



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

La mediazione civile

Le tecniche di gestione dei conflitti

nr. **37** • Gruppo di studio
Commissione Mediazione
e Conciliazione

a cura di
Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta

i quaderni



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano



La mediazione civile

Le tecniche di gestione dei conflitti

nr. **37** • Gruppo di studio
Commissione Mediazione
e Conciliazione

a cura di
Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta

I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

Comitato Istituzionale:

Diana Bracco, Marcello Fontanesi, Mario Forchetti, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Lorenzo Ornaghi, Carlo Palumbo, Angelo Provasoli, Alessandro Solidoro, Guido Tabellini.

Comitato Scientifico:

Giancarlo Astegiano, Giuseppe Bernoni, Pasquale Cormio, Franco Dalla Sega, Cesare De Sapia, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Cesare Minola, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Paola Saracino, Alessandro Solidoro, Luigi Vinciguerra.

Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Aldo Camagni, Ciro D'Aries, Francesca Fieconi, Carlo Garbarino, Cesare Gerla, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Alessandro Solidoro, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

Commissione Mediazione e Conciliazione:

Delegato del Consiglio: Marcello Guadalupi.

Presidente della Commissione: Maria Rita Astorina.

Componenti: Pasqualino Alicandro, Claudia Baggini, Caterina Barbaria, Sara Bertoni, Massimo Bianchi, Monica Burato, Rosa Caliendo, Federico Campi, Michele Cappelli, Michele Sisto Carabellese, Stefano Carazzali, Adriano Carena, Monica Cavenago, Vittoria Centomo, Cristiano Del Torre, Piero Gazzarrini, Paola Gherarducci, Marco Guantieri, Fabrizio La Rosa, Morena La Tanza, Annalisa Longhi, Marco Manzoli, Alessia Marchesi, Fabio Mariani, Andrea Moiraghi, Claudio Montagna, Pietro Biagio Monterisi, Daniela Barbara Morlacchi, Massimo Oldani, Silvia Pagani, Stefano Pavletic, Laura Pigoli, Luisa Maria Porrini, Renzo Radicioni, Marco Lorenzo Riva, Patrizia Riva, Massimo Rizza, Giovanni Rossi, Christian Schipani, Maurizio Spinosa, Massimo Splendore, Vincenzo Strigaro, Giovanni Volonterio, Marco Bernardino Zampetti.

Osservatori: Sergio Monterisi, Vittoria Poli.

Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

Segreteria:

Elena Cattaneo
corso Europa, 11 • 20122 Milano
tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

INDICE

Presentazione (<i>Alessandro Solidoro</i>)	5
Introduzione (<i>Marcello Guadalupi</i>)	7
1. Perché usare la mediazione: vantaggi e limiti (<i>Andrea Silla</i>)	11
2. Che cos'è il conflitto	13
2.1. Come si originano i conflitti. Le dinamiche conflittuali (<i>Sara Bertoni</i>)	13
2.2. Le possibili reazioni delle parti al conflitto (<i>Paola Gherarducci</i>)	16
2.3. Ciò che appare e ciò che è: i rapporti tra le parti, tra pretese e interessi (<i>Riccardo Bauer</i>)	18
3. La negoziazione	23
3.1. Negoziazione distributiva e negoziazione cooperativa (<i>Patrizia Riva</i>)	23
3.2. Le fasi della negoziazione e le competenze comportamentali del negoziatore (<i>Alessandro Augusto</i>)	31
3.3. Gli ostacoli alla mediazione (<i>Michele Cappelli</i>)	34
4. Le fasi della mediazione	43
4.1. Considerazioni generali (<i>Giorgio Aletti</i>)	43
4.2. L'introduzione (<i>Giorgio Aletti</i>)	44
4.3. L'esplorazione (<i>Claudia Mezzabotta</i>)	48
4.4. La negoziazione <i>strictu sensu</i> e la formulazione dell'accordo (<i>Alessandro Bossi</i>)	52
5. Il profilo deontologico del mediatore (<i>Daniela Morlacchi</i>)	59

5.1. Obbligo di riservatezza e segreto professionale (art. 9-10)	59
5.2. Dovero di imparzialità (art. 14)	61
5.3. Divieto di percepire compensi direttamente dalle parti (art. 14)	64
6. Il «Progetto Conciliamo» (<i>Maria Rita Astorina</i>)	65
6.1. Statuto e informazioni tecniche	66
6.2. Monitoraggio del progetto: anno 2009	66
6.3. La conciliazione delegata	67
6.4. Strumenti analoghi al «Progetto Conciliamo» sorti in altri Tribunali: alcuni esempi	68
7. Antologia di casi di mediazione civile (<i>Marcello Guadalupi</i>)	71

PRESENTAZIONE^(*)

Il tema della mediazione civile ha assunto in Italia in questi ultimi mesi notevole rilevanza, suscitando ampio interesse e un vivace dibattito. Il D.Lgs. 28/2010 e il relativo regolamento attuativo, contenuto nel D.M. 180/2010, hanno infatti sostituito le norme precedentemente in vigore in materia e, come tutte le modifiche legislative, rappresentano una materia di studio e di aggiornamento professionale. Nondimeno, a nostro avviso, la rilevanza del tema e il dibattito che ne è scaturito non derivano meramente dalla «novità», bensì anche e soprattutto dalla profonda «innovatività» delle nuove disposizioni legislative.

Le norme poc'anzi citate, infatti, come è noto, hanno introdotto l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, per alcune materie, come condizione di procedibilità attraverso le ordinarie vie giurisdizionali. Pertanto, 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, sono tenute a esperire un tentativo di mediazione in via preliminare, nei modi e nei tempi stabiliti dalle medesime disposizioni normative. L'obbligo è scattato il 21 marzo 2011, fatta eccezione per le controversie in materia condominiale e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, per le quali è stato stabilito un posticipo di dodici mesi, per l'applicazione della nuova norma.

Con disposizioni così «forti», accompagnate anche da vantaggi fiscali per le parti e dalla previsione di costi assai contenuti del procedimento, l'intento del legislatore è certamente quello di ridurre il numero di

^(*) A cura di Alessandro Solidoro, Presidente ODCEC Milano.

controversie che arriveranno ai tribunali, con l'auspicio che le parti possano trovare un accordo durante le sessioni di mediazione.

E' plausibile attendersi, tuttavia, che l'introduzione di un obbligo siffatto possa portare con sé anche un profondo cambiamento di mentalità nei cittadini e nelle imprese, in generale, riguardo alla possibilità di risolvere le controversie anche con modalità alternative alla giustizia ordinaria, in cui la volontà e le intenzioni delle parti, così come i loro reali interessi e bisogni sottostanti alle pretese formalizzate nell'istanza, assumono particolare interesse per il mediatore. Modalità che, per loro natura, porranno infatti più attenzione anche ad aspetti non strettamente legati alla ricerca di un «colpevole», bensì legati alle reali motivazioni che hanno causato la controversia, non sempre esplicitate dalle parti.

Il commercialista che si avvicina a questo istituto con l'intento di diventare mediatore, pertanto, dovrà formarsi non solo sugli aspetti giuridici e più strettamente procedurali, ma anche sulle tecniche di mediazione, che comprendono «strumenti» di gestione delle negoziazioni e dei conflitti, spesso non facenti parte del suo normale «bagaglio» di nozioni accademiche o della sua esperienza pratica.

Gli autori del presente lavoro, tutti commercialisti o avvocati esperti in materia, in alcuni casi attivi anche come formatori sulle medesime discipline, affrontano qui le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, indispensabili per affrontare in modo efficace tutte le fasi del procedimento di mediazione, sia nell'ottica del professionista che svolge il ruolo di mediatore, sia di quello che, invece, partecipa al procedimento in veste di consulente di parte.

La conoscenza delle peculiarità delle tecniche di mediazione, con le quali molti di noi non sono familiari, rappresenta a nostro modo di vedere un fondamentale passo avanti per un'evoluzione positiva della «rivoluzione della mediazione», attualmente in atto nel nostro Paese.

Ci auguriamo che questo scritto contribuisca ad avvicinare il professionista alla mediazione, sia nel caso in cui il suo intento sia quello di diventare mediatore, sia per quanto concerne la possibilità di consigliare i propri clienti a fare ricorso al nuovo istituto o di assisterli durante lo svolgimento della procedura.

Buona lettura!

mediatore.

Porre delle buone domande per capire e far capire alle parti i propri interessi le aiuta a separare la persona dal problema e a trovare ciò che le accomuna, anziché ciò che le divide.

Se ad esempio entrando in casa i due fratelli vedono un avocado e lo vogliono entrambi con forza e decisione (posizioni), la mamma, stufa delle urla, lo taglia a metà e ne dà una metà a ciascuno.

Ogni fratello è però insoddisfatto, anche se la soluzione appare molto «salomonica»: infatti, se la mamma avesse chiesto a ogni fratello perché voleva l'avocado, avrebbe scoperto i reciproci interessi. Il primo aveva fame e il secondo voleva piantare il nocciolo in acqua per far crescere una pianta di avocado. La «soluzione salomonica» è molto razionale, ma del tutto inadatta a risolvere il conflitto.

Il mediatore in realtà deve cambiare i termini del problema modificando il rapporto conflittuale di un fratello contro l'altro, per unire i fratelli nel vedere «come si può» risolvere il problema.

Nei conflitti gli interessi più potenti sono rappresentati dai bisogni.

2.3.3. Bisogni

Quando si parla di bisogni umani spesso ci si riferisce a bisogni fondamentali che appartengono a tutti gli individui. Nel 1950 un giovane psicologo, Maslow, li classificò in una gerarchia di tipo piramidale (cfr. § 2.1, *supra*), ponendo alla base i cosiddetti bisogni primari o di sopravvivenza di ognuno (cibo, vestiario, aria, rifugio, eccetera), successivamente quelli di sicurezza e infine quelli di tipo sociale (famiglia, classe sociale) o di autostima (stima, prestigio, successo, realizzazione di sé, eccetera). Solo analizzando i bisogni si capiscono gli interessi e le posizioni delle parti.

Riprendendo il caso del viaggio dei coniugi e analizzandone i bisogni, si potrebbe scoprire perché scelsero l'Egitto per il loro viaggio e magari che quel viaggio era per i loro 25 anni di matrimonio, per cui era un evento lungamente atteso e desiderato. Il viaggio andato male assume quindi una valenza particolare nel contesto e colpisce un bisogno di desiderio lungamente atteso e andato deluso della parte, per cui essa si sente più colpita degli altri partecipanti al viaggio in Egitto e, di conseguenza, chiede un risarcimento danni.

Senza una appropriata analisi di bisogni, interessi e posizioni, nessun mediatore è in grado di portare avanti gli incarichi ricevuti, perché guardando solo sopra la linea dell'acqua non tutto ciò che serve emerge.

I rapporti tra le parti devono quindi essere suddivisi tra *posizioni, interessi e bisogni*.

3. LA NEGOZIAZIONE

3.1. Negoziazione distributiva e negoziazione cooperativa⁽¹⁾

Per comprendere la differenza fondamentale tra approccio distributivo e approccio cooperativo alla negoziazione è necessario riflettere in primo luogo sul fatto che il conflitto è «fatto umano inevitabile». 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», cristallizzando l'esito della negoziazione in un accordo soddisfacente perchè condiviso e pertanto risolutivo⁽²⁾.

Elemento fondamentale per la negoziazione è la ricerca e ricostruzione 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 percorso⁽³⁾. E' stato autorevolmente

⁽¹⁾ A cura di Patrizia Riva, Responsabile SAF - Scuola di Alta Formazione ODCEC Milano. Professore aggregato Università del Piemonte Orientale.

⁽²⁾ Per approfondimenti sul tema della negoziazione si vedano tra gli altri: Fragomeni T., *Mediazione e conciliazione. Teoria e pratica della mediazione dopo la Riforma (D.L.vo n. 28/2010) e il Regolamento (D.L. n. 180/2010)*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2011; Fragomeni T., Caradonna M., De Berti G., Marinari M., Patti Y., *Strategie processuali. Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti. Casi e storie di mediazione familiare, commerciale, societaria*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2011; URY W., *Risolvere i conflitti. Dallo scontro all'incontro: come trasformare i conflitti a casa, al lavoro e nel mondo*, Roberti Ed., 1999; MAURO E., *Manuale della nuova conciliazione stragiudiziale. La giustizia facilitata. Strumenti per i cittadini e per gli operatori*, Flaccovio Ed., 2010.

⁽³⁾ E' 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 altro che parlare. Ciascuno ha la possibilità di esprimere la propria opinione.

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*, «negazione dell'ozio»⁽⁴⁾. Essa porta dunque con sé l'idea di un impegno continuo dei protagonisti in causa, 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, equiprossimità 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 controversia⁽⁵⁾.

Conviene però ricordare che la negoziazione può svilupparsi, in funzione sia della disponibilità delle parti, sia delle capacità del mediatore,

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 pro cede, 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». URY W., *op. cit.*, 1999, p. 43 e ss.

⁽⁴⁾ Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 160.

⁽⁵⁾ «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», URY W., *op. cit.*, 1999, p. 45 e ss.

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 gioco⁽⁶⁾, 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 cooperativa⁽⁷⁾. Le due strade portano a risultati qualitativamente differenti e, pertanto, meritano un approfondimento.

3.1.1. Negoziazione sulle posizioni 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

⁽⁶⁾ «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», Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 125.

⁽⁷⁾ “Quando si media, il lavoro consisterà nell'uscire fuori dai motivi apparenti e superficiali del conflitto (posizioni), facendo emergere i veri motivi, i cosiddetti conflitti reali (interessi)”, Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 134.

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.

L'applicazione della logica lineare porta ad 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.

E' 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 ad 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"⁽⁸⁾.

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*.

3.1.2. 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*⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 162.

⁽⁹⁾ «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.», URY W., *op. cit.*, 1999, p. 93 e ss.

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 (cfr. § 2.3). 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 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 relazione⁽¹⁰⁾.

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,

⁽¹⁰⁾ “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”, Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 127 e ss.

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 a una soluzione condivisa può iniziare e svilupparsi. Ciò accade perché la disamina degli interessi spesso permette di comprendere che le iniziali pretese, pur sembrando inizialmente 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 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 sperimenta 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.

Quanto precede porta a concludere che la negoziazione cooperativa si presenta 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 si spostano 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 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*.