aggiuntiva figura del mediatore, soggetto terzo ed imparziale, che opera quale facilitatore della comunicazione tra le parti in lite.

Spetta sicuramente all'abilità degli avvocati difensori capire se sussista o meno l'**opportunità** di avvalersi di detti istituti, laddove non siano previsti quali obbligatori, in particolare per quanto attiene alla mediazione, dati i costi aggiuntivi di detta procedura.

Ed è forse proprio nei casi in cui le parti decidono liberamente di avvalersi di detti strumenti che questi possono risultare realmente vincenti, proprio perché voluti e cercati dalle parti, e non imposti da specifiche disposizioni legislative. Del resto, la previsione, in certi ambiti, della loro obbligatorietà andrebbe intesa quale soluzione legislativa meramente temporanea, dettata dalla necessità di far conoscere detti strumenti agli operatori di giustizia, ancora oggi troppo legati ad una (risalente) cultura del conflitto, affinché possa diffondersi – in un'ottica deflattiva del contenzioso giudiziario – la (nuova) cultura della mediazione e della negoziazione.

C'è da sperare – ai fini di una buona riuscita di detti istituti – che, da un lato, nei casi di negoziazione assistita, le parti siano assistite da legali realmente intenzionati a raggiungere un accordo negoziale della controversia e che, dall'altro, nei casi di mediazione, le parti abbiano la fortuna di trovare un mediatore che sia davvero capace ed abile nel ripristinare il dialogo tra di esse, facilitando il raggiungimento di un accordo.

4. Conclusioni

a) Mediazione e negoziazione, entrambi facenti parte dei sistemi di ADR, non sono strumenti alternativi l'uno all'altro, ben potendo convivere all'interno di una medesima controversia;

b) Possono essere facoltativamente utilizzati dalle parti per risolvere la controversia insorta;

c) Vi sono situazioni tassativamente individuate nelle quali sono previsti quali condizioni di procedibilità della domanda giudiziale;

d) Non vi è pericolo di sovrapposizione, stante l'espressa previsione di cui all'art. 3, comma 1, del [d.L. 132/2014](#) ;

e) Nelle materie in cui la mediazione è prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale le parti ben possono esperire preliminarmente un tentativo di negoziazione assistita;

f) Il previo esperimento (facoltativo) di una negoziazione assistita non fa venir meno l'obbligatorietà della mediazione, nei casi in cui essa è prevista come tale, non potendosi dirsi avverata la condizione di procedibilità della domanda giudiziale.