

A cura dell' Avv. Giovanna Pia Danieli e della Dott.ssa Viviana De Paola con la supervisione del Prof. Paolo Salvatore Nicosia

## LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE ITALIANA ED EUROPEA, DALLA PROSPETTIVA DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE PRIVATA

Il legislatore italiano ha emanato il D. Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, in ottemperanza alla delega ricevuta con la L. 69/2009, che ha introdotto nel nostro sistema, il procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione per tutte le controversie civili e commerciali relative a diritti disponibili, con riferimento anche alla Direttiva europea n.52/2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. L'art. 3 della direttiva definisce la mediazione come *"un procedimento strutturato (omissis) dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato"*. La ratio sta nell'intenzione di fornire una risoluzione extragiudiziale, conveniente e rapida, delle controversie su indicate attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti con la ferma convinzione che gli accordi, risultanti dalla mediazione, abbiano maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservino più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.

In effetti la stessa direttiva, forse riconoscendo che gli accordi non sempre vengono volontariamente rispettati, incentiva la possibilità di omologare l'esito di una mediazione, facendolo diventare titolo esecutivo attraverso un procedimento di verifica e ratifica da parte del giudice nazionale (art.6 Dir. 52/2008). Anche il D. Lgs. 28/2010, nel rispetto dei principi e criteri direttivi della legge delega, stabilisce all'articolo 12, che *il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo e costituisce*

*titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.*

L'art. 1, lettera a), del D.Lgs. 28/10 statuisce che *"mediazione è l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*, mentre la conciliazione (lett. c) è la *"composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione"*. Quindi l'elemento in più, rispetto alla normativa europea, è dato dalla possibilità di formulare una proposta risolutiva da parte del mediatore, che diventa obbligo per lo stesso in caso di richiesta congiunta delle parti. Prima della formulazione della proposta, il mediatore dovrà informare le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13 del D. Lgs. 28/2010, ovvero nel caso in cui la proposta non venga accettata da una delle parti e questa risulti corrispondente alla sentenza emessa dal Giudice, la parte che ha vinto, ma che ha rifiutato la proposta, sarà condannata al rimborso delle spese sostenute dal soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 c.p.c. per condanna alle spese per singoli atti e responsabilità aggravata.

Questo aspetto della proposta ultimativa, con le conseguenze in caso di mancata accettazione ai fini della spese del successivo giudizio, lascia perplessi anche perché condiziona l'esercizio della libera autonomia negoziale, che pure è alla base della normativa europea e di quella italiana, che focalizzano l'attenzione sull'autonomia delle parti affinché esse stesse raggiungano accordi e li rispettino secondo la buona volontà, senza pregiudicare il diritto di accesso al sistema giudiziario: le parti sono le vere protagoniste della mediazione, che come abbiamo detto è una negoziazione assistita da un terzo. D'altronde il nostro codice civile tutela la volontà delle parti dando rilievo al principio dell'autonomia contrattuale ovvero la possibilità per le parti, anche attraverso contratti atipici, di regolare liberamente i propri interessi, provvedendo esse stesse alla costituzione, modifica ed estinzione di rapporti giuridici a contenuto patrimoniale. Difatti ai sensi dell'art. 1322 C.C. *"le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge, esse possono pure concludere contratti che non*

*appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".* Quindi ciascun cittadino può, con un proprio atto di volontà, obbligarsi mediante il contratto nei confronti di un altro, stabilendo le regole che meglio si adattano alla loro situazione e il contratto non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. E lo spirito della mediazione, finalizzata alla conciliazione in controversie relative a diritti disponibili, non potrebbe che essere lo stesso della contrattazione frutto dell'autonomia privata.

La parola *autonomia* deriva dal greco *autos e nomos* e significa legge che i singoli si danno da sé e che una volta accettata va rispettata. L'autonomia privata, seppur limitata dalla legge, ci chiarisce il concetto di negoziazione, che consiste nell'averne un'interazione con un altro soggetto, con lo scopo di raggiungere un [accordo](#) in merito a qualcosa, al fine di determinare il soddisfacimento dei propri obiettivi attraverso il soddisfacimento di quelli dell'altro. Lo stesso spirito dovrebbe essere presente nella negoziazione di una controversia, laddove le parti tentino di tutelare i propri interessi minacciati o insoddisfatti, evitando il ricorso al giudizio o all'arbitrato, ma cercando una composizione amichevole che soddisfi e tuteli gli interessi di entrambi, sempre basandosi sull'autonomia negoziale privata. Se le parti non riescono a negoziare gli esiti di una loro controversia da sole, può entrare in gioco la figura del mediatore, che le facilita a svolgere il procedimento che le parti non riescono a svolgere, ma sempre sulla base della medesima autonomia negoziale.

Il mediatore viene definito dall'art. 3 lett. b) della Direttiva 52/2008 come *"qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione"* e dall'art. 1 lett. b) del D.Lgs. 28/10 *"la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo"*.

Il mediatore, grazie alle tecniche di mediazione utilizzate durante gli incontri con le parti sia congiuntamente che separatamente, aiuta a ripristinare il dialogo interrotto facendo

emergere i reali interessi e bisogni delle parti e che le stesse, nella confusione del conflitto, non riescono a manifestare per le posizioni mantenute.

Il mediatore, dunque, è come un sarto che cuce i vari pezzi di stoffa rappresentati dagli interessi sottesi e/o da quelli che non erano stati presi in considerazione, allarga la torta negoziale ed orienta i litiganti al raggiungimento degli accordi. Il mediatore non svolge il ruolo di giudice né quello di un arbitro, ma è comunque terzo, neutrale ed imparziale, mantiene la riservatezza su quanto gli viene comunicato dalle parti, sia esternamente (in quanto non può essere chiamato a testimoniare), sia internamente, tra gli incontri singoli (in quanto non comunica niente ad una parte senza la preventiva autorizzazione dell'altra). La pratica della mediazione, ovvero la competenza di aiutare gli altri nella gestione dei loro conflitti, ha lo scopo di aiutare la parti ad uscire da situazioni di *impasse*, effettuando un graduale passaggio da uno stato di confusione e di insoddisfazione, originato o alimentato dal conflitto, ad una condizione di nuovo equilibrio. E' necessario focalizzare l'attenzione sul problema e non sulla persona al fine di raggiungere un risultato sulla base della vittoria di entrambi, quello che nel mondo anglosassone è definito win/win, esito attraverso il quale entrambe le parti escono dalla mediazione soddisfatte. E questo, oltre essere il migliore risultato al quale la procedura tende, è anche la migliore garanzia di spontanea esecuzione del contratto di conciliazione, anche a prescindere dalla omologazione, perché il miglior accordo è quello raggiunto, sottoscritto e rispettato dalle parti, perché conviene ad entrambe.

---

Fonti: Nicosia P.S. e Ruggiero A., Manuale del conciliatore, Tecniche di Risoluzione extragiudiziale delle controversie, Ed. Etas, 2000; Nicosia P.S., La tutela Extragiudiziale degli interessi, Negoziazione conciliazione, mediazione, arbitrato per tutelare i propri interessi sul fondamento dell'autonomia privata, La Tribuna, 2002; Nicosia P.S., Marinelli D. Bruni A., Mediazione e conciliazione, ambiti applicativi e modalità di svolgimento di una nuova professione, Ed. Univ. Plus Pisa 2004; Loredio. C. Il processo di mediazione relazionale nell'interfaccia tra conflitto e negoziato: come ristabilire gli equilibri compromessi nelle relazioni umane, Manuale di mediazione familiare di Bogliolo C. e Bacherini A.M., Franco Angeli 1249.1.20; [www.adr-concilmed.it](http://www.adr-concilmed.it) ; [www.adrequitas.it](http://www.adrequitas.it) ; [www.mo.camcom.it](http://www.mo.camcom.it) ; [www.paolonicosia.it](http://www.paolonicosia.it) ; [www.overlex.com](http://www.overlex.com) ; [www.anpar.it](http://www.anpar.it) ; [www.knos.it](http://www.knos.it); [www.altalex.com](http://www.altalex.com); [www.consulenza-legale.info](http://www.consulenza-legale.info); Direttiva CE 52/08; L. 69/09; D.Lgs. 28/10; [http://impresa-stato.mi.camcom.it/im\\_34/delre.htm](http://impresa-stato.mi.camcom.it/im_34/delre.htm).