

LA MEDIAZIONE E LE LOGICHE **DELLA NEGOZIAZIONE**

6 IL D.LGS. 28/2010 HA INTRODOTTO IN ITALIA L'OBBLIGO DI FARE RICORSO ALL'ISTITUTO DELLA MEDIAZIONE CIVILE NEL CASO DI CONTROVERSIE AVENTI A OGGETTO TALUNE MATERIE: CONDOMINIO, DIRITTI REALI, DIVISIONI, 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. LA NORMA È APPLICABILE DAL 20 MARZO 2011, FATTA ECCEZIONE PER LE CONTROVERSIE IN MATERIA DI CONDOMINIO E DI RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DALLA CIRCOLAZIONE DI VEICOLI E NATANTI, PER LE QUALI L'ENTRATA IN VIGORE È STATA POSTICIPATA DI 12 MESI. L'INTENTO DEL LEGISLATORE È DI DEFLAZIONARE IL RICORSO ALLA GIUSTIZIA ORDINARIA E DI SNELLIRE I TEMPI MEDI NECESSARI PER OTTENERE GIUSTIZIA NEL NOSTRO PAESE. NON SI TRATTA, TUTTAVIA, DI UNA MERA "NOVITÀ LEGISLATIVA", MA DI UNA VERA E PROPRIA "RIVOLUZIONE", CHE MIRA A RISOLVERE LE CONTROVERSIE ATTRAVERSO LA COMPRENSIONE, DA PARTE DEL MEDIATORE, DELLE LOGICHE SOTTESE AL CONFLITTO E DELLE TECNICHE DI NEGOZIAZIONE, SENZA FERMARSI ALLE CAUSE PASSATE DEL CONFLITTO IN ESSERE O ALLA PRETESA DELLE PARTI, MA CERCANDONE I REALI INTERESSI SOTTOSTANTI 🌑 🜑

di Patrizia Riva ", Claudia Mezzabotta " / "

I. La mediazione quale elemento portante

di una nuova "cultura"

Si è sostenuto che le strategie di negoziazione e, più in generale, la mediazione in sé, quale modalità per il superamento delle crisi, rappresentino sia a livello sociale sia a livello individuale un'opportunità per la ridu-

zione delle inefficienze del sistema tradizionale di risoluzione delle controversie. L'introduzione nell'ordinamento italiano della mediazione obbligatoria in un importante numero di materie potrebbe altresi rappresentare, qualora sperimentato, condiviso e compreso, il primo gradino di un percorso difficile verso un nuovo e importante sviluppo culturale. La diffusione della conoscenza

*** uses elected agital or buy garagem

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 a un miglioramento della capacità dei singoli individui di affrontare le proprie situazioni di conflitto senza delegarne la soluzione a terzi.

Vale la pena di soffermarsi su quest'ultimo argomento, richiamando le parole di un noto e autorevole politologo anglosassone

^{**} Charge No. feeta Tele (ASA) SHETS,

contemporaneo che ha enfatizzato il ruolo delle virtù sociali e, in particolare, della fiducia 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.

Sempre con l'autore sopra richiamato si può affermare che il capitale sociale, risultato della fiducia ed elemento decisivo per la salute di un'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 di 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 considerate in questo momento storico parte integrante della nostra cultura nazionale, ossia del nostro bagaglio di "abitudini etiche ereditate". 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, a 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 giudiziari5 e avere definito "meritevole di consenso" l'iniziativa governativa della mediazione realizzatasi con il

d.lgs. 28/2010, ha affermato che "uno dei pilastri su cui si fonda è la previsione dell'obbligatorietà della mediazione per chi intenda introdurre una controversia rientrante tra quelle previste dalla legge".

2. Le principali novità normative

Le norme che hanno rivoluzionato il procedimento di mediazione, in Italia, introducendo l'obbligatorietà del ricorso a tale istituto per alcune materie oggetto di controversia sono, in particolare: la legge 18 giugno 2009, n. 69, tramite la quale, con l'art. 60, il Parlamento delegava il Governo a legiferare in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali; il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, di attuazione della riforma in parola; il più recente decreto del Ministero della giustizia, 18 ottobre 2010, n. 180, che ha predisposto il regolamento riguardante, tra l'altro, gli specifici criteri e le modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione, degli elenchi dei formatori e dei mediatori, le indennità spettanti agli organismi per ciascun procedimento.

La peculiarità delle nuove norme 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, d.lgs. 28/2010). Tali caratteristiche si rendono ancor più necessarie se si considera che le parti del conflitto che ricorrono alla mediazione possono vedersi attribuiti vantaggi non indifferenti, non ultimi il valore di titolo esecutivo del verbale o taluni sgravi 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, comma 1, d.lgs. 28/2010, in base al quale per i conflitti sorti in talune materie l'esperimento del tentativo di conciliazione costituisce condizione di procedibilità6. Il d.lgs.

territorio de la principia di delle come apposicio delle come dell'agenza. Ca se ferisco in parficione di la la come delle della Autoria. A Alle di la la la la come delle della Autoria. A Alle di la la la la come della come della come della la compario della comparazione della come della come della come della come della come della come della la compario della periodi della come della come

¹ service and E. Lington Committee of Continuous Committee (Springers and Continuous Continuous

² Threemont responsator at models of Willinnan Walls and Chill The latter Control of S. R. November pergonal for the first and of the process of the control of the control of the first State of the control of the c

nament communication for a policial of Fe nament communication (Fig.

³ Large Adv. C. A. Roselle Dillion Device police

⁴ For the district of the form of the finite of the finite

^{6 % 1} that is performed between this perior in a control constitution of the control control of the control of

istituisce pertanto presso il Ministero della giustizia il Registro degli organismi abilitati presso i quali può svolgersi il procedimento di mediazione (art. 16), mentre il d.m. 180/2010 ne stabilisce i meccanismi per il concreto funzionamento (artt. 3-5).

In particolare, secondo il citato d.m., 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). Anche per i mediatori dell'organismo abilitato alla mediazione, il decreto attuativo prevede l'esistenza di specifici requisiti di professionalità, competenza e onorabilità che contribuiscono ad accrescere l'efficienza degli organismi stessi (artt. 4 e 6, d.m. 180/2010, vedi infra, § 3).

Il d.m. istituisce inoltre l'elenco degli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori (artt. 17-19). L'elenco è parimenti tenuto presso il Ministero della giustizia; ne è responsabile il Direttore generale della Giustizia civile, ovvero persona da lui delegata con qualifica dirigenziale nell'ambito della Direzione generale ed 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). La gestione dell'elenco 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 elenchi dei formatori.

3. I requisiti professionali del mediatore

Le novità legislative in materia di mediazione civile, come poc'anzi accennato, concernono anche il profilo professionale del mediatore e stabiliscono le modalità con cui si può accedere all'elenco dei mediatori di un Organismo di mediazione, tra quelli accreditati dal Ministero della giustizia⁷.

In particolare (artt. 4 e 6, d.m. 180/2010), gli aspiranti mediatori devono essere in possesso di un titolo di studio non inferiore alla laurea triennale, oppure, alternativamente, essere iscritti a un ordine o a un collegio professionale. Devono anche soddisfare alcuni requisiti formativi: possedere una formazione specifica per mediatori civili ed effettuare uno specifico aggiornamento almeno ogni due anni. Il corso base per mediatori e i corsi di aggiornamento devono essere tenuti dagli enti di formazione accreditati dal Ministero.

I requisiti di onorabilità necessari per l'appartenenza all'elenco dei mediatori sono i seguenti:

- a) non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o pena detentiva non sospesa;
- b) non essere incorsi nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;
- c) non essere stati sottoposti a misure di prevenzione o di sicurezza;
- d) non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

Inoltre, se l'aspirante mediatore intende richiedere l'iscrizione all'elenco specifico dei mediatori esperti nella materia internazionale (art. 3, comma 3, parte I, sezione B e parte II, sezione B), deve essere in grado di produrre idonea documentazione per comprovare le proprie conoscenze linguistiche. L'aspirante mediatore deve presentare domanda di iscrizione all'elenco dei mediatori presso l'Organismo di mediazione accreditato dal Ministero della giustizia di cui intende entrare a fare parte. Alla domanda di iscrizione egli dovrà allegare (art. 6):

- a) la dichiarazione di disponibilità a svolgere le funzioni di mediatore per tale organismo, indicando espressamente in quale delle sezioni del registro egli vorrebbe entrare a fare parte; tale dichiarazione deve essere sottoscritta dall'aspirante mediatore;
- b) un curriculum sintetico, in cui deve essere specificata l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 4, comma 3, lett. a) e b); si tratta, in particolare, del possesso del titolo di studio non inferiore alla laurea triennale o, in alternativa, dell'appartenenza a un ordine o a un collegio professionale, e del possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale;
- c) l'attestazione del possesso dei requisiti di onorabilità, sopra specificati;
- d) la documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie a svolgere le funzioni di mediatore in materia internazionale.

Ciascun mediatore non può dichiararsi disponibile a svolgere le funzioni di mediatore per più di cinque organismi contemporaneamente.

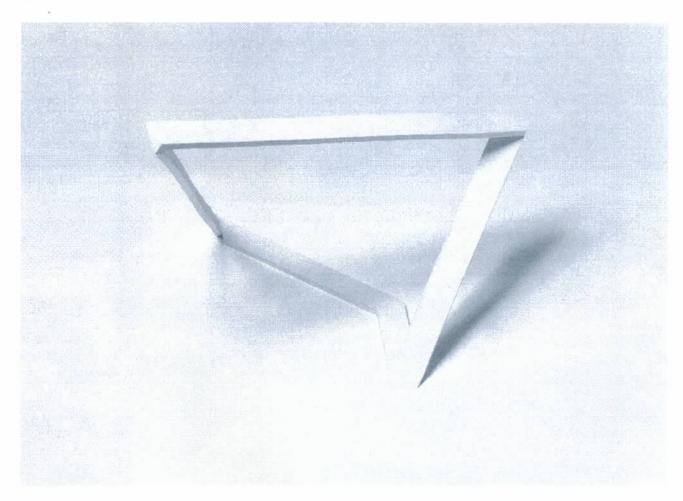
Benché la legge abbia stabilito dei requisiti precisi per gli aspiranti mediatori, non necessariamente l'istante ha diritto di essere inserito nell'elenco dei mediatori in virtù del mero possesso di tali requisiti. Secondo alcuni commentatori⁸, infatti, nel caso in cui l'organismo di mediazione abbia natura privata, esso opera in regime di concorrenza secondo le regole del mercato e, pertanto, esso ha una totale libertà di scelta nella decisione di includere o meno un aspirante mediatore nel proprio elenco. Né il mediatore, una volta che sia stato incluso nell'elenco di un determinato organismo privato, può vantare alcuna pretesa in merito alla possibilità di essere designato per svolgere una specifica attività di mediazione. Que-

compared with the part of a regar system of the late of the consequence of a regard of the consequence of the consequence of the regard of the consequence of the con

is a ways and the inners, yet in a convey seen to end the manner in an electrical wirespectually that electronic is seen that yet well the seen to specify patient of it is a

case (if a 11 case exp. Coage is 55% exp. subsidiate between the armenia stream, in a 11 count foliable from Change (1).

8 for a company of the company of th



sto, infatti, pur essendo vincolato al rispetto del proprio regolamento, approvato dal Ministero della giustizia, sceglierà liberamente a chi conferire un determinato incarico di mediazione, tra i professionisti iscritti nel suo elenco.

Diversa è invece la situazione del professionista nel caso in cui l'organismo sia di natura pubblica (p.e. istituito presso un Ordine professionale o una Camera di commercio). In questo caso, infatti, l'organismo di conciliazione pubblico dovrà operare in base ai criteri ordinari che regolano le attività della pubblica amministrazione. Sia l'ammissione dell'aspirante mediatore all'elenco tenuto dall'organismo, sia i criteri di scelta di un determinato professionista, tra quelli inclusi nell'elenco, per l'assegnazione di uno specifico caso di mediazione dovranno essere informati a rigorosi criteri di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità (cfr. art. 27, codice dei contratti pubblici). Nel caso in cui l'organismo sia di diritto pubblico, pertanto, il rigetto non motivato della domanda di iscrizione nell'elenco dei mediatori o la scelta di un particolare professionista per la trattazione di uno specifico caso che non segua i criteri di selezione preventivamente stabiliti dal regolamento dell'organismo stesso potrebbero fare sorgere in capo al soggetto istante escluso o al professionista pretermesso il diritto a fare valere i suoi interessi legittimi.

Come già accennato, il mediatore è tenuto per legge a ottenere la qualificazione professionale tramite specifici percorsi formativi e di aggiornamento biennale. Il d.m. 180/2010 pone particolare enfasi sulla rilevanza di questo requisito, rispetto agli altri, soprattutto per quanto concerne gli aspetti quantitativi e qualitativi della formazione (art. 18)°.

Il corso base da frequentare se si desidera diventare mediatori professionisti deve avere la durata minima di 50 ore e deve essere articolato in sezioni teoriche e pratiche, con un massimo di 30 partecipanti per corso. Le sezioni pratiche devono includere simulazioni eseguite dai partecipanti, sotto la guida e il commento dei docenti. Le materie di studio dovranno includere la normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, le metodologie delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e mediazione e mediazione

P. Line, C. Homoroscopicos municipalización ser secución comprese del applicación de conservaa serálección de la sel 1977 el Tourc descenno 2019. ne, le tecniche di gestione dei conflitti e di interazione comunicativa, anche in relazione alle mediazioni demandate dal giudice ex art. 5, comma 5, d.lgs. 28/2010. I discenti dovranno anche esaminare in aula l'efficacia e l'operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, la forma, il contenuto e gli effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, oltre ai compiti e alle responsabilità del mediatore. I corsi di aggiornamento obbligatori dovranno avere la durata di almeno 18 ore per ogni biennio e saranno strutturati anch'essi in sezioni teoriche e pratiche di natura "avanzata", aventi a oggetto le medesime materie sopra elencate. Dovranno anch'essi includere sessioni di simulazione con la partecipazione dei discenti o, alternativamente, sessioni di mediazione.

Pertanto, la formazione necessaria per diventare mediatori e per continuare a esercitare tale professione non si basa soltanto su nozioni teoriche e sulla conoscenza delle norme che regolano il funzionamento dell'istituto, ma anche sull'apprendimento delle tecniche "comportamentali" che il mediatore dovrà utilizzare per gestire il conflitto, per comunicare con le singole parti che entrano in mediazione e per facilitare la comunicazione tra le parti stesse. Questa com-

penetrazione di nozioni teorico-giuridiche e tecnico-pratiche dovrebbe fare del mediatore una figura professionale estremamente qualificata e dal profilo decisamente innovativo nel panorama giuridico italiano.

Oltre a compiere gli indispensabili passi di natura formale nei confronti dell'organismo di mediazione e delle parti per assicurare la correttezza giuridica del procedimento e la sua validità erga omnes, il mediatore dovrà infatti essere in grado di "guidare le parti" verso un'autonoma composizione del loro conflitto, normalmente astenendosi, se non esplicitamente richiesto da entrambe le parti10, dalla formulazione di una proposta di conciliazione. L'abilità del mediatore nel suo ruolo di "guida" sarà tanto maggiore quanto sarà più profonda e introiettata la conoscenza, da parte sua, delle logiche su cui si basa qualunque tipo di "negoziazione" tra parti in conflitto e delle normali modalità con cui essa si svolge.

4. Le logiche della negoziazione

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 inevitabile"11. 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 risolutivo12.

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 presume la disponibilità, non scontata, delle parti a mettersi in gioco e la capacità del mediatore di accompagnarli in questo impegnativo percorso. 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, ossia "negazione dell'ozio". 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.

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 se 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, 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". Le due strade portano a risultati qualitativamente differenti e, pertanto, meritano un approfondimento.

Si è poc'anzi accennato al fatto che la negoziazione distributiva si basa sull'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.

The second of th

12 the approximate true term colla sens

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 una "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 quali siano la soglia massima che si aspettano di poter ottenere dalla controparte e 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 a 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 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 perché non rispettato dall'altro soggetto, in particolare 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".

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.

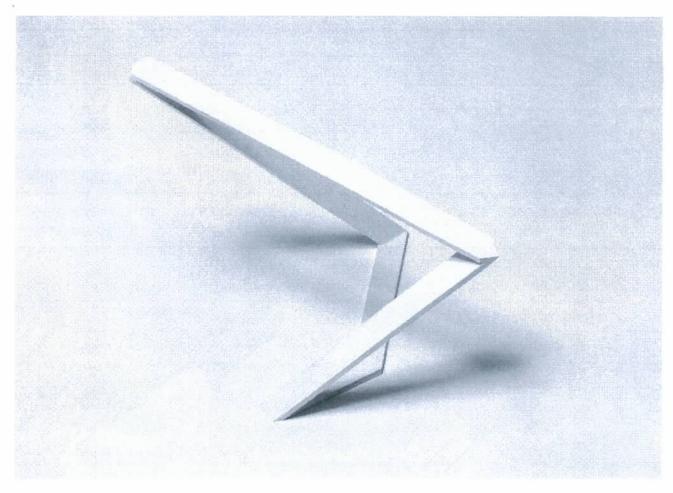
La negoziazione cooperativa sposta l'attenzione dai fattori di "opposizione" a quelli di "ricomposizione" e ricusa la logica torto/ ragione. La controversia è pertanto letta, in primo luogo, negando rilevanza ai ruoli tipici del diritto, ma, come rilevato supra, anche della negoziazione distributiva, 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.

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 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.

Se le parti non sono disponibili a un'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 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 a 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 processo13. 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 l'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 sė, 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 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 condividerlo, 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 altresi d'inviare messaggi diversi dai pregiudizi che intrappolano e condizionano 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 altresi 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 che della controparte. L'esplicitazione degli stati d'animo e di come questi stanno influenzando le decisioni permette di ampliare lo spettro di conoscenza reciproca ed è di ausilio 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).

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 a 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 a quella di natura 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.

5. Osservazioni conclusive

Da quanto fin qui osservato si può evincere, a nostro avviso, che l'introduzione da parte del legislatore nazionale dell'obbligo di fare ricorso al tentativo di mediazione prima di poter adire le consuete vie giudiziarie, per determinate materie oggetto di controversia, è indubbiamente un intervento assai innovativo e coraggioso, inteso a deflazionare il numero di cause destinate ad approdare alla giustizia ordinaria in Italia.

In un Paese in cui, secondo quanto riferito da autorevoli commentatori in merito a una ricerca recentemente svolta dalla Commissione mediazione e conciliazione dell'Ordine dei Dottori commercialisti e degli esperti contabili di milano14, sono necessari in media 977 giorni per una causa civile di cognizione ordinaria di primo grado davanti ai tribunali, piuttosto che 628 giorni per le cause di lavoro non pubblico e 1.213 giorni, per i procedimenti esecutivi immobiliari e il numero dei fascicoli depositati nei tribunali è stato pari, nel 2010, a 11 milioni, l'intento deflativo del legislatore appare quanto mai auspicabile. A nostro parere, non v'è dubbio alcuno, infatti, che la necessità di amministrare la giustizia, in un Paese democratico, debba coniugare l'imparzialità del giudice e la tutela attraverso più gradi di giudizio con una ragionevole tempestività nella risoluzione delle controversie.

Nondimeno, affinché gli effetti della riforma siano positivi, è indispensabile un cambiamento culturale notevole, tra gli operatori del settore (i professionisti, innanzi tutto) che potranno agire in qualità di mediatori qualora ne abbiano tutti i requisiti, ma anche tra le imprese e i cittadini, che, al di là dell'obbligo posto a loro carico dal legi-

14 to G. T. T. Armadenesia in a siver section of the section of th

slatore nel caso essi abbiano in corso una controversia in determinate materie stabilite dalle nuove norme, dovranno essere sensibilizzati sulle opportunità che questo istituto, oggi rinnovato nelle forme e nei contenuti, può loro offrire in termini di tempestività della risoluzione delle liti, di innegabili vantaggi in termini di ridotto di costo complessivo (anche attraverso sgravi fiscali) del procedimento, ma anche di possibilità di autonomia nella gestione del ricorso agli Organismi di conciliazione e del procedimento nel suo complesso.

Non è sufficiente, infatti, a nostro avviso. che il legislatore abbia introdotto l'obbligo in parola, ma è necessaria anche una collaborazione fattiva dei cittadini e delle imprese che faranno ricorso alla mediazione nell'identificazione di una soluzione comune e condivisa, nella ricerca degli "effetti benefici" in termini di riuscita di una negoziazione, che dovrebbero derivare dallo spostamento dell'attenzione delle parti in conflitto dagli effetti visibili dello stesso e dalle pretese delle parti alle potenzialità di soluzione "creativa" della lite, lasciata in misura pressoché al volere delle stesse e alla loro iniziativa durante gli incontri di mediazione, ai reali "interessi", ancorché non sempre visibili, di queste, mantenendo lo sguardo rivolto non a ciò che è avvenuto in passato e che ha condotto alla situazione conflittuale, ma a ciò che potrebbe accadere nel futuro, sia nell'ipotesi di conciliazione sia in quella, sfavorevole, di esito negativo del tentativo di mediazione.

In questo senso, la conoscenza da parte del mediatore, da un lato, delle norme che regolano il procedimento, dall'altro, delle logiche sottostanti la negoziazione e la controversia che la rende necessaria, oltre a un particolare addestramento nelle tecniche di gestione dei conflitti, trasforma costui in un "attore protagonista" della "rivoluzione della mediazione", al servizio della giustizia in generale, e più in particolare dei cittadini e delle imprese.

L'utilizzo più estensivo degli strumenti ADR in altri Paesi occidentali, in particolare quelli anglosassoni, e il successo degli stessi nell'evitare l'incepparsi dei meccanismi della giustizia ordinaria a causa di un sovraccarico di ricorsi, pur non precludendone in alcun modo l'accesso, lasciano ben sperare.