

Specificità ed etica della mediazione

Alarico Mariani Marini

Il Congresso di Genova non ha rappresentato il migliore degli approcci possibili alla mediazione da parte dell'avvocatura e neppure ha offerto un contributo al ruolo e ai compiti che l'avvocato è chiamato a svolgere.

Il dibattito si è arenato sulla opposizione alla obbligatorietà, che è in sostanza una opposizione frontale alla legge, ed ha eluso le emergenze alle porte per ordini e avvocati.

Una reazione emotiva che mal si concilia con l'impegno di tanti avvocati che negli ordini cercano di garantire una presenza qualificata nella procedura, per evitare che venga gestita dal mercato privato e per affidare i cittadini a professionisti legali preparati e responsabili.

Altra cosa sono, ovviamente, le modifiche da richiedere a una legge imperfetta, che saranno imposte dalle prime esperienze, ma che non influiscono sulla sua immediata applicazione e non influiranno, prevedibilmente, sulla scelta del legislatore per la obbligatorietà.

esperienza.

Perché gli avvocati dovranno sicuramente affrontarla e mettere in gioco anche questa volta la loro qualità intellettuale e la loro responsabilità di singoli e di gruppo sociale.

Questo è stato anche il tema del seminario promosso a Roma nel dicembre scorso dalla Scuola Superiore e dal C.N.F. che ha rappresentato una fase di approfondimento dedicato agli avvocati che presto si troveranno a dover spiegare ad un cliente che prima della causa in alcune materie occorre sperimentare una mediazione, che cos'è la mediazione e come si dovrà comportare la parte avanti al mediatore. Perché, a differenza del processo, qui protagonista è la parte.

Per fare ciò ciascuno dovrà avere idee chiare, perché l'avvocato ha in primo luogo il dovere di assistere la parte nel modo migliore per tutelarne gli interessi, e di non ostacolare neppure involontariamente un tentativo che potrebbe essere più favorevole alla parte assistita dell'esito di un giudizio ove ne ricorrano le condizioni.

Avvertiamo quindi la difficoltà determinata dal dovere di svolgere un ruolo per il quale non solo non abbiamo esperienza, ma che è

dalla legge per risolvere una controversia civile o commerciale ed ora dobbiamo anche considerare che esiste una possibile soluzione alternativa.

E' vero che in materia di negoziazione di contratti e di conciliazione di controversie gli avvocati hanno maturato delle esperienze, e ad esse debbono anche attingere.

Ma qui vi è di più e soprattutto molto di diverso. Vi è infatti anche discontinuità rispetto alle forme di conciliazione sinora previste che sono affidate al giudice nell'ottica della applicazione della legge.

Anche in questa circostanza un problema nuovo richiede uno sforzo di riflessione sui tre profili caratteristici della identità professionale dell'avvocato che sono: cultura, qualità tecnica ed etica professionale.

Emerge, innanzitutto, la specificità del ruolo dell'avvocato che informa la parte, che la consiglia, e che poi l'assiste nella mediazione.

L'etica della mediazione è meno evidente, ma è immanente nella procedura e costituisce una chiave importante per dare significato alla insostituibilità della presenza di un avvocato e per cogliere i fini di giustizia che con essa possono essere perseguiti.

Fare mediazione richiede infatti la conoscenza del diritto, di tecniche

La specificità del ruolo richiama innanzitutto un aspetto culturale del rapporto tra avvocato e mediazione.

E sotto questo aspetto occorre premettere che la mediazione non è un istituto piovuto improvvisamente dal cielo, né una delle numerose e a volte effimere modifiche della procedura civile che si sono succedute in questi ultimi anni.

E' un istituto che ha una sua storia, nato in società di antica civiltà democratica, sorto come rimedio che si fonda sulla ragione pratica e su motivi di rilievo sociale, e che da più di un decennio rappresenta un indirizzo delle istituzioni dell'Unione Europea per la soluzione delle controversie civili e commerciali.

E' un prodotto di culture del diritto più pragmatiche e meno dogmatiche della nostra, e un metodo di soluzione delle controversie che si basa sulla negoziazione, ma richiede conoscenza del diritto e attinge a diverse discipline come la psicologia, la sociologia, la scienza e la tecnica dell'argomentazione e della comunicazione.

Ha quindi una sua dignità scientifica, è sorretto da una consolidata esperienza e in molti paesi europei ed extraeuropei è praticato dagli avvocati come normale terreno professionale.

dei vari modelli di mediazione, che è quello di porre la **persona** alla centro della procedura, anziché l'avvocato, il giudice, la legge.

Mi riferisco al modello di Harvard (sulla negoziazione interpersonale assistita), al modello trasformativo (sulla valorizzazione delle qualità positive della persona), al modello narrativo di Sara Cobb (che attribuisce rilievo alla storia della persona che è coinvolta nel conflitto).

Assumono infatti rilievo in ogni modello teorico elementi come: l'autodeterminazione, la considerazione di profili anche soggettivi del conflitto, la cooperazione interpersonale, e la responsabilità personale di una scelta che è rimessa alla volontà esclusiva delle parti.

Sono aspetti dai quali emerge anche il rilievo sociale dell'istituto.

Ciascun modello richiede tuttavia quale condizione preliminare che si abbia consapevolezza che la mediazione comporta una risoluzione della controversia secondo un'ottica diversa da quella tipica del giudizio.

Il compito preliminare specifico dell'avvocato è dunque quello di trasmettere alla parte una informazione molto precisa sui caratteri e sulle finalità della procedura, che abbia eguale efficacia rispetto alla informazione sui caratteri e sulle finalità della lite giudiziale.

riconoscimento di un diritto vantato o la negazione di un diritto da altri preteso, ma, con l'aiuto del mediatore e l'assistenza di un avvocato, di ricercare in modo autonomo e volontario una possibile soluzione condivisa perché soddisfattiva in qualche misura di reciproci interessi.

Una soluzione che tenga conto di tutte le motivazioni e le esigenze, anche soggettive, implicate nella controversia e che tenti di risolverle anche guardando al futuro dei rapporti, soprattutto quando gli stessi sono destinati a proseguire, senza limitare in alcun modo l'accesso al giudizio ove non esistano le condizioni per procedere alla mediazione o non si ritenga di aderire ad una proposta di conciliazione.

Per questo nell'avvocato occorre una capacità di comprensione e di approfondimento delle motivazioni oggettive e soggettive che hanno determinato il conflitto, per valutare vantaggi e svantaggi della scelta tra l'uno e l'altro percorso, quale sia la migliore alternativa a un possibile accordo, e se sussistano opportunità per condurre positivamente la procedura, oppure se la mediazione non possa soddisfare gli interessi della parte.

Approfondimento che non si fonda sulla ricerca di elementi rilevanti per far prevalere una ragione in giudizio o per contestare una pretesa

tutto diverso da quello della tutela dei diritti.

Per svolgere tale compito, decisivo per utilizzare pienamente le opportunità che possono essere offerte dalla mediazione, è ovviamente indispensabile che l'avvocato abbia una adeguata conoscenza non solo del quadro normativo e delle finalità della procedura, ma anche del ruolo del mediatore.

Egli infatti, dopo aver informato e indirizzato la parte sulla condotta da assumere nel rapporto con il mediatore, deve anche assisterla e consigliarla nel corso della procedura, e deve anche vigilare perché la procedura sia condotta rispettandone le regole tra le quali è essenziale la neutralità e imparzialità del mediatore.

Un'etica della mediazione

Parlare di un'etica professionale della mediazione mentre gran parte dell'avvocatura è ancora sulle barricate, come abbiamo visto al recente congresso di Genova, potrebbe anche apparire come la divagazione di un collega distratto. Ma non è così.

Se siamo convinti che ogni scelta dell'agire dell'avvocato debba rispondere a regole morali, e riteniamo difficile negarlo, una riflessione al riguardo può essere utile per affrontare con qualche consapevolezza

Anche nella mediazione vi sono infatti doveri e responsabilità verso la parte assistita e doveri e responsabilità verso la società, quelli, ricordiamolo, che sono richiamati nel Preambolo del Codice deontologico europeo del 1988 e nell'art. 7 del nostro codice deontologico forense.

I doveri verso la parte assistita richiamano subito gli artt. 36 e 40 del codice deontologico forense, che vanno coordinati con l'art. 4 del d.lgs. n. 28 del 2010, ed anche l'art. 13 sul dovere di aggiornamento.

L'art. 36 impone all'avvocato l'obbligo di difendere "gli interessi" della parte assistita nel miglior modo possibile, mentre l'art 40 gli impone di informare il cliente delle ipotesi possibili di soluzione della controversia.

Anche se l'art. 36 si riferisce ad interessi e non a diritti, è evidente che entrambe le norme si riferiscono alla difesa in giudizio.

E' vero che, come ogni norma deontologica, tali articoli enunciano principi di carattere generale dai quali in via interpretativa estrarre le regole applicabili al caso, ma i contenuti specifici vanno pur sempre individuati in base a criteri, anche extragiuridici, dominanti nella comune opinione e nella comune esperienza, allo stato attuale

alternativo rispetto a tutte le possibili soluzioni giudiziarie e per la funzione che l'avvocato vi svolge una riflessione specifica sotto il profilo deontologico.

Si tratta infatti di definire doveri e responsabilità coerenti alla peculiarità del nuovo istituto e al ruolo del quale l'avvocato è investito nello svolgere i compiti di informazione verso la parte assistita, di assistenza della parte nel corso della procedura, di rapporto con il mediatore, e infine nel ruolo di mediatore quando abbia assunto tale funzione.

Ma, innanzitutto, appare preminente il dovere dell'avvocato, in ogni controversia che lo consenta, di esplorare la possibilità di una composizione degli interessi in conflitto che sia espressione della volontà delle parti anziché essere imposta dal giudice in base alla legge, con l'obiettivo di soddisfare i reciproci interessi anziché perseguire un giudizio sulla ragione e sul torto ove il verdetto è pronunciato in base alla rigidità della legge e soggetto ai vincoli processuali sulla domanda e sulla prova.

E quindi vi è in primo luogo il dovere di rendere persuasa la parte di sperimentare tale opportunità, prima di ricorrere alla soluzione

della parte, nella sua ampia accezione, comprende anche quello di prospettare la possibilità di soluzioni offerte dal nuovo istituto con pari efficacia rispetto al giudizio, sicché trasmettere impressioni di scetticismo o sottolineare pregiudiziali negative, od anche astenersi dall'illustrare le opportunità che la procedura potrebbe eventualmente offrire, costituisce la violazione di uno dei principali doveri che l'avvocato deve assolvere per non tradire la fiducia e per svolgere compiutamente il suo mandato.

Altro profilo di un'etica della mediazione è costituito da un dovere sociale di agire in una prospettiva che soddisfa rilevanti interessi della collettività.

Come è stato sottolineato dai teorici dell'istituto e da filosofi del diritto il tentativo di una soluzione alternativa a quella giudiziaria non soltanto tutela gli interessi della parte ad avvalersi di una strumentazione più ampia ed articolata per la soluzione del conflitto, non vincolata a priori all'unico e obbligato sbocco giudiziale, ma privilegia, in presenza di condizioni che consentano una soluzione alternativa, i valori della coesione sociale, della libertà delle parti, della cooperazione della solidarietà e del dialogo, cioè valori essenziali della convivenza civile.

valore giuridico dei diritti umani e fondamentali dichiarati nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e suggellati con l'approvazione del Trattato di Lisbona.

Sono riflessioni che richiamano anche il tema cruciale del rapporto tra diritto e giustizia che Ronald Dworkin nel suo ultimo libro dal titolo "La Giustizia in toga" ha introdotto con un esordio di straordinaria efficacia narrativa nel quale enuncia il suo pensiero che, in estrema sintesi, consiste nel far affermare al giudice di una corte suprema che il suo lavoro, che è quello di applicare il diritto, non è quello di "fare giustizia".

Per restare sul nostro terreno di giuristi pratici potremmo dire che il risultato di una mediazione possibile può fare giustizia, perché può soddisfare interessi delle parti più di quanto potrebbe fare il giudice applicando rigidamente la legge.