

> a cura di **Marcella Caradonna** > **Claudia Mezzabotta** > **Patrizia Riva**

La mediazione civile

prefazione di **Alessandro Solidoro**

> a cura di Marcella Caradonna > Claudia Mezzabotta > Patrizia Riva

La mediazione civile

*A chi crede nella mediazione
come strumento di risoluzione*

prefazione di Alessandro Solidoro

Indice

Editor: Elena Besozzi Jussi
Copertina: mStudio, Milano
Impaginazione: ABCompos, Rozzano (MI)

Copyright © 2011 EGEA S.p.A.
Via Salasco, 5 - 20136 Milano
Tel. 02-5836.5751 - Fax 02-5836.5753
egea.edizioni@unibocconi.it - www.egeaonline.it

Tutti i diritti sono riservati, compresi la traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione, la comunicazione al pubblico e la messa a disposizione con qualsiasi mezzo e/o su qualunque supporto (ivi compresi i microfilm, i film, le fotocopie, i supporti elettronici o digitali), nonché la memorizzazione elettronica e qualsiasi sistema di immagazzinamento e recupero di informazioni.

Per altre informazioni o richieste di riproduzione si veda il sito www.egeaonline.it/fotocopie.htm

Date le caratteristiche di Internet, l'Editore non è responsabile per eventuali variazioni di indirizzi e contenuti dei siti Internet menzionati.

Prima edizione: giugno 2011

ISBN 978-88-238-3318-0

Stampa: lalitotipo, Settimo M.se (MI)

Questo volume è stato stampato con inchiostri vegetali su carta approvata dal Forest Stewardship Council, non ottenuta dalla distruzione di foreste primarie.

Prefazione

di *Alessandro Solidoro*

Pag. XIII

Introduzione

di *Marcella Caradonna, Claudia Mezzabotta, Patrizia Riva*

» XVII

Parte prima

ASPETTI GENERALI E RIFERIMENTI NORMATIVI

a cura di *Claudia Mezzabotta*

1	Che cos'è la mediazione civile	»	3
1.1	I metodi ADR per la risoluzione dei conflitti di <i>Patrizia Riva</i>	»	4
1.1.1	Le origini del fenomeno	»	4
1.1.2	Il quadro di riferimento e i recenti sviluppi nel contesto italiano	»	7
1.1.3	Gli strumenti ADR (Alternative Dispute Resolution)	»	11
1.2	Mediazione e conciliazione di <i>Sara Bertoni</i>	»	17
1.3	Mediazione e arbitrato a confronto di <i>Paola Gherarducci</i>	»	21
1.4	Le altre forme di mediazione di <i>Paola Gherarducci</i>	»	26
2	L'assetto normativo attuale	»	33
2.1	La normativa comunitaria di <i>Andrea Silla</i>	»	34
2.1.1	Primi passi comunitari verso la mediazione	»	34
2.1.2	Il regolamento 11 luglio 2007, n. 861, c.d. small claims procedure	»	39

2.1.3	La direttiva 2008/52/CE: il definitivo riconoscimento da parte dell'Unione Europea dell'istituto della mediazione	» 40
2.2	Le norme nazionali e la loro evoluzione di <i>Andrea Silla</i>	» 43
2.2.1	La conciliazione giudiziale	» 44
2.2.2	La conciliazione amministrata	» 46
2.2.3	La riforma del diritto societario	» 49
2.3	La riforma introdotta dall'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 di <i>Felice Ruscetta</i>	» 50
2.4	Il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 di <i>Felice Ruscetta</i>	» 51
2.5	Il regolamento attuativo di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 di <i>Patrizia Riva</i>	» 59
2.5.1	Registro degli organismi	» 59
2.5.2	Istituzione dell'elenco degli enti di formazione presso il Ministero della Giustizia	» 61
2.5.3	Procedimento di iscrizione nell'elenco degli organismi accreditati	» 61
2.5.4	Il regolamento di procedura	» 62
2.5.5	Obblighi degli organismi iscritti	» 64
2.5.6	Criteri e modalità di iscrizione degli enti di formazione all'elenco	» 64
2.5.7	Disciplina transitoria	» 66
2.5.8	Ammontare minimo e massimo e criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi	» 66
3	I requisiti per l'accesso ai registri degli enti formatori, del personale docente e dei mediatori civili di <i>Claudia Mezzabotta</i>	» 69
3.1	I requisiti per gli enti formatori e per il personale docente	» 70
3.2	I requisiti per i mediatori civili	» 76
4	La mediazione nei contratti commerciali e in ambito societario di <i>Alessandro Augusto</i>	» 81
4.1	La mediazione nei contratti commerciali	» 82
4.2	La mediazione in ambito societario	» 87
5	La mediazione nelle consulenze tecniche d'ufficio di <i>Maria Rita Astorina</i>	» 93
5.1	Introduzione	» 94
5.2	L'art. 198 c.p.c.	» 95
5.3	L'art. 696-bis c.p.c.: natura e obiettivi	» 97
5.4	L'art. 696-bis c.p.c.: l'attività del consulente	» 98
5.5	Il consulente tecnico d'ufficio e la conciliazione	» 100

6	Il rapporto tra la mediazione civile e i successivi gradi di giudizio di <i>Claudia Mezzabotta</i>	» 103
6.1	Considerazioni introduttive	» 104
6.2	La mediazione non amministrata e i rapporti con il procedimento civile	» 105
6.3	I riflessi processuali della mediazione amministrata	» 106
6.4	La mediazione concordata	» 109
6.5	La mediazione demandata dal giudice	» 110
6.6	Durata della mediazione amministrata e riflessi sulla durata del processo	» 112
6.7	Segreto professionale del mediatore e inutilizzabilità nel processo	» 113
6.8	Il mancato raggiungimento dell'accordo in mediazione e le conseguenze sul processo	» 113
7	Le agevolazioni fiscali per chi si avvale della mediazione civile di <i>Pietro Richiusa</i>	» 117
7.1	Premessa	» 118
7.2	Le agevolazioni fiscali previste	» 118

Parte seconda

FONDAMENTI DI MEDIAZIONE

a cura di *Marcella Caradonna* e *Patrizia Riva*

8	L'interpretazione del conflitto nella mediazione di <i>Marcella Caradonna</i>	» 133
8.1	Premessa: dalla controversia al conflitto	» 134
8.1.1	Definizione di controversia	» 134
8.1.1	Definizione di conflitto	» 135
8.2	Le caratteristiche del conflitto	» 137
8.2.1	L'origine del conflitto	» 137
8.2.2	Il «DNA» del conflitto nelle sue componenti strutturali	» 139
8.2.3	L'elemento pretestuale	» 139
8.2.4	L'oggetto del conflitto	» 139
8.2.5	La posizione delle parti	» 140
8.2.6	I bisogni coinvolti	» 141
8.2.7	Gli interessi coinvolti	» 144
8.2.8	Le emozioni relazionali	» 146
8.3	Le dinamiche evolutive	» 149
8.4	La reazione dei soggetti in lite (gli stili di gestione)	» 152

8.5	Il mediatore e il conflitto di <i>Claudia Mezzabotta</i>	» 155
9	Le strategie di negoziazione	
	di <i>Patrizia Riva</i>	» 161
9.1	Premessa	» 162
9.2	La negoziazione quale elemento portante di una nuova «cultura» o «abitudine etica ereditaria»	» 162
9.3	Le logiche di negoziazione	» 165
9.3.1	Negoziazione sulla posizione o negoziazione distributiva	» 168
9.3.2	Negoziazione sugli interessi o negoziazione cooperativa	» 170
9.4	Le fasi della mediazione	» 173
9.4.1	Fase pre-negoziale	» 174
9.4.2	Fase esplorativa e negoziale in senso proprio	» 177
9.4.3	Fase dell'accordo	» 183
9.4.4	Fase post-negoziale	» 184
9.5	La tecnica del BATNA e del WATNA quale modalità per misurare il potere contrattuale delle parti	» 185
Parte terza		
LE TECNICHE DI MEDIAZIONE		
a cura di <i>Marcella Caradonna</i>		
10	Gli strumenti del mediatore	» 189
10.1	Counseling, mediazione e comunicazione efficace di <i>Carlo Fragomeni</i>	» 190
10.2	Empatia e ascolto attivo di <i>Carlo Fragomeni</i>	» 197
10.3	La gestione delle emozioni di <i>Carlo Fragomeni</i>	» 201
10.4	La formulazione delle domande di <i>Marcello Guadalupi</i>	» 206
10.5	La parafrasi, il riassunto e la riformulazione di <i>Marcello Guadalupi</i>	» 209
10.5.1	La parafrasi	» 209
10.5.2	Il riassunto	» 211
10.5.3	La riformulazione	» 211
10.6	Lo sviluppo della creatività in mediazione di <i>Marcello Guadalupi</i>	» 212
11	Gli ostacoli alla mediazione	
	di <i>Riccardo Bauer</i>	» 215
11.1	Premessa	» 216
11.2	Lo squilibrio negoziale	» 217

11.3	Quando la mediazione subisce un'impasse	» 219
11.4	Un caso di impasse superata	» 221
11.4.1	Obiettivo del mediatore	» 221
11.4.2	Il caso	» 221

Parte quarta**IL PERCORSO DI MEDIAZIONE**a cura di *Patrizia Riva***12 Codici etici, deontologici e regolamenti degli organismi di mediazione**

	di <i>Marcella Caradonna</i>	» 231
12.1	Codice etico	» 233
12.2	Norme deontologiche	» 233
12.3	Il regolamento	» 234
12.3.1	Vincoli in tema di riservatezza	» 234
12.3.2	Vincoli nella realizzazione di procedure telematiche	» 235
12.3.3	Vincoli nei contatti del mediatore con le parti	» 235
12.3.4	Obbligo di chiedere alle parti la sottoscrizione di una scheda di valutazione del servizio	» 235
12.3.5	Vincoli su alcune previsioni che il regolamento deve necessariamente contenere	» 236
12.3.6	Opzioni operative prevedibili nel regolamento	» 236

13 Fase preparatoria e avvio alla mediazione

	di <i>Alessandro Bossi</i>	» 239
13.1	La genesi di una controversia	» 240
13.2	Tipi di mediazione	» 240
13.3	La scelta dell'organismo	» 241
13.4	La domanda di mediazione	» 241
13.5	Effetti della domanda di mediazione	» 241
13.6	La gestione della domanda di mediazione	» 243
13.7	I comportamenti della parte convocata	» 244
13.8	Le indennità per la procedura	» 244
13.9	La fase iniziale della mediazione	» 245
13.10	Il discorso introduttivo del mediatore	» 246

14 Gli incontri di mediazione: sessioni congiunte e sessioni separate

	di <i>Alessandro Bossi</i>	» 249
14.1	Obiettivi e modalità degli incontri di mediazione	» 250

14.2	Le sessioni congiunte	» 250
14.3	Le sessioni separate	» 251
14.4	Le scelte del mediatore	» 251
14.5	L'ampliamento delle aree negoziali di <i>Walter Cerioli</i>	» 252
14.6	La generazione delle alternative di <i>Walter Cerioli</i>	» 256
15	La redazione della proposta e la fase dell'accordo	
	di <i>Mariacarla Giorgetti</i>	» 261
15.1	Premessa	» 262
15.2	La mediazione facilitativa	» 262
15.3	La mediazione aggiudicativa o valutativa	» 263
15.4	Effetti della proposta di conciliazione nei giudizi successivi	» 266
15.5	Analisi di un caso	» 267
	15.5.1 A) Descrizione della lite	» 270
	15.5.2 B) La proposta di conciliazione	» 273
15.6	L'accordo: scelta, valutazione e stesura	» 274
16	Fase conclusiva e redazione del verbale	
	di <i>Francesca Locatelli</i>	» 273
16.1	Premessa	» 274
16.2	Quando la mediazione ha esito negativo: suggerimenti operativi	» 275
16.3	Il verbale di conciliazione	» 284
	16.3.1 Se si tratti di un documento unico o duplice	» 284
	16.3.2 L'astreinte	» 291
	16.3.3 L'autenticazione del verbale da parte del pubblico ufficiale	» 294
	16.3.4 Requisiti formali per ottenere l'omologazione	» 296
	16.3.5 Effetti dell'omologazione	» 297
Parte quinta		
LA MEDIAZIONE NEL CONTESTO INTERNAZIONALE		
a cura di <i>Claudia Mezzabotta</i>		
17	La mediazione in ambito internazionale: aspetti generali	
	di <i>Giorgio Aletti</i>	» 301
17.1	Il sistema giuridico	» 304
17.2	L'organizzazione sociale	» 305
17.3	La lingua	» 308
18	La mediazione in Europa	
	di <i>Giorgio Aletti</i>	» 311

18.1	Premessa	» 316
18.2	Austria	» 316
18.3	Belgio	» 317
18.4	Bulgaria	» 319
18.5	Cipro	» 321
18.6	Danimarca	» 321
18.7	Estonia	» 323
18.8	Finlandia	» 325
18.9	Francia	» 328
18.10	Germania	» 331
18.11	Grecia	» 332
18.12	Irlanda	» 335
18.13	Lettonia	» 336
18.14	Lituania	» 339
18.15	Lussemburgo	» 340
18.16	Malta	» 341
18.17	Paesi Bassi	» 342
18.18	Polonia	» 346
18.19	Portogallo	» 349
18.20	Regno Unito (Inghilterra e Galles)	» 351
18.21	Regno Unito (Irlanda del Nord)	» 354
18.22	Regno Unito (Scozia)	» 355
18.23	Repubblica Ceca	» 358
18.24	Romania	» 359
18.25	Slovenia	» 362
18.26	Slovacchia	» 364
18.27	Spagna	» 365
18.28	Svezia	» 368
18.29	Ungheria	» 369
19	La mediazione negli Stati Uniti	
	di <i>Giorgio Aletti</i>	» 373
Bibliografia		» 377
Autori		» 387

Prefazione

di *Alessandro Solidoro*

*Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili di Milano*

Di recente, il tema della mediazione civile ha assunto, nel nostro paese, una notevole rilevanza e suscitato grande interesse, accompagnato da un vivace dibattito.

Le precedenti norme che regolavano questo istituto, infatti, sono state sostituite da una nuova disciplina organica, contenuta in particolare nel D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e nel relativo regolamento attuativo, di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180. Le modifiche normative che ne sono conseguite, in questo peculiare caso, non sono solamente caratterizzate, a nostro avviso, da elementi di mera «novità», ma da una effettiva e profonda «innovatività» per il panorama legislativo italiano in ambito civilistico.

Esse, infatti, introducendo l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione per un tentativo di conciliazione delle controversie, per talune materie specificate dalla legge, come condizione di procedibilità avanti il giudice ordinario, sono volte certamente a deflazionare il ricorso dei cittadini e delle imprese alla magistratura ordinaria, ma dovrebbero portare con sé, come auspichiamo insieme a molti illustri commentatori, un «cambiamento culturale» più profondo, che dovrebbe andare oltre le novità procedurali.

Il fatto che le parti che intendono esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o tramite altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, siano obbligate a esperire un tentativo di mediazione in via preliminare, nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge, non dovrebbe limitarsi a ridurre il numero delle cause civili pendenti, ma potrebbe concretamente portare a sviluppare, nei cittadini e nelle imprese, una mentalità

«conciliativa», un modo di ripensare la lite in corso come opportunità di trovare, insieme alla controparte, una soluzione condivisa.

Da una «cultura della litigiosità», i nuovi obblighi di legge dovrebbero portare, ci si augura, a una cultura della «cooperazione tra le parti», in modo che esse, invece di continuare a concepirsi reciprocamente solo come «avversarie», imparino a pensare che ciò che in realtà di fatto le accomuna è proprio il loro conflitto e che entrambe possono contribuire a risolverlo con mutuo beneficio in termini di minore dispendio di energie mentali e materiali, di tempo e, ultimo, ma non meno importante, di «benessere» in senso lato.

Il presente lavoro, che sono lieto di presentare al lettore, è il frutto di un intenso «lavoro di squadra», concepito e portato avanti da un gruppo di professionisti (commercialisti, avvocati, psicologi) esperti di metodologie alternative alla giustizia ordinaria per la risoluzione delle controversie e, in particolare, di mediazione. Costoro sono da tempo impegnati nello studio e nell'applicazione pratica delle norme legislative sulla mediazione e delle tecniche di gestione dei conflitti e delle negoziazioni che costituiscono uno strumento essenziale per l'esercizio della professione di mediatore civile, oltre che, in diversi casi, nel campo della formazione destinata agli aspiranti mediatori.

Il volume si prefigge l'intento di sottolineare la rilevanza, per il mediatore, delle conoscenze di tipo giuridico e di tipo tecnico comportamentale per lo svolgimento efficace della professione. Esso è suddiviso in più parti.

La prima, in particolare, fornisce al lettore una disamina dei contenuti delle norme sulla mediazione, collocandoli in un contesto operativo più ampio, che tiene conto delle evoluzioni delle stesse nel tempo, ma anche dell'esistenza di disposizioni di legge che regolano la mediazione, in Italia, per alcune situazioni più specifiche, come è il caso della mediazione in ambito societario e di quella che si inserisce nelle competenze del consulente tecnico d'ufficio. Non si trascurano per altro, in questa parte del volume, i rapporti tra la mediazione e i successivi gradi di giudizio e i risvolti fiscali per i soggetti che si avvalgono della mediazione per dirimere le proprie controversie civili.

La seconda e la terza parte del volume, invece, sono dedicate alla descrizione, in ottica operativa, degli strumenti e delle tecniche specifiche a uso del mediatore nello svolgimento concreto della professione, in particolare per quanto concerne le modalità di gestione dei conflitti e la facilitazione delle parti nella loro negoziazione, ponendo pure particolare attenzione alle difficoltà, personali e professionali, che il mediatore potrebbe incontrare durante le sessioni congiunte e separate del procedimento di mediazione, e al modo con il quale costui può superarle.

La quarta parte del lavoro è più specificamente volta a descrivere e commentare il procedimento di mediazione, nel suo concreto svolgimento, dal momento in cui le parti presentano domanda di mediazione all'organismo, fino a quando il mediatore redige il verbale di mediazione e l'eventuale accordo.

Infine, la quinta parte è dedicata alla contestualizzazione dell'istituto della me-

diatazione civile italiano nell'ambito internazionale, con particolare attenzione alla situazione attuale delle norme e della prassi della mediazione nei paesi dell'Unione Europea e negli Stati Uniti.

Poiché siamo convinti che la conoscenza sia delle nuove norme sulla mediazione e del contesto nazionale e internazionale in cui esse sono inserite, sia delle peculiarità delle tecniche comportamentali necessarie allo svolgimento concreto della procedura stiano alla base della buona riuscita del lavoro del mediatore professionista, crediamo che essa sia un fondamentale passo avanti per un'evoluzione positiva della «rivoluzione della mediazione», attualmente in atto nel nostro Paese.

Siamo convinti che questo scritto contribuisca in modo fattivo ad avvicinare alla mediazione coloro che vogliano intraprendere con successo questa professione, ma che esso possa essere d'ausilio anche a chi desideri consigliare i propri clienti a fare ricorso al nuovo istituto o assisterli durante lo svolgimento della procedura. Buona lettura!

Milano, aprile 2011

Introduzione

di *Marcella Caradonna, Claudia Mezzabotta, Patrizia Riva*

A pochi giorni dal 20 marzo 2011, data dalla quale l'esperimento del tentativo di mediazione è diventato condizione di procedibilità per le controversie civili inerenti una molteplicità di materie, il tema della mediazione civile è oggetto di grande attenzione da parte dei media e degli ordini professionali.

In realtà, le logiche che sottostanno alla stesura delle norme che regolano oggi la mediazione finalizzata alla conciliazione sono, in linea generale, se pur con una serie di variazioni, quelle che hanno dato vita nel 2003 alla disciplina legislativa sulla conciliazione societaria, oggetto del D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

Infatti, anche nel D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, il legislatore ha strutturato uno strumento agile, un procedimento svolto da soggetti specificatamente abilitati e ispirato alla assoluta volontarietà delle parti nel raggiungimento di un accordo, prevedendo, tuttavia, anche forme di penalizzazione per coloro che non ne facciano un uso serio.

Questa scelta ha condotto di fatto, dal 2003 a oggi, alla nascita di un sistema di gestione delle liti complementare ai metodi tradizionali della giustizia ordinaria, che non indebolisce le forme di tutela dei diritti dei cittadini, ma, al contrario, ne rafforza l'efficienza e l'efficacia perché ne agevola l'utilizzo, per controversie che non si è riusciti a risolvere in via stragiudiziale.

Lo strumento individuato dal legislatore, infatti, non è sostitutivo rispetto alla decisione di un giudice, ma, avendo una natura stragiudiziale, appare come un'opportunità aggiuntiva, più che sostitutiva, per trovare una soluzione rapida a una lite, conveniente dal punto di vista economico e condivisa dalle parti.

È sempre utile ricordare, infatti, che il mediatore, al contrario di quanto avviene nelle forme tradizionali di gestione delle controversie, non ha alcun potere e il mandato che gli è conferito è quello di assistere le parti, di agire cioè da

«facilitatore» nel raggiungimento di un «accordo amichevole» o, eventualmente, in relazione alle indicazioni del regolamento dell'organismo presso cui si esperisce il tentativo di mediazione, nell'elaborazione di una proposta. Sia l'accordo raggiunto autonomamente dalle parti, con l'ausilio del mediatore, sia l'eventuale proposta da questi elaborata si baseranno, inoltre, non sulla «ricerca del colpevole», ma su una redistribuzione dei torti e delle ragioni, condivisa dalle parti stesse.

Non vi è, per altro, alcuna sovrapposizione con il cosiddetto «sistema giustizia», perché le parti, nel caso in cui il tentativo *ex D.lgs. 28/2010* fallisca, possono in qualsiasi momento adire all'autorità giudiziaria o ad altri strumenti alternativi, come per esempio l'arbitrato o la transazione.

Per ciò che concerne l'applicazione pratica delle nuove norme, si sta rapidamente sviluppando un sistema strutturato di organismi dedicati alla mediazione, di professionisti abilitati a svolgere questa attività, e di istituti specializzati nella formazione su queste discipline, che si avvalgono di docenti che rispettano determinati requisiti professionali e accademici.

Infatti, dapprima nella conciliazione societaria, nella mediazione finalizzata alla conciliazione poi, il legislatore ha imposto che il tentativo di risoluzione della controversia, effettuato con l'aiuto di un terzo imparziale, debba obbligatoriamente essere svolto presso organismi abilitati e con professionisti, i mediatori, dotati di specifici requisiti, fra i quali una formazione disciplinata dalla legge.

Anche in relazione al rispetto della condizione di procedibilità prevista all'art. 5 del D.lgs. n. 28/2010, è necessario che la mediazione sia effettuata solo presso organismi accreditati. Questi enti, espressioni di varie realtà istituzionali (sia pubbliche che private) operano sotto lo stretto controllo del Ministero della Giustizia, anche mediante una valutazione obbligatoria che le parti che hanno effettuato il tentativo devono esprimere al termine di ogni procedimento, tramite la compilazione di un apposito modulo. Questo costituisce un'importante «cartina di tornasole» sull'organismo e sui suoi mediatori.

Il professionista, nel contesto di tali innovazioni normative e organizzative, è destinato a giocare un ruolo strategico: egli ha infatti la possibilità di intervenire nel procedimento in vesti differenti.

Innanzitutto, costui può svolgere il ruolo di mediatore, purché debitamente formato, ma anche quello di consulente della parte o di esperto nominato dall'organismo per liti particolarmente complesse. Inoltre, il professionista consulente ha anche un ruolo importante per ciò che concerne la diffusione della «cultura della mediazione» in senso più ampio, in quanto può consigliare ai propri clienti l'inserimento di clausole contrattuali o statutarie che prevedano il ricorso alla mediazione, in caso di controversie aventi a oggetto quanto stabilito nel contratto o nello statuto, così che l'esperimento del tentativo di conciliazione presso organismi abilitati sia una condizione per la procedibilità avanti il giudice ordinario anche in contesti, come quello societario e commerciale in senso più ampio, in cui la materia oggetto della controversia non rientra necessariamente tra quelle obbligatorie, così come stabilito dal citato art. 5, D.lgs. n. 28/2010.

Oltre a tutto quanto discende da obblighi di legge e da opportunità, in termini di risparmio di tempo e denaro ottenibili se si evita che la controversia sia portata dinanzi al giudice ordinario, che i cittadini e le imprese possono cogliere ricorrendo all'istituto della mediazione, non possiamo che condividere quanto scritto da William Ury, nel suo celeberrimo volume intitolato «Risolvere i conflitti», spesso citato da numerosi autorevoli commentatori. L'autore, infatti, ci affida la seguente riflessione: «Sono un antropologo, e sono preoccupato. Sono preoccupato perché la tribù che studio è in pericolo. Sebbene non sia così insolito per un antropologo studiare popolazioni a rischio di estinzione, questa tribù non è straniera. È la mia. Non si tratta di un piccolo gruppo di individui: si tratta dell'umanità intera. Il pericolo non viene dal mondo esterno. Viene dall'interno, cioè dall'abitudine di essere umani a impegnarsi in conflitti distruttivi e spesso mortali, ogniquale volta emerga una divergenza seria tra due persone, due gruppi o due nazioni».

È nella consapevolezza della grande rilevanza che le nuove norme sulla mediazione civile rivestono nel panorama legislativo italiano e nell'auspicio che gli obblighi che ne discendono possano contribuire a diffondere una vera e sentita «cultura della mediazione» che nasce il presente volume.

Esso offre una panoramica dei profili meramente normativi, con adeguato commento alle nuove norme in vigore, ma non trascura di dedicare ampio spazio agli strumenti comportamentali e alle tecniche di negoziazione che il mediatore deve saper padroneggiare per facilitare al meglio l'emersione dei reali interessi e bisogni che sottostanno alle pretese delle parti in conflitto che decidono, o sono obbligate, a fare ricorso alla mediazione. Le difficoltà tecniche e psicologiche che si parano innanzi al mediatore, quando si trova a gestire le sessioni congiunte e separate della mediazione, sono indubbiamente molteplici, ma è proprio sviluppando le proprie capacità personali e professionali di ascolto e di gestione dei conflitti che costui può svolgere al meglio il proprio ruolo, senza lasciarsi abbattere dall'insuccesso che sempre è in agguato in questi fragranti.

La contestualizzazione delle norme di mediazione civile in ambito europeo e internazionale in senso più ampio intende inoltre essere di ausilio al lettore che vorrà approfondire questi temi, perché sia maggiormente consapevole che la «cultura della mediazione» non è un fatto isolato e tipico del nostro paese, ma che si sta diffondendo, nella nostra epoca, in tutti i paesi, con risultati sicuramente incoraggianti.

Milano, aprile 2011

Una breve avvertenza per il lettore: i capitoli hanno una propria autonomia espositiva e possono essere esaminati dal lettore anche in modo non unitario o non consequenziale. Per tale ragione, nella lettura del volume si potranno riscontrare alcune ripetizioni, resesi necessarie per dare autonomia ai singoli capitoli.

SOMMARIO

1.1 I metodi ADR per la risoluzione dei conflitti di *Patrizia Riva*

1.1.1 Le origini del fenomeno

1.1.2 Il quadro di riferimento e i recenti sviluppi nel contesto italiano

1.1.3 Gli strumenti ADR (Alternative Dispute Resolution)

1.2 Mediazione e conciliazione di *Sara Bertoni*

1.3 Mediazione e arbitrato a confronto di *Paola Gherarducci*

1.4 Le altre forme di mediazione di *Paola Gherarducci*

1.1 I metodi ADR per la risoluzione dei conflitti

di Patrizia Riva

1.1.1 Le origini del fenomeno

L'espressione «risoluzione alternativa delle controversie» altro non è che la traduzione italiana della *label* inglese *Alternative Dispute Resolution*, che per lo più è conosciuto mediante l'acronimo ADR e sta a indicare l'insieme dei metodi adottabili per la composizione delle liti mediante meccanismi differenti dal processo tradizionale.

La più antica tradizione italiana

Di per sé, la risoluzione alternativa delle controversie rappresenta un fenomeno tutt'altro che nuovo nello scenario del nostro paese e in quello europeo e, anzi, ha radici antiche. È stato autorevolmente evidenziato¹ che la mediazione appartiene da secoli alla nostra storia, alla storia di tutti i paesi europei fin dal Medioevo, quando era largamente praticata nei comuni e nelle campagne, a opera non solo di avvocati, ma anche di persone che riscuotevano il rispetto e la fiducia dei loro concittadini, anche perché la giustizia dei giudici era molto costosa. Anche i giudici conoscevano bene la conciliazione e fin dall'epoca delle codificazioni del diritto comune, alla metà del Settecento, il tentativo di conciliazione era stato introdotto nella fase iniziale del processo. Il Codice di procedura civile dell'Italia unita lo prevedeva addirittura come prima opzione da ricercare, anche se, saggiamente, la relazione al Codice raccomandava la volontarietà dell'accordo per evitare imposizioni controproducenti.

Lo sviluppo del fenomeno in Francia

In Francia, sin dai tempi della rivoluzione francese si trova la figura del *juge de paix* con il compito di tentare la conciliazione delle liti. È stato infatti rinvenuto e abilmente richiamato dalla dottrina² un passo particolarmente significativo di uno scritto di Voltaire che testimonia come la tradizione francese abbia radici nei secoli passati e come la medesima a sua volta sia stata introdotta a seguito dell'os-

¹ Si riprendono alcuni passi di Marcello Marinari, «Il giudice e la mediazione», in AA.VV., *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti. Casi e storie di mediazione familiare, commerciale, societaria*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2011, pp. 67 e ss.

² Il passo è tratto da Voltaire, «Fragment d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande», in *Recueil de pièces fugitives en prose et en vers*, 1739. Il medesimo è riportato integralmente in: Chiara Besso Marcheis, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 15.

servazione dell'esperienza positiva di un altro popolo europeo, quello olandese: «*La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers, come on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties: vous êtes de grandes fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien. Si la rage de la chicane est trop forte dans ces plaideurs, on les remet à un autre jour, que le temps adoucisse les symptômes de leur maladie. Ensuite les juges les envoient chercher une seconde, une troisième fois. Si leur folie est incurable, on leur permet de plaider, comme on abandonne au fer des chirurgiens des membres gangrenés: alors la justice fait sa main*».

Per tutto il XIX secolo e sino a metà del XX secolo, trova così spazio nel *Code de procédure civile* il tentativo di conciliazione preliminare e obbligatorio per tutte le controversie denominato *grande conciliation*. Il medesimo perse però nel tempo di efficacia e, conseguentemente, di credibilità e rilevanza, sino a essere tramutato in strumento facoltativo denominato *petite conciliation*. Si assiste a una nuova diffusione dell'ADR alla fine del XX secolo quando, prima con specifiche previsioni legislative e, poi, con la modifica nel *nouveau Code de procédure civile*: a) è stato istituito il *conciliateur de justice* per liti in materia di diritto dei consumatori, vicinato e locazioni; b) sono state valorizzate le conciliazioni stragiudiziali stabilendo che al *constat d'accord* può essere conferita forza di titolo esecutivo dal giudice; c) è stato stabilito che tra i compiti del giudice rientra la conciliazione delle parti con la possibilità di eventuale delega al *conciliateur de justice* o di nomina di un mediatore.

L'esperienza anglosassone

Si è appena visto che la composizione dei conflitti mediante ADR non è un fenomeno nato negli Stati Uniti, ma è oltreoceano che negli anni Settanta dello scorso secolo si è sviluppato un movimento con precise caratteristiche, successivamente trasfuso nella quasi totalità degli ordinamenti giuridici, sia pure con alcune variazioni e adattamenti.

Recenti studi sul fenomeno³ hanno indagato e sintetizzato la prospettiva sto-

³ Preziosa è sul punto la ricostruzione dell'origine del fenomeno ADR tracciata da Chiara Besso Marcheis, cui si fa riferimento in questa sede. Per approfondimenti: Chiara Besso Marcheis, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 7 e ss. L'autrice fa tra l'altro riferimento a un interessante lavoro di raccolta dati promosso dall'università di Oxford, tutt'ora in corso di svolgimento, sul tema dei costi della giustizia civile in una trentina di paesi. Secondo la ricerca i costi del processo ordinario di cognizione innanzi ai tribunali italiani sarebbero relativamente molto più contenuti

rica individuando tre ideologie specifiche, la cui diffusione sarebbe stata all'origine della rilevanza dei nuovi approcci alla risoluzione delle liti nel contesto statunitense.

La prima fa riferimento a Warren Burger e Frank Sander, esponenti di spicco dell'*élite* americana che nel 1976 prendono parte a una famosa conferenza per denunciare la *litigation explosion* e avanzare la loro proposta di soluzione. L'attenzione è posta sul problema dell'efficienza della giustizia e dei carichi di lavoro della magistratura. Per evitare la possibilità oggettiva di malfunzionamenti delle corti federali e statali americane, proprio a causa della previsione di aumenti rilevanti delle liti e dei processi, sono proposti mezzi di risoluzione dei conflitti alternativi. Al Tribunale si propone di sostituire in prima istanza una *multi-door court house* nell'ambito della quale le istanze sono proposte a un *dispute resolution center*, che indirizza il cittadino verso il meccanismo di risoluzione per essa più adatto.

La seconda ideologia focalizza la propria attenzione non sul lato dell'offerta di giustizia, bensì sul lato della domanda di giustizia, con l'obiettivo di tutelare e garantire l'accesso alla giustizia anche ai cittadini meno abbienti. L'ADR è pertanto sostenuto in quanto mezzo informale, veloce e poco costoso, che permette di portare all'attenzione di un terzo quelle liti che, a causa dei costi del processo, almeno negli Stati Uniti, non sarebbero state portate davanti ai giudici ordinari.

Infine, la terza interpretazione che ha contribuito all'affermazione dei metodi ADR oltreoceano considera gli stessi degli strumenti di crescita e cambiamento culturale del cittadino e, di conseguenza, della comunità nella quale egli è inserito. A differenza del processo in cui è protagonista l'avvocato, infatti, con gli strumenti alternativi si pongono al centro le persone, i loro interessi, i loro bisogni permettendo di raggiungere soluzioni migliori rispetto a quelle possibili all'interno del sistema giudiziario perché costruite e condivise dalle parti.

A seguito del citato movimento si manifestano sperimentazioni di metodi di vario genere che, a partire dal *Dispute Resolution Act* del 1980, sono favoriti, finanziati e imposti dalla legislazione. La svolta più importante si ha però diciotto anni dopo, nel 1998, con l'*Alternative Dispute Resolution Act*, che legittima i meccanismi di ADR promuovendoli e quindi portando al passaggio dalla fase di sperimentazione alla sua istituzionalizzazione.

Sempre citando il puntuale recente esame svolto in letteratura⁴, cui si rinvia esplicitamente per eventuali approfondimenti, è interessante soffermarsi a esami-

sia in termini assoluti sia in termini relativi se posti a confronto con quelli di altri ordinamenti. I dati raccolti dall'università sono rintracciabili sul sito <http://www.csls.ox.ac.uk/COSTOFLITIGATIONDOCUMENTSAN DREPORTS.php>.

⁴ Si veda l'eccellente studio di Chiara Besso Marcheis, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 11.

nare i contenuti del provvedimento. Vi si legge che la risoluzione alternativa della lite, se supportata da giudici e avvocati e posta in essere da terzi adeguatamente preparati secondo una procedura controllata dalla corte, ha potenzialmente numerosi vantaggi, inclusi la soddisfazione delle parti, l'utilizzo di metodi innovativi di risoluzione della lite e una maggiore efficienza nel raggiungere la conciliazione. Inoltre è puntualizzato esplicitamente che le forme di ADR possono portare a una riduzione del carico di lavoro delle corti federali, in questo modo consentendo alle corti di giudicare i casi restanti in modo più efficiente.

Le forme di ADR sono definite come qualsiasi processo o procedura, diversa dalla decisione da parte del giudice, alla quale partecipa un terzo neutrale assistendo le parti nella risoluzione di questioni controverse mediante l'*early neutral evaluation*, la *mediation*, il *minitrial* e l'arbitrato. Infine, vale la pena di evidenziare che l'*Act* ha previsto l'obbligo per tutte le corti distrettuali di offrire almeno un procedimento di ADR, nonché di chiedere alle parti in relazione a ogni controversia civile, di prendere in esame la possibilità di utilizzare una procedura ADR.

In Inghilterra il ricorso all'ADR è previsto nelle *Civil Procedure Rules* del 1999. In particolare, la *rule 1.4* stabilisce che il giudice deve incoraggiare le parti a utilizzare forme di risoluzione alternativa delle dispute e facilitarne l'utilizzo. Tale forma di intervento è seguita alla redazione dell'*Interim* e del *Final Report* di Lord Woolf, che hanno costituito la base della riforma del processo civile inglese e nei quali si era espressa una perplessità sulla ipotesi di introdurre l'obbligatorietà del ricorso all'ADR, mentre era auspicato un ruolo attivo della magistratura nella diffusione della stessa su basi volontaristiche.

1.1.2 Il quadro di riferimento e i recenti sviluppi nel contesto italiano

Pur rinviando *infra* per un esame più analitico sul ruolo giocato dall'Unione Europea, è utile richiamare sinteticamente i principali passi compiuti dal legislatore comunitario per meglio comprendere le origini della situazione attuale. L'Unione Europea ha avuto un ruolo rilevante per la diffusione degli strumenti di ADR che ha definito una «priorità politica per le istituzioni UE, cui spetta il compito di promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto per il loro sviluppo e di cercare di garantirne la qualità»⁵.

⁵ Si legge nel documento che: «I modi alternativi di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale (in appresso designati, ai fini del Libro verde e per convenzione lessicale, come "ADR", che sta per "Alternative Dispute Resolution") sono oggetto di un rinnovato interesse all'interno dell'Unione Europea, per tre ragioni. In primo luogo, ci si è resi conto del rinnovamento che conoscono sul campo i metodi di ADR, a beneficio dei cittadini, il cui accesso alla giustizia risulta migliorato. Secondo, l'ADR è oggetto di una particolare attenzione da parte degli Stati membri, attenzione che a volte si traduce in iniziative legislative. Infine, l'ADR rappresenta una priorità politica - più volte riaffermata - per le istituzioni dell'Unione Europea cui spetta il compito di

È così che nel 1994 è costituito l'*European Network for Dispute Resolution*, nei fatti un GEIE, ossia un Gruppo Europeo di Interesse Economico, utile a formalizzare una rete di centri di arbitrato e mediazione commerciale con sedi in diversi paesi europei, tra i quali l'Italia, la Francia, l'Inghilterra e i Paesi Bassi. Successivamente, con la direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti dei servizi della società dell'informazione e in particolare del commercio elettronico nel mercato interno, meglio nota come Direttiva sul commercio elettronico, si prevede esplicitamente che gli Stati membri eliminino gli eventuali ostacoli all'utilizzo di procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, anche telematiche, e incoraggino gli organi che offrono servizi di ODR ossia di *On-line Dispute Resolution*, soprattutto ai consumatori affinché operino con adeguate garanzie per le parti coinvolte. Poco tempo dopo, con la raccomandazione 2001/310/CE del 4 aprile 2001 sui «principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo», si precisa maggiormente il concetto stesso di ADR limitandolo alle sole procedure che consentono la composizione della controversia mediante il comune accordo delle parti. Si escludono, quindi, i sistemi aggiudicativi.

Nel 2002, la Commissione Europea pubblica il *Libro verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, che raccoglie esperienze e pareri per la futura disciplina della risoluzione alternativa delle controversie in ambito civile e commerciale. Il documento evidenzia in particolare che «da qualche anno si assiste, negli Stati membri, a uno sviluppo normativo dei modi cosiddetti alternativi di composizione o di risoluzione delle controversie, anche se si concorda nel dire che tali metodi sono molto antichi. I vantaggi propri a questi metodi di giustizia privata e la crisi di efficacia della giustizia hanno in effetti suscitato un rinnovato interesse per simili metodi di composizione delle controversie più consensuali rispetto al ricorso al giudice o all'arbitro. A livello comunitario vengono profusi sforzi notevoli per accompagnare il loro sviluppo (...).» Ancora, si evidenzia che «uno dei motivi dello sviluppo dell'ADR è di ordine pratico e congiunturale: i metodi di ADR forniscono una risposta alle diffi-

promuovere tali metodi alternativi, di garantire il miglior contesto possibile per il loro sviluppo, e di cercare di garantirne la qualità. Questa priorità politica è stata messa in particolare evidenza nel settore della società dell'informazione, dove, in particolare, è stato riconosciuto il ruolo dei nuovi servizi *on-line* di risoluzione delle controversie ("ODR", che sta per "*Online Dispute Resolution*") in materia di risoluzione delle controversie transfrontaliere su internet. Questo contesto particolare chiarisce il mandato politico da cui trae origine il Libro verde. Il Consiglio ha infatti invitato la Commissione a presentare un Libro verde per fare il punto della situazione esistente e per lanciare un'ampia consultazione ai fini della preparazione delle misure concrete da adottare. Il Libro verde offre l'occasione per sensibilizzare il più vasto pubblico possibile all'ADR, e consente inoltre di assicurare una migliore comprensibilità delle realizzazioni e delle iniziative adottate in materia dagli Stati membri e a livello comunitario».

coltà di accesso alla giustizia, che molti paesi devono affrontare. Queste difficoltà si spiegano con il fatto che le controversie sottoposte agli organi giurisdizionali si moltiplicano, le procedure tendono ad allungarsi e i costi sopportati in occasione di tali procedimenti ad aumentare. La quantità, la complessità e la natura tecnica dei testi legislativi contribuiscono d'altra parte a rendere più difficile l'accesso alla giustizia». Viene chiarito, ancora una volta, che con l'acronimo ADR sono indicati esclusivamente gli strumenti di composizione delle controversie autodeterminati dalle parti con l'aiuto di un terzo imparziale: «i modi alternativi di risoluzione delle controversie, ai sensi del Libro verde, designeranno pertanto le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, a esclusione dell'arbitrato propriamente detto. I modi alternativi di risoluzione delle controversie saranno pertanto designati in appresso con l'acronimo che tende a imporsi universalmente nella pratica: "ADR", che sta per "*Alternative Dispute Resolution*"».

Le tappe successive sono state: la pubblicazione del Codice europeo di condotta per i mediatori⁶, scaturito dal lavoro di un gruppo di rappresentanti di centri di mediazione operanti in diversi Stati membri e l'emanazione della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 «relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale», che contiene i principi universalmente riconosciuti quali fondamentali ed essenziali con riferimento alla mediazione e che gli Stati membri sono chiamati ad attuare entro il 2011. La direttiva vede limitato il suo ambito di applicazione, rispetto alla proposta di direttiva presentata nell'ottobre del 2004, alle controversie transfrontaliere, ma ha rappresentato e rappresenta un modello per la modulazione delle legislazioni nazionali sui procedimenti di mediazione interni. Sancisce importanti principi di portata generale. In particolare vi si legge che garantire ai cittadini il diritto di accesso alla giustizia vuol dire garantire non soltanto l'accesso ai metodi giudiziali, ma anche a quelli stragiudiziali della lite quali la mediazione, la quale è vista come mezzo conveniente e rapido di soluzione delle liti che porta ad accordi aventi maggiore possibilità di essere rispettati volontariamente e che preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. L'art. 12 della direttiva stabilisce che il termine entro il quale gli Stati membri dovranno attuarla è il 20 maggio 2011.

In Italia⁷ i metodi alternativi di risoluzione delle liti hanno iniziato ad affacciarsi sul panorama legislativo con l'emanazione della legge 29 dicembre 1993 n. 580, disciplinante la riforma dell'ordinamento delle camere di commercio, che

⁶ Reperibile all'indirizzo: <http://ec.europa.eu>.

⁷ Si riprende il quadro di sintesi tracciato da Sara Bertoni, «I metodi ADR per la risoluzione dei conflitti», in Astorina M.R. e Mezzabotta C., (a cura di), *La mediazione civile. Novità normative e contesto operativo*, Quaderno SAF n. 36, Milano, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, 2011, pp. 11 e ss.

prevede, in particolare, la possibilità per tali enti di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti finali.

La legge 31 luglio 1997, n. 249, ha poi introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle telecomunicazioni svolto dai Co.Re.Com. (Comitati Regionali per le Comunicazioni), uffici di governo, garanzia e controllo sul sistema delle comunicazioni in ambito regionale.

Con il D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che disciplina i procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, in materia bancaria e creditizia, la gestione delle ADR si estende agli enti privati. La legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di risparmio ha introdotto nel Testo Unico Bancario (D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) l'art. 128-bis, con il quale viene istituito l'Arbitro Bancario Finanziario, che gestisce sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela, cui le banche e gli altri intermediari finanziari sono obbligati ad aderire. La medesima legge 262/2005 citata ha introdotto anche la Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob, che ha trovato attuazione con il D.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, e, successivamente, con il regolamento Consob n. 16763/2008. La Camera presso la Consob si occupa delle procedure di conciliazione e di arbitrato per la decisione di controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori non professionali e le banche o gli altri intermediari finanziari, circa l'adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali con la clientela, aventi per oggetto servizi di investimento o di gestione del risparmio (fondi comuni) collettiva.

È solo successivamente, però, con il D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, la cui entrata in vigore è stata prevista per il 20 marzo 2011, che il tema della mediazione viene ad assumere rilevanza e centralità. Come si avrà modo di approfondire anche in altre parti del presente lavoro⁸, a dispetto della tradizione antica sviluppata nel tempo passato nel nostro paese, infatti, non è possibile affermare che prima dell'emanazione del citato decreto legislativo la cultura dei metodi ADR fosse conosciuta e diffusa sul territorio italiano. Il bisogno di richiamare gli antichi strumenti re-introducendoli con forza, come appunto ha fatto il legislatore in attuazione della direttiva UE, è testimoniato, però, dal fatto che recenti statistiche hanno messo in luce l'esistenza di un numero importantissimo, pari a cinque milioni e mezzo, di cause civili in attesa di giudizio⁹. È pertanto

⁸ Si veda, in particolare, *infra*, Patrizia Riva, «La mediazione quale elemento fondante di una nuova "cultura" o "abitudine etica ereditaria"».

⁹ Si veda Ernesto Lupo, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010. Linee di fondo*, tenutasi a Roma il 28 gennaio 2011.

atteso uno sviluppo deciso dei metodi ADR e in particolare della mediazione, procedura, per alcune materie, prevista come obbligatoria prima di adire la giurisdizione ordinaria¹⁰.

1.1.3 Gli strumenti ADR (Alternative Dispute Resolution)

Le categorie logiche di classificazione

I metodi ADR, alternativi alla giurisdizione ordinaria, sono numerosi e possono essere classificati sulla base di differenti criteri.

In primo luogo si distingue a seconda del ruolo svolto dal mediatore tra:

1. *modello facilitativo (facilitative mediation)*, laddove il soggetto terzo ha il compito di agevolare la negoziazione fra le parti, governando il processo di transazione e facilitando la comunicazione tra le stesse, in modo da trarre l'*humus* favorevole alla risoluzione della controversia. In tale ambito il conciliatore rimane neutrale evitando di proporre alle parti le sue valutazioni o le sue opinioni;
2. *modello valutativo (evaluative mediation)*, laddove il soggetto terzo svolge in questo caso anche compiti propositivi e valutativi. Egli infatti, dietro specifica richiesta delle parti, fornisce un suo parere più o meno formale sulla controversia, indicando alle parti stesse quale potrebbe essere l'esito della disputa qualora la stessa fosse portata davanti ad un tribunale.

Possono poi essere individuate due ulteriori categorie logiche a seconda degli obiettivi che le parti si pongono:

1. *modello avversariale*, nell'ambito del quale l'obiettivo non è risolvere il conflitto, bensì trovare un metodo per gestirne gli effetti e scoprire la verità ricercando torti e ragioni;
2. *modello non avversariale*, nell'ambito del quale l'obiettivo è risolvere il conflitto, individuando soluzioni soddisfacenti per le parti coinvolte. L'attenzione viene spostata dai torti e dalle ragioni ai reali interessi.

¹⁰ In questo senso si esprime anche Sara Bertoni, *op. cit.*: «Gli strumenti ADR richiedono un cambiamento culturale profondo circa il concetto stesso di giurisdizione, che consente l'anticipazione del momento della tutela dei diritti a quello antecedente il "punto di non ritorno" del degrado irreversibile dei rapporti. Il successo dei metodi alternativi nel nostro paese dipenderà, quindi, dall'evoluzione culturale che si saprà creare e che consentirà, o meno, di percepire una soluzione negoziata della controversia come ipotesi preferibile rispetto a quella giudiziale. Gestire una lite tramite un metodo alternativo significa comprendere che il conflitto può essere vissuto non come un problema ma come un'occasione di confronto e di crescita personale nella quale la relazione può cambiare ed evolvere in senso positivo per entrambe le parti. Tale mutamento culturale potrà avvenire soltanto se gli organismi deputati alla gestione dei metodi ADR sapranno garantire un'alta qualità, in termini di efficienza e professionalità».

verbale di mediazione e, dall'altro, la configurazione di un contributo alle spese della procedura attraverso il ricorso al credito d'imposta.

Passando a esaminare il contenuto delle disposizioni sopra richiamate, l'art. 17 del D.lgs. 28/2010, oltre a prevedere al secondo comma l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura di tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione, introduce al terzo comma l'esenzione dal versamento dell'imposta di registro. In via del tutto analoga a quanto già stabilito dalla disciplina della conciliazione societaria, la scelta legislativa è stata quella di prevedere un'esenzione solo parziale, essendo stato fissato quale soglia di valore imponibile il valore di € 50.000, limite oltre il quale si rende necessario calcolare l'imposta dovuta. Quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la parte che si trova nelle condizioni economiche per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (attualmente con reddito annuo inferiore a € 10.628,16) non deve alcuna indennità all'organismo di mediazione; l'organismo pertanto supporterà i relativi oneri della mediazione. Gli organismi privati possono rifiutare di svolgere mediazioni quando una parte richiede il beneficio del gratuito patrocinio. La parte deve rilasciare all'organismo apposita dichiarazione sostitutiva di notorietà la cui sottoscrizione può essere autenticata dal mediatore. Il Ministero provvede a monitorare le mediazioni con i soggetti esonerati dal pagamento delle indennità al fine di tener conto delle indennità spettanti agli organismi pubblici in modo da coprire il costo delle attività prestate a favore dei soggetti aventi diritto all'esonero.

L'ulteriore strumento utilizzato dal legislatore per favorire il ricorso alla mediazione è il credito d'imposta, che ha il proprio riferimento normativo nell'articolo 20 del D.lgs. n. 28/2010. In particolare, il primo comma della norma citata recita che «alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà». Il Ministero della Giustizia determina entro il 30 aprile di ciascun anno l'ammontare del credito d'imposta riconosciuto ed entro i trenta giorni successivi comunica all'interessato e all'Agenzia delle Entrate l'ammontare del credito d'imposta spettante. Il credito d'imposta deve essere utilizzato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi dell'anno in cui riceve la comunicazione. Il credito d'imposta non può essere utilizzato in annualità diverse e non dà luogo a rimborso. I titolari di partita IVA (titolari di reddito d'impresa o di lavoro autonomo) possono compensare il credito d'imposta con debiti per imposte dirette, indirette o contributi previdenziali.

Da ultimo si segnala che recentemente il T.A.R. Lazio (Sezione Prima N.R.G. 10937/2010) con ordinanza in data 12 aprile 2011 ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione, la

questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 del D.lgs. n. 28/2010, comma 1, primo periodo (che introduce a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie espressamente elencate l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), secondo periodo (che prevede che l'esperimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale), terzo periodo (che dispone che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto o rilevata d'ufficio dal giudice). Con la stessa ordinanza è stata dichiarata rilevante e non manifestamente infondata in relazione agli artt. 24 e 77 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del D.lgs. n. 28/2010, comma 1, laddove dispone che abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire il procedimento di mediazione sono gli enti pubblici e privati che danno garanzie di serietà ed efficienza. A seguito di detta ordinanza il procedimento davanti al Tribunale Amministrativo Regionale è stato sospeso e gli atti sono stati trasmessi alla Corte Costituzionale.

2.5 Il regolamento attuativo di cui al D.M. 18 ottobre 2010, n. 180

di Patrizia Riva

Il D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 (d'ora in poi, il «decreto») in attuazione del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, regola l'istituzione, i criteri e le modalità di iscrizione degli organismi nel registro istituito presso il Ministero della Giustizia, l'istituzione dell'elenco degli enti di formazione presso il medesimo Ministero; i criteri e le modalità di iscrizione nell'elenco degli enti di formazione; l'ammontare minimo e massimo e il criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi. Rinviano per approfondimenti a capitoli successivi, ci si propone in questa sede di fornire un quadro di sintesi delle novità introdotte con l'emanazione del documento.

2.5.1 Registro degli organismi

La peculiarità della normativa in commento è senza dubbio la scelta del legislatore di prediligere l'affidamento dell'attività di mediazione a organismi pubblici o privati che «diano garanzie di serietà ed efficienza» (art. 16 del D.lgs. n. 28/2010). Tali caratteristiche si rendono ancor più necessarie se si considera che le parti del conflitto possono vedersi attribuiti vantaggi non indifferenti, non ultimi, il valore di titolo esecutivo del verbale o i vantaggi fiscali, rendendosi pertanto necessaria l'esistenza di organismi regolamentati. Tale caratteristica risulta a maggior ragione imprescindibile alla luce del disposto legislativo di cui all'art. 5, primo comma, D.lgs. n. 28/2010, in virtù del quale per i conflitti sorti in talune materie l'esperimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità.

Il decreto attuativo istituisce pertanto presso il Ministero della Giustizia il registro degli organismi abilitati presso i quali può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Il registro è articolato in modo da

contenere le annotazioni specifiche sia per gli enti pubblici (sezione A: elenco dei mediatori; sezione B: elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale; sezione C: elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo) sia per quelli privati (sezione A: elenco dei mediatori; sezione B: elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale; sezione C: elenco dei mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo; sezione D: elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli organismi).

Gli organismi richiedenti, all'atto della domanda di iscrizione, depositano il proprio regolamento di procedura e il codice etico, oltre, qualora si tratti di enti privati, alle tabelle delle indennità spettanti all'ente stesso per il servizio di mediazione. L'iscrizione nel registro prevede inoltre la verifica preliminare della professionalità e dell'efficienza degli organismi abilitati e di particolari requisiti in capo ai mediatori dei medesimi.

Con specifico riferimento agli organismi abilitati, il responsabile della tenuta e della gestione del registro verifica in via preliminare l'ottemperanza a determinate caratteristiche in capo agli organismi richiedenti, in conformità al principio generale di serietà ed efficienza di cui all'art 16 del D.lgs. 28/2010:

- a) l'esistenza di un capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata, nonché il possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a € 500.000 euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione;
- b) la capacità di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione;
- c) l'esistenza dei requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori;
- d) la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna, al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale;
- e) le garanzie di indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione;
- f) l'esistenza di un numero dei mediatori, non inferiore a cinque, che hanno dichiarato la disponibilità a svolgere le funzioni di mediazione per il richiedente;
- g) la sede dell'organismo.

Anche per i mediatori dell'organismo abilitato alla mediazione, il decreto attuativo, all'art 4, prevede l'esistenza di specifici requisiti di professionalità, competenza e onorabilità, che contribuiscono ad accrescere l'efficienza degli organismi stessi (si rinvia per maggiori dettagli al Capitolo 3, *infra*).

Gli organismi costituiti, anche in forma associata, dalle CCIAA e dai consigli degli ordini professionali sono iscritti su semplice domanda, all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito del possesso da parte del richiedente di una polizza assicurativa di importo non inferiore a € 500.000 per l'organismo e dei requisiti del mediatore (si rinvia, per maggiori dettagli, al Capitolo 3, *infra*).

2.5.2. Istituzione dell'elenco degli enti di formazione presso il Ministero della Giustizia

Il decreto istituisce anche l'elenco degli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori, presso il Ministero della Giustizia².

Esso è articolato in modo da contenere le annotazioni specifiche sia per gli enti pubblici (sezione A: elenco dei formatori; sezione B: elenco dei responsabili scientifici); sia per quelli privati (sezione A: elenco dei formatori; sezione B: elenco dei responsabili scientifici; sezione C: elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli enti).

A norma dell'art. 3, gli elenchi dei mediatori sono pubblici. In particolare, l'espressione non è da interpretare come limitativa. Poiché la mediazione è gestita da organismi, anche per questi sarà indispensabile di conseguenza provvedere a forme di pubblicità³. Risulta pertanto auspicabile, anche per gli organismi, il loro inserimento sul sito del Ministero della Giustizia, affinché l'utente interessato sia in grado di prendere contezza dei regolamenti, degli elenchi dei mediatori e delle qualifiche di quest'ultimi. Tutto ciò agevolerebbe inoltre la realizzazione del disposto di cui all'art. 7, comma 5, lett. c), che prevede appunto che le parti di una controversia, se d'accordo, possano indicare all'organismo il nominativo dell'incaricato alla gestione della mediazione.

La gestione dell'elenco degli enti formatori avviene, analogamente a quanto avviene per il registro degli organismi abilitati, con modalità informatiche che assicurano la possibilità di rapida elaborazione di dati, assicurando la pubblicità degli enti formatori stessi e degli elenchi dei formatori.

2.5.3. Procedimento di iscrizione nell'elenco degli organismi accreditati

Il responsabile del Registro approva il modello della domanda di iscrizione presentata dall'organismo e fissa le modalità di svolgimento delle verifiche, con l'indicazione degli atti, dei documenti e dei dati di cui la domanda deve essere corredata. Alla domanda è, in ogni caso, allegato il regolamento di procedura e la tabella delle indennità redatta secondo i criteri stabiliti nell'art. 16 del decreto; per gli enti privati l'iscrizione nel registro comporta l'approvazione delle tariffe, di cui si dirà più oltre.

La domanda e i relativi allegati, compilati secondo il modello predisposto, sono trasmessi al Ministero della Giustizia, anche in via telematica, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento.

² Per ulteriori approfondimenti su questo tema, si veda il capitolo 3, *infra*.

³ In questo senso si veda Augusta Iannini, *Guida alla nuova mediazione e conciliazione*, Matelica, Nuova Giuridica, 2010, p. 132.

Inoltre, alla domanda, l'organismo richiedente è tenuto altresì a includere l'elenco completo dei mediatori che si dichiarano disponibili allo svolgimento del servizio. A norma dell'art. 6 del decreto, tale elenco deve essere debitamente corredato:

- della dichiarazione di disponibilità, sottoscritta dal mediatore e contenente l'indicazione della sezione del registro alla quale questi chiede di essere iscritto (ovvero in una delle sezioni A, B, C, D indicate *supra*);
- del curriculum sintetico di ciascun mediatore, con indicazione specifica dei requisiti di professionalità, competenza e di onorabilità di cui all'art. 4, comma 3, lettere a), b) e c)⁴;
- di documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie all'iscrizione nell'elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale.

Infine, sempre il medesimo art. 3 dispone assoluto divieto per ciascun individuo di dichiarare la propria disponibilità a svolgere le funzioni di mediatore per più di cinque organismi.

Il procedimento di iscrizione deve essere concluso entro *quaranta* giorni, decorrenti dalla data di ricevimento della domanda. La richiesta di integrazione della domanda o dei suoi allegati può essere effettuata dal responsabile per una sola volta. Dalla data in cui risulta pervenuta la documentazione integrativa richiesta, decorre un nuovo termine di *venti* giorni.

2.5.4 Il regolamento di procedura

Il decreto disciplina il contenuto del regolamento di procedura all'art. 7, prevedendo una serie di requisiti minimi obbligatori, che il medesimo regolamento dovrà contenere, e altre prescrizione facoltative, lasciate alla discrezione dell'organismo, che renderebbero il procedimento di mediazione più trasparente ed efficace.

In particolare, tra i requisiti obbligatori, il comma 5 prevede che il regolamento debba, in ogni caso, contenere le seguenti indicazioni:

- a) l'inizio del procedimento di mediazione, il quale può essere avviato solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità di cui all'art. 14, comma 2, lettera a), del decreto legislativo. L'imparzialità è da intendersi quale prerogativa imprescindibile del mediatore, ovvero l'attitudine soggettiva dello stesso, che non deve favorire, o anche solo dare l'impressione di favorire, una parte a discapito dell'altra. In tal senso non esistono ipotesi di incompatibilità codificate, pertanto risulta necessario valutare caso per caso l'esistenza di una condotta parziale da parte del mediatore⁵;
- b) la consegna a ogni parte del procedimento della scheda di valutazione del ser-

⁴ Si veda il Capitolo 3, *infra*.

⁵ Si veda Elisabetta Mazzoli, Massimiliano Pari, Antonio Revelino, *La nuova mediazione nel contenzioso civile e commerciale dopo il D.M. 180/2010*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010, p.55.

vizio erogato. Il modello della scheda deve essere allegato al regolamento, e copia della stesso, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, deve essere trasmesso per via telematica al responsabile della tenuta del registro, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento. L'esame di tali schede dovrebbe consentire al Ministero di Giustizia di monitorare costantemente la qualità dei processi di mediazione;

- c) la possibilità di comune indicazione del mediatore a opera delle parti, ai fini della sua eventuale designazione da parte dell'organismo;
- d) l'indicazione del luogo dove si svolgerà il procedimento. Tale indicazione risulta in ogni caso derogabile, dietro il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo.

D'altro canto, con specifico riferimento ai requisiti facoltativi, l'organismo può prevedere nel proprio regolamento:

- che il mediatore abbia l'obbligo di convocare personalmente le parti. È consentito dunque agli organismi di impedire la comparizione delle parti per il tramite di un proprio rappresentante. In tal senso i mediatori, sulla base dell'esperienza maturata, sembrerebbero concordi nel valutare come più incisivi i metodi di mediazione in quelle fattispecie ove le parti sono comparse personalmente⁶.
- che la proposta di mediazione ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo, possa provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente. Tale disposizione risulterebbe a maggior ragione opportuna laddove le parti avessero manifestato perplessità circa la parzialità del mediatore originariamente incaricato alla gestione del processo di mediazione;
- la possibilità di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione, ciò anche in ottemperanza del divieto fatto agli organismi e ai mediatori di rifiutare la richiesta di mediazione se non per giustificato motivo⁷.
- la formazione di separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche;
- che la mediazione svolta dall'organismo medesimo sia limitata a specifiche materie, chiaramente individuate;

Inoltre il regolamento deve stabilire le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore e disciplina le conseguenze sui procedimenti in corso della sospensione o della cancellazione dell'organismo dal registro ai sensi dell'art. 10 del decreto. Il regolamento non può prevedere che l'accesso alla mediazione si svolga esclusivamente attraverso modalità telematiche.

Infine, sempre l'art. 7, garantisce a ciascuna parte la garanzia del diritto di

⁶ Si veda Augusta Iannini, *op. cit.*, p. 146.

⁷ Si veda Augusta Iannini, *op. cit.*, p. 148.

accesso agli atti del procedimento di mediazione, che il responsabile dell'organismo è tenuto a custodire in apposito fascicolo debitamente registrato e numerato nell'ambito del registro degli affari di mediazione. In ogni modo, il diritto di accesso ha per oggetto esclusivamente gli atti depositati dalle parti nelle sessioni comuni o in alternativa, per ciascuna parte, gli atti depositati nella propria sessione separata. I dati raccolti debbono essere trattati dall'organismo nel rispetto delle disposizioni del D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*.

2.5.5 Obblighi degli organismi iscritti

Il decreto impone a carico degli organismi una serie di obblighi di comunicazione verso le parti del processo di mediazione e verso il Ministero della Giustizia, in quest'ultimo caso in ottemperanza all'esigenza di monitorare costantemente i requisiti di operatività previsti dalla legge e lo stato di efficienza degli stessi organismi.

Nel merito, l'organismo iscritto è obbligato a comunicare immediatamente al responsabile del registro le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell'iscrizione, compreso l'adempimento dell'obbligo di aggiornamento formativo dei mediatori. Il responsabile dell'organismo è tenuto a rilasciare il verbale di accordo del processo di mediazione, dietro richiesta esplicita presentata dalle parti, ciò soprattutto ai fini del deposito dell'istanza di omologazione del medesimo verbale.

Infine il responsabile dell'organismo ha l'obbligo di trasmettere la proposta del mediatore, non confluita in un verbale di accordo, perché rifiutata da una o più parti, al giudice che lo richieda al fine di valutare se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda o meno alla proposta. In tal senso si ricorda che l'art. 13 del D.lgs. n. 28/2010 prevede che:

- nel caso di corrispondenza integrale, il giudice ha la facoltà di escludere la ripetizione delle spese, sostenute dalla parte vincitrice che abbia rifiutato la proposta e al contrario di condannare la stessa alla corresponsione delle stessa alla parte soccombente;
- nel caso di mancata corrispondenza, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice.

2.5.6 Criteri e modalità di iscrizione degli enti di formazione all'elenco

Nell'elenco sono iscritti, a domanda, gli organismi di formazione costituiti da enti pubblici e privati e i responsabili scientifici dai medesimi indicati⁸. Come

⁸ Per maggiori approfondimenti, si veda il Capitolo 3, *infra*.

poc'anzi accennato, tale elenco è pubblico ed è tenuto presso il Ministero della Giustizia. La gestione dell'elenco avviene con modalità informatiche. La previsione della pubblicità collima con la necessità di garantire sia la conoscenza degli enti sia il loro controllo.

Analogamente a quanto è stato descritto per l'iscrizione degli organismi nel registro del Ministero della Giustizia, anche gli enti di formazione sono oggetto di verifica preliminare di «serietà ed efficienza» da parte del responsabile dell'elenco ai sensi dell'art. 18 del decreto e, in particolare, degli stessi requisiti già elencati ai punti a), c), d), f) e g) del precedente paragrafo 2.5.1. Il decreto attuativo, sempre nel medesimo articolo, come si vedrà più oltre, ha previsto precisi requisiti con riguardo alla qualificazione dei formatori, distinguendo gli stessi in due categorie:

- docenti dei corsi teorici;
- docenti dei corsi pratici.

I docenti dei corsi teorici devono provare l'idoneità alla formazione attestando di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie. La normativa risulta tassativa: non sono contemplate pubblicazioni in materie diverse da quelle elencate.

Interpretando la norma, parrebbe che i docenti dei corsi pratici abbiano il solo obbligo di provare l'idoneità alla formazione attestando di aver operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure, senza quindi dimostrare di aver possesso anche dei requisiti dei docenti dei corsi teorici⁹.

Per entrambe le categorie, i docenti devono anche provare l'idoneità alla formazione attestando:

- di avere svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere;
 - di impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti ad almeno sedici ore di aggiornamento nel corso in un biennio;
 - di essere in possesso dei medesimi requisiti di onorabilità richiesti ai mediatori.
- Risulta rilevante chiedersi se il docente possa adempiere al proprio obbligo formativo frequentando corsi specifici tenuti, naturalmente da altri docenti, presso gli stessi organi ove svolge l'attività di formazione. Le caratteristiche degli enti formatori e le caratteristiche personali e professionali dei docenti, ma soprattutto la necessità per gli enti di mantenere standard qualitativi elevati che possano garantire loro la continuità portano chi scrive a concludere che questa possibilità possa essere consi-

⁹ Si veda Daniela Cena, Rosanna Chiesa, Carlo Regis, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 238.

derata accettabile. Non si riscontrano però ancora orientamenti specifici ministeriali o della prassi sul punto e una seconda posizione di maggior rigore potrebbe portare a considerare necessaria una maggiore terzietà dell'ente formatore dei formatori.

2.5.7 Disciplina transitoria

Il decreto stabilisce una disciplina transitoria i mediatori e i formatori già abilitati a prestare la loro attività presso gli organismi abilitati accreditati dal Ministero, nel rispetto del principio generale.

Nello specifico, l'art. 20 considera iscritti di diritto nei rispettivi elenchi, sia gli organismi di conciliazione, sia gli enti di formazione, alla luce della pregressa iscrizione nel registro ai sensi del decreto del Ministro della Giustizia 23 luglio 2004, n. 222. A tale proposito, il responsabile è tenuto alla verifica dei requisiti previsti dall'art. 4 in capo a tali organismi e deve comunicare agli stessi le eventuali integrazioni o modifiche necessarie. Se l'organismo ottempera alle richieste del responsabile entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, l'iscrizione è da intendersi confermata, al contrario decaduta.

I mediatori e i formatori, abilitati a prestare la loro opera presso gli organismi, devono acquisire, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, i requisiti anche formativi in esso previsti per l'esercizio rispettivamente delle attività di mediazione e di formazione. Nondimeno, gli stessi mediatori e formatori, fino alla scadenza dei sei mesi, possono continuare l'esercizio dell'attività di mediazione. Dell'avvenuto aggiornamento gli organismi di mediazione e di formazione debbono dare immediata comunicazione al responsabile dei rispettivi elenchi.

2.5.8 Ammontare minimo e massimo e criterio di calcolo delle indennità spettanti agli organismi

L'indennità complessiva spettante agli organismi comprende sia le spese di avvio del procedimento sia le spese di mediazione. Per le spese di avvio risulta dovuto da ciascuna parte un importo di € 40, versato dall'istante in via anticipata ossia al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento.

Per le spese di mediazione è dovuto da ciascuna parte l'importo massimo per ciascuno scaglione di riferimento indicato nella tabella A, allegata al decreto, che si riporta qui di seguito (Tabella 2.1). Nondimeno, tale importo è suscettibile di variazione nei casi esplicitamente previsti dall'art. 16 del decreto, ossia:

- può essere aumentato in misura non superiore a un quinto tenuto conto della particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare;
- deve essere aumentato in misura non superiore a un quinto in caso di successo della mediazione;
- deve essere aumentato di un quinto nel caso di formulazione della proposta ai

Tabella 2.1 Tariffe ministeriali per servizi di mediazione obbligatoria (Tabella A, D.M. 180/2010)

Valore della lite	Spese di avvio procedimento	Indennità di mediazione
fino a € 1.000,00	€ 40,00	€ 65,00
da € 1.000,01 fino a € 5.000,00	€ 40,00	€ 130,00
da € 5.000,01 fino a € 10.000,00	€ 40,00	€ 240,00
da € 10.000,01 fino a € 25.000,00	€ 40,00	€ 360,00
da € 25.000,01 fino a € 50.000,00	€ 40,00	€ 600,00
da € 50.000,01 fino a € 250.000,00	€ 40,00	€ 1.000,00
da € 250.000,01 fino a € 500.000,00	€ 40,00	€ 2.000,00
da € 500.000,01 fino a € 2.500.000,00	€ 40,00	€ 3.800,00
da € 2.500.000,01 fino a € 5.000.000,00	€ 40,00	€ 5.200,00
da € 5.000.000,01 e oltre	€ 40,00	€ 9.200,00

sensi dell'art. 11 del decreto legislativo¹⁰;

- deve essere ridotto di un terzo nelle materie di cui all'art. 5, primo comma, del decreto legislativo¹¹;
- deve essere ridotto di un terzo quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento.

¹⁰ Art. 11: «Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo [...] La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. [...] Se è raggiunto l'accordo amichevole ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore [...]».

¹¹ Art. 5: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale [...]».

L'interpretazione del conflitto nella mediazione

di *Marcella Caradonna*

8

Chiunque affronti una lite facendo appello all'autorità
non sta usando la sua intelligenza, ma la sua memoria.
(*Leonardo da Vinci*)

SOMMARIO

8.1 Premessa: dalla controversia al conflitto

8.1.1 Definizione di controversia

8.1.2 Definizione di conflitto

8.2 Le caratteristiche del conflitto

8.2.1 L'origine del conflitto

8.2.2 Il «DNA» del conflitto nelle sue componenti strutturali

8.2.3 L'elemento pretestuale

8.2.4 L'oggetto del conflitto

8.2.5 La posizione delle parti

8.2.6 I bisogni coinvolti

8.2.7 Gli interessi in gioco

8.2.8 Le emozioni relazionali

8.3 Le dinamiche evolutive

8.4 La reazione dei soggetti in lite (gli stili di gestione)

8.5 Il mediatore e il conflitto di *Claudia Mezzabotta*

8.1 Premessa: dalla controversia al conflitto

Quando si avvia un percorso di mediazione, abitualmente, le parti arrivano con un atteggiamento rigido, basato sulle proprie pretese, senza alcuna propensione ad esplorare nuove alternative.

Il mediatore, per poter assolvere al mandato che gli è conferito di aiutare le parti a trovare un «accordo amichevole», deve, in primo luogo, fare in modo che esse sospendano, durante il procedimento, l'ottica del giudizio sull'altro e provino a riesaminare tutta la situazione per verificare l'esistenza di elementi che possano condurre a una soluzione diversa dal ricorso alle tradizionali forme di risoluzione delle liti basate sulla ricerca dei torti e delle ragioni.

Questo non vuol dire spostarsi al di fuori del diritto, ma, all'interno della norma, verificare gli spazi per una soluzione extragiudiziale che in qualche modo consenta di ricomporre la lite salvando, se possibile, i rapporti tra le parti, consentendo in definitiva una prosecuzione dell'attività tra loro (che in una lite giudiziaria risulta fortemente pregiudicata).

Com'è facile intuire indurre questo spostamento di visuale non è compito facile ed è per questo motivo che per svolgere il ruolo di mediatore è richiesta competenza e professionalità sia in ambito giuridico sia sotto il profilo negoziale.

In primo luogo, appare opportuno effettuare una differenziazione non solo terminologica, ma anche sostanziale, sui contenuti dei termini «controversia» e «conflitto».

Questo chiarimento risulta significativo perché distingue l'attività del mediatore, basata sulla gestione del conflitto sul piano extragiudiziale, da quella del giudice o dell'arbitro obbligati a dare risposte alla controversia solo in relazione al *petitum* delle parti. Il mediatore, invece, non ha alcun potere decisorio e deve basare tutto il percorso sulla sua capacità di aiutare le parti a effettuare una valutazione diversa della controversia per la quale si sono avvicinate alla mediazione (soprattutto nelle materie ove essa è divenuta condizione di procedibilità ai sensi del D.lgs. 28/2010) e a rileggere il conflitto nella sua genesi e nei suoi componenti essenziali.

Com'è abbastanza intuibile, comunque, fra la controversia e il conflitto vi è un legame a senso unico, poiché alla base di una controversia vi è sempre un conflitto, ma non è assolutamente detto che ogni conflitto debba per forza evolvere in una controversia.

Per tale motivo è necessario avere chiari i contorni di entrambi.

8.1.1 Definizione di controversia

La controversia è un percorso di gestione della lite scelto dalle parti quando ritengono di non volere, o di non essere più in grado di riuscire a, perseguire i propri interessi attraverso un dialogo con coloro che ritengono causa di un proprio disagio (materiale o psicologico).

Nella controversia, la lite costituisce l'oggetto di un'azione giudiziaria: la sua definizione è, quindi, basata sull'interpretazione della norma.

In essa vi è uno studio della documentazione diretto a creare una realtà processuale che avvalorì la propria tesi giuridica; l'indagine è rivolta unicamente ad una valutazione del passato e non vi è alcuna proiezione verso il futuro.

La possibilità di avere ulteriori rapporti con la controparte, infatti, appare non perseguibile e non riveste alcun interesse, poiché nell'altro si identifica un nemico da sconfiggere e con il quale non si ha desiderio di mantenere alcun rapporto o collegamento.

Le parti, in altri termini, si pongono l'una contro l'altra con un atteggiamento competitivo, al fine di vedere soddisfatte le proprie pretese, senza alcuna attenzione o partecipazione alle esigenze dell'altro.

Il rapporto negoziale può essere identificato come una corda e le parti come i giocatori di un «tiro alla fune»: tutto ciò che uno vince, l'altro perde.

Il procedimento descritto conduce a un risultato a «somma zero» dove il vantaggio di ognuno è a discapito dell'altro in un'ottica di «vincitori e vinti».

Con queste premesse, quando una controversia termina per il giudizio di un terzo (secondo i metodi tradizionali), la soglia di tensione e animosità non si è attutita fra i soggetti in lite, ma, molto probabilmente, innalzata e, spesso, si verifica una vera e propria frattura relazionale.

Nella mediazione il percorso descritto non si realizza perché appare evidente che, per raggiungere un accordo che soddisfi entrambi, diventa necessario utilizzare un linguaggio e un approccio completamente differenti.

8.1.2 Definizione di conflitto

Il mediatore per poter svolgere bene il suo mandato deve allora essere un profondo conoscitore delle dinamiche conflittuali.

La definizione di questo termine assume contenuti differenti in relazione all'ambito in cui viene utilizzato. Nell'analizzare le metodologie di risoluzione delle liti appare quindi indispensabile definire che cosa si intenda per conflitto.

In realtà questo vocabolo è stato usato per descrivere situazioni molto differenti fra loro che vanno dalle controversie interpersonali agli scontri fra popoli.

In questo libro ci si limiterà a prendere in considerazione solo i conflitti che, nascendo a livello personale o commerciale, se non gestiti in altro modo, possono sfociare in contenziosi che hanno a oggetto diritti disponibili e quindi possono essere mediati secondo la normativa contenuta nel D.lgs. 28/2010. In altri termini, l'indagine sarà relativa solo all'accezione che può risultare significativa in funzione dell'attività che deve essere svolta in mediazione civile. In questo contesto che cosa si intende dunque per conflitto?

In linea generale esso può essere inteso come una condizione relazionale nata dal crearsi di situazioni nelle quali gli interessi di una parte trovano un ostacolo

in quelli dell'altra. Essendo legato alla sfera individuale, il conflitto è assolutamente personale e non può essere gestito o risolto se non da coloro che lo vivono, i quali sono gli unici in grado di ampliarlo, trasformarlo o risolverlo, da soli o aiutati da un professionista (il mediatore) formato, oltre che qualificato, per svolgere tale compito.

Nel vissuto della maggior parte delle persone esso è, spesso, associato a qualcosa di negativo che crea disagio e spreco di energie, da evitare quando possibile e, solo se necessario, da affrontare in modo da far prevalere i propri interessi sull'altro. Ciò deriva dall'opinione diffusa che un conflitto debba essere risolto con la forza o attraverso la rivendicazione dei propri diritti.

Spesso si confonde, addirittura, il conflitto con la violenza, sovrapponendo due realtà, molto differenti. La violenza, infatti, è una modalità di gestione del conflitto che si colloca nell'area "dell'intenzionalità repressiva e della non reversibilità" ed è impostata sulla volontà di far male all'altro. Essa, in altre parole, è «un'azione, più o meno premeditata, volta a sospendere qualsiasi relazione in un'ottica che, attribuendo il problema a un avversario, prevede di risolvere il problema eliminando l'avversario stesso²».

Di ben altra natura è il conflitto, poiché esso, lungi dall'essere l'approccio patologico a un problema, costituisce, al contrario, una parte integrante dell'esperienza umana. Come sarebbe, infatti, una vita senza conflitti? Noiosa e, comunque, senza stimoli, tendenzialmente statica.

Quando tutto va bene, infatti, non si è indotti ad apportare alcun cambiamento.

L'idea del conflitto, come forza motrice della vita, del resto ha radici ben lontane e risale alle origini del pensiero filosofico.

In un noto frammento³, il filosofo Eraclito (544-483 a.C.) sostiene che: «Il conflitto è padre di tutte le cose e di tutte è il Re».

Del resto è un'evidenza per tutti che in ogni relazione interpersonale vi è una componente conflittuale, che di per sé, se ben gestita, non costituisce di certo un elemento distruttivo.

In una visione più ampia, allora, si può definire il conflitto come un fattore che, per una molteplicità di cause, provocando un'instabilità relazionale, conduce i soggetti che lo vivono da una situazione di equilibrio a una nuova condizione, migliorativa o peggiorativa a seconda di come il cambiamento è stato gestito.

Il mediatore deve aiutare le parti a riesaminare il conflitto in questa chiave di

¹ «Diversità, differenze, varietà», *Quaderno di Educazione ambientale*, n. 57, insegnanti WWF Italia, 2005.

² Daniele Novara, *La grammatica dei conflitti. L'arte maieutica di trasformare le contrarietà in risorse*, Casale Monferrato, Sonda edizioni, 2001.

³ Nel frammento D-K53, infatti, si legge: «Il conflitto (*pólemos*) è il padre e re di tutte le cose: gli uni rivela come dei, gli altri come uomini; gli uni fa schiavi, gli altri liberi».

lettura, abbandonando l'idea che lo ha condotto a ritenere la sua trasformazione in controversia come un percorso a senso unico inevitabile.

Per farlo egli deve aver appreso le nozioni scientifiche sul conflitto e analizzarlo con l'ottica che qualsiasi studioso utilizza nella valutazione di un fenomeno ossia verificandone l'origine, l'evoluzione e le componenti che lo caratterizzano.

8.2 Le caratteristiche del conflitto

8.2.1 L'origine del conflitto

Le modalità con cui un conflitto nasce e si sviluppa sono state oggetto di molta letteratura con approfondimenti e classificazioni.

È evidente che esso assume peculiarità differenti se analizzato in ambito penale, familiare o civile, se riguarda il singolo o il gruppo, se riflette un malessere interiore o è connesso a situazioni sociali o commerciali.

Tale complessità non può, di certo, essere esaurita nello spazio di poche pagine, ma si ritiene indispensabile offrire una breve panoramica sui principali motivi che possono generare i conflitti destinati a confluire, se non gestiti in altro modo, in controversie legali in ambito civile per le quali trova applicazione il D.lgs. n. 28/2010.

Anche in questo contesto, comunque, l'analisi delle radici di una lite è molto complessa e richiede un'attenta indagine del mediatore.

In primo luogo è opportuno comprendere che non esiste mai un conflitto uguale a un altro. In una situazione simile, infatti, ci si può trovare di fronte a una realtà e a una evoluzione completamente differenti, poiché entrano in gioco nelle dinamiche conflittuali elementi come le caratteristiche delle personalità e il coinvolgimento emotivo delle parti in lite, la loro percezione del contesto e degli interessi in gioco (propri e/o della controparte), le esperienze già vissute in passato, la valutazione sulla possibilità di un proseguimento del rapporto e così via.

Variabili molto differenti, che producono effetti molto diversi e giocano un ruolo sostanziale anche nell'identificazione delle aree negoziali.

È possibile classificare le cause di un conflitto⁴ in:

- fattori personali
- fattori organizzativi
- fattori situazionali.

I fattori individuali sono tutti quelli che derivano dal modo di essere, dal vissuto e dalle modalità di interazione fra gli individui coinvolti nel conflitto.

⁴ Materiale didattico di Andrea Pontiggia (Università di Cassino) a integrazione di Henry L. Tosi, Massimo Pilati, Neal P. Mero, John R. Rizzo, *Comportamento Organizzativo*, Milano, Egea, 2002.

Sono, spesso, riconducibili a una diversa percezione della realtà o alla formulazione di giudizi (con possibili distorsioni, fraintendimenti ed errori), a una diversa visione delle questioni etico-lavorative, ad atteggiamenti, valori e convinzioni che appaiono in contrasto con quelli dell'altra parte. Molte collaborazioni in studi associati, per esempio, si sono interrotte a causa di un diverso approccio nei confronti della clientela.

I fattori organizzativi sono, invece, quelli che generano difficoltà in relazione alla posizione delle parti e alle loro esigenze materiali.

In questo ambito possono essere individuate condizioni come la scarsità di risorse, la presenza di autorità multiple o, ancora, la confusione o le sovrapposizioni di ruoli, responsabilità o funzioni.

Molto spesso, nei passaggi generazionali, le tensioni fra gli eredi sono causate proprio da una mancata programmazione dei ruoli al venir meno dell'imprenditore su cui era incentrata tutta l'attività strategica dell'impresa.

I fattori situazionali, infine, sono quelli che si generano al verificarsi di contesti favorevoli al sorgere di conflitti. Fra questi è possibile classificare il diverso grado di interdipendenza fra le parti, una comunicazione non efficace, una situazione di tensione ambientale (es. la ristrutturazione di un'impresa che richiede licenziamenti) e così via.

Il grado di interdipendenza, in particolare, assume in mediazione una duplice valenza poiché da una parte essere costretti a forme di convivenza può favorire l'insorgere di contrasti, dall'altra la consapevolezza di dover interagire anche nel futuro con l'altra parte può essere un ottimo incentivo a tentare di trovare una soluzione, in un qualsivoglia modo, accettabile per entrambi le parti.

È evidente che le dinamiche conflittuali sono completamente differenti al verificarsi o meno di una o più delle situazioni descritte.

Diverso è, infatti, se la contrapposizione nasce da una scarsità di risorse piuttosto che dal sorgere di un problema connesso a incomprensioni legate a una comunicazione inefficace o a valori e convinzioni contrastanti.

L'esistenza di uno o più di questi fattori modifica in modo sostanziale le caratteristiche e la elasticità dell'area negoziale della parte.

Nel merito è bene sottolineare che nella mediazione la percezione del conflitto varia per ogni parte in lite e, quindi, è necessario effettuare un approfondimento individuale anche sulle motivazioni e sui fattori scatenanti. Non è, infatti, detto, anzi è molto difficile, che un fattore generi lo stesso effetto su tutti i soggetti coinvolti.

Una diversa percezione dei valori, per esempio, può essere vissuta come elemento fondamentale del conflitto per una parte senza che l'altra ne sia realmente consapevole.

Per questo nel procedimento, spesso, gli incontri individuali costituiscono un momento importante durante e mediante il quale il mediatore può rendersi conto, anche, delle differenze con le quali è percepito il conflitto al di là delle posizioni formali assunte nella lite.

8.2.2 Il «DNA» del conflitto nelle sue componenti strutturali

Come si è detto in precedenza, il conflitto può essere considerato un fenomeno caratterizzante della vita umana e, come tale, può essere studiato negli elementi che lo compongono.

Spesso esso viene rappresentato come un iceberg del quale è visibile solo la parte più piccola in superficie, mentre la parte più rilevante è sotto l'acqua e resta assolutamente invisibile.

In particolare è possibile tracciare il seguente «DNA» del conflitto, inteso come insieme di elementi che lo rendono unico e irripetibile:

- l'elemento pretestuale;
- l'oggetto del conflitto;
- le posizioni delle parti;
- i bisogni coinvolti;
- gli interessi in gioco;
- le emozioni relazionali.

8.2.3 L'elemento pretestuale

È il motivo per cui le parti dicono di essere in lite, ma spesso è solo la classica «goccia che fa traboccare il vaso», il pretesto utilizzato per dare sfogo al conflitto presente, ma non ancora evidente, e per trasformarlo in controversia.

Si pensi a come le aule dei tribunali, spesso, hanno visto come protagonisti di liti giudiziarie condomini infuriati per motivi all'apparenza futili (il classico balcone bagnato dall'acqua utilizzata per innaffiare i fiori al piano di sopra) o ancora a quanti dissidi in ambito successorio hanno condotto fratelli a non rivolgersi più la parola, anche solo per rivendicare la proprietà di oggetti di scarso valore.

È evidente che, in molte di queste fattispecie, il motivo reale del conflitto è ben diverso da quello che si indica.

Il giudice, dovendo decidere secondo la legge, si deve limitare a disciplinare gli effetti della controversia, senza entrare minimamente nel merito di ciò che l'ha causata; il mediatore, al contrario, deve vedere nell'elemento pretestuale solo un punto di partenza per l'indagine sul conflitto che deve attuare.

8.2.4 L'oggetto del conflitto

È la vera materia del contendere e raramente emerge senza un'indagine mirata, poiché, di solito, non corrisponde con l'elemento pretestuale evidenziato nei documenti o nei fatti indicati.

Il motivo che ha condotto le persone a entrare in lite si presenta, solitamente, su due livelli: uno oggettivo e l'altro soggettivo. Il primo riguarda il valore reale

dell'oggetto e inerisce, di conseguenza, la componente materiale. Il secondo, invece, indica il valore attribuito dalla persona a un elemento del conflitto e riguarda le percezioni selettive dalla parte, i suoi timori e le sue emozioni.

Com'è noto una somma di € 500,00 può essere valutata ingente o trascurabile a seconda di ciò che tale importo rappresenta. Basti pensare a quante volte i parenti delle vittime di incidenti stradali, dopo aver combattuto strenuamente per ottenere il risarcimento danni, una volta ricevuto la somma decidono di darla in beneficenza o utilizzarla per fini non di lucro. È evidente che il riconoscimento del danno assume, ai loro occhi, una valenza diversa rispetto a un semplice importo in euro.

Allo stesso modo in molte liti per diffamazione a mezzo stampa si richiede un risarcimento simbolico, poiché ciò che conta non è la cifra, ma veder ammessa l'infondatezza delle dichiarazioni offensive.

Nell'individuazione dell'oggetto della lite, il mediatore deve porre attenzione ad abbassare i propri filtri valutativi e rendersi capace di non valutare il contenuto dell'oggetto del conflitto solo in base al suo valore economico.

Può, infatti, capitare di considerare, istintivamente, eccessiva la rilevanza attribuita a un elemento che sul piano oggettivo appare assolutamente privo di contenuti. In questo caso, è bene rammentare che il mediatore non deve esprimere giudizi, ma cercare di comprendere le ragioni che inducono la parte a considerare importante quel particolare aspetto del conflitto.

8.2.5 La posizione delle parti

È strettamente legata all'elemento pretestuale e corrisponde alle pretese che la parte avanza in merito alla controversia.

Nella normativa in tema, vi è l'obbligo di indicare nella domanda di attivazione della procedura di mediazione la propria posizione in merito alla lite.⁵

Ciò è dovuto alla possibilità che la mediazione si trasformi da facilitativa, nella quale sono le parti a individuare l'ipotesi di accordo in base ai propri interessi, ad aggiudicativa, dove il mediatore, nei limiti previsti dal regolamento dell'organismo presso il quale svolge la sua attività, è chiamato a elaborare una proposta che preveda una soluzione che tenga conto delle richieste e basata su una distribuzione dei torti e delle ragioni⁶.

⁵ L'art. 4 (accesso alla mediazione) comma 2 del D.lgs. 28/2010 specifica che l'istanza «deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa».

⁶ Su questo punto si richiama la relazione ministeriale illustrativa al D.lgs. 28/2010, commento art. 8, nel quale in relazione alla formulazione della proposta si specifica che il mediatore nella fase aggiudicativa deve proporre una soluzione della controversia, fondata sulla logica c.d. «avversariale» della distribuzione delle ragioni e dei torti.

Come si è già accennato, nella fase facilitativa le posizioni sono i comportamenti che le parti coinvolte nella trattativa hanno deciso di tenere in merito alle singole questioni. Esse sono, quindi, collegate alle opinioni che ci si è fatti in merito alla relazione con l'altro e appaiono, di solito, nella fase iniziale della mediazione, molto radicate nella persona e non soggette a cambiamenti.

Di solito, come già accennato, le parti giungono con una visione rigida della lite e dei propri diritti e l'area negoziale è vissuta come un mero gioco di «tiro alla fune» dove, se uno conquista terreno, l'altro deve per forza cedere.

Non è raro, infatti, in fase di apertura ascoltare frasi come «l'unica vera soluzione al problema è rivolgersi al giudice per ottenere il soddisfacimento dei propri diritti».

Nel merito è vero che vi sono controversie che devono naturalmente trovare risposta attraverso un percorso giudiziario, ma è altrettanto vero che in molti casi la tutela giuridica dei diritti non consente di soddisfare il reale interesse della parte. Si pensi, per esempio, a tutte quelle situazioni nelle quali i tempi sicuramente non brevi di un giudizio ordinario rendono ormai priva di attualità la sentenza, se non addirittura inutile.

L'approccio utilizzato in mediazione che prevede la ridefinizione dell'area negoziale può costituire allora una valida alternativa alla rigida difesa delle proprie posizioni.

Per far questo, tuttavia, è necessario affrontare la parte più profonda del conflitto, quella che non emerge al primo sguardo, ma che non sfugge a un osservatore attento quale deve essere il mediatore, che sa che l'elemento pretestuale e le posizioni sono solo ciò che appare, ma che il nucleo del conflitto è da ricercare altrove.

Le caratteristiche sostanziali delle posizioni, dunque, sono le seguenti:

- ricerca di una soluzione al singolo problema e non di una trasformazione della relazione;
- specificità e definizione dei contenuti;
- necessità di vedere la costruzione di argomentazione a supporto;
- anelasticità.

In mediazione, come si è detto, per identificare un'ipotesi di «accordo amichevole» non è possibile utilizzare la logica del «tiro alla fune», ma è necessario creare un'area all'interno della quale le parti possano muoversi liberamente riesaminando il conflitto e ciò che lo ha generato.

8.2.6 I bisogni coinvolti

I bisogni, in psicologia, sono definiti come la mancanza totale o parziale di uno o più elementi che costituiscono il benessere di una persona che la induce a orientare il suo comportamento per colmare tale carenza.

Lo psicologo statunitense Abraham Maslow pubblicò nel 1954 la sua teoria sui

bisogni umani che stabilisce che tutta l'esistenza umana è motivata dal soddisfacimento di alcuni bisogni fondamentali. Secondo questo autore, il comportamento della persona è finalizzato ad appagare prima i bisogni di livello inferiore, il cui soddisfacimento cessa di renderli motivanti e fa emergere i bisogni gerarchicamente superiori.

In altre parole, le persone tendono al soddisfacimento di bisogni ordinati secondo una precisa gerarchia che egli ha indicato all'interno di una piramide.

Questa teoria fu molto importante per gli studi di management del secolo scorso, ma presenta alcuni punti problematici, poiché ogni individuo è diverso dall'altro e avverte e soddisfa i bisogni con modalità differenti.

La piramide di Maslow può, tuttavia, costituire un utile punto di riferimento per verificare quali sono i bisogni coinvolti nel conflitto.

I *bisogni fisiologici* sono quelli legati alla sopravvivenza connessi al benessere fisico inteso nel suo concetto più ampio. Sapere che nella lite sono coinvolti questo tipo di bisogni è molto importante per il mediatore perché sarà molto alta la predisposizione della parte a rimanere in mediazione alla ricerca di una soluzione.

È bene rammentare che il soddisfacimento o la penalizzazione di un bisogno fisiologico entrano nell'area del percepito della parte e possono non corrispondere a una reale situazione di necessità. Si pensi, per esempio, al dirigente che vive la trattativa sul proprio posto di lavoro come un problema di vita o di morte nella paura di non trovare un'occupazione nuova.

In realtà non è detto che non possa trovare in tempi brevi un nuovo impiego, ma, nel suo vissuto, il tentativo di mediazione assume una grande valenza come possibile via d'uscita da una situazione vissuta come molto minacciosa.



I *bisogni di sicurezza* hanno una valenza altrettanto rilevante dei precedenti e sono connessi alla sensazione di preoccupazione che può generare una determinata situazione. In questa logica essi vanno intesi in senso lato, non limitandosi a comprendere in questa categoria solo quelli legati alla sensazione di essere in pericolo sotto il profilo puramente fisico.

Si faccia riferimento, per esempio, alla percezione di una minaccia psicologica, al desiderio di tranquillità nel proprio contesto, alle paure connesse agli stati di dipendenza (reale o vissuta come tale), all'esigenza, molto forte in alcuni individui, di vivere in un contesto ordinato e prevedibile.

Quando è in gioco questo tipo di bisogni è possibile che in chi li prova si attivi un comportamento di difesa che, essendo magari interpretato come un'aggressione dall'altro che non ne è consapevole, genera di rimando un altro atteggiamento difensivo.

Il mediatore deve comprendere se si è innescato tale meccanismo e aiutare le parti a riattivare una comunicazione corretta e a ricercare un'area negoziale che tenga conto di questa esigenza.

Nei *bisogni di appartenenza* rientrano tutte le tematiche connesse alla relazione con il gruppo e, quindi, l'esigenza di sentirsi accettato, il desiderio di approvazione da parte degli altri, la necessità di sentirsi parte di un gruppo, l'aspirazione di avere affetto o amore nella propria esistenza. È nel vissuto di molti come questo risentimento possa far sentire svilto nelle proprie funzioni o come il rifiuto nel contesto lavorativo possa condurre a situazioni di alta, e non facilmente risolvibile, conflittualità.

Questi bisogni, spesso, non vengono espressi in modo palese durante le prime fasi della mediazione quando le parti sono ancora focalizzate sulla controversia, ma condizionano in modo rilevante l'evolversi del tentativo di conciliazione e devono essere portati in evidenza perché ne possono condizionare in modo rilevante l'esito.

I *bisogni di stima* sono connessi alle aspirazioni degli individui e sono, di fatto, rivolti alla sfera sociale. Essi, infatti, sono generati dal desiderio della persona di essere percepita dalla comunità sociale come un componente affidabile e degno di considerazione.

Sono, quindi, da inserire in questa categoria la difesa della propria dignità, l'esigenza di godere di una buona reputazione, l'aspirazione a rivestire ruoli importanti e la ricerca di uno status sociale.

Vi è da dire che, in alcuni casi, il percepito di un individuo sulle proprie capacità può distaccarsi anche molto dalla valutazione del suo valore da parte del contesto in cui è inserito e questo può provocare un forte senso di frustrazione e di ribellione che può facilitare l'insorgere di conflitti relazionali.

I *bisogni di autorealizzazione* sono connessi all'esigenza di realizzare la propria identità e di portare a compimento le proprie aspettative. In altre parole, sono legati all'aspirazione di ognuno di essere ciò che si vuole essere e diventare ciò che si desidera diventare.

In questa categoria vi sono, dunque, tutte le percezioni connesse all'area reli-

giosa e filosofica, al desiderio di un pieno sviluppo delle proprie potenzialità e a una corrispondenza della propria realtà con l'immagine che ognuno vuole avere di se stesso. In definitiva, si tratta di tutte le motivazioni che spingono una persona a voler sfruttare a pieno le proprie capacità in modo da percepire che le proprie aspirazioni sono congruenti e consone con i propri pensieri, le proprie azioni e il proprio valore.

Com'è evidente, non tutti riescono a essere nella condizione di vedere realizzate queste aspettative e ciò può generare una sensazione di diffusa insoddisfazione.

8.2.7 Gli interessi in gioco

Come già anticipato, i conflitti nascono perché vi sono bisogni interiori che devono essere soddisfatti e le persone vedono nell'altro un ostacolo al loro soddisfacimento.

Gli interessi sono le specifiche esigenze, le condizioni o i vantaggi che una parte deve vedere raggiunti per soddisfare un proprio bisogno e ritenere buono un determinato risultato. Gli interessi sono, quindi, ciò che le parti hanno di mira veramente e sono fortemente condizionati da una serie di elementi quali i valori, il vissuto, le emozioni, le preoccupazioni e le paure di darla vinta all'altro.

Non è detto che le parti, all'avvio della mediazione, siano subito consapevoli dei reali interessi in gioco o siano disponibili a portarli alla luce.

È possibile identificare tre tipi di interessi⁷:

- *sostanziali*: che riguardano le risorse materiali come il denaro, la terra o il tempo; un tipico esempio sono le liti che sorgono per la determinazione del calendario ferie;
- *psicologici*: inerenti a questioni di fiducia, lealtà e rispetto;
- *procedurali*: connessi al modo in cui la lite viene risolta e alle conseguenze derivanti dalle decisioni prese in merito.

Questi tipi di interessi sono collegati fra di loro, perché se la risoluzione della lite è diretta solo al raggiungimento di interessi sostanziali, per esempio, l'accordo non può riuscire.

Gli interessi sono ciò che delinea l'area negoziale in quanto è attraverso la loro definizione che si possono individuare gli elementi che sono oggetto di *negotium* e cioè di scambio.

Rispetto a quelli identificati dall'altra parte è, infatti, possibile evidenziare in sede di mediazione:

- *interessi opposti*, ossia quelli che non possono essere raggiunti simultaneamente da entrambe le parti;

⁷ Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*, San Francisco, Jossey-Bass, 1996.

- *interessi comuni*, ossia quelli che devono essere raggiunti congiuntamente dalle parti;
- *interessi differenti*, ossia quelli diversi, ma che ognuna delle parti può aiutare l'altro a raggiungere.

L'area negoziale esiste quando vi è una sovrapposizione degli interessi delle parti. Quando gli interessi sono esclusivamente opposti, non è possibile che il tentativo di mediazione riesca.

Amplia, invece, la possibilità di un esito positivo la presenza di interessi differenti. Si tratta di quelli nei quali vediamo che una parte, pur non ricevendone beneficio direttamente, può aiutare l'altra a raggiungere il proprio interesse.

Gli interessi differenti non sono sempre facili da individuare perché, spesso, è necessaria un'indagine che va al di là delle tematiche strettamente connesse al motivo della lite. Quando si incontra una persona si tende a catalogarla all'interno del contesto nel quale si è conosciuta. In altre parole il cliente dal fornitore è visto solo come «cliente» o il condomino è solo il «vicino di casa». In questo modo, però, si limita la percezione dell'estensione dell'area negoziale solo per ciò che si può ottenere nell'ambito di riferimento.

In realtà, spesso, se si esce dalla logica della «catalogazione» dell'altro e si cercano a trecentosessanta gradi i possibili punti di contatto, si scopre che l'area negoziale può subire un incremento significativo.

Invece di cercare di rispondere alla domanda «come posso ottenere che siano rispettati i miei diritti (che ritengo) lesi dall'altro?», le parti in mediazione devono, con l'aiuto del mediatore, spostarsi completamente di visuale e chiedersi «in che cosa l'altro mi può essere utile e come io posso soddisfare i suoi interessi?».

Questa sospensione della fase «avversariale» del rapporto con l'altro può avvenire perché i soggetti in lite sono consapevoli del fatto che, se il tentativo fallisce, i propri diritti possono poi, comunque, sempre essere tutelati nelle sedi giuridiche competenti.

Viene, quindi, superato il timore di percorrere una strada che può condurre a situazioni vincolanti o di «non ritorno».

È il caso, per esempio, del fornitore che può aiutare il cliente ad ampliare il giro di affari introducendolo nel proprio ambiente, a fronte di un accordo su una prestazione oggetto di contestazione o, ancora, della persona che viene aiutata a pubblicare un suo libro da un condomino che, dal canto suo, ha interesse a ottenere il consenso vincolante per i lavori che deve effettuare nella propria abitazione.

In realtà, come si è detto, spesso l'individuazione di questi interessi richiede uno specifico approfondimento per una molteplicità di motivi quali, ad esempio, la diffidenza della parte che percepisce le domande esplorative del mediatore come un'ingerenza in sfere non attinenti alla lite, oppure la sua mancanza di consapevolezza di quali possano essere in quel contesto vantaggi ottenibili.

Gli interessi in gioco possono essere razionali, ma anche emozionali. Razionali, ovviamente, quelli che soddisfano gli aspetti oggettivi (prezzo, prestazioni, consegna, garanzia, finanziamento ecc.) e sono quelli che maggiormente pre-

valgono nelle trattative commerciali; emozionali, invece sono quelli soggettivi (come la particolare immagine pubblica, la tradizione ecc.). Questi interessi sono più frequenti nelle mediazioni che riguardano liti tra individui.

Per poter far allontanare i soggetti in conflitto dalle posizioni e spostarli sulla identificazione degli interessi negoziali, il mediatore deve saper attivare una comunicazione efficace ed essere in grado di creare con entrambi una rapporto basato sull'empatia e sull'«ascolto attivo».

La capacità del mediatore di essere autorevole e di ottenere la fiducia delle parti è importante perché solo in questo modo può indurle a concentrarsi sul tentativo di trovare una soluzione reciprocamente soddisfacente.

Nell'analisi degli interessi che possono contribuire a ridefinire una nuova area negoziale non vi possono, ovviamente, essere quelli che una parte ha, ma nei quali l'altro non può in alcun modo avere un ruolo.

8.2.8 Le emozioni relazionali

Il mediatore deve tener conto delle emozioni delle parti, ma anche delle proprie, interrogandosi sull'effetto che un determinato conflitto genera in lui in relazione ai propri valori e al proprio vissuto.

Una componente che il mediatore non può sottovalutare è, quindi, quella emozionale.

Nella sua radice etimologica, il termine «emozione» deriva dal latino *ex-movere* che vuol dire portare al di fuori, uscire da se stessi.

Questo suggerisce un'importante caratteristica dell'emozione e cioè la tendenza all'azione. L'emozione, infatti, è una risposta immediata del corpo che mostra il grado di preferenza della persona a uno stimolo o situazione.

Se la situazione sembra favorevole essa nasce dal vivere un sentimento positivo (gioia, soddisfazione, desiderio, pace, ecc.) altrimenti, si verifica un'emozione negativa (tristezza, delusione, dolore, ansia, ecc.).

In questo modo, le persone hanno il meccanismo di orientare le emozioni in ogni situazione, alla ricerca di situazioni che siano favorevoli alle proprie esigenze (quelle che producono le emozioni positive) e lontano dalle condizioni sfavorevoli (che producono le emozioni negative).

Tre sono i fattori sostanziali di un conflitto: la valutazione dell'evento, i cambiamenti fisiologici che genera e la suscettibilità all'azione.

Nel dettaglio:

- la valutazione di una situazione che una persona, consciamente o sul piano irrazionale, considera rilevante su un obiettivo personale che è considerato importante;
- il generarsi di un comportamento perché, come si è accennato, l'emozione conduce ad agire;
- il suo vissuto come esperienza di un insieme di reazioni involontarie (rossore,

nervosismo, palpitazione, ecc.), ma anche volontarie (espressioni facciali o verbali, postura, gestualità, ecc.).

Spesso una buona conoscenza delle caratteristiche della comunicazione può consentire al mediatore di comprendere la tipologia di emozioni che le parti stanno vivendo, ma può succedere che i segnali non vengano compresi o siano non correttamente interpretati, generando un effetto di distorsione nella comunicazione fra le parti stesse o, addirittura, anche con il mediatore.

Ogni emozione, infatti, è un'esperienza molto complessa e può essere espressa da un individuo utilizzando una molteplicità di vie (anche soggettive) quali, per esempio, i gesti e gli atteggiamenti.

Essa è anche dinamica, perché in qualsiasi momento si possono verificare improvvisi o graduali cambiamenti di intensità emotiva, sia verso il positivo sia verso il negativo.

Nel vissuto comune, spesso, chi assiste al sorgere e all'evolversi di un'emozione in un conflitto, vive tale situazione come un momento di difficoltà.

In mediazione, invece, le emozioni devono essere riconosciute come un elemento importante del conflitto e della sua trasformazione.

Se, infatti, ci si sofferma a riflettere, esse hanno funzioni molto significative e in particolare possono:

- essere un'importante chiave di lettura per motivare il comportamento di una parte (soprattutto in una fase di negoziazione);
- segnalare al mediatore come è percepito dalla parte l'evolversi di una situazione negoziale;
- costituire un'importante indicazione in relazione al percepito della persona in lite.

La tabella seguente offre un'interessante traccia di lettura in questo senso:

CATEGORIA BASE DELLE EMOZIONI	SIGNIFICATO	MECCANISMI DI ADATTAMENTO
PREOCCUPAZIONE	Anticipazione di una minaccia o un pericolo che produce ansia, incertezza e insicurezza	Comportamenti tesi alla difesa e alla protezione della posizione
SORPRESA	Stupore, smarrimento, spesso transitorio.	Comportamenti orientati verso la nuova situazione
AVVERSIONE	Antipatia, o addirittura disgusto	Rifiuto dell'altro o di ciò che ne è causa
IRA	Irritabilità, rabbia, risentimento	Comportamenti volti alla distruzione
GIOIA	Divertimento, allegria, gratificazione	Comportamenti diretti a mostrare soddisfazione e comfort
TRISTEZZA	Dolore, solitudine, pessimismo	Comportamenti che indicano risentimento, chiusura

Quando le soluzioni sul piano razionale non sono completamente identificabili, le emozioni possono giocare un ruolo decisivo.

Le emozioni, infatti, influenzano la percezione, l'attenzione, la memoria, il ragionamento, la creatività e le abilità.

Possono, pertanto, essere di ostacolo alla mediazione impedendo o, addirittura, interrompendo il processo di negoziazione, ma sono parimenti in grado di costituire un importante volano per la sua riuscita.

Saper riconoscere le emozioni delle parti nel percorso di mediazione può costituire un fattore vincente per il mediatore che ha sviluppato tale capacità.

Per esempio, una persona può avere un'espressione facciale arrabbiata, ma un controllo della postura del corpo rigida e con ciò dimostrare di non avere razionalizzato la propria emozione, ma di avere verso di essa un senso di negazione o repressione.

Viceversa, un soggetto può esprimere rabbia con la propria espressione facciale corruciata, con un atteggiamento minaccioso e un linguaggio forte, e in questo caso egli può non essere ancora consapevole dei suoi sentimenti, ma essere disposto a esprimerli.

Com'è evidente, leggere il comportamento di un'altra persona non è un compito affatto facile.

Robert Bolton, in merito, ha sviluppato una serie di orientamenti per l'interpretazione del linguaggio non verbale che possono offrire uno strumento operativo efficace.

Egli suggerisce di concentrare l'attenzione su alcuni punti particolarmente significativi di questo tipo di comunicazione, inserirli nel contesto generale, notare le incongruenze e confrontarli con le espressioni verbali⁸.

Per esempio se una persona urla le parole: «Io non sono arrabbiato» mentre appare rosso in faccia e sbatte una cartelletta, mostra una notevole differenza fra ciò che dice e quello che comunica con il suo corpo.

Quando, però, vi è una tale discrepanza tra le parole e il linguaggio del corpo utilizzati, entrambi i messaggi sono importanti.

Riprendendo l'esempio, infatti, se un individuo sbatte la cartelletta sul tavolo pur negando la sua rabbia, egli appare chiaramente in conflitto fra quello che vorrebbe e il fatto di sentirsi arrabbiato e molto probabilmente non è in grado di ammettere tale sentimento.

La capacità di comprendere queste dinamiche è ciò che rende il mediatore in grado di assistere al meglio le parti nella loro negoziazione.

Come si è in precedenza accennato, il mediatore, per il particolare ruolo che svolge, può trovarsi a doversi confrontare non solo con le emozioni delle parti, ma anche con le proprie⁹.

⁸ Robert Bolton, *People Skills: How to Assert Yourself, Listen to Others and Resolve Conflicts*, New York, Touchstone/Simon & Schuster, 1979 a p. 78.

⁹ Per maggiori approfondimenti su questo tema si rinvia al Paragrafo 8.5, *infra*.

È quindi importante che attivi una serie di strumenti che gli consentano di gestire al meglio questo aspetto e, ove ritenga di non riuscire a mantenere la giusta neutralità, rinunci all'incarico in linea con il codice etico della maggior parte degli organismi di mediazione.

Un buon metodo per tenere sotto controllo questa sfera è far appello alla cosiddetta consapevolezza emotiva¹⁰ intesa come la capacità di comprendere le proprie emozioni.

Ma come si fa a diventare consci delle proprie emozioni e di come nascono?

In primo luogo è necessario imparare a comprendere ciò che il corpo sta dicendo.

È chiaro che, in mediazione, si è così impegnati nel gestire il percorso da fare fatica a effettuare questa operazione, ma, come per molte delle tecniche necessarie per essere un buon mediatore, anche in questo caso (come, per esempio, anche per la capacità di attivare l'ascolto attivo) l'unica via è l'allenamento svolto a far ciò nella vita di tutti i giorni.

La consapevolezza porta a essere consci che le emozioni possono essere anche contagiose. Se una parte, durante gli incontri di mediazione, è tesa o ansiosa, ciò può generare un nervosismo anche negli altri che partecipano alla riunione e quindi, anche, nel mediatore.

Basti pensare, per indicare un altro esempio, a quanto possa essere coinvolgente la tristezza (che, magari, riguarda un fatto vissuto anche da chi ascolta).

Il mediatore deve sapere che un'emozione può anche essere causata da questa tendenza a vivere le emozioni di chi ci sta di fronte e ciò deve rendere, per chi svolge questa attività, ancor più importante la consapevolezza di essere in grado di affrontare le forti emozioni negative che possono presentarsi in una mediazione.

La consapevolezza emotiva di cui si è accennato deve servire al mediatore per riconoscere le ragioni delle proprie emozioni fin dall'insorgere delle stesse¹¹.

8.3 Le dinamiche evolutive

Si è più volte sottolineato come il conflitto sia una parte integrante della esistenza umana e come possa essere, in tutti i sensi, considerato un fenomeno che può essere studiato nelle sue componenti e nella sua evoluzione.

In questo ambito si inserisce l'approfondimento delle cause che conducono a registrare nei conflitti un mutamento nel tempo.

¹⁰ Sul tema un utile riferimento è Ingrid Smithey Fulmer, Bruce Barry, «The Smart Negotiator: Cognitive Ability and Emotional Intelligence in Negotiation», *International Journal of Conflict Management*, 15, 2004, pp. 245-272.

¹¹ Per un'analisi approfondita Delee Fromm, «Emotion in Negotiation», parte I, *The Negotiator Magazine*, May 23, 2011.

Chiunque riesaminando un conflitto vissuto può rilevare che esso non è statico, ma tende a cambiare nel tempo le sue caratteristiche.

Questo ha condotto Dahrendorf a identificare nel conflitto la presenza di due dimensioni: violenza e intensità¹².

Esse possono variare in maniera indipendente l'una dall'altra: vi possono, quindi essere conflitti ad alta intensità e basso grado di violenza e viceversa.

L'*escalation* del conflitto può considerarsi un incremento parallelo di intensità e violenza e in questa sua evoluzione esso è caratterizzato da diversi fattori.

In merito si possono seguire due chiavi di lettura opposte¹³.

Una prima ritiene questa *escalation* un fatto volontario che rimane sotto il controllo delle parti in conflitto e si basa sul concetto che a violazioni crescenti compiute da un soggetto rispondono reazioni crescenti da parte dell'altro.

Al contrario, vi è chi considera il crescere dell'intensità e della violenza come il frutto di elementi fuori dal controllo di chi vive il conflitto.

Esistono vari modelli interpretativi sulle dinamiche connesse all'*escalation* del conflitto. Fra queste merita segnalazione il modello proposto nel 1997 da Glasl, economista e consulente organizzativo con una specializzazione nella risoluzione dei conflitti. Secondo l'autore, in linea generale, è possibile stabilire che l'*escalation* è caratterizzata da diverse fasi aventi ognuna una soglia: quando una parte supera tale confine si genera un cambiamento nel conflitto.

Non vi è, però, un'automaticità nella evoluzione, perché vi sono conflitti che restano sempre nella stessa fase (in quanto le parti accettano di non superare il confine), ma se tale limite è superato si può giungere anche a un punto di non ritorno.

Proprio basandosi su questa idea, Glasl ha suddiviso l'evolversi del conflitto in tre livelli.

Nel primo, le parti in conflitto sono ancora nell'ottica negoziale e si pongono in una visione costruttiva (*win-win*); nella seconda vi sono un vincitore e un vinto (*win-lose*), mentre nella terza tutti i soggetti coinvolti nel conflitto sono destinati a perdere (*lose-lose*). Può essere interessante per un mediatore approfondire questo approccio.

Il primo livello (*win-win*) è caratterizzato da tre fasi:

- Fase 1: *Tensione*

Conflitto iniziale, occasionale determinato da differenza di opinioni con il generarsi di tensioni. Si collocano in questo livello tutti quei micro conflitti quotidiani che non vengono neppure notati. La tensione può crescere quando le opinioni iniziano ad assumere maggiore importanza.

¹² Si veda Ralf Dahrendorf, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford, Stanford University Press, 1959 (tr. it. *Classe e conflitto di classe nella società industriale*, Bari, Laterza, 1963).

¹³ Friedrich Glasl, *Konfliktmanagement*, Bern, Paul Haupt/Stuttgart, Freies Geistesleben, 1997.

- Fase 2: *Dibattito*

Le strategie di conflitto mirano a convincere l'altro della bontà delle proprie argomentazioni. La diversità di opinioni può condurre alla nascita della lite, soprattutto se una parte vuole prevalere sull'altra.

- Fase 3: *Atti invece di parole*

Una parte si comporta in modo da aumentare la pressione sull'altro, si interrompe la comunicazione e il conflitto si intensifica.

Secondo livello (*win-lose*) ha anch'esso tre fasi:

- Fase 4: *Coalizioni*

Dal momento che la parte si crede nel giusto cerca consensi da parte di coloro che sono vicino, denunciando il comportamento dell'altro.

Il conflitto viene così intensificato dal fatto che questo comportamento mira ad un'estensione del conflitto nell'ambiente circostante; la lite non riguarda più solo il motivo per cui è nata, ma si entra nella logica che l'altro è un avversario da vincere.

- Fase 5: *Affrontare la perdita*

La parte entra nell'ottica di dover a tutti i costi prevalere sull'altro, anche perché lo si accusa di essere venuto meno al rispetto di valori. Si ha paura di perdere la faccia. Si identifica l'altro con il problema. Vi è una totale perdita di fiducia, intesa come perdita di affidabilità morale.

- Fase 6: *Strategie di minaccia*

Con le minacce la parte in conflitto prova a controllare al meglio la situazione usando la tecnica del mostrare il proprio potere.

L'altro decide quanto la minaccia sia effettivamente realizzabile e si comporta di conseguenza.

Queste le tre fasi del terzo livello (*lose-lose*):

- Fase 7: *La distruzione limitata*

È il momento nel quale si passa dalle minacce alla violenza e il conflitto si sposta dalle percezioni alle azioni compiute dalle parti. In un primo momento, la violenza si limita a colpire la capacità coercitiva dell'altro e, quindi, vi possono essere atti di sabotaggio. Le parti mettono in conto di poter subire entrambe delle perdite, ma l'obiettivo diventa quello di infliggere danni all'avversario, considerato non più una persona, ma un ostacolo al soddisfacimento dei propri bisogni.

A partire da questo punto le parti modificano le proprie regole poiché si entra in una logica di «diritto alla guerra»¹⁴.

¹⁴ Come ben argomentato in Emanuele Arielli, Giovanni Scotto, *Conflitti e mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2003, p. 73.

- Fase 8: *Disintegrazione*

L'avversario deve essere rovinato con tutte le azioni possibili. Le parti cercano di distruggere a vicenda la base di consenso e di potere e la base di legittimazione dell'altro.

- Fase 9: *Insieme verso il baratro*

Le parti accelerano il processo di distruzione reciproca. Sono disposte a pagare qualsiasi prezzo pur di creare danno all'altro e in quest'ottica sono anche disponibili a giungere a forme di autodistruzione pur di provare la soddisfazione di far soffrire l'altro. È la fase più acuta del conflitto che si conclude con una perdita per tutti coloro che sono coinvolti.

Il mediatore deve saper riconoscere le fasi dell'*escalation* poiché è possibile, di contro, avviare processi di *de-escalation* e di soluzione dei conflitti.

È evidente che è molto più complesso avviare una fase di distensione via via che l'intensità e la violenza del conflitto salgono, ma esiste una serie di metodi per dare vita a una *de-escalation* del conflitto e ricondurre le parti a utilizzare una strategia *win-win*.

Nell'analisi della fase negoziale, *infra*, tali temi verranno affrontati con maggiore dettaglio.

8.4 La reazione dei soggetti in lite (gli stili di gestione)

Per una completa panoramica sulle dinamiche conflittuali risulta opportuno soffermarsi sull'approccio che le parti in lite tendono ad assumere durante il conflitto.

La gestione dei conflitti viene intesa come lo sviluppo di strategie volte a limitare i suoi aspetti negativi o ad aumentarne gli sviluppi positivi.

Nel secolo scorso molti studiosi hanno approfondito queste tematiche, seguendo varie analisi sui comportamenti¹⁵.

In particolare pare interessante riepilogare quanto sostenuto da Rahim¹⁶, il quale ha creato un metamodello per gli stili di conflitto sulla base di due dimensioni: la preoccupazione per sé e la preoccupazione per l'altro.

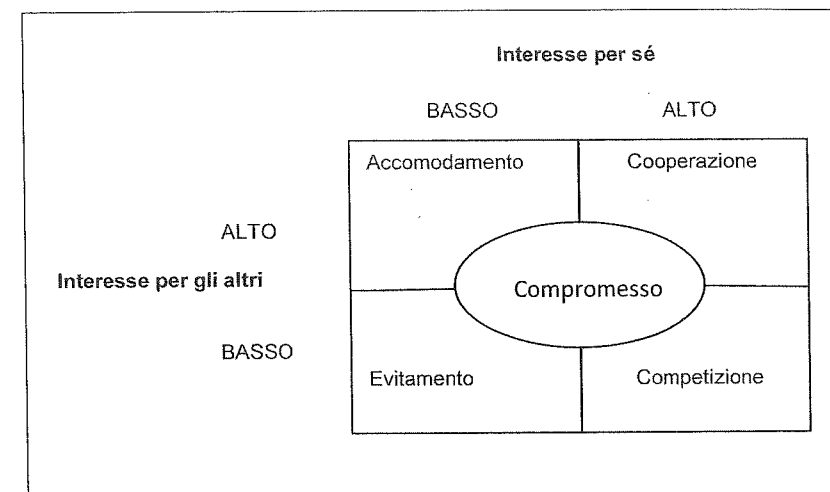
A seconda del rapporto esistente fra queste due dimensioni, egli evidenzia cinque stili di gestione: la competizione, l'evitamento, l'accomodamento, il compromesso e la cooperazione secondo il diagramma riportato in Figura 8.1.

Di seguito si delineano gli aspetti caratterizzanti degli stili negoziali identificati nella Figura 8.1, in quanto di interesse per l'esercizio dell'attività del mediatore.

¹⁵ In particolare si vedano a cura di Pauline Graham (a cura di), *Mary Parker Follett, Prophet of Management. A celebration of Writings from 1920s*, Beard Books, 1995; Robert R. Blake e Jane S. Mouton, «Designing Change for Educational Institutions through the D/D Matrix», *Education and Urban Society*, n. 6, 1974.

¹⁶ Dr. Afzal Rahim, Professore di Management alla Western Kentucky University, Bowling Green, KY 42103, USA.

Figura 8.1 Stili di conflitto secondo Afzal Rahim



Competizione (win-lose)

In questo approccio la parte tende a porre il proprio interesse in primo piano anche a scapito dell'altro.

Vi è, di conseguenza un comportamento volto a prevalere nel quale non si tengono in alcun conto i bisogni e gli interessi della controparte.

Questo tipo di stile è, spesso, riscontrabile nelle persone la cui leadership è basata su modelli autoritari nei quali si ricerca solo l'acquiescenza dei subordinati.

Quest'approccio viene, di solito, utilizzato quando si è sicuri di essere il più forte non vi è alcun interesse a mantenere a lungo il rapporto con l'altro, del quale non si teme il desiderio di rivalsa.

Un leone può essere il simbolo di questo stile competitivo poiché questo animale usa il ruggito per soddisfare i propri interessi¹⁷. Ove questo non basta, se ha fame o deve procurare il cibo alla propria famiglia, il leone tenderà a utilizzare la sua forza e il suo ruggito per ottenere il cibo. Tuttavia lo stesso leone sceglie uno stile più accomodante e volto alla sopportazione quando gioca con il suo cucciolo.

¹⁷ Esempi tratti da Terence Wheeler, *Choosing a Conflict Management Style*, sul sito dell'Ohio Commission on Dispute Resolution and Conflict Management, 1995.

Evitamento (lose-lose)

È lo stile chi abbandona il conflitto o rifugge dalle responsabilità che da esso conseguono attraverso meccanismi di estraniamento.

Si posticipa il problema o, semplicemente, ci si allontana per un breve periodo nella consapevolezza che affrontarlo in quello specifico momento può far risultare perdenti (la classica frase: «Ne parliamo stasera»). Nei casi più estremi si può arrivare a negare l'esistenza stessa del conflitto o della necessità di arrivare a una soluzione.

Questo stile è tipico delle persone che non si sentono pronte ad affrontare il conflitto oppure che ritengono che il rinvio le possa far vincere. È pure possibile che costoro pensino così di innervosire la controparte o, ancora, ritengano che «la posta in palio non valga la partita».

Un animale che potrebbe rappresentare questo approccio è la tartaruga che, quando percepisce una minaccia, si richiude nel suo guscio allontanandosi dagli altri.

Accomodamento (lose-win)

In questo stile una parte tenta di minimizzare le differenze per soddisfare appieno le aspettative dell'altro.

È una strategia generata da una visione estrema dell'obbedienza all'autorità e sembra improntata alla massima generosità in un'ottica quasi sacrificale dei propri interessi.

Viene in prevalenza adottata, per esempio, quando pare che non vi siano alternative all'accordo oppure se si vogliono porre le condizioni per essere ricambiato o ancora se non si vuole perdere tempo e si antepone il rapporto al risultato (nella vita quotidiana, normalmente, si effettua una scelta fra i conflitti che meritano di essere gestiti e quelli nei quali conviene cedere).

Sempre per creare delle analogie visive, l'animale che può essere il simbolo di questo stile è il camaleonte, che cambia il proprio colore per renderlo uguale a quello dell'ambiente.

Compromesso (win-lose)

È il tipico comportamento di quelle persone che sono nell'ottica del «meglio poco che niente» e che nella negoziazione vogliono vedere soddisfatti almeno alcuni bisogni anche se non tutti.

In quest'ottica si è disponibili ad effettuare concessioni sulle posizioni iniziali senza una modifica dell'area negoziale.

Questo approccio è, solitamente, adottato quando si percepisce che anche l'interlocutore ha una forza contrattuale simile alla propria o se, per esempio, vi è poco tempo per negoziare.

È tipica dello stile utilizzato nelle transazioni commerciali dove il punto di incontro è basato su reciproche concessioni (Tizio vuole uno sconto del 10%, Caio non vuole dapprima effettuarlo e poi i due si accordano sul 5%).

Una zebra può essere il simbolo di questo stile negoziale, poiché il suo manto sembra indicare che non è importante se essa fosse in origine un cavallo nero o bianco: avendo deciso di «dividere la differenza» ha scelto di diventare a strisce.

Cooperazione (win-win)

È la scelta di chi vuole tener conto anche dell'esigenze dell'altro. Per far ciò, si pone molta attenzione ai bisogni e agli interessi in gioco in una visione unica, quasi solistica, del conflitto. È uno stile che si tende a privilegiare quando entrambe le parti hanno la medesima forza contrattuale e tutte vogliono vedere soddisfatti i propri bisogni.

È anche la scelta privilegiata quando la relazione con l'altro risulta importante.

Due soci che vogliono continuare a gestire insieme la propria azienda saranno più portati a cercare soluzioni condivise rispetto a chi non ha nessun interesse a salvaguardare il rapporto.

L'animale che meglio può rappresentare questo stile è il delfino. Fra questi animali la comunicazione è molto alta e vi è una ricerca di soluzioni che siano di supporto al gruppo.

In conclusione, ognuno ha uno stile di negoziazione preferito, ma poi questo, per un'efficiente gestione della lite, dovrebbe essere adattato in relazione alla tipologia del conflitto ai bisogni e agli interessi in gioco.

Molto spesso, però, le parti fanno fatica ad adottare un approccio diverso da quello a cui sono abituati; il mediatore, allora, può essere di aiuto ai soggetti coinvolti affinché adottino uno stile differente dal proprio.

8.5 Il mediatore e il conflitto

di Claudia Mezzabotta

Il mediatore, nello svolgimento delle sue funzioni, si trova nella necessità di trattare con i problemi delle persone, vale a dire di esseri fondamentalmente caratterizzati da incertezza esistenziale¹⁸. Chiunque nel corso della propria vita deve convivere con questo stato perenne di incertezza, spesso escogitando metodi e tecniche per tentare di controllare se stessi e l'universo in cui vive, per mettere a tacere la paura che sempre ne deriva.

Per questo, quando ci si trova di fronte a un conflitto, sia come parte in causa,

¹⁸ Tiziana Fragomeni, *op cit.*, p. 205.

sia come mediatori, il desiderio di «tenere sotto controllo» le proprie reazioni e le reazioni altrui porta gli individui a irrigidirsi sulle proprie idee, a considerare che i problemi derivano da qualcuno o qualcosa che sta fuori di noi, trascurando in tal modo di analizzare quanto del conflitto, in realtà possa derivare da noi stessi e dalle nostre stesse contraddizioni, dal nostro modo di porci in contrapposizione con il mondo che ci circonda, senza considerare che noi tutti siamo parte integrante di quel mondo, non una monade isolata dal contesto.

Il controllo sull'ambiente e sulle persone che ci circondano deriva pertanto, normalmente, dal nostro desiderio di arginare le paure e le incertezze che sempre ci attanagliano, in quanto esseri umani senzienti, ma anche, per nostra natura, «limitati».

L'istinto «semplificativo e difensivo» di controllare quanto accade intorno a noi porta ciascuno a considerare il conflitto come il risultato logico di determinate cause, seguendo un ragionamento di tipo «lineare», consequenziale, aristotelico. Se, in altri termini, riteniamo che il conflitto sia stato generato da precise cause, siamo portati a ragionare indagando quanto accaduto nel passato, per ricercare appunto tali cause.

La logica lineare, nondimeno, pur sembrando più «semplice», non sempre è la più adatta per il mediatore, che ha lo scopo di facilitare la negoziazione tra le parti in lite. Risolvere un conflitto, per il mediatore, non significa andare alla ricerca delle cause che, nel passato, hanno generato la controversia attuale, ma vuol dire aiutare le parti a trovare una soluzione che guardi al futuro, che permetta di cambiare la situazione attuale in senso migliorativo per entrambe d'ora in avanti.

Per «spezzare le catene» che imprigionano le parti nel loro conflitto attuale, nel tentativo di addossarsi reciprocamente le colpe delle cause che, nel passato, lo hanno generato, il mediatore ha bisogno, pertanto, di agire nella consapevolezza che la realtà del mondo non è disgiunta dalla realtà interiore degli individui e che tutto si muove in una logica circolare, in base alla quale non esistono cause ed effetti, ma solo azioni e reazioni che si autoalimentano, in modo tale da determinare e condeterminare simultaneamente i comportamenti delle parti.

Non esiste, pertanto un numero finito di fattori che, essendosi manifestati nel passato, scatenano il conflitto tra le parti nel momento presente, ma piuttosto una molteplicità di elementi che agiscono allo stesso tempo e si alimentano a vicenda nel presente.

Se si analizza un conflitto tramite una logica di causalità lineare, poiché Tizio ritiene di avere ragione e pensa che Caio abbia torto, mentre Caio sostiene di avere ragione e pensa che Tizio abbia torto, si va alla ricerca dei torti e delle ragioni, cercando di individuare la parte più forte e la più debole e attribuire a una sola di esse, e in modo inequivocabile, la ragione, anche in punto di diritto.

Il mediatore, invece, deve considerare che il conflitto rappresenta «un fatto

umano inevitabile»¹⁹. E che esso non è governato da una logica lineare, ma da un processo di causalità circolare, con molteplici fattori che agiscono simultaneamente e che si influenzano a vicenda. Il conflitto vede i protagonisti agire in maniera tale per cui il comportamento di una parte influenza quello dell'altra e viceversa: per affrontarlo, esistono pertanto molti modi diversi e non necessariamente «lineari».

La rigidità con cui le parti in conflitto in genere affrontano il proprio problema fa parte anch'essa del desiderio di ciascuna di semplificare la propria realtà e di difendersi dalle proprie paure e incertezze. Mediare non significa «forzare» tale rigidità, imponendo, per esempio una «soluzione dall'alto», ancorché questa possa apparire al mediatore la più razionale ed equa secondo una logica di causalità lineare, ma vuol dire aiutare le parti a trovare la soluzione autonomamente, instillando nel processo circolare che ne regola i reciproci comportamenti uno stimolo al cambiamento, che, considerato il meccanismo di auto alimentazione delle azioni e reazioni delle parti stesse, si trasmetta all'intero processo e, pertanto, permetta di individuare la soluzione più soddisfacente per entrambi.

Non gioverebbe molto alla buona riuscita della mediazione, a nostro avviso, se fosse il mediatore a inserirsi nel conflitto tra le parti in maniera «autoritaria», imponendo una soluzione, perché essa potrebbe verosimilmente cozzare proprio contro la rigidità che le parti portano con sé nel loro conflitto, contro la loro resistenza al cambiamento. Ogni sistema di relazioni, ancorché disfunzionale per le parti, tende, infatti, all'equilibrio, per un principio di omeostasi comune a qualunque tipologia di rapporti tra persone: tentare di imporre dall'alto un cambiamento a tale equilibrio potrebbe pertanto scatenare una reazione di ostilità da parte di una o di entrambe le parti. Ostilità che il mediatore può vincere aggirando la loro resistenza, assecondando le loro azioni, non invece opponendosi a essa in modo «violento» e autoritario.

Il mediatore, per aggirare la resistenza al cambiamento che le parti naturalmente sviluppano nel corso di un conflitto, deve sviluppare la propria capacità empatica nei confronti delle stesse, superando le proprie rigidità valutative e i propri pregiudizi, che lo influenzano nelle sue percezioni e nei suoi comportamenti nei confronti delle parti stesse. Essere empatici significa essere capaci di entrare in consonanza con l'altro, di ascoltare l'altro in modo attivo e di usare sapientemente l'«arte della domanda», entrando in comunicazione con chi ci sta di fronte in modo efficace²⁰.

Per il mediatore, nello svolgimento delle sue funzioni, è fondamentale utilizzare la propria empatia per entrare in consonanza con le parti, ma anche per permettere a ciascuna di esse di sviluppare empatia per la propria controparte.

¹⁹ Ivi, p. 129.

²⁰ Si veda il Capitolo 10, *infra*.

L'empatia rappresenta lo strumento più potente in mano al mediatore per poter instillare nel processo circolare che regola i rapporti tra le parti in conflitto il «germe del cambiamento», tramite un'indagine sui reali interessi esistenti tra esse, che vanno ben oltre le mere posizioni che queste assumono quando entrano in mediazione.

Infatti, si può ben dire che il conflitto è sicuramente il punto più importante che le parti in lite hanno in comune, all'inizio del procedimento di mediazione. È compito del mediatore neutralizzare la resistenza delle parti al cambiamento, facendo loro comprendere come esse, nella realtà delle cose, non siano «nemiche» tra loro, ma «compagne» nella lotta contro il «problema comune».

Maggiore è la capacità del mediatore di oggettivizzare il problema rispetto alle parti protagoniste del conflitto, maggiore è la probabilità che queste possano giungere a una soluzione condivisa. Il mediatore, pertanto, per esempio tramite la parafrasi, riformulando con altre parole ciò che le parti vanno dicendo durante le sessioni di mediazione, può da un lato dimostrare loro di ascoltare attentamente e attivamente quanto detto, mentre, dall'altro lato, egli può spogliare quanto esse hanno detto di tutti gli elementi di astio, di parzialità, di rabbia, di ostilità che possono essere emersi durante le sessioni.

Oggettivizzare il problema tramite la parafrasi significa, come si vedrà nel dettaglio successivamente, ripetere quanto le parti hanno appena detto solo per quanto concerne le informazioni oggettive e oggettivabili che esse hanno fornite, distinguendole dalle manifestazioni verbali e non verbali, cariche di emotività, che ciascuna di esse ha espresso al contempo²¹.

Tramite l'oggettivizzazione del problema, il mediatore sposta l'attenzione delle parti da se stesse al problema stesso, che appare ora esterno, di fronte a entrambe, così che esse possano trovare il modo di «attaccarlo» insieme per risolverlo insieme.

Al contempo, il meccanismo posto in essere dal mediatore per oggettivizzare il problema delle parti non può prescindere dal permettere a queste di esprimere liberamente le proprie emozioni. «Ripulire» il problema dalle emozioni, anche violente, di cui le parti lo rivestono istintivamente, significa per il mediatore fare in modo che esse, innanzi tutto, vengano a galla. Il mediatore, per fare questo, deve essere in grado, pertanto, di «accogliere le emozioni negative» delle parti, e di lasciarle fluire, senza sopprimerle o, peggio, ignorarle²². Solo l'emersione delle emozioni negative delle parti può permettere al mediatore di analizzare gli interessi e i bisogni delle stesse, su cui si basa il conflitto, e aiutarle verso una soluzione condivisa del conflitto oggettivo.

²¹ Si veda il Capitolo 10, *infra*.

²² Maria Martello, «Il mediatore di fronte al conflitto», in Cesare Vaccà, Maria Martello, *La mediazione delle controversie*, Milano, Ipsos Wolters Kluwer, 2010, p. 234.

È fuor di dubbio che, per il mediatore, essere empatico non debba significare lasciarsi coinvolgere emotivamente nel problema delle parti, tanto da lasciarsene sopraffare. Un coinvolgimento emotivo del mediatore, che vada oltre la sua fisiologica e auspicabile abilità nell'immedesimarsi nel punto di vista di ciascuna delle parti, non giova certo alla buona riuscita della sua opera.

Un conto è, infatti, la capacità di esaminare i punti di vista delle parti in conflitto entrando in consonanza con il loro modo di vedere il problema e di percepire la realtà, un altro conto è invece la possibilità che, a causa di un coinvolgimento non equilibrato e strumentale alla risoluzione della controversia, il mediatore si senta soverchiato dal conflitto stesso, perdendone così la capacità di governarlo.

Il rischio che il mediatore possa essere sopraffatto dal conflitto in atto tra le parti sarà maggiore nel caso in cui egli abbia già vissuto nella propria vita privata una situazione analoga a quella che si dipana davanti ai suoi occhi in mediazione, o la stia vivendo in quel momento.

La possibilità che in questi casi estremi il mediatore non sia in grado di gestire il conflitto in atto o che perda la propria neutralità e imparzialità diventa, allora, tangibile. Per evitare che ciò accada, egli dovrebbe prendere in considerazione l'idea di rinunciare al proprio incarico, al fine di garantire la massima imparzialità del procedimento, così come richiesto dalle norme deontologiche della professione e dalla legge.

È evidente pertanto come il mediatore possa essere influenzato, nello svolgimento del proprio ruolo, sia dalle emozioni delle parti, sia dalle proprie, mentre ascolta quanto viene detto e osserva quanto viene fatto durante le sessioni congiunte e separate del procedimento di mediazione.

La sua preparazione professionale implica pertanto, per essere efficace, una solida base di consapevolezza delle proprie emozioni, prima ancora che di quelle altrui. Questa «conoscenza di sé» diventa indispensabile, per il mediatore, per la corretta gestione delle proprie reazioni, anche fisiche, al conflitto in atto, così da poter guidare le parti verso la soluzione, facilitando il cambiamento all'interno della situazione di equilibrio disfunzionale che esso ha prodotto.

Essere consapevoli delle proprie emozioni significa anche, per il mediatore, sapersi «auto-regolare», vale a dire saper porre in essere tutte quelle strategie che ne permettono una gestione efficace. Diversamente, il mediatore non sarà in grado di gestire neanche le emozioni delle parti in conflitto, lasciandosene sopraffare.

La consapevolezza e la gestione delle proprie emozioni, come poc'anzi accennato, includono anche la conoscenza e la gestione del proprio linguaggio corporeo. Così come il mediatore deve imparare a interpretare il linguaggio del corpo delle parti in conflitto, in modo da entrare empaticamente in consonanza con loro e da vedere il conflitto attraverso i loro stessi occhi, egli deve anche imparare a gestire efficacemente il proprio linguaggio del corpo, nella consapevolezza che

i suoi gesti e i suoi comportamenti durante la mediazione sono immediatamente percepiti e interpretati dalle parti²³.

È evidente, infatti, come possa essere difficile convincere le parti della propria imparzialità e neutralità nel conflitto se il mediatore si mostra più sorridente e mantiene una postura palesemente più «aperta» nei confronti della parte con la quale egli si sente più affine, indipendentemente da quanto egli andrà dicendo, durante le sessioni, a entrambe. In altri termini, non sarà facile «dire a parole» che si è neutrali, mentre con il proprio linguaggio paraverbale o non verbale si sta «mostrando» tutt'altro agli interlocutori.

Le conseguenze di un possibile «scollamento» tra il linguaggio verbale e quello paraverbale e non verbale del mediatore durante le sessioni di mediazione possono avere, a nostro avviso, conseguenze anche assai negative. Qualora il mediatore fallisse nel convincere le parti della propria imparzialità, le probabilità che esse possano continuare ad affidarsi a lui come testimone e facilitatore delle proprie negoziazioni si approssimerebbe, infatti, rapidamente allo zero.

L'opera del mediatore sarà pertanto tanto più qualificata ed efficace, quanto più egli sarà in grado, con la sua intelligenza emotiva, di comprendere le emozioni proprie e altrui, di gestire il proprio linguaggio verbale, paraverbale e non verbale in modo da rendere accettabili le eventuali manifestazioni dei normali sentimenti di rabbia, frustrazione e delusione che egli stesso potrebbe provare durante la mediazione, specialmente nei casi in cui le cose non stiano andando nel senso da lui auspicato.

È la sua intelligenza emotiva a permettergli di agire con empatia nei confronti delle parti, auto-controllando le proprie emozioni e facendosi al contempo carico delle emozioni delle parti stesse, quasi sempre negative in questi casi, accogliendole con generosità, ma anche con rispetto e imparzialità.

E infine, il mediatore non può prescindere, nello svolgimento della sua professione, dal possedere una propria capacità di auto-motivazione. Le sollecitazioni emotive e fisiche a cui egli si sottopone durante le sessioni di mediazione possono essere notevoli e per certo non tutti i tentativi di conciliazione a cui egli sarà chiamato a partecipare andranno a buon fine.

La sua capacità nel restare motivato nonostante l'esito negativo delle negoziazioni a cui assiste, malgrado i momenti di crisi e frustrazione che possono assalirlo durante e dopo le sessioni di mediazione, le difficoltà a comprendere i reali interessi delle parti e a far comprendere alle parti i reali interessi reciproci in modo da trovare una soluzione al comune problema, sono e restano, infatti, il cardine su cui si impernia il suo lavoro.

²³ Maria Martello, *op. cit.*, pp. 235-238.

Le strategie di negoziazione

di Patrizia Riva

9

SOMMARIO

- 9.1** Premessa
- 9.2** La negoziazione quale elemento portante di una nuova «cultura» o «abitudine etica ereditaria»
- 9.3** Le logiche di negoziazione
 - 9.3.1** Negoziazione sulla posizione o negoziazione distributiva
 - 9.3.2** Negoziazione sugli interessi o negoziazione cooperativa
- 9.4** Le fasi della mediazione
 - 9.4.1** Fase pre-negoziale
 - 9.4.2** Fase esplorativa e negoziale in senso proprio
 - 9.4.3** Fase dell'accordo
 - 9.4.4** Fase post-negoziale
- 9.5** La tecnica del BATNA e del WATNA quale modalità per misurare il potere contrattuale delle parti

9.1 Premessa

Ci si propone in questo capitolo di affrontare il tema delle strategie di negoziazione. In primo luogo si richiama e si enfatizza la valenza positiva sia in termini economici sia in termini sociali che assume la diffusione delle capacità di trovare soluzioni concordate dei conflitti mediante un migliore e più consapevole utilizzo delle tecniche negoziali. Sono, quindi, descritti gli stili con cui la medesima può essere condotta che dipendono direttamente dalla disponibilità delle parti e quindi indirettamente dal grado di fiducia che i soggetti coinvolti pongono nello strumento della mediazione e nella possibilità di giungere tramite il medesimo ad una conclusione soddisfacente della propria disputa. Sono, poi, individuate coerentemente con la dottrina maggioritaria nazionale le principali fasi logico/temporali in cui è scomponibile e si sviluppa generalmente una mediazione. Infine è svolto un approfondimento sul tema della definizione delle aree negoziali e quindi sulla tecnica del cosiddetto BATNA e WATNA ossia *Best Alternative To a Negotiated Agreement* e *Worst Alternative To a Negotiated Agreement*.

9.2 La negoziazione quale elemento portante di una nuova «cultura» o «abitudine etica ereditaria»

Si è sostenuto che le strategie di negoziazione oggetto del presente capitolo, e più in generale la mediazione in sé, quale modalità per il superamento delle crisi rappresentino sia a livello sociale sia a livello individuale una opportunità per la riduzione delle inefficienze del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie. L'introduzione nell'ordinamento della mediazione obbligatoria in un importante numero di materie, oggetto di attenta analisi e descrizione nei precedenti capitoli, potrebbe altresì rappresentare, qualora sperimentato, condiviso e compreso il primo gradino di un percorso difficile verso un nuovo e importante sviluppo culturale. La diffusione della conoscenza delle strategie di negoziazione, considerate in via diretta come strumenti possibili per la gestione delle crisi relazionali e dei dissidi quotidiani e in via indiretta come modalità strutturate per la gestione assistita – tramite gli organismi di mediazione – dei percorsi di soluzione residuale delle dispute rimaste irrisolte, potrebbe portare nel medio/lungo periodo ad un miglioramento della capacità dei singoli individui di affrontare le proprie situazioni di conflitto senza delegarne la soluzione a terzi.

Pare a chi scrive che valga la pena di soffermarsi su quest'ultimo argomento, richiamando le parole di un noto e autorevole politologo anglosassone contemporaneo¹ che ha enfatizzato il ruolo delle virtù sociali e in particolare della fiducia

¹ Si fa riferimento a Francis Fukuyama, politologo statunitense contemporaneo che nei suoi scritti studia le differenti società chiedendosi quali siano le caratteristiche che determineranno il successo futuro di una nazione e di una economia al fine di individuare gli indicatori di una previsione in merito il

tra le persone nella creazione del benessere e della prosperità sociale. L'autore evidenzia che le persone che non si fidano l'una dell'altra riescono a cooperare soltanto sotto un sistema di regole e di disposizioni formali, che devono essere negoziate, approvate e applicate, a volte con mezzi coercitivi. Questo apparato giuridico, che funge da sostituto della fiducia, comporta quelli che notissimi economisti² hanno chiamato «costi di transazione». In altre parole, la sfiducia diffusa all'interno di una società impone una sorta di tassa su tutte le forme di attività economica, una tassa che le società ad alta fiducia non devono pagare³.

La riforma della mediazione del 2010, ponendo al centro le persone e proponendo percorsi utili anzi nella maggior parte dei casi indispensabili per riavvicinare le persone, pare proprio rappresentare il tentativo di spostare il baricentro della situazione nazionale da un polo verso l'altro nell'ambito del continuum delineato dall'autore che vede agli antipodi le società della sfiducia e della contrapposizione e le società della fiducia e della cooperazione.

più possibile attendibile. Nel celebre testo *Fiducia* l'autore evidenzia che: «Le abitudini che sono alla base delle culture hanno (...) a che fare (...) con i codici etici per mezzo dei quali le società regolano i comportamenti – quello che Nietzsche ha chiamato il linguaggio del bene e del male di un popolo. A dispetto della loro varietà tutte le culture cercano di irreggimentare il rozzo egoismo della natura umana stabilendo regole morali non scritte. Benché sia possibile formulare un codice etico in base a una serie di scelte motivate razionalmente dopo aver compiuto un raffronto con le alternative disponibili, la maggior parte delle persone nel mondo intero non procede in questo modo. Esse vengono educate invece a seguire le regole morali della loro società per il fatto di essersi semplicemente abituate – nella vita in famiglia, dai loro amici e vicini, oppure a scuola. Non vi sono dubbi che gli esseri umani, come dicono gli economisti siano fondamentalmente egoisti e ricerchino in modo razionale i loro egoistici interessi. Ma hanno anche una componente morale grazie alla quale sentono dei doveri verso gli altri, una componente che frequentemente viene confusa con i loro istinti egoistici. Come la stessa parola cultura suggerisce, le regole culturali maggiormente sviluppate, alle quali e persone improntano la propria vita, sono alimentate dalla ripetizione dalla tradizione e dall'esempio. Queste regole possono riflettere una più profonda razionalità in funzione dell'adattamento, possono servire fini razionali in prospettiva economica e nel caso di pochi individui possono essere il prodotto di consenso razionale. Ma sono trasmesse da una generazione all'altra come abitudini sociali. Queste abitudini a loro volta fanno sì che gli esseri umani non si comportino mai come i massimizzatori puramente egoistici della propria utilità descritti nei postulati degli economisti». Francis Fukuyama, *Fiducia. Come le virtù sociali contribuiscono alla creazione della prosperità*, Milano, Rizzoli, 1995.

² Il riferimento immediato è al modello di Oliver E. Williamson, «Transaction Cost Economics and Organizational Theory», in Neal J. Smelser, Richard Swedberg (a cura di), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton, Princeton University Press, 1994, pp. 77-107. Altri autori affrontano il tema sia pure con il differente approccio delle teorie dell'agenzia. Ci si riferisce in particolare al noto contributo di Alchian e Demsetz nonché a quello di Jensen e Meckling. Armen A. Alchian, Harold Demsetz, «Costi di informazione e costi di controllo dell'elusione», in Raoul C.D. Nacamura, Andrea Rugiadini, *Organizzazione e Mercato*, Bologna, Il Mulino, 1985; Michael C. Jensen, William H. Meckling, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, 3, 1976.

³ Francis Fukuyama, *op. cit.*, p. 42.

Sempre con l'autore sopra richiamato, si può affermare che il capitale sociale, risultato della fiducia ed elemento decisivo per la salute di una economia, cresce da radici culturali. A prima vista sembra paradossale che la cultura abbia una relazione con l'efficienza economica dato che, in se stessa e nel modo in cui viene trasmessa, la cultura è totalmente a-razionale. La cultura è stata definita dagli antropologi culturali e dai sociologi come «una struttura di significati trasmessa storicamente, incarnati in simboli, un sistema di concezioni ereditate espresse in forme simboliche, per mezzo di cui gli uomini comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza e i loro atteggiamenti verso la vita» o ancora e più sinteticamente come «un'abitudine etica ereditata».

In questo senso la cultura può forse essere più facilmente compresa in termini negativi. Non è la scelta razionale quale è usata dagli economisti nel loro modello fondamentale, in cui gli esseri umani sono considerati massimizzatori razionali della propria utilità. Per scelta razionale si intende in primo luogo una scelta di mezzi razionali piuttosto che fini razionali ossia la valutazione di modi alternativi per raggiungere un fine particolare e la scelta di quello ottimale sulla base dell'informazione disponibile.

Le scelte influenzate dalla cultura derivano dall'abitudine. Un cinese mangia con i bastoncini non perché li ha confrontati con il coltello e la forchetta occidentali e li ha trovati più adatti per il proprio cibo, ma semplicemente perché sono gli strumenti caratteristici che usano tutti i cinesi. Le abitudini che sono alla base delle culture hanno a che fare con i codici etici per mezzo dei quali le società regolano i comportamenti – quello che Nietzsche ha chiamato «il linguaggio del bene e del male» di un popolo⁴.

Pare a chi scrive che le strategie di negoziazione non possano essere ancora

⁴ «A dispetto della loro varietà tutte le culture cercano di irreggimentare il rozzo egoismo della natura umana stabilendo regole morali non scritte. Benché sia possibile formulare un codice etico in base a una serie di scelte motivate razionalmente dopo aver compiuto un raffronto con le alternative disponibili, la maggior parte delle persone nel mondo intero non procede in questo modo. Esse vengono educate invece a seguire le regole morali della loro società per il fatto di essersi semplicemente abituate nella vita in famiglia, dai loro amici e vicini, oppure a scuola. Non vi sono dubbi che gli esseri umani, come dicono gli economisti siano fondamentalmente egoisti e ricerchino in modo razionale i loro egoistici interessi. Ma hanno anche una componente morale grazie alla quale sentono dei doveri verso gli altri, una componente che frequentemente viene confusa con i loro istinti egoistici. Come la stessa parola cultura suggerisce, le regole culturali maggiormente sviluppate, alle quali le persone improntano la propria vita, sono alimentate dalla ripetizione dalla tradizione e dall'esempio. Queste regole possono riflettere una più profonda razionalità in funzione dell'adattamento, possono servire fini razionali in prospettiva economica e nel caso di pochi individui possono essere il prodotto di consenso razionale. Ma sono trasmesse da una generazione all'altra come abitudini sociali. Queste abitudini a loro volta fanno sì che gli esseri umani non si comportino mai come i massimizzatori puramente egoistici della propria utilità descritti nei postulati degli economisti». Ivi, p. 57.

considerate in questo momento storico parte integrante della nostra cultura nazionale, ossia del nostro bagaglio di «abitudini etiche ereditate». Ne è prova il fatto che la stessa previsione dell'obbligatorietà della mediazione sia stata duramente osteggiata dalle categorie professionali che operano nel campo del contenzioso, in particolare, degli appartenenti alla categoria forense⁵.

Ciò non toglie che l'introduzione decisa delle stesse nell'ordinamento sia destinata, anche in considerazione del livello di legittimazione istituzionale di cui la medesima è stata recentemente investita, ad introdurre una vera e propria rivoluzione degli approcci e dei comportamenti non rimanendo solamente un isolato fatto formale. In proposito giova ricordare che sull'istituto ha avuto modo di esprimersi il Primo Presidente della Corte di Cassazione, Ernesto Lupo, il quale, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011, dopo avere enfatizzato la necessità di strumenti deflattivi della domanda di procedimenti giudiziari⁶ e avere definito «meritevole di consenso» l'iniziativa governativa della mediazione realizzatasi con il d.lgs. 28/10, ha affermato che «uno dei pilastri su cui si fonda è la previsione dell'obbligatorietà della mediazione per chi intenda introdurre una controversia rientrando tra quelle previste dalla legge»⁷.

9.3 Le logiche di negoziazione⁸

Per comprendere quali possano essere le logiche ossia gli approcci alla negoziazione è necessario riflettere in primo luogo sul fatto che il conflitto è «fatto umano

⁵ In particolare pare essere temuta una riduzione del carico delle cause civili che arrivano in Tribunale con conseguente depauperamento della domanda di servizi legali. Parrebbe così auspicata la cancellazione dell'obbligatorietà della mediazione civile insieme o in alternativa un maggior coinvolgimento degli avvocati nel procedimento in quanto categoria professionale maggiormente competente in materia giuridica.

⁶ In proposito si legge nella Relazione che: «(...) non si può ignorare un'anomalia che ci caratterizza rispetto ad altri paesi: l'elevatissimo e crescente numero di avvocati. Secondo il rapporto della Commissione europea per l'efficacia della giustizia del Consiglio d'Europa dell'anno 2010, il rapporto giudici/avvocati, nel 2008, era in Italia di 32,4 avvocati per ogni giudice, in Francia di 8,2 e in Inghilterra di 5. Anche nel rapporto avvocati/abitanti, l'Italia surclassa la Francia con 332 avvocati per 100.000 abitanti, contro 75,8 della Francia. Se, in generale, in un libero mercato di servizi, la moltiplicazione del numero degli operatori costituisce un dato positivo, nel settore specifico della giurisdizione occorre verificare se la sovrabbondanza di avvocati sia funzionale a soddisfare le esigenze di giustizia dei cittadini, o non costituisca, a sua volta, fonte di un eccesso di domanda di giustizia non più rispondente a tali esigenze». Ernesto Lupo, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2010. Linee di fondo*, Roma, 28 gennaio 2011.

⁷ Il testo dell'intervento è disponibile sul sito <http://www.unionenazionalecamerecivili.it>.

⁸ Si veda anche Patrizia Riva, «Le logiche di negoziazione», in Astorina M.R., Mezzabotta C. (a cura di), *La mediazione civile. Le tecniche di gestione dei conflitti*, Quaderno SAF n. 36, Milano, Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano, 2011.

inevitabile»⁹. La negoziazione pertanto da un lato non nega il conflitto e dall'altro rappresenta il tentativo di gestirlo tramutando lo «scontro» sfociato nella lite in un «incontro» e cristallizzando l'esito della negoziazione in un accordo soddisfacente perché condiviso e pertanto risolutivo¹⁰. Si tratta di una sfida complessa che presuppone un percorso di avvicinamento e di condivisione tra volontà inizialmente lontane e contrapposte.

Elemento fondamentale per la negoziazione sono la ricerca e la ri-costruzione di un canale di comunicazione tra le parti. Ciò comporta un importante e faticoso lavoro di esplorazione che presuppone la disponibilità – non scontata – delle parti a mettersi in gioco e la capacità del mediatore di accompagnarli in questo impegnativo percorso¹¹. È stato autorevolmente sottolineato in merito come la mediazione possa essere rappresentata visivamente come un laborioso «ago che cuce» e come la parola negoziato sia ricollegabile etimologicamente al concetto di *nec otium*,

⁹ Rinviano ai capitoli precedenti per tutti gli opportuni approfondimenti, basta in questa sede, richiamare in termini generali, che il conflitto può essere definito come un particolare tipo di interazione sociale in cui uno o più attori coinvolti fanno esperienza di un'incompatibilità negli scopi o nei comportamenti. Il conflitto è un'esperienza universale dell'essere umano e della società: a variare nel tempo e nello spazio sono le modalità in cui gli esseri umani e società agiscono e gestiscono questo fenomeno. Le differenti forme di violenza e la guerra sono esempi di modalità distruttive di gestione del conflitto.

¹⁰ Per approfondimenti sul tema della negoziazione si vedano tra gli altri: Tiziana Fragomeni, *op. cit.*; Tiziana Fragomeni, Marcella Caradonna, Giovanni De Berti, Marcello Marinari, Yoga Patti, *Strategie processuali. Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti. Casi e storie di mediazione familiare, commerciale, societaria*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2011; William Ury, *Risolvere i conflitti. Dallo scontro all'incontro: come trasformare i conflitti a casa, al lavoro e nel mondo*, Roberti Editore, 1999; Enzo Mauro, *Manuale della nuova conciliazione stragiudiziale. La giustizia facilitata. Strumenti per i cittadini e per gli operatori*, Flaccovio Editore, 2010.

¹¹ È interessante richiamare un passaggio di W. Ury sul tema della risoluzione del conflitto nelle società più semplici: «(...) il segreto dei boscimani per gestire i conflitti consiste nel coinvolgimento attento, vigile e costruttivo degli altri membri della comunità. Durante una lite, ci si rivolge a tutti gli amici e i parenti, e si chiede loro di parlare con i contendenti per cercare di calmarli, (...). Viene coinvolta l'intera comunità. Quando sorge un problema serio, tutti, uomini e donne, si siedono e parlano, parlano, non fanno altri che parlare. Ciascuno ha la possibilità di esprimere la propria opinione. Questo processo aperto a tutti può durare giorni, finché la questione non viene discussa in ogni suo minimo particolare. I membri della comunità si impegnano a fondo per scoprire quali regole sociali siano state infrante per provocare un simile disaccordo, e per definire cosa sia necessario fare per ristabilire l'armonia sociale. Un kgotla – questo è il nome che danno alla discussione, è una sorta di processo popolare che non prevede la votazione da parte di una giuria, né il verdetto di un giudice: le decisioni vengono prese di comune accordo. A differenza di un tipico procedimento processuale, in cui una parte vince e l'altra perde, l'obiettivo è trovare una soluzione definitiva, sostenibile, sia dai contendenti che dalla comunità. Man mano che la conversazione di gruppo procede, la soluzione più valida incontra gradualmente il consenso generale. Dopo essersi assicurati che non rimangano opposizioni o sentimenti ostili, gli anziani comunicano la decisione raggiunta». William Ury, *Risolvere i conflitti*, cit., pp. 43 e ss.

«negazione dell'ozio»¹². Essa porta dunque con sé l'idea di un impegno continuo dei protagonisti in causa – parti e mediatore – che si danno da fare attivamente per risolvere la questione che li oppone.

In linea di principio, compito primo del mediatore è legittimarsi presso le parti quale catalizzatore del processo di ricostruzione dei rapporti che esse stanno per intraprendere. Facendo percepire la propria equidistanza o, più propriamente, equiprossimità¹³ rispetto alle persone, egli è chiamato a guidarle nel difficoltoso cammino verso la presa di coscienza e la comprensione più profonda delle cause del loro disaccordo, che è presupposto per la soluzione della controversia¹⁴. Entrambe le parti devono percepire che il mediatore è lì per ascoltarli con sentito interesse, in un clima di fiducia reciproca e di stemperata tensione: egli non è un giudice e non decide, né tantomeno intende schierarsi od allearsi ma, piuttosto, mira alla creazione di un clima cooperativo nell'ambito del quale siano i due soggetti in conflitto a gestire direttamente il proprio litigio. Pertanto, dovranno emergere le sue capacità di entrare in empatia con le persone, nonché la sua abilità di ascolto. Infatti è il mediatore che deve per primo percepire, identificare e riconoscere i sentimenti altrui nel momento in cui sorgono, in modo da poter aiutare le parti a fare lo stesso. L'ascolto deve essere attivo, un processo nel quale si partecipa con tutti noi stessi (mente e cuore) per comprendere in profondità chi è l'altro e ciò che vuole dire (e non dire)¹⁵.

¹² Tiziana Fragomeni, *op. cit.*, p. 160.

¹³ È ben descritto il concetto di equiprossimità in questo passaggio da Marinari: «Una delle caratteristiche di questo ruolo è quello di lavorare per ciascuna e per tutte le parti. Vale a dire che il mediatore deve dare fiducia e dedicarsi a tutte le parti sia individualmente che collettivamente, ma la sua centralità non comporta automaticamente l'uguaglianza delle posizioni, poiché ciascuna parte agisce nel proprio interesse esclusivo e il mediatore deve comportarsi di conseguenza, per non sostituirsi alla parte nella valutazione di questo interesse». Marcello Marinari, «Il giudice e la mediazione», in AA.VV., *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti. Casi e storie di mediazione familiare, commerciale, societaria*, op. cit., p. 114.

¹⁴ «Nella nostra società il conflitto vede convenzionalmente opposte due parti: il marito contro la moglie, il sindacato contro il datore di lavoro, i palestinesi contro gli israeliani. Il coinvolgimento di una Terza Parte è ritenuto quasi un'eccezione, un'anomalia: è considerata un'intromissione negli affari altrui. Tendiamo a dimenticare ciò che le società più semplici sanno già da molto tempo, cioè che qualsiasi conflitto, in realtà coinvolge tre parti. Nessun litigio si svolge nel vuoto. Vi sono sempre altre persone intorno: familiari, vicini di casa, alleati, osservatori neutrali, amici o spettatori casuali. Ogni conflitto ha luogo all'interno di una comunità che, in una disputa, assume la posizione di parte terza. La terza parte è rappresentata dalla comunità circostante, che è il contenitore di qualsiasi conflitto sorga al suo interno. In assenza di tale contenitore, un serio conflitto tra due parti può trasformarsi fin troppo facilmente in una lotta distruttiva. All'interno del contenitore, il conflitto può gradualmente essere trasformato ed evolvere da contrapposizione a cooperazione», William Ury, *Risolvere i conflitti*, op. cit., pp. 45 e ss.

¹⁵ Così Alessandro Augusto, *La mediazione civile. Le tecniche di gestione dei conflitti*, in Astorina M.R., Mezzabotta C. (a cura di), *La mediazione civile. Novità normative e contesto operativo*, op. cit.

Conviene però ricordare che la negoziazione può svilupparsi, in funzione sia della disponibilità delle parti, sia delle capacità del mediatore, a due differenti livelli e utilizzando due differenti logiche. Ci si può limitare a sviluppare una negoziazione sulle posizioni o negoziazione distributiva mediante la quale le parti, applicando la logica delle causalità lineare, si limitano ad interagire al livello superficiale delle posizioni senza permettere a sé stesse e al mediatore di andare oltre il livello visibile e dichiarato del conflitto. Se al contrario le parti, facendo propria una logica di causalità circolare nell'ambito della quale è riconosciuta la natura sistemica delle relazioni in gioco¹⁶, collaborano tra di loro e con il mediatore e ampliano la gamma delle considerazioni e delle opzioni possibili, ci si muove sul differente piano della negoziazione sugli interessi o negoziazione cooperativa¹⁷. Le due strade portano a risultati qualitativamente differenti e, pertanto, meritano un approfondimento.

9.3.1 Negoziazione sulla posizione o negoziazione distributiva

Si è accennato al fatto che la negoziazione distributiva si basa sulla applicazione del concetto di causalità lineare il quale a sua volta considera le parti in modo dicotomico ossia una opposta all'altra. Le azioni dell'una interferiscono esclusivamente in modo sequenziale sull'esistenza dell'altra e ciascuna parte è rappresentata, secondo questo approccio, quale elemento isolato e analizzabile "in sé", quale monade astratta dalla dimensione spazio-tempo e portatrice di un proprio mondo di ragioni e convinzioni. Ciascuna parte, secondo questo approccio, è in grado di analizzare e comprendere esclusivamente il proprio punto di vista nonché gli effetti dell'influsso negativo della interazione all'origine del conflitto con la controparte. Le proprie considerazioni sono razionalizzate ed esplicitate dalle parti quando esprimono le loro posizioni e difficilmente sono riviste, salvo che non si ravvisi un vantaggio tangibile a fronte dell'abbandono più probabilmente parziale delle stesse. La lettura della realtà pretende, pertanto, di essere relativamente «semplice»: sono sempre individuabili due contendenti, ciascuno è convinto che causa del conflitto sia la propria controparte, le posizioni sono inconciliabili e la vittoria di un soggetto implica il soccombere dell'altro. La logica in cui ci si muove è quella dei «giochi a somma zero» o *win-lose*. Se una parte esce vittoriosa l'altra non può che uscire sconfitta.

¹⁶ «Entrare nel mondo della mediazione significa comprendere il vero significato del conflitto che comporta il superamento della concezione della realtà basata sulla logica aristotelica che divide il mondo in opposti contrapposti, dove causa ed effetto stanno su un piano di linearità, per giungere alla comprensione che il mondo, invero, è polare, costituito da un sistema fatto di poli dove l'uno non può esistere senza l'altro dove gli opposti coesistono in un sistema circolare dove tutte le cose sono legate le une alle altre e tutte si influenzano reciprocamente», Tiziana Fragomeni, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷ Così Alessandro Augusto, *op. cit.*

L'applicazione della logica lineare porta a entrare nel mondo degli opposti contrapposti dove se c'è una parte che sostiene di avere ragione, l'altra deve, per forza, avere torto e lo scontro tra le parti risulta inevitabile. La logica è pertanto quella del torto contrapposto alla ragione tipica nei fatti dell'approccio del diritto. Obiettivo di ciascuna delle parti è infatti vedere riconosciuta la controparte quale soggetto colpevole che rappresenta la «causa prima» della lite così che sia fatta giustizia e ripristinato l'ordine attribuendo le risorse o meglio l'oggetto o diritto conteso al vincitore.

La qualità della comunicazione tra le parti in questo contesto risulta alterata in quanto ognuno resta arroccato sulla propria posizione e si pone in attesa di conoscere le mosse altrui muovendosi in logica avversariale.

È chiaro che gli spazi per la negoziazione sono in questa situazione del tutto esigui. Le posizioni, infatti, per definizione non possono essere «mediate». Le parti muovendosi in un clima di sfiducia e probabile aggressività reciproca potranno segretamente stabilire delle soglie di «concessione» oltre le quali non sono disposte ad andare. Cercheranno così di comprendere quale sia la soglia massima che si aspettano di poter ottenere dalla controparte e quale sia la soglia minima oltre la quale non sono disposti personalmente a scendere.

Il negoziatore in queste condizioni può solo limitarsi ad aiutare le parti nella conduzione di quella che, lungi dall'essere un processo di mediazione, diviene più semplicemente una trattativa. I tempi necessari per la conduzione a termine potrebbero essere lunghi proprio a causa della rigida contrapposizione tra le volontà e delle conseguenti possibili tensioni tra le parti. Inoltre qualora si riesca a giungere a un accordo, la qualità e quindi la stabilità del risultato raggiunto potrebbero non essere soddisfacenti. Ciò in quanto si perviene ad una soluzione di compromesso tra le posizioni che non deriva dalla reale ricerca di una composizione degli interessi e dei bisogni, ma da un processo che, per definizione, comporta rinunce e riduzioni rispetto alle richieste iniziali – e quindi alle posizioni – per entrambe le parti. Tradizionalmente questo processo è descritto in dottrina in modo figurativo come il processo di «taglio di una torta» in due porzioni. Poiché la somma delle richieste iniziali di risorse non permette la soddisfazione integrale di entrambi i contendenti in quanto è superiore alla dimensione reale della torta, il taglio necessariamente presuppone delle rinunce.

Il rischio maggiore è rappresentato dal fatto che l'accordo, percepito come vantaggioso da uno dei soggetti, nel tempo si riveli non soddisfacente in quanto non rispettato dall'altro soggetto ossia da quello che ha effettuato le maggiori rinunce. Ancora l'accordo potrebbe essere rispettato ma con un costo altissimo per le persone coinvolte in quanto «si rompono i rapporti» e «si generano sentimenti di amarezza che sfociano spesso nel più duro risentimento che può durare anche tutta la vita»¹⁸.

¹⁸ Tiziana Fragomeni, *op. cit.*

Pare, infine, opportuna una puntualizzazione terminologica utile per una più chiara classificazione delle opzioni possibili: il risultato di una negoziazione distributiva dovrebbe essere più correttamente indicato come la sottoscrizione di una *transazione* e non come la conclusione in senso stretto di una *conciliazione*.

9.3.2 Negoziazione sugli interessi o negoziazione cooperativa

La negoziazione cooperativa sposta l'attenzione dai fattori di «opposizione» ai fattori di «ricomposizione» e ricusa la logica torto/ragione. La controversia è pertanto letta in primo luogo negando rilevanza ai ruoli tipici del diritto, ma, come rilevato *supra*, anche della negoziazione distributiva ossia al concetto di avversario, di controparte, di attore, di convenuto, di debitore, di creditore, di reo, di parte offesa, e in secondo luogo lavorando al fine di comprendere i veri motivi che hanno portato le persone alla situazione di contrapposizione. Le parti lavorano insieme per ricercare soluzioni che permettano ad entrambe di vincere passando da una logica di tipo *win-lose* a una logica *win-win*¹⁹.

Per raggiungere questo ambizioso obiettivo diviene necessario esplicitare gli interessi e i bisogni che si celano dietro alle posizioni nel presupposto che le posizioni sono ciò che le parti dicono e chiedono, mentre gli interessi sono i motivi per cui le affermazioni e le domande risultano formulate. La negoziazione è possibile solo con riferimento agli interessi. Al contrario, come si è già chiarito, le posizioni non possono essere mediate, ma possono essere solo oggetto di transazione. Nella logica cooperativa pertanto queste ultime non sono interessanti, mentre al contrario i primi – gli interessi – meritano tutta l'attenzione e l'impegno del mediatore e delle parti stesse perché possono rappresentare la chiave per una duratura ricomposizione del disaccordo. Dietro alle posizioni, per definizione opposte, possono infatti celarsi interessi compatibili e confluenti. Questi a loro volta sono espressione dei bisogni delle persone.

Il passaggio dalle posizioni agli interessi e ai bisogni corrisponde al passaggio dalla logica della causalità lineare alla logica della causalità circolare. Le parti sono considerate elementi di un unico sistema di interazioni nell'ambito del quale ognuno è legato inscindibilmente agli altri. Ne segue che ogni azione implica una modifica del sistema in quanto comporta sia conseguenze dirette sul soggetto

¹⁹ «Un fattore chiave per la sopravvivenza umana fu la capacità di collaborare: lavorare insieme per il conseguimento di obiettivi comuni, come la sicurezza e il nutrimento. Il nostro cervello (come anche il linguaggio) potrebbe infatti essersi sviluppato come strumento per gestire la collaborazione sempre più complessa che stava alla base dell'economia dei nostri antenati, basata sulla caccia e la raccolta di frutti». Ancora: «In breve gli esseri umani hanno una scelta: possono gestire i conflitti in modo collaborativo o coercitivo. Quindi ben lungi dall'essere l'opposto del conflitto, la cooperazione diventa un modo eccellente per gestirlo», William Ury, *Risolvere i conflitti. Dallo scontro all'incontro: come trasformare i conflitti a casa, al lavoro e nel mondo*, cit., 1999, pp. 93 e ss.

cui essa è rivolta sia conseguenze indirette e di ritorno per effetto delle retroazioni o *feed-back*. La retroazione rappresenta infatti quel messaggio di ritorno all'emittente che crea un gioco circolare di informazioni e influenze reciproche tra emittente e ricevente del primo messaggio in modo tale che viene a formarsi una forma di causalità circolare all'interno della quale non esiste un rapporto di causa effetto lineare, ovvero tra il primo emittente del messaggio e il ricevente, ma una forma più complessa di causazione reciproca tra le variabili in gioco in una relazione²⁰.

Se le parti non sono disponibili ad una esplorazione che vada al di là delle proprie dichiarazioni di principio sul conflitto, la situazione si blocca, e si scivola nella negoziazione distributiva caratterizzata, come visto, dalla logica della causalità lineare e dai giochi a somma zero, con tutte le conseguenze non confortanti che ciò può implicare.

Se le parti al contrario si lasciano condurre e riescono a spostare la propria attenzione dai fatti occorsi ai propri interessi e ai propri bisogni, la gamma delle opzioni possibili si allarga e il lavoro negoziale delle parti per giungere ad una soluzione condivisa può iniziare e svilupparsi. Ciò accade perché la disamina degli interessi spesso permette di comprendere che le iniziali pretese pur sembrando in un primo momento gli unici elementi importanti per l'uscita dal conflitto in realtà possono cedere il passo ad altre possibili soluzioni. L'indagine può permettere di individuare nuovi elementi di scambio con la controparte portando ad una gestione creativa dei conflitti. Tradizionalmente questo processo è descritto in dottrina in modo figurativo come il tentativo di «allargare la torta» ossia le risorse oggetto del disaccordo prima di procedere con il taglio della stessa e la distribuzione alle parti. L'obiettivo è naturalmente quello di giungere a rendere visibili e quindi appetibili «porzioni di risorse» convenienti e accettabili per entrambi i soggetti in lite.

Per poter impostare la negoziazione in questi termini è necessario che il mediatore sappia «leggere il conflitto» e sappia gestire con «creatività» il processo di arricchimento del paniere di risorse disponibili. Conviene infatti ricordare che la soluzione del conflitto spetta, sempre e per definizione, alle parti (questo principio è noto anche come *power to the people*) il che naturalmente implica che il mediatore non sia chiamato a mantenere una *leadership* tecnica ma, piuttosto, una *leadership* di processo. Egli deve aiutare le parti ad andare oltre alle posizioni, al dichiarato, al «detto» e quindi al visibile, intuendo e aiutando a fare luce sul «non detto» ossia sugli interessi e sui bisogni che nella maggior parte dei casi restano

²⁰ «La logica della causalità lineare, logica aristotelica razionalista, si è dimostrata utile in molti casi, ha supportato per esempio il nostro metodo scientifico, ma se la applichiamo alle interazioni tra esseri umani, ovvero a problemi complessi, si dimostra spesso inefficace e talvolta disfunzionale. Alle interazioni umane, infatti, non può essere applicato il meccanismo di causa effetto, così come inteso dalla causalità lineare, in quanto anch'esse costituiscono un sistema (dove non c'è un inizio e una fine) di reciproche influenze tra le variabili», Tiziana Fragomeni, *op. cit.*, pp. 127 e ss.

inespressi. Su questo terreno possono essere ricercati e trovati gli elementi che possono accomunare le parti e ampliare il paniere delle risorse disponibili e che, pertanto, possono costituire gli elementi per individuare una linea di ricomposizione della lite alla base di un accordo soddisfacente.

Un passaggio necessario per ottenere questo risultato è la oggettivazione del problema che deve essere operazionalizzato, compreso e soprattutto distinto dalle persone. Infatti, sino a quando si identifica il problema con la persona la capacità di gestire il conflitto viene meno in quanto le parti tendono a contrapporsi e a eludere i tentativi di spostarsi dalle proprie posizioni. Al contrario, se con l'aiuto del mediatore si riesce ad affrontare il problema in sé, separandolo dalle persone che ne sono portatrici, diventa più facile individuare e porre attenzione alle emozioni delle parti. Si entra, in questo modo, in una logica nuova permettendo alle persone di entrare in contatto con le proprie e altrui emozioni. Lo sviluppo dell'empatia tra le persone e con le persone coinvolte dal conflitto è condizione per la costruzione di ponti e per l'abbattimento di barriere all'inizio considerate insormontabili. Si aprono infatti nuovi e differenti canali di comunicazione che tengono conto del riconoscimento dell'altro come "persona" con la quale si è collegati a sistema e non solo come "controparte" di una controversia.

Si rivelerà molto utile «mettersi nei panni dell'altro», ossia cercare di comprendere il modo di pensare di chi ci sta di fronte: spesso il conflitto è nella testa delle persone, nel loro modo di percepire la realtà. Comprendere ciò che l'altro pensa non vuol dire dividerlo, ma permette di ripensare alle proprie scelte e considerazioni sull'oggetto del problema. Un modo per far emergere le diverse percezioni è quello di renderle esplicite e di discuterle con la controparte, cercando altresì d'inviare messaggi diversi dai pregiudizi che ha la stessa controparte. Inoltre, è importante che entrambi i contendenti si vedano come artefici del processo di negoziazione: è più semplice trovare un accordo se tutti sentono la «paternità» delle idee, eliminando altresì il timore di «perdere la faccia» e di inchinarsi alla volontà di chi si ha di fronte. Non è possibile «aprirsi» all'altro senza identificare le emozioni, sia proprie sia della controparte. L'esplicitazione degli stati d'animo e di come stanno influenzando le decisioni permette di ampliare lo spettro di conoscenza reciproca ed è d'aiuto all'identificazione delle barriere o dei fraintendimenti che hanno sino a ora ostacolato l'accordo. Vale la pena ripetere che questo processo di avvicinamento delle parti ha il suo presupposto nella riattivazione della comunicazione, nel tornare ad ascoltare, nel prestare attenzione a ciò che ci viene detto e a comunicare allo stesso modo ciò che si pensa e si vuole (non ciò che si crede l'altra parte voglia)²¹.

Quanto precede porta a concludere che la negoziazione cooperativa si presenta

²¹ Così Alessandro Augusto, *op. cit.*

come un processo complesso la cui gestione da parte del mediatore presuppone lo sviluppo di capacità e sensibilità notevoli che tutte devono avere manifestazione in un tempo limitato e presente. La collocazione temporale del processo di mediazione porta con sé notevoli implicazioni. Le parti arrivano in mediazione focalizzate sul loro conflitto che ha avuto luogo nel passato, ma devono comprendere, con l'aiuto del mediatore, che potranno essere aiutate a risolvere il loro disaccordo solo se sono capaci di spostarsi sulla linea del tempo. La mediazione infatti avviene nel tempo presente ed è rivolta ad individuare soluzioni che possano essere durature e stabili nel tempo futuro. Ciò che ha causato la lite nel passato rileva solo in quanto causa di emozioni nel tempo presente, ma poiché non ci si propone l'attribuzione di torti e ragioni, la disamina di ciò che è stato non assume centralità nel processo di mediazione. L'approccio della mediazione parte infatti dal presupposto che non esiste alcun nesso logico tra le condizioni in cui il problema si è formato e le modalità con le quali il problema può essere risolto. Conviene evidenziare che il cambiamento di prospettiva non è semplice. Anche le parti più collaborative, pur comprendendo e desiderando seguire le indicazioni del mediatore, proporranno una lettura del futuro influenzata dal proprio passato. L'intervento del mediatore sarà pertanto essenziale per aiutare le parti nel tentativo di prescindere da ciò che è stato così da valutare nuove prospettive e quindi nuove soluzioni, insistendo sul fatto che il presente può rappresentare l'occasione per costruire un nuovo e diverso futuro scevro dalle ansie e dalle sofferenze che caratterizzano ogni conflitto.

Anche con riferimento alla negoziazione cooperativa, così come già con riferimento alla negoziazione distributiva, è opportuna una puntualizzazione terminologica utile per una più chiara classificazione delle opzioni possibili: ci si riferisce al risultato di una negoziazione cooperativa conclusasi positivamente con l'espressione *conciliazione*.

9.4 Le fasi della mediazione

Da un punto di vista strettamente temporale la negoziazione si svolge in quattro fasi caratterizzanti: vi è un primo momento pre-negoziale o preparatorio, una fase prima di esplorazione e poi di vera e propria negoziazione che si chiude sperabilmente con la formalizzazione dell'accordo o con la presa d'atto del mancato raggiungimento del medesimo e infine la fase post-negoziale²².

Vale la pena di soffermarsi a riflettere sulle principali caratteristiche delle differenti fasi così da individuare gli ambiti di intervento del mediatore e gli spazi di azione delle parti, nonché le necessità operative che accompagnano lo svolgersi nel tempo della negoziazione.

²² Lo schema citato è tracciato da Tiziana Fragomeni, *op. cit.*

9.4.1 Fase pre-negoziale

La fase pre-negoziale è di fondamentale importanza. Le parti accedono alla mediazione obbligatoriamente in quanto previsto per legge (mediazione obbligatoria), su invito del giudice (mediazione delegata), oppure volontariamente su istanza unilaterale o congiunta (mediazione facoltativa). A livello più operativo, in questa fase, sarà necessario occuparsi degli aspetti logistici e formali in modo tale da decidere il luogo in cui avverrà il negoziato e, nel caso di parti con differenti culture e linguaggi, la lingua nella quale si intende condurre la negoziazione.

La multi-etnicità della società contemporanea propone – specialmente nei grandi centri urbani – una complessità rilevante che, se si vuole raggiungere l'obiettivo della buona riuscita della negoziazione, non può essere sottovalutata. Si pensi che secondo le statistiche ISTAT diffuse alla fine del 2010 e riferite all'inizio del medesimo anno i cittadini stranieri residenti in Italia sono 4,2 milioni di unità pari al 7% del totale dei residenti, con un incremento percentuale rispetto al precedente esercizio dello 0,5%²³. In un tale scenario pare solo il caso di rilevare che numerose mediazioni in svariate materie, e pertanto non solo quelle relative a questioni commerciali, potrebbero avere per oggetto conflitti che coinvolgono soggetti stranieri residenti in Italia. A queste si aggiungono naturalmente tutte le controversie relative a conflitti tra soggetti residenti e soggetti non residenti in Italia. La capacità del mediatore di interagire in una lingua comune alle parti diventa in questi casi uno strumento non solo auspicabile, ma necessario per evitare che si frappongano sin dall'inizio barriere oggettive alla ricostruzione dei canali di comunicazione. Sarà pertanto indispensabile per gli organismi proporre nell'ambito dei propri elenchi di mediatori anche la disponibilità di soggetti in grado di condurre la mediazione in lingue differenti rispetto a quella italiana. In proposito si pone naturalmente il problema della individuazione delle lingue maggiormente critiche e maggiormente diffuse sul territorio in cui opera il singolo organismo. Si deve tenere presente che da un lato il processo di globalizzazione, dall'altro il fenomeno dei flussi fisici migratori, ha comportato che le lingue europee pur mantenendo una rilevanza strategica, non esauriscano, come probabilmente accadeva nel recente passato, il ventaglio di competenze necessarie. Giova ricordare, per esempio, che secondo recenti ricerche la lingua più diffusa a livello mondiale risulta essere il cinese (con 845 milioni di soggetti parlanti)²⁴. A parere di chi scrive questa

²³ ISTAT, Istituto Nazionale di Ricerca Statistica, *La popolazione straniera residente in Italia*, serie Statistiche in breve, diffuso il 12 ottobre 2010.

²⁴ È di sicuro interesse fare riferimento ad alcune ricerche svolte negli Stati Uniti in base alle quali l'italiano risulterebbe occupare il ventesimo posto nella classifica mondiale degli idiomi parlati nel

capacità degli organismi sarà nel tempo sempre più rilevante e apprezzata e potrebbe rappresentare una delle principali leve di differenziazione per gli stessi indipendentemente da eventuali eccellenze e specializzazioni per materia o da «rendite» posizionali legate a specifiche localizzazioni geografiche.

Una volta risolti gli aspetti operativi, tra i quali appunto l'individuazione del linguaggio ufficiale degli incontri, il mediatore deve entrare nel merito della controversia acquisendo dalla segreteria dell'organismo tutte le informazioni disponibili sulla disputa. Devono, pertanto, essere da lui individuati i tratti salienti delle questioni che dovranno essere affrontate durante gli incontri. L'analisi non potrà che avvenire sulla base delle scarse fonti disponibili in questa fase ossia sulla base della lettura delle sintetiche descrizioni del conflitto fornite dalle parti nell'ambito della modulistica compilata al momento del deposito della domanda di accesso alla mediazione. Il mediatore cercherà di attribuire alle questioni priorità diverse così da tenerne conto nella prima trattazione. Gli argomenti potranno essere selezionati, raggruppati o al contrario frazionati in modo tale da poter essere poi affrontati con metodo in modo efficiente ed efficace. Si tratta a evidenza di una pre-analisi «a freddo», ma in ogni caso utile per iniziare ad entrare in contatto con il conflitto cercando di leggerne le caratteristiche e cercando di sviluppare una sufficiente vicinanza al problema prima di conoscere le persone portatrici del medesimo.

Può essere utile in questa fase, sia al mediatore, sia alle parti, il ricorso a una *check list*. La prassi e la dottrina propendono per questa soluzione operativa. Si tratta di note scritte relative agli obiettivi e ai pericoli della negoziazione, indicanti tutti i punti più importanti su cui si deve discutere. Sia le parti sia il mediatore possono prepararsi all'incontro utilizzando questo strumento operativo. Al fine di rendere più chiara la descrizione giova fare riferimento diretto al percorso logico individuato da autorevole dottrina²⁵ quale possibile riferimento per un completo e razionale esame *ex ante* della situazione di conflitto (Tabella 9.1).

mondo con 62 milioni di soggetti madrelingua. Precedono in ordine di diffusione: 1. il cinese mandarino (845 milioni di madrelingua); 2. lo spagnolo (329 milioni di madrelingua); 3. l'inglese (328 milioni di madrelingua); 4. l'hindi-urdu (242 milioni di madrelingua); 5. l'arabo, comprendendo in questa espressione sedici idiomi (221 milioni di madrelingua); 6. il bengalese (181 milioni di madrelingua); 7. il portoghese (178 milioni di madrelingua); 8. il russo (144 milioni di madrelingua); 9. il giapponese (122 milioni di madrelingua); 10. il punjabi (107 milioni di madrelingua); 11. il tedesco (97 milioni di madrelingua); 12. il wu o shangainese (77 milioni di madrelingua); 13. il giavanese (85 milioni di madrelingua); 14. il francese (68 milioni di madrelingua); 15. il telugu (70 milioni di madrelingua); 16. il vietnamita (69 milioni di madrelingua); 17. il marathi (68 milioni di madrelingua); 18. il coreano (66 milioni di madrelingua); 19. il tamil (66 milioni di madrelingua). M. Paul Lewis, *Ethnologue: Languages of the World*, Dallas, SIL International, 2009, sedicesima edizione, rintracciabile nel sito www.ethnologue.com.

²⁵ Tiziana Fragomeni, *op. cit.*, p. 45.

Tabella 9.1 – La checklist della negoziazione

n	CHECKLIST
1.	<i>Quali possono essere i pericoli del negoziare? Quale metodo utilizzare? Quali sono i nostri punti di forza? Quali quelli di debolezza? Quali quelli della controparte?</i>
2.	<i>Quali sono i problemi? Quali gli obiettivi? Quali i benefici massimi ottenibili? Quali quelli minimi? Quali sono gli obiettivi della controparte? Quali sono i punti di divergenza tra gli obiettivi delle due parti? Quali quelli di convergenza? Quali sono i punti da cui entrambe le parti possono trarre vantaggi? Quale è il massimo che può essere concesso? Quali sono le alternative in caso di mancato accordo?</i>
3.	<i>Quale tipo di stile: negoziato di posizioni o di principi? Quale tipo di approccio: distributivo (un euro in più a una parte equivale a un euro in meno all'altra parte) oppure cooperativo?</i>
4.	<i>Quale tattica usare? Quale tattica userà la controparte?</i>
5.	<i>Che potere economico, negoziale e di rappresentanza ha la controparte? Deve consultarsi con qualcun altro prima di concludere l'accordo? Che tipo di persona è (che cosa fa, è sposato, ha figli, pratica sport, quale è la sua auto, che cosa mangia, in che cosa crede, ecc.).</i>
6.	<i>Si pensa di stabilire un rapporto di fiducia? Come si pensa di poter convincere la controparte?</i>

Fonte: Tiziana Fragomeni, *op. cit.*, 2011

Ciascun punto della *checklist* proposta apre verso la considerazione di aspetti rilevanti al fine del buon esito della negoziazione.

In particolare con i quesiti di cui al primo punto si fanno emergere e si affrontano i timori delle parti derivanti principalmente dalla potenziale scarsa conoscenza dello strumento. Si esplicita il tema della percezione di sconvenienza della negoziazione e si pongono in luce sia i rischi sia i vantaggi derivanti dalla stessa senza prescindere dalle caratteristiche e quindi dai punti di forza e di debolezza delle parti.

La seconda batteria di domande si pone il tema della esplorazione degli interessi e dei bisogni di entrambe le parti e sintetizza i passi necessari per comprendere quello che – quantomeno inizialmente – può essere definito lo spazio negoziale. Obiettivo della mediazione è in realtà l'ampliamento di tale ambito a vantaggio di tutti i soggetti coinvolti nel conflitto. Di particolare rilevanza è in questo secondo gruppo di quesiti quello che, come si avrà modo di approfondire più dettagliatamente in seguito, apre sulle possibili migliori alternative rispetto alla conclusione di un accordo. Le parti, per prepararsi a una mediazione di successo, dovrebbero prendere coscienza in termini il più possibile realistici dei

vantaggi e degli svantaggi (questi ultimi anche in termini di costi e di tempi) di un mancato esito positivo dell'incontro cui hanno l'opportunità di prendere parte.

Anche il terzo argomento affrontato risulta fondamentale, se, come auspicato, esso è oggetto di esame nella fase pre-negoziale. Anche in questo caso, infatti, sarebbe possibile per i soggetti coinvolti nel conflitto riflettere «a freddo» sulla propria disponibilità ad un approccio cooperativo con l'altra parte che potrebbe portare, come illustrato *supra*, a un ampliamento degli scenari e quindi delle alternative possibili, anziché un approccio antagonistico e quindi in sostanza a somma zero. Una tale analisi potrebbe permettere di intuire in via preliminare le conseguenze dell'una e dell'altra scelta.

Vale per altro la pena di sottolineare che anche l'eventuale individuazione della strada cooperativa non preluderebbe la necessità di sviluppare un proprio approccio all'incontro ossia una tattica di interfaccia e pertanto si giustificano le indicazioni del successivo quarto e sesto punto. In particolare è richiamato il tema della fiducia nella controparte e la stessa è definita «soggetto da convincere». Si è già riflettuto sul fatto che lo sviluppo di sentimenti fiducia nei confronti delle persone, ossia dell'altra parte spogliata del suo ruolo, che lo strumento dovrebbe permettere di «re-incontrare» ossia «incontrare di nuovo» secondo una differente modalità, e, di conseguenza, lo sviluppo di sentimenti fiducia nei confronti nei confronti dello strumento adottato, potrebbe avere una influenza non marginale sulle abitudini e quindi in ultima analisi più in generale sulla cultura²⁶.

Il quinto quesito interesserà in particolare modo il mediatore, ed eventualmente i consulenti o legali, se esistenti e coinvolti. Ciascuna parte essendo personalmente coinvolta nel conflitto solitamente conosce o presume di conoscere le caratteristiche e i poteri dell'altra parte. Talvolta però, specialmente nelle controversie di tipo commerciale, potrebbero essere coinvolti con potere di concludere l'accordo soggetti differenti rispetto a quelli che hanno vissuto e conoscono le fasi di sviluppo della controversia. In questi casi quindi potrebbe presentarsi anche per questi soggetti la necessità di una preliminare istruttoria quale quella proposta nel quinto quesito. Conviene evidenziare che si chiede di indagare le caratteristiche formali, le caratteristiche economiche, le caratteristiche personali e nei limiti del possibile psicologiche del soggetto che parteciperà agli incontri. Ciò dovrebbe aiutare a comprenderne i comportamenti e le affermazioni.

9.4.2 Fase esplorativa e negoziale in senso proprio

Dopo la prima fase di preparazione e accesso alla mediazione, ha inizio il percorso vero e proprio della mediazione, iniziano gli incontri e le parti sono accolte dal negoziatore che avrà, come già evidenziato, la funzione di accompagnarle lungo

²⁶ Francis Fukuyama, *op. cit.*, p. 42.

un percorso non obbligato al termine del quale, se vi sono le condizioni potrebbe essere raggiunto un libero accordo. In questa fase il lavoro di preparazione svolto deve essere valorizzato e utilizzato.

Pur rinviando alla terza e quarta parte del presente lavoro per una approfondita analisi sia delle tecniche di mediazione sia del percorso di mediazione, si richiama molto sinteticamente in questa sede due degli elementi fondanti nella fase negoziale: si concentra l'attenzione sulla figura del negoziatore e sugli strumenti che costui ha a disposizione per aiutare le parti.

Esaminiamo in primo luogo il ruolo del negoziatore. Un buon negoziatore deve essere in grado di rinunciare al proprio punto di vista per «mettersi nei panni dell'altro»: l'ego del mediatore deve mettersi da parte per poter accedere a quello degli altri. Questo permetterà di meglio comprendere i reali interessi delle parti e i bisogni ad essi sottostanti. Il mediatore è cosciente del fatto che il conflitto è uno scontro tra due punti di vista entrambi veri, tra due angoli di visuale che illuminano la stessa verità²⁷.

Non deve inoltre avere paura delle emozioni, anche le proprie, ma piuttosto imparare a gestirle. Egli sa riconoscere le emozioni, sa che esse nascono dall'interpretazione della situazione e non dalla situazione stessa. I timori del mediatore potrebbero inficiare la sua comprensione e, pertanto, fargli perdere di vista il problema, spingendolo magari a «schierarsi» e a perdere la sua imparzialità intesa come equiprossimità o equivicinanza alle parti.

Egli ottiene la consapevolezza di ciò che interessa alle parti grazie alle domande e, sempre grazie alle domande permette alle parti stesse di «riconoscersi». Diviene anche un *problem solver*, in quanto può aiutare le parti a individuare gli aspetti che devono essere necessariamente definiti, i possibili ostacoli che potrebbero presentarsi e come aggirarli, la definizione degli obiettivi che si vogliono raggiungere, in modo che possano essere chiari e misurabili nel loro effetto²⁸.

Il mediatore deve, inoltre, avere la capacità di adattarsi alle circostanze senza farsi sopraffare dalle stesse. Ciò significa che deve essere tenace, ossia non deve arrendersi alla prima difficoltà anche se deve essere in grado di riconoscere le *impasses* incolmabili, e che deve essere contemporaneamente flessibile, ossia deve saper seguire la corrente della trattativa senza imporre se stesso, le proprie idee e percezioni. Il mediatore deve mantenere la *leadership* sulle parti per non permettere che il conflitto si riapra. Non si tratta di dominio sulla situazione, infatti, ognuna delle parti potrebbe alzarsi e andarsene in qualsiasi momento, bensì della manifestazione della sua autorevolezza che deve sempre essere guadagnata. Quanto precede presuppone tra l'altro che il mediatore sia in grado di declinare sé stesso sulla situazione, sulle parti e sui mutamenti dell'una e delle altre modi-

²⁷ Tiziana Fragomeni, *op. cit.*, p. 22.

²⁸ Così Alessandro Augusto, *op. cit.*

ficando ove necessario il proprio linguaggio a seconda dell'interlocutore e dell'evoluzione dell'incontro.

Nella tabella 9.2 sono sintetizzati i concetti ora espressi individuando due categorie logiche utili ossia da un lato le capacità del mediatore e dall'altro le competenze o saper fare. Le prime rappresentano le qualità personali che un buon mediatore deve possedere. È stato correttamente evidenziato che le capacità possono essere apprese ma che per essere un mediatore efficace, le stesse devono entrare in profondità nel proprio bagaglio personale, tanto da divenire un vero e proprio *habitus* mentale. Le seconde rappresentano i saperi operativi che dalle citate qualità discendono e che caratterizzano la professionalità del buon negoziatore. Questo passaggio apre sul tema degli strumenti a disposizione e quindi delle tecniche di negoziazione.

Tabella 9.2 – Capacità e competenze del buon negoziatore

<i>Capacità</i>	• flessibilità • abilità relazionali • capacità di ascolto • comunicazione efficace • capacità di entrare in empatia con gli altri • abilità nella gestione del conflitto • apertura mentale • leadership
<i>Competenze (o saper fare)</i>	• saper accogliere le parti • saper ascoltare quanto gli viene riferito • saper valutare l'attendibilità e la verosimiglianza di quanto riferito • saper tenere distinti i fatti dalle persone • saper interpretare il linguaggio non verbale²⁹ • saper mantenere la pazienza • saper essere tenace quando necessario per superare le impasse • saper far percepire alle parti la propria neutralità e imparzialità

Lo studio degli strumenti ossia delle tecniche che il buon negoziatore deve conoscere e cui deve fare ricorso durante gli incontri rappresenta il fulcro del presente lavoro. Ci si propone di fornire un quadro di insieme introduttivo specificando

²⁹ Si ricorda che uno studio condotto nel 1972 da Albert Mehrabian ha mostrato che ciò che viene percepito in un messaggio vocale può essere così suddiviso: movimenti del corpo (soprattutto espressioni facciali) 55%; aspetto vocale (volume, tono, ritmo) 38%; aspetto verbale (parole) 7%. L'efficacia di un messaggio dipende quindi solamente in minima parte dal significato letterale di ciò che viene detto, e il modo in cui questo messaggio viene percepito è influenzato pesantemente dai fattori di comunicazione non verbale. Albert Mehrabian, *Nonverbal Communication*, Chicago, Aldine-Atherton, 1972.

che il medesimo sarà oggetto di approfondimento nei successivi capitoli. In sostanza si individuano quattro temi fondamentali:

- la separazione del problema dalle persone,
- la concentrazione sugli interessi delle parti e non sulle posizioni,
- la generazione del maggior numero possibile di opzioni,
- la determinazione di risultati basati su criteri oggettivi.

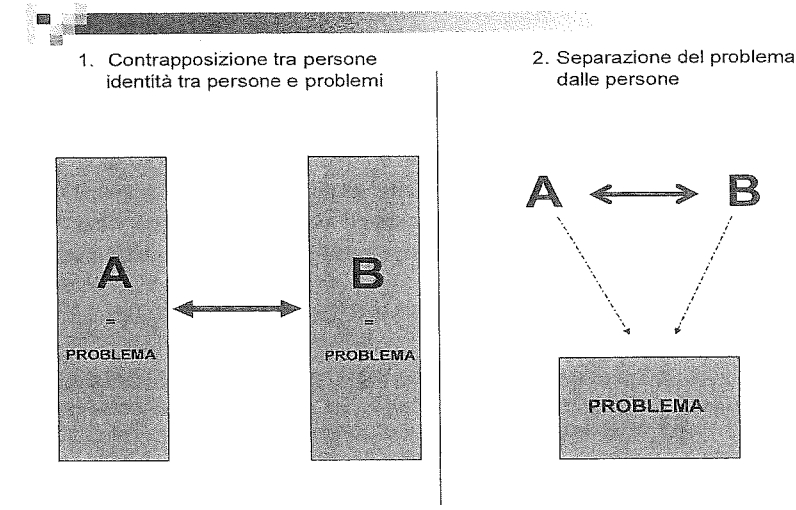
Sono solitamente utilizzate nella cosiddetta esplorazione o fase esplorativa le prime tre tecniche. Questo primo momento rappresenta il presupposto necessario per poter giungere alla vera e propria negoziazione nell'ambito della quale diviene rilevante la quarta tecnica.

L'utilizzo dei primi due strumenti tra quelli elencati rappresenta, a parere di chi scrive, il passaggio più critico e delicato cui le parti devono essere guidate. Si è visto che solo se si supera questo importante scoglio è possibile passare dalla negoziazione distributiva alla negoziazione cooperativa.

Il negoziatore deve pertanto essere in grado di gettare luci, ma anche di proiettare ombre, così da lasciare sulla scena dell'incontro il solo problema separato dalle persone che ne sono portatrici che devono essere lasciate sullo sfondo. La componente soggettiva del rapporto interpersonale non deve essere negata, ma deve essere accantonata e scissa dalla componente oggettiva del problema da risolvere. Su quest'ultima devono essere puntati tutti i riflettori disponibili, mentre la prima deve restare nella penombra.

Il passaggio logico ora descritto è di seguito rappresentato graficamente nella figura 9.1.

Figura 9.1 – La separazione del problema dalle persone



Fatto questo primo passo è necessario guidare le parti nell'esplorazione del problema cercando di tramutare una situazione di contrapposizione tra soggetti in occasione del manifestarsi del problema, in una situazione di alleanza tra i soggetti al fine di risolvere il problema. Aver messo in luce il problema, infatti, non è di per sé sufficiente, è necessario aiutare le parti a rendersi conto e a comprendere nel profondo di sé che ciò che è realmente positivo per loro è trovare una modalità comune per risolverlo.

A tale fine le parti devono portare a coscienza le proprie emozioni nei confronti della situazione e devono cercare di abbandonare le proprie posizioni sul conflitto ossia le proprie dichiarate pretese e il proprio univoco punto di vista. Questi elementi devono lasciare spazio agli interessi ossia ai reali motivi che hanno indotto alla formulazione delle pretese iniziali e che, come si è avuto già modo di evidenziare trattando della negoziazione cooperativa, potrebbero essere riletti e reinterpretati dalle parti stesse al punto da sembrare addirittura compatibili.

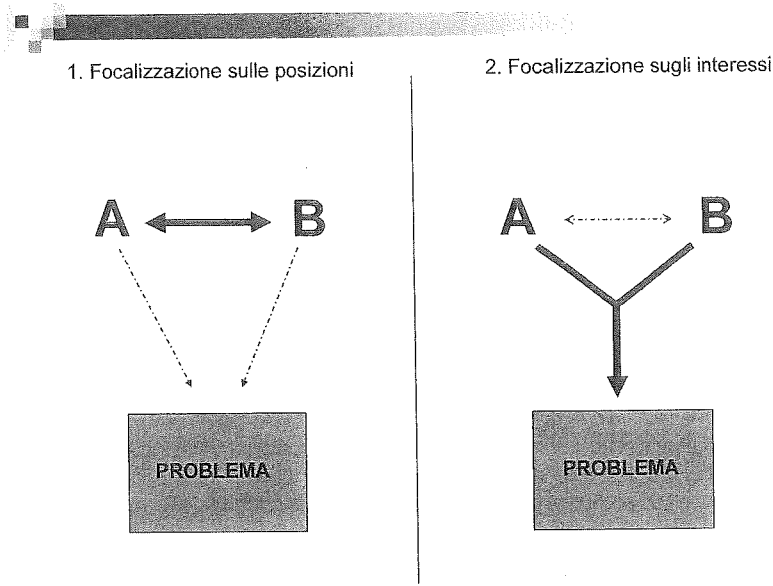
Gli interessi sono espressione dei bisogni delle persone ed è proprio dalla capacità di trovare una soddisfazione convincente e sostenibile di questi ultimi che scaturisce la possibilità di raggiungere un duraturo accordo. Per individuare gli interessi occorre saper fare delle buone domande che aiutino le parti a giungere da sole, grazie ad un processo di autoriflessione, alla soluzione del problema.

Il passaggio logico è rappresentato *infra*, nella figura 9.2.

Una volta identificati gli interessi che le parti hanno in comune e quelli che hanno in contrasto bisogna procedere sviluppando più ipotesi di accordo che possano essere accettate da tutte le parti. È necessario aiutare le parti ad essere creative in quanto, se naturalmente ci si sta muovendo nell'ambito di una negoziazione cooperativa e le parti sono collaborative, deve essere individuata una soluzione che permetta ad entrambe di considerarsi soddisfatte. Per generare nuove idee si può fare ricorso alla nota tecnica del *brainstorming*³⁰ utile per lo sviluppo di creatività di gruppo al fine di far emergere nuove modalità di risoluzione di un problema. Sinteticamente consiste nel proporre ciascuno liberamente soluzioni di ogni tipo (anche strampalate o con poco senso apparente) senza che nessuna di esse venga minimamente censurata. La critica ed eventuale selezione interverrà solo in un secondo tempo, quando la seduta di *brainstorming* è finita. Il risultato principale di una sessione di *brainstorming* può consistere in una nuova e completa soluzione del problema, in una lista di idee per un approccio ad una soluzione successiva, o in una lista di idee che si trasformeranno nella stesura di un programma di lavoro per trovare in seguito una soluzione. Conviene ricordare che dare libero sfogo alla creatività significa uscire dagli schemi del cosiddetto «pensiero verti-

³⁰ Il metodo del *brainstorming* iniziò a diffondersi nel 1957, grazie al libro *Applied Imagination* del dirigente pubblicitario americano Alex Faickney Osborn.

Figura 9.2 – Dalla focalizzazione sulle posizioni alla focalizzazione sugli interessi

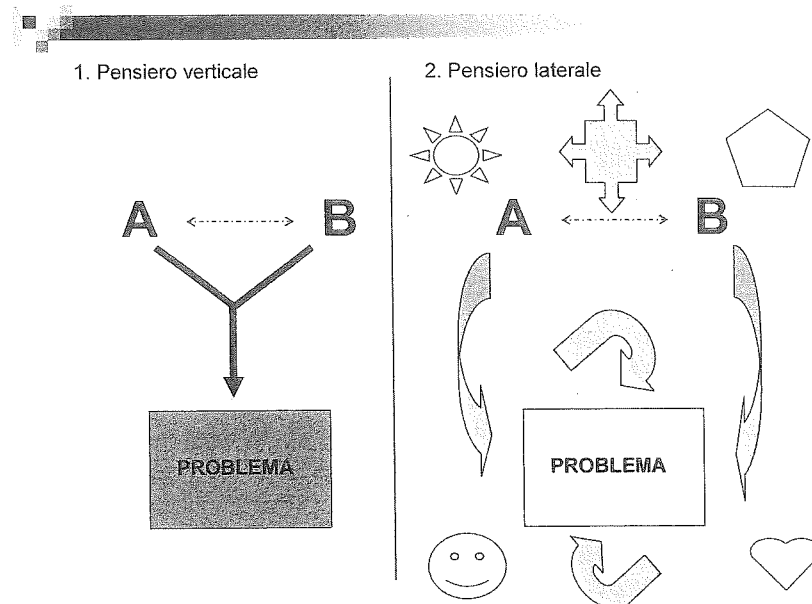


cale» per tentare la via del «pensiero laterale»³¹. Con questa espressione si intende una modalità di risoluzione di problemi logici che prevede un approccio indiretto ovvero l'osservazione del problema da diverse angolazioni, contrapposta alla tradizionale modalità che prevede concentrazione su una soluzione diretta al problema. Mentre una soluzione diretta prevede il ricorso alla logica sequenziale, risolvendo il problema partendo dalle considerazioni che sembrano più ovvie, il pensiero laterale se ne discosta (da cui il termine *laterale*) e cerca punti di vista alternativi prima di cercare la soluzione.

Il passaggio logico è rappresentato *infra* nella figura 9.3.

³¹ Il pensiero laterale è stato definito e teorizzato da Edgar De Bono. Gli studi di quest'ultimo sostengono che se si affronta un problema con il metodo razionale del pensiero, si ottengono risultati corretti ma limitati dalla rigidità dei modelli logici tradizionali. Quando si richiede invece una soluzione veramente diversa e innovativa, che contribuisca cioè a un reale *step* evolutivo rispetto alle pre-condizioni, si deve stravolgere il ragionamento, partire dal punto più lontano possibile, ribaltare i dati, mescolare le ipotesi, negare certe sicurezze e addirittura affidarsi ad associazioni di idee del tutto casuali. Si deve perciò abbandonare il pensiero verticale, cioè quello basato sulle deduzioni logiche, per entrare nella lateralità del pensiero creativo Edgar De Bono, *Sei cappelli per pensare. Manuale pratico per pensare con creatività ed efficacia*, Milano, Bur, 1999; Id., *Il pensiero laterale. Come diventare creativi*, Milano, Bur, 2002.

Figura 9.3 – Dal pensiero verticale al pensiero laterale



Dopo avere generato in modo il più possibile creativo il maggior numero di soluzioni alternative, si dovrà fare ricorso all'ultima tecnica di negoziazione per individuare quella in grado di soddisfare al meglio le parti in gioco. Essa consiste nell'utilizzare un criterio di selezione dell'opzione che sia oggettivo ovvero non dipendente dalla volontà delle parti in quanto ad esse estraneo e da esse non influenzabile. L'operationalizzazione di questo principio è tutt'altro che scontata e va modulata in funzione della fattispecie. Potrebbe essere utile ancorare la decisione a parametri di mercato oppure alle prassi più diffuse, purché questi siano considerati criteri equi e dotati di una propria coerenza e validità «scientifica». L'ancoraggio al concetto di equità potrebbe essere relativo al processo piuttosto che al merito. Per esempio potrebbe essere utilizzato il noto principio «chi taglia la torta, non sceglie la fetta» per stimolare l'interesse delle parti a tenere comportamenti reciprocamente corretti e coerenti.

9.4.3 Fase dell'accordo

Al termine della fase di negoziazione si possono delineare due situazioni differenti a seconda che effettivamente le parti siano state o meno in grado di raggiungere un accordo amichevole.

Nel primo caso il mediatore redige un verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo, oppure, se l'accordo amichevole non è raggiunto autonomamente e se le parti gliene fanno concorde richiesta il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. La proposta formulata dal mediatore non deve assolutamente essere motivata, in quanto questo presupporrebbe l'espressione di un giudizio come accade nell'ambito giudiziario con le sentenze, ma con essa deve essere più semplicemente tratteggiata una equilibrata soluzione al conflitto. Anche in questo caso, se le parti accettano la proposta, si redige un verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere³².

Nel secondo caso, ossia quando l'accordo non è raggiunto volontariamente e il mediatore non ha esercitato la sua facoltà di formulare una proposta in quanto le parti non lo hanno chiesto, oppure richiestone il mediatore ha formulato la proposta ma la medesima non è stata accettata, il mediatore redige un verbale in cui dà atto dell'esito negativo della tentata mediazione e nel quale indica la proposta da lui eventualmente formulata evidenziando che la medesima non è stata accettata.

Rinviando naturalmente *infra* per l'approfondimento di queste tematiche rileva in questa sede richiamare l'aspetto qualitativo dell'accordo di conciliazione. Il documento ha valore di contratto tra le parti e, ai sensi dell'art. 12 del D.lgs. n. 28/2010, diviene però titolo esecutivo se, su richiesta di parte, è sottoposto al procedimento di omologa da parte del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo ovvero, nelle ipotesi di esecuzione transfrontaliera, nel cui circondario l'accordo deve essere eseguito. In altri termini, il verbale costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Per completezza giova anche evidenziare che il medesimo decreto ha dotato di qualità giuridiche interessanti anche il verbale di conciliazione negativo. L'art. 13 del D.lgs. citato stabilisce infatti che la parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione può vedersi addossate le conseguenze economiche del processo, anche se vittoriosa, quando vi sia piena coincidenza tra il contenuto della proposta e il provvedimento che definisce il giudizio.

9.4.4 Fase post-negoziale

La conclusione dell'accordo tra le parti rappresenta il momento finale che corona il lavoro svolto con le parti dal mediatore. Nel presente tentativo di schematizzazione del percorso di mediazione è però opportuno considerare rilevante anche il periodo di tempo successivo all'accordo nell'ambito del quale si sviluppano gli effetti del medesimo ossia si ha l'esecuzione del contratto sottoscritto a esito della

³² Nel caso in cui l'accordo abbia ad oggetto diritti su beni immobili soggetti a trascrizione e annotazione occorre l'autenticazione di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

mediazione. Non si può pertanto considerare la negoziazione un successo fino a che gli accordi stabiliti al tavolo delle trattative non entrano in questa fase.

Potrebbero, infatti, verificarsi inadempimenti totali o parziali che potrebbero portare le parti a una rinegoziazione o potrebbero indurre il soggetto leso a intraprendere – questa volta con giustificata decisione – le vie legali per ottenere, come si è visto essere suo diritto, l'esecuzione forzata dell'accordo. La scelta tra l'una e l'altra via dipenderà dalla fiducia reciproca che il percorso di mediazione è riuscito a ricostruire nelle persone, nonché dalla capacità delle stesse di continuare a comunicare tra di loro anche in assenza del mediatore.

Proprio per disincentivare comportamenti sleali è opportuno che nell'accordo siano inserite esplicite e rilevanti penali per il caso di inadempimento. In altri termini l'accordo raggiunto, anche a seguito di proposta, dovrebbe, a parere di chi scrive, prevedere sempre il pagamento di una somma in denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo del loro adempimento. Nulla vieta, essendo libera la negoziazione, che questa opzione sia accolta. La funzione da riconoscerle è proprio quella di garanzia vicendevole. L'individuazione di un vincolo *ex ante* è noto rappresentare infatti per la parte stessa che eventualmente dubitasse della propria capacità, ma non della propria intenzione, di tenere fede all'accordo e obbliga al mantenimento della corretta via. In altri termini concordando da un lato il «diritto di punire» e dall'altro il «dovere di riconoscere che la punizione è giusta in quanto condivisa», le parti si tutelano vicendevolmente testimoniando la propria buona fede e, quantomeno, volontà di comportarsi correttamente nel tempo futuro prossimo.

Vale la pena di evidenziare una seconda possibile via utile per disincentivare comportamenti sleali. Il mediatore si potrebbe rendere disponibile per eventuali *follow-up* e monitoraggi sulla effettiva e corretta esecuzione. Anche in questo caso mantiene validità il meccanismo dell'individuazione *ex ante* dei vincoli all'azione delle parti. Questi ultimi sarebbero qui rappresentati dalla individuazione di una agenda di incontri nell'ambito dei quali valutare il rispetto dell'accordo. Per un maggiore successo dell'iniziativa gli incontri di verifica dovrebbero essere quindi stabiliti e condivisi dalle parti e dal mediatore e dovrebbero essere previsti nel testo dell'accordo stesso. Ciò, giova evidenziarlo, non rientra nei compiti riservati al mediatore dalla legge, ma potrebbe essere una modalità senz'altro utile al mediatore stesso anche per la valutazione della qualità degli accordi conclusi grazie al suo intervento.

9.5 La tecnica del BATNA e del WATNA quale modalità per misurare il potere contrattuale delle parti

Una modalità importante per aiutare le parti nella negoziazione è rappresentata dalla applicazione della tecnica del *Best Alternative To a Negotiated Agreement* (BATNA) e del *Worst Alternative To a Negotiated Agreement* (WATNA), note

anche con gli acronimi italiani di MAAN, ossia Migliore Alternativa Alla Negoziazione, e di PAAN, ossia Peggior Alternativa Alla Negoziazione.

Le parti potrebbero non essere consapevoli dei vantaggi che la mediazione offre loro e anche eventuali spiegazioni rese nell'ambito della fase introduttiva dapprima dalla segreteria dell'organismo e successivamente con il discorso introduttivo dal mediatore stesso, potrebbero non averle convinte circa la convenienza del percorso che stanno intraprendendo. È necessario pertanto insistere su questo punto con modalità differenti che portino ad una migliore e più diretta presa di coscienza della situazione.

La tecnica qui esaminata consente di raggiungere questo obiettivo o quantomeno è un valido strumento per muovere le persone verso la giusta direzione. Il motivo per cui si accede alla mediazione è, a evidenza, ottenere qualche cosa di meglio rispetto ai risultati che si potrebbero avere non negoziando. Pertanto il mediatore deve invitare le parti a lavorare su questo fronte facendo loro individuare le migliori alternative possibili rispetto alla negoziazione. Si tratta di un esercizio utile in quanto proiettato sul futuro che costringe le parti a riflettere sui propri limiti e sui vincoli alle proprie azioni.

La domanda che il mediatore dovrà porre a ciascuna parte è «Che cosa farà se ...». Particolare attenzione dovrà essere come sempre posta sia alle risposte verbali sia alle risposte non verbali della parte perché entrambe le categorie di rivelazioni potranno dire molto e permettere di comprendere molto sul grado di equilibrio della situazione ossia sulla distribuzione del potere tra le parti. La parte sarà dapprima guidata verso la formulazione di ipotesi positive così da individuare il BATNA. Nel caso in cui il BATNA sia attraente, credibile e raggiungibile il mediatore comprenderà che la parte si trova in una posizione di elevato potere contrattuale. Nel caso in cui al contrario il BATNA sia povero oppure difficilmente concretizzabile il mediatore comprenderà che la parte si trova nella situazione diametralmente opposta. In questo secondo caso egli avrà l'opportunità di aiutare la parte a comprendere maggiormente il valore anche economico degli incontri programmati di mediazione evidenziando che rappresentano con ogni probabilità una opportunità da non perdere. La delicatezza delle potenziali risposte e delle conseguenti reazioni suggeriscono di utilizzare questa tecnica nell'ambito di incontri separati.

Lo stesso tipo di procedimento può essere successivamente svolto guidando la parte verso la formulazione di ipotesi negative così da individuare il WATNA.

Parte quarta

IL PERCORSO DI MEDIAZIONE

a cura di *Patrizia Riva*

Codici etici, deontologici e regolamenti degli organismi di mediazione

di *Marcella Caradonna*

12

SOMMARIO

12.1 Codice etico

12.2 Norme deontologiche

12.3 Il regolamento

12.3.1 Vincoli in tema di riservatezza

12.3.2 Vincoli nella realizzazione di procedure telematiche

12.3.3 Vincoli nei contatti del mediatore con le parti

12.3.4 Obbligo di chiedere alle parti la sottoscrizione di una scheda di valutazione del servizio

12.3.5 Vincoli su alcune previsioni che il regolamento deve necessariamente contenere

12.3.6 Opzioni operative prevedibili nel regolamento

Il D.lgs. 28/2010 e il decreto attuativo D.M. 180/2010 impongono agli organismi di mediazione l'elaborazione e l'adozione di un codice etico e di un regolamento. Tali documenti devono essere obbligatoriamente allegati alla domanda di iscrizione al Registro degli organismi di mediazione e devono essere resi pubblici.

Nella redazione sia del codice etico sia del regolamento il legislatore ha creduto opportuno, nel rispetto di alcune specifiche previsioni, di lasciare ampia discrezionalità, pur prevedendo un controllo di idoneità da parte del Responsabile del Registro al momento.

Questa scelta è stata da molti criticata perché può essere fonte di confusione¹.

Va poi rammentato che l'organismo ove viene esperito il tentativo di mediazione, in assenza di una preventiva specifica clausola, è scelto dalla parte che per prima presenta la domanda.

Ne deriva che il soggetto chiamato in mediazione deve, poi, non essendoci uniformità, procedere ad una verifica delle norme operative dell'organismo presso cui è invitato a presentarsi.

Si è, quindi, sottolineato come ciò possa creare un disagio soprattutto per i consulenti chiamati ad affiancare spesso la propria clientela presso differenti organismi di mediazione.

In realtà, tuttavia, la scelta del Legislatore appare coerente con le caratteristiche dello strumento che, per essere efficace, deve essere lasciato libero da eccessivi vincoli procedurali.

Poiché, per quanto detto, vi sono anche molte differenze fra i codici etici e i regolamenti dei vari organismi, non appare possibile, in questa sede, effettuare un approfondimento di tutte le opzioni che un ente deve valutare nella loro redazione, per cui ci si intende soffermare solo su alcune delle principali tematiche relative ad essi.

Appare, tuttavia, importante sottolineare l'opportunità, prima di instaurare un rapporto con un organismo di mediazione (in qualità di mediatore, ma anche di parte o di consulente) di procedere ad un'attenta lettura di questi documenti.

¹ Cita la relazione illustrativa al D.lgs. 28/2010 a commento dell'art. 3 «In linea con i principi di delega, che a loro volta fanno rinvio sul punto alla normativa comunitaria e alla disciplina della conciliazione societaria, la scelta di fondo, calata nei commi 1 e 2, è stata quella di valorizzare le esperienze autoregolative e di minimizzare l'intervento statale nella disciplina del concreto esercizio dell'attività di mediazione. Quest'ultima è pertanto disciplinata in modo prevalente dal regolamento privato, di cui ciascun singolo organismo deve dotarsi e che deve essere depositato presso il Ministero della giustizia all'atto dell'iscrizione al registro (articolo 16, comma 3). I limiti che l'articolo 3 pone alla potestà regolamentare degli organismi si riducono al rispetto del dovere di riservatezza, poi disciplinato in modo analitico nell'articolo 9, e del dovere di imparzialità del mediatore rispetto al singolo affare trattato».

12.1 Codice etico

È un documento che impone, nella conduzione di tutte le attività dell'organismo, una serie di principi, comportamenti, impegni e responsabilità etiche che devono essere poste in atto da tutti coloro che direttamente o indirettamente operano per esso. Esso può definirsi, in un certo senso, come la «Carta Costituzionale» dell'ente, una carta dei diritti e doveri morali che definisce la responsabilità etica-sociale di ogni partecipante all'organizzazione, quindi, un quadro organico dell'approccio dell'organismo nell'erogazione del servizio di mediazione ed è il punto di riferimento principale per il mediatore nell'esercizio dell'incarico conferitogli.

L'obbligo di adottare un codice etico deriva dalla consapevolezza delle caratteristiche peculiari dell'attività del mediatore.

La capacità di aiutare le parti a trovare un accordo amichevole, infatti, implica l'aver acquisito competenze specifiche nell'area dell'analisi dei conflitti, di comunicazione verbale e non verbale, di formulazione delle domande e di negoziazione in senso lato.

Le parti possono non essere in grado di difendersi da un uso manipolativo di queste abilità ed è per tale motivo che è stato giudicato dal legislatore indispensabile effettuare un richiamo formale ai valori etici.

Per tale motivo, in linea generale, nei codici degli organismi di mediazione vi è un richiamo esplicito all'obbligo del mediatore di rispettare i requisiti di imparzialità, diligenza, lealtà, riservatezza, correttezza, professionalità.

12.2 Norme deontologiche

L'organismo deve specificare le norme deontologiche alle quali si deve attenere il mediatore. Non vi sono indicazioni specifiche in ambito normativo, ma vi è da dire che la maggior parte degli organismi hanno acquisito come punto di riferimento in questo ambito, il codice di condotta europeo.

È, questo, un documento elaborato nell'Unione europea da un gruppo di esperti del settore e altre persone interessate allo sviluppo della mediazione in collaborazione con la Commissione europea, nel luglio 2004; la Commissione ha espresso soddisfazione per essere stata coinvolta e per avere avuto l'opportunità di partecipare a questo processo. Esso stabilisce una serie di norme che possono essere applicate alla mediazione e a cui le organizzazioni che forniscono servizi di mediazione sono invitate a conformarsi. In esso vengono, quindi, sottolineati i contenuti di termini quali competenza, indipendenza, imparzialità.

Si segnalano, inoltre, un insieme di linee guida da seguire nello svolgimento del procedimento.

Nella normativa italiana, pur non essendoci richiami espliciti a questo codice, si trovano previsioni che, nei contenuti, richiamano in modo evidente le sue disposizioni.

Ad esempio, in esso vi sono importanti riferimenti in merito al procedimento.

Al punto 3.1 del documento si legge: «Il mediatore deve sincerarsi che le parti coinvolte nella mediazione comprendano le caratteristiche del procedimento di mediazione e il ruolo del mediatore e delle parti nell'ambito dello stesso».

«Il mediatore deve, in particolare, fare in modo che prima dell'avvio della mediazione le parti abbiano compreso ed espressamente accettato i termini e le condizioni dell'accordo di mediazione, incluse le disposizioni applicabili in tema di obblighi di riservatezza in capo al mediatore e alle parti».

Ebbene anche nell'art. 11 del D.lgs. 28/2010 in relazione alla mediazione agiudicativa specifica «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13».

È evidente il richiamo al documento europeo.

Il citato codice in tema di nomina del mediatore stabilisce che: «Prima di accettare l'incarico, il mediatore deve verificare di essere dotato della preparazione e competenza necessarie a condurre la mediazione del caso proposto e, su richiesta, dovrà fornire alle parti informazioni in merito».

Nell'art. 3 del D.lgs. 28/2010 si impone che nel regolamento degli organismi vi devono essere sempre indicate le modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

12.3 Il regolamento

È il manuale operativo dell'attività dell'organismo di mediazione.

È molto importante perché in relazione ai suoi contenuti mutano anche il ruolo e le responsabilità attribuite al mediatore.

Anche in questo ambito il legislatore ha lasciato ampia discrezionalità agli organismi, ponendo, però, alcune regole e in particolare nel D.M. 180/2010 sono previsti:

- contenuti obbligatori;
- opzioni facoltative che l'ente può scegliere se adottare o meno.

12.3.1 Vincoli in tema di riservatezza

Un primo obbligo è connesso alla predisposizione di regole che tutelino un adeguato livello di riservatezza della mediazione.

L'art. 3 comma 2, infatti, stabilisce in modo esplicito che in ogni caso il regolamento debba garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'art. 9.

La *ratio legis* è facilmente intuibile poiché la certezza per le parti del rispetto di questo requisito costituisce la base per superare la diffidenza ad aprirsi della parte in lite e consenta di instaurare un dialogo costruttivo.

Del resto l'esigenza di porre coloro che partecipano alla mediazione a proprio agio è così sentita che l'art. 10 D.lgs. 28/2010 specifica i contenuti del segreto professionale a cui è vincolato il mediatore.

Nell'art. 7 del D.M. 180/2010, poi, stabilisce in modo chiaro che «Il diritto di accesso ha per oggetto gli atti depositati dalle parti nelle sessioni comuni ovvero, per ciascuna parte, gli atti depositati nella propria sessione separata».

12.3.2 Vincoli nella realizzazione di procedure telematiche

L'art. 7 comma 4 stabilisce che il regolamento sia strutturato in modo da evitare che una procedura sia effettuata solo in via completamente telematica.

Nel D.lgs. 28/2010 pareva di cogliere una valutazione favorevole dell'uso degli strumenti informatici.

La relazione illustrativa al D.lgs. 28/2010, infatti, con riferimento all'art. 3 che prevede l'utilizzo di modalità telematiche per il procedimento di mediazione, specifica che ciò «si inserisce nel quadro della semplificazione e della formalizzazione dell'attività di mediazione, che costituisce una delle leve su cui fare maggior affidamento per la diffusione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie».

È molto probabile che ciò derivi dalla consapevolezza dell'importanza che il contatto relazionale assume nella negoziazione effettuata nell'ambito di una mediazione.

12.3.3 Vincoli nei contatti del mediatore con le parti

Il legislatore ha creduto necessario imporre agli enti il divieto di inserire nel regolamento la possibilità che vi possano essere comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore, eccetto quelle effettuate in occasione delle sessioni separate.

In dottrina si discute sugli effettivi risvolti di tale previsione poiché non risulta definito in modo chiaro cosa abbia inteso il Legislatore sotto il profilo operativo con il termine «sessioni separate».

Ove, infatti, la mediazione si svolga presso lo studio del mediatore gli incontri con le parti potrebbero anche avvenire in momenti differenti.

È molto probabile che si voglia garantire che gli incontri debbano avvenire solo sotto la regia dell'ente che amministra il servizio e in modo trasparente debba essere informata di ciò anche la parte assente.

12.3.4 Obbligo di chiedere alle parti la sottoscrizione di una scheda di valutazione del servizio

Novità assoluta del D.M. 180/2010 è l'obbligo per l'organismo di prevedere «che, al termine del procedimento di mediazione, a ogni parte del procedimento venga consegnata idonea scheda per la valutazione del servizio; il modello della scheda deve essere allegato al regolamento, e copia della stessa, con la sottoscrizione della parte e l'indicazione delle sue generalità, deve essere trasmessa per via telematica al responsabile, con modalità che assicurano la certezza dell'avvenuto ricevimento».

Va detto che questa previsione ha sollevato notevoli perplessità per il condizionamento che l'essere soggetto a valutazione può verificarsi psicologicamente nel mediatore che, invece, deve poter svolgere il proprio compito in assoluta serenità.

Ci si chiede, inoltre, cosa succeda se la parte non desideri compilare la scheda o non partecipi alla sessione finale della mediazione.

Va, però, segnalata la portata innovativa della previsione legislativa che individua nella valutazione della qualità una tutela al corretto sviluppo del servizio di mediazione.

12.3.5 Vincoli su alcune previsioni che il regolamento deve necessariamente contenere

Oltre agli obblighi in precedenza specificati la legge prevede che nei regolamenti devono essere specificate alcune regole.

- In primo luogo deve sempre essere indicato il luogo dove si prevede debba svolgersi il procedimento. È, tuttavia, possibile effettuare il procedimento anche in una sede differente, ma solo con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo.
- È necessario, inoltre, impostare le procedure in modo che il procedimento di mediazione non abbia inizio prima della sottoscrizione del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità. È, questo, un vincolo che mira a sottolineare il ruolo strategico che ha l'imparzialità del mediatore nel procedimento di mediazione.
- È, inoltre, necessario indicare le cause d'incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore specificando anche le conseguenze sul procedimento in corso in caso di sospensione o cancellazione dell'organismo.
- Il regolamento deve anche contenere la possibilità che le parti possano indicare di comune accordo il nome del mediatore da designare scelto nell'elenco dei mediatori dell'organismo.
- È obbligatorio, infine, fornire procedure che, come si è già accennato, garantiscano il diritto di accesso delle parti agli atti del procedimento di mediazione depositati presso l'ente secondo le indicazioni già in precedenza descritte.

12.3.6 Opzioni operative prevedibili nel regolamento

L'art. 7 comma 2 indica una serie di possibilità che l'ente può inserire nella redazione del suo regolamento.

In particolare ogni organismo deve decidere se:

- prevedere la possibilità di lasciare al mediatore il compito di convocare personalmente le parti;
- adottare in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'art. 11 del decreto legislativo, la facoltà di far redigere la stessa ad un mediatore diverso da quello

che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente;

- decidere se consentire che la proposta possa essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione;
- pianificare la scelta di creare sinergie con altri enti iscritti nel Registro avvalendosi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto un accordo, anche per singoli affari di mediazione, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 del Codice del Consumo e le imprese, o loro associazioni, e aventi per oggetto la medesima controversia;
- predisporre la realizzazione di elenchi separati di mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche;
- decidere se limitare la propria area di attività in specifiche materie, chiaramente individuate.

Per tutto il resto delle regole che devono essere inserite nel regolamento per una funzionale gestione del servizio di mediazione nulla viene aggiunto.

Massima discrezionalità, quindi, sulla definizione dei compiti della segreteria, sull'organizzazione interna e su eventuali e ulteriori vincoli che l'ente può imporre al mediatore.

In futuro in relazione alle osservazioni del Responsabile del Registro in sede di accettazione delle domande di iscrizione degli enti sarà possibile evidenziare eventuali nuove indicazioni in merito alle previsioni che devono essere contenute in ogni regolamento.

La mediazione civile

> a cura di Marcella Caradonna > Claudia Mezzabotta > Patrizia Riva

Il volume è il frutto del lavoro congiunto di più autori appartenenti al mondo professionale (dottori commercialisti e avvocati) ed esperti di formazione in materia di mediazione civile, sia per quanto concerne gli aspetti normativi dell'istituto, oggetto nel nostro Paese di una radicale riforma (D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e D.M. 18 ottobre 2010, n.180), sia per quelli prettamente «tecnici» inerenti il concreto svolgimento della procedura e la gestione del conflitto in atto tra le parti.

La Parte Prima, dopo una disamina degli aspetti generali della mediazione civile, si concentra sull'analisi dell'evoluzione normativa che ha portato all'attuale assetto dell'istituto. Particolare rilevanza è riservata ai contenuti del nuovo D.Lgs. n. 28/2010 e del regolamento attuativo, entrato in vigore con il D.M. 180/2010, che disciplinano il funzionamento della procedura, la figura del mediatore e i requisiti per diventare tale, senza trascurare gli aspetti legati alla struttura degli organismi di mediazione e i requisiti dei formatori in questa materia.

Le Parti Seconda, Terza e Quarta sono dedicate al concreto funzionamento della procedura di mediazione ed esaminano, oltre alle differenti fasi della procedura, anche le implicazioni psicologiche e comportamentali per le parti in conflitto e per il mediatore che le deve gestire al meglio, indirizzandole verso la composizione della controversia.

La Parte Quinta colloca l'istituto italiano della mediazione civile, così come recentemente riformato, in un contesto internazionale, con particolare attenzione ai Paesi anglosassoni, in cui l'istituto è ampiamente diffuso e ad alcuni Paesi dell'Unione europea.

Il libro, oltre a essere un interessante strumento di approfondimento, offre un quadro organico della mediazione, strumento giuridico destinato a entrare nella quotidianità per la gestione delle controversie nazionali e transfrontaliere.

Marcella Caradonna, dottore commercialista, mediatore civile, formatore accreditato al Ministero della giustizia, riveste diversi incarichi istituzionali ed in particolare è componente dei consigli direttivi della Fondazione "ADR Commercialisti" (socio unico il CNDCEC) e dell'organismo di mediazione della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, è giornalista pubblicista ed autrice di numerose pubblicazioni in materia economica e giuridica con particolare riferimento agli strumenti ADR.

Claudia Mezzabotta, dottore commercialista e revisore legale, autore di numerose pubblicazioni in materie aziendali, coordinatore di corsi di formazione per mediatori civili presso la SAF «Luigi Martino» della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, coniuga la propria esperienza in ambito aziendalistico con una formazione di livello post-universitario in psicologia sociale e delle organizzazioni (*Master of Arts in Psychology* presso la New York University).

Patrizia Riva, Ph.D, professore aggregato di Economia aziendale dell'Università del Piemonte Orientale, responsabile della Formazione dell'ODCECMI, direttore della SAF «Luigi Martino» della Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano, componente della Commissione Formazione Professionale Continua del CNDCEC, dottore commercialista e revisore legale, è autore di numerose pubblicazioni in tema di comunicazione economico-aziendale, *forensic accounting* e mediazione.

ISBN 978-88-238-3318-0



9 788823 833180



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano