

LA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

ANA UZQUEDA

SOMMARIO

1. Verso una definizione di mediazione
- 2- Dalla teoria alla pratica o dalla pratica alla teoria?
- 3- La definizione attraverso i modelli di mediazione
 - a- Modello basato sulla negoziazione (Scuola di Harvard)
 - b- Modello trasformativo di Bush e Folger
 - c- Modello circolare-narrativo (Sara Cobb)
- 4- E' possibile integrare i modelli?
La procedura di mediazione
- 5- Le definizioni di mediazione adottate a livello normativo
- 6- Per una definizione di "mediazione facilitativa"
- 7- La mediazione amministrata
- 8- Profilo del mediatore
- 9- L'obiettivo della mediazione e la progettazione della procedura
- 10- L'obiettivo fondamentale del mediatore consiste nel raggiungimento di un accordo?

L'esperienza senza teoria è cieca,
ma la teoria senza esperienza è un gioco intellettuale,
né più né meno
Abraham Lincoln

1. Verso una definizione di mediazione

La mediazione è stata definita, dagli autori di maggior spicco a livello internazionale, attraverso la sua impronta pratica: “un fare” che ha come protagonisti le parti, il mediatore e il contesto all'uopo creato, come risulta dalle seguenti definizioni:

- Folberg e Taylor¹: “La mediazione è prevalentemente, un processo che trascende il contenuto del conflitto che con essa si vorrebbe risolvere.”; “(...) il processo mediante il quale i partecipanti, con l'assistenza di una o più persone neutrali, isolano sistematicamente i problemi della disputa, dall'obiettivo di trovare soluzioni, considerare alternative e raggiungere un accordo adeguato alle loro reciproche necessità”

- Grover, Grosch e Olczak²: “Mediazione è l'intervento, in un conflitto, di una terza parte imparziale che aiuta le parti contrapposte a gestire o risolvere la loro disputa. La terza parte imparziale è il mediatore, che utilizza tecniche volte ad aiutare i contendenti a raggiungere un accordo consensuale con lo scopo di risolvere il loro conflitto. (...) Il verbo “aiutare” è importante in questo contesto. Si presuppone che i mediatori non forzino né impongano la soluzione. I mediatori preparano i contendenti affinché possano raggiungere i loro propri accordi, favorendo la discussione aperta e sviluppando soluzioni alternative”.

Da queste definizioni si desume la sostanza della mediazione, una procedura nella quale il mediatore interviene nell'ambito di una disputa assumendo un ruolo nient'affatto passivo bensì utilizzando tecniche differenziate, e con obiettivi diversi, a seconda dei modelli di riferimento.

2- Dalla teoria alla pratica o dalla pratica alla teoria?

Storicamente, e in altre culture, la mediazione è stata praticata in via informale; il ruolo del mediatore si esprimeva spesso nel contesto di altre funzioni o doveri.

Soltanto a partire dagli inizi del XX secolo, e precisamente negli Stati Uniti, la mediazione è stata istituzionalizzata, ed ha ottenuto il riconoscimento come professione, con la creazione del Dipartimento del Lavoro e la nomina di una “Commissione di mediazione” per la gestione dei conflitti tra il settore operaio e quello padronale nell'ambito dei rapporti di lavoro. La Commissione fu trasformata, successivamente, nel “Servizio Federale di Mediazione”.

Si può affermare, dunque, che la mediazione è nata come una pratica intorno alla quale si è costruita una teoria, i cui fondamenti hanno tratto “alimento” da molteplici discipline³. Al riguardo è

¹ Folberg e Taylor, *A Comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*, Jossey Bass Inc. Publishers, 1984

² Grover, K.; Grosch, J.W. e Olczak, P.V. *La mediación y sus contextos de aplicación*, Barcelona, Paidós, 1996.

³ La teoria e la pratica della mediazione attingono alle conoscenze provenienti da svariate discipline tra cui la sociologia, l'antropologia, le scienze della comunicazione, le scienze della formazione, il diritto e la psicologia.

interessante osservare come, nel tempo, il suo originario ruolo quale metodo di risoluzione dei conflitti, si sia andato via via modificando, ampliando i propri obiettivi, nella misura in cui i mediatori si sono addentrati nei saperi teorici derivati da altre materie di studio e contestualmente hanno arricchito la propria pratica.

Di qui la nascita di quelli che attualmente sono i principali modelli di mediazione: il modello dell'Università di Harvard (Programma di Mediazione di Harvard), il modello trasformativo ed il modello circolare narrativo.

3- La definizione attraverso i modelli di mediazione

Le definizioni di mediazione adottate dai diversi autori rispecchiano, in genere, il loro grado di adesione ai differenti modelli teorici di riferimento, pertanto è necessario premettere, a qualsiasi ulteriore considerazione in merito, una panoramica essenziale dei modelli di mediazione più diffusi a livello internazionale.

a-Modello basato sulla negoziazione (Scuola di Harvard)

A differenza degli altri due, il “modello di Harvard” trae le proprie origini dallo sviluppo di un modello di negoziazione realizzato dal gruppo di ricerca “*Harvard Negotiation Project*” (HNP), fondato nel 1980 da Roger Fisher, riconosciuto ufficialmente dall'Università di Harvard⁴ ed in seguito applicato alla mediazione, quale negoziazione “assistita” o negoziazione “guidata”⁵.

Il metodo di negoziazione illustrato da Roger Fisher e William Ury nel libro “*Getting to yes*” (1981), propone, attraverso lo sviluppo di quattro tappe fondamentali⁶, successivamente diventate sette⁷, un metodo di negoziazione che ha come obiettivo fondamentale il raggiungimento di accordi in grado di soddisfare gli interessi di tutte le parti coinvolte.

Senza dubbio, il metodo di negoziazione concepito dal *Project Of Negotiation*, e il conseguente modello nato dalla sua applicazione alla mediazione, è il più diffuso a livello internazionale.

Le caratteristiche salienti dell'HMP (Harvard Mediation Program) sono le seguenti:

- **impiego della mediazione facilitativa:** i mediatori non impongono alle parti la soluzione del problema. Essi guidano la procedura, ma riservano alle parti la decisione in merito alle questioni sostanziali;
- **impiego della tecnica di co-mediazione:** consiste nell'intervento di due o più mediatori che si alternano nella conduzione della procedura. I mediatori non rappresentano gli interessi di

⁴ Dal progetto HNP prese le mosse, successivamente (1983), il Program on Negotiation Managing (PON), un consorzio universitario, affiliato alla Harvard Law School, che coinvolge una serie di facoltà e istituti dell'area di Boston ed offre corsi, attività di ricerca e consulenze professionali per lo sviluppo della teoria e della pratica della negoziazione nella risoluzione delle controversie.

⁵ *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*, Jay Folberg and Alison Taylor. San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1984; *Community Mediation: A Handbook For Practitioners And Researchers*, Guilford Publications 1991.

⁶ Scindere le persone dal problema, concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni, creare opzioni di reciproco vantaggio e ricorrere ai criteri oggettivi.

⁷ Interessi, legittimità, relazione, alternative e Miglior Alternativa all'Accordo Negoziato, opzioni, impegni e comunicazione.

nessuna delle parti, quindi non bisogna confondere questa tecnica con le cosiddette commissioni paritetiche. La co-mediazione in sostanza consente l'intervento di un'équipe di mediatori che sia in grado, grazie all'abbinamento opportuno e studiato di differenti competenze ed esperienze professionali, di costruire una prospettiva più ricca ed ampia della controversia da gestire. La co-mediazione offre inoltre una maggior capacità di riflessione e la possibilità per i mediatori di alternarsi nel ruolo di conduttori quando la controversia sia particolarmente complessa;

- **rispetto di tre principi fondamentali:** autodeterminazione delle parti, neutralità dei mediatori e consenso informato.

Obiettivo fondamentale della mediazione è creare un ambiente sicuro e neutrale nel quale le parti possano discutere le loro problematiche e raggiungere una soluzione di reciproca soddisfazione.

Ciò posto, è possibile però distinguere vari modelli di approccio: si va, cioè, dai metodi puramente facilitativi a quelli puramente valutativi, propendendo gradualmente verso gli uni o verso gli altri a seconda del tipo di intervento riconosciuto al terzo neutrale.

Nei **modelli valutativi**, i mediatori hanno un ruolo più attivo in relazione agli aspetti sostanziali della disputa: valutano la forza della posizione di ciascuna parte e formulano proposte di accordi. L'obiettivo fondamentale è quello di raggiungere un accordo e la funzione del mediatore consiste nel valutare i diritti e le pretese delle parti, soppesare le potenzialità di ciascuna nell'ambito di un sistema aggiudicativo, quindi anche facendo una previsione riguardo a come potrebbe essere risolta la controversia se fosse sottoposta ad un organo giudicante, arrivando a formulare, se necessario, una proposta di accordo, in genere non vincolante.

Questa procedura si basa fundamentalmente sull'analisi dei fatti e dei diritti delle parti, il cui protagonismo nella co-costruzione della soluzione è, però, notevolmente ridotto.

Viceversa, i **modelli facilitativi** incoraggiano il ruolo delle parti come protagoniste dirette nella generazione di opzioni e nella scelta degli argomenti che formeranno parte dell'accordo finale.

La mediazione facilitativa si caratterizza principalmente per i seguenti elementi:

- il principio di autodeterminazione delle parti nella risoluzione della controversia: nella mediazione le parti hanno un'equa opportunità di esprimere la loro visione del conflitto e di ascoltarsi reciprocamente; saranno esse stesse (e non un terzo) a decidere la portata del loro accordo, nel caso in cui lo raggiungano, e le modalità di formalizzazione dello stesso. Il mediatore non deve mai esercitare nessun tipo di pressione affinché le parti siglino l'accordo;
- la possibilità di prendere in considerazione sia gli aspetti oggettivi sia gli aspetti soggettivi del conflitto;
- la facilitazione della comunicazione e della negoziazione collaborativa tra le parti, affinché loro stesse possano raggiungere un accordo di reciproca soddisfazione;
- la ricerca di un accordo che sia soddisfacente per tutte le parti;
- l'analisi di tutti gli elementi del conflitto e l'esame delle diverse possibili soluzioni che rimarrebbero alle parti qualora non raggiungessero un accordo, affinché ciascuna possa prendere una decisione consapevole e razionale.

In definitiva, il mediatore facilitativo non deve esprimere valutazioni o giudizi sulle singole pretese delle parti, tranne che per saggiarne informalmente la solidità o misurare la ragionevolezza delle rispettive posizioni. Il suo impegno deve essere rivolto ad assistere le parti affinché possano passare dalle "posizioni" agli "interessi", a generare alternative, a facilitare lo scambio costruttivo di opinioni e a valutare le conseguenze di ogni possibile decisione, identificando i criteri oggettivi applicabili e riducendo le distorsioni percettive delle parti.

A livello internazionale⁸, la tendenza è di considerare i modelli facilitativi e quelli valutativi non

⁸ Materiali didattici della lezione della Prof.ssa Avv. Dina Jansenson, svolta nel mese di giugno 2003 a Bologna nell'ambito del corso per mediatori organizzato dalla Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano e

come compartimenti stagni, ammettendo invece che si applichino con una certa gradualità entrambi i modelli per cui durante la maggior parte della procedura verrebbe rispettata la metodologia facilitativa, per adottare tecniche più vicine alla modalità valutativa, man mano che si avanza nella procedura. Tra queste seconde si possono citare le seguenti:

1 - Valutazione delle parti: il mediatore dovrà:

- chiedere alle parti di formulare una propria valutazione della situazione
- invitarle ad elencare i propri punti di forza e di debolezza
- domandare alle parti una stima del risultato sperato
- chiedere alle parti una stima delle spese cui andranno incontro in caso di insuccesso della mediazione

2 - Valutazione del mediatore (nelle sessioni private e soltanto previo consenso di tutte le parti): il mediatore formulerà una valutazione del caso concreto dal punto di vista giuridico ed economico.

3 - Proposta del mediatore: il mediatore formulerà una proposta per la composizione della controversia che le parti potranno accettare o rifiutare.

b- Modello trasformativo di Bush e Folger

Questo modello rappresenta per gli autori una evoluzione del modello di Harvard, creato con l'obiettivo di fare maturare nelle parti la consapevolezza delle proprie capacità di cambiamento.

Nel libro "*The promise of mediation*"⁹, Bush e Folger affermano che l'unica promessa che può fare la mediazione è quella di consentire una reale ed attiva "trasformazione" delle relazioni tra le persone.

Gli autori hanno individuato le ventisette fasi che i mediatori debbono sviluppare durante la procedura trasformativa, avvertendo che la sequenza indicata non rappresenta una pratica trasformativa ideale¹⁰, ma consente di costruire una prospettiva diversa per il lavoro del mediatore.

Nella visione trasformativa, i conflitti vengono vissuti come una occasione per trasformare le relazioni, promuovendo la "valorizzazione" e il "riconoscimento" tra i loro protagonisti. La valorizzazione e il riconoscimento permettono la "crescita morale" delle persone.

La valorizzazione ha luogo quando una persona "recupera la calma e la chiarezza, acquisisce fiducia, capacità organizzativa e potere decisionale e, di conseguenza, ottiene o recupera un certo senso della sua forza per assumere il controllo della situazione"¹¹.

Una persona si sente valorizzata quando acquisisce consapevolezza della propria capacità nel risolvere i problemi, quando comprende più lucidamente qual è la situazione e quali sono i suoi interessi, quando può decidere se vuole o non vuole mediare o giungere ad un accordo, quando aumenta il suo protagonismo.

Una persona dà riconoscimento quando può generare empatia, comprendere la situazione e trovare nell'altro delle qualità umane che coincidono con le proprie. Nel riconoscimento è implicita la

dall'Associazione Equilibrio & R.C.

⁹ Bush Robert e Folger Joseph. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*. San Francisco, Jossey Bass, 1994.

¹⁰ Perché una pratica trasformativa ideale richiede tante altre componenti, come dettagliatamente descritto nell'opera citata nella nota precedente.

¹¹ Baruch Bush, Folger, *The Promise of Mediation*, 1996, pag. 135

sensibilità necessaria per riconoscere e prendere in considerazione i bisogni delle altre persone.

“Le parti arrivano al riconoscimento quando scelgono volontariamente di adottare un comportamento di maggior apertura, di dimostrarsi più attente, più empatiche e più sensibili alla situazione dell'altra”¹²; quindi, quando possono considerare il comportamento dell'altra parte sotto una luce differente e reinterpretare la relativa condotta. L'obiettivo della mediazione trasformativa è che le persone “cambino per migliorare”.

c- Modello circolare-narrativo (Sara Cobb)

Il modello creato da Sara Cobb¹³ parte dal concetto per cui l'esperienza e la realtà sociale si organizzano mediante la narrativa (“story telling”), e afferma che i conflitti sono il prodotto della coerenza fra le storie che li riportano.

Le storie dei conflitti si auto-perpetuano perché si chiudono e si stabilizzano in alcuni punti della narrativa, compromettendo la loro coerenza.¹⁴

Inoltre le storie si caratterizzano per la loro completezza che può variare di grado: le storie più complete tendono a dominare quelle più frammentarie e, nel caso specifico della mediazione, le storie presentate dalle parti in maniera alternata durante le sessioni congiunte, tendono, secondo l'autrice, a provocare la “colonizzazione” della narrativa a favore del reclamante se è colui che inizia a parlare. Per questo motivo, nella fase di apertura è indispensabile che il mediatore faccia molta attenzione affinché le parti siano messe nelle condizioni migliori per esprimere la propria storia ed a tal fine dovrà decidere se incontrare le parti in sessione separata o congiunta.

Il modello narrativo si propone, così, come la co-costruzione di una storia comune, nella quale il mediatore ha un ruolo fondamentale in quanto interviene nella relazione tra le parti. Per questo motivo la prima riflessione cui induce il modello riguarda la neutralità del mediatore.

La struttura del processo di mediazione, nel modello circolare-narrativo, si compone di una riunione preliminare e di 4 ulteriori fasi:

i) **incontro preliminare**: costituisce il primo passo della mediazione ed ha come obiettivo di evitare la dominanza della prima storia “accusatoria” sulla seconda storia “difensiva”, oltre ad illustrare alle parti le caratteristiche della procedura. Durante questa riunione, il mediatore tenterà di promuovere il reciproco riconoscimento delle parti, utilizzando appositamente le tecniche della connotazione positiva e delle domande circolari¹⁵.

ii) **prima fase - incontro congiunto**: tutte le parti partecipano a questo incontro nel quale si formula l'inquadramento della procedura e se ne precisano alcune regole di funzionamento riguardanti la riservatezza, la gestione delle sessioni private, il comportamento delle parti (gestione delle interruzioni, rispetto dei turni di parola), la volontarietà della partecipazione alle riunioni e quindi il diritto di ciascuna parte di rimanere o di abbandonare la procedura in qualsiasi momento.

iii) **seconda fase - incontri privati**: riguarda i colloqui che il mediatore predispone con ognuna delle parti. L'obiettivo è permettere alle parti di esprimere la problematica con maggior libertà e di identificare i propri obiettivi, le proprie risorse, le necessità, le richieste e la disponibilità a risolvere la disputa. In questa fase il mediatore formulerà specifiche domande per riposizionare le parti in relazione a quanto accaduto, in modo da evidenziare un nuovo aspetto della questione.

iv) **terza fase - incontro interno**: consiste in una riunione interna dell'équipe di mediatori o nella

¹² *Ibidem*, pag. 140.

¹³ Sara Cobb, Ph.D., Executive Director of the Institute for Conflict Analysis and Resolution (ICAR) at George Mason University in Fairfax, Virginia. Executive Director of the Program on Negotiation at Harvard Law School (PON) 2000-2001.

¹⁴ Cobb, Sara: *A Narrative Perspective on Mediation: Toward the Materialization of the Storytelling “Metaphor”; The Pragmatics of Empowerment in Mediation: A Narrative Perspective*.

¹⁵ Bianchi, Roberto A. *Mediación prejudicial y conciliación*. Buenos Aires. Zavalia Editores, 1996.

riflessione individuale del mediatore sulla procedura. L'obiettivo è costruire la "storia alternativa", nella quale si cercherà di legittimare i protagonisti, di contestualizzare il conflitto e di stabilire una funzione positiva per le parti.

v) **quarta fase – incontro congiunto**: è lo stadio finale della procedura nel quale il mediatore avvierà un percorso che potrà portare alla costruzione di una storia alternativa, lavorerà con le parti per la costruzione del possibile accordo e si stabiliranno i criteri di valutazione di esso.

Il lavoro del mediatore narrativo consiste nell'aiutare le parti a parlare in maniera differente, affinché possano interagire in un altro modo e così favorire i cambiamenti che potranno aprire la via dell'accordo.

Le radici teoriche di questo modello sono complesse e multidisciplinari, attingendo, tra le altre, alla teoria economica dei giochi, alla cibernetica, alla teoria dei sistemi, alla teoria della comunicazione, basata sulle ricerche di Bateson¹⁶ e sulle formulazioni di Paul Watzlawick¹⁷, alla teoria dei tipi logici e alla teoria dell'osservatore.

4- E' possibile integrare i modelli?

Tutti i modelli presentati possono essere adattati alla formazione teorico-pratica e alle preferenze personali del mediatore, alle sue concezioni sul conflitto in generale e alle caratteristiche della disputa in particolare. Sono nati dall'esperienza personale dei singoli autori e dal raffronto con altri colleghi esperti nella stessa materia, permettendo in questo modo il concretizzarsi di un numero considerevole di esperienze e punti di vista.

I modelli non sono incompatibili tra di loro: è, anzi, auspicabile un dialogo tra gli stessi, che nella pratica si traduce in un accrescimento degli strumenti a disposizione del mediatore¹⁸.

In termini generali, il mediatore deve avere la possibilità, nel rispetto delle caratteristiche fondamentali della procedura di mediazione, di adattare il proprio intervento alle caratteristiche della singola controversia nella quale è chiamato ad operare.

Procedura di mediazione: consiste in una sequenza di fasi che il mediatore organizzerà per raggiungere specifici obiettivi tendenti a facilitare la comunicazione e la negoziazione tra le parti. Le fasi si svolgono attraverso le sessioni cosiddette "congiunte", in cui sono presenti il mediatore e tutte le parti coinvolte, oppure all'interno delle sessioni "private" (*caucuses*), nelle quali sono presenti il mediatore ed una sola parte.

E' possibile affermare, allora, che nonostante la mediazione appartenga all'ordine negoziato in quanto metodo informale di risoluzione dei conflitti, essa possiede comunque una struttura nella quale si possono individuare fasi distinte dotate di caratteristiche particolari in funzione degli obiettivi da raggiungere nell'ambito di ciascuna.

Riconoscere l'esistenza di una struttura non significa affermare che il mediatore non possa ripetere o modificare la sequenza di alcune delle fasi: in ogni caso saranno le circostanze concrete (il livello di sviluppo del conflitto, il momento nel quale il mediatore si inserisce in esso, le strategie di negoziazione utilizzate, la complessità delle questioni) a determinare la durata, la ripetizione e l'ordine delle diverse fasi della mediazione.

La struttura della mediazione deve, però, garantire sempre la medesima partecipazione delle parti e

¹⁶ Bateson, Gregory, *Steps to an Ecology of Mind*, Paladin Books, 1973.

¹⁷ Watzlawick, Paul, Beavin, J. H., Jackson D.D. *Pragmatica della comunicazione umana: studio dei modelli interattivi, delle patologie e dei paradossi*, Astrolabio Ubaldini, 1971.

¹⁸ Ad esempio nel centro di ricerca dell'Associazione Equilibrio, presso la quale l'autrice del presente lavoro è Direttrice Didattica, si applicano fondamentalmente i principi del modello di mediazione della Scuola di Harvard, ma integrato con elementi del modello circolare narrativo e del modello trasformativo, allo scopo di arricchire la procedura di mediazione come risorsa a disposizione delle parti.

la possibilità di ciascuna di esprimersi liberamente e di tutelare i propri interessi senza pregiudicare quelli degli altri, attraverso la creazione di un clima di rispetto e la promozione di una comunicazione efficace da parte del mediatore.

5- Le definizioni di mediazione adottate a livello normativo

Di seguito si riportano alcune delle definizioni adottate a livello internazionale e nazionale dalle quali emerge chiaramente una preferenza per il modello di mediazione facilitativa.

a- Definizione adottata dal Modello di Legge proposto dall'Uncitral (2002) in materia di Mediazione Commerciale Internazionale:

“Agli effetti della presente legge, si intenderà per “mediazione” qualsiasi procedura, indifferentemente definita con il termine mediazione, conciliazione o altra espressione di simile significato, in cui le parti richiedano a uno o più soggetti terzi (identificati come “mediatore”) di prestare loro assistenza nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole di una controversia sorta tra le parti stesse in virtù di un rapporto contrattuale o giuridico. Il mediatore non ha la facoltà di imporre alle parti una soluzione della controversia”¹⁹

La definizione del Modello di legge proposto dall'Uncitral²⁰ tiene conto delle difficoltà terminologiche riscontrate a livello internazionale tra mediazione e conciliazione e tenta di superare l'ostacolo facendo esplicito riferimento alla presenza di un terzo che aiuta le parti a raggiungere un accordo, qualunque sia il termine utilizzato, escludendo espressamente i casi in cui il terzo ha il potere di imporre una soluzione.

b- Definizione adottata dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale²¹

Allo stesso modo, nella Direttiva in materia di mediazione civile e commerciale, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio dell'Unione Europea, si è scelto di definire la mediazione come il procedimento in cui due o più parti in lite sono assistite da un terzo per arrivare ad un accordo, a prescindere dalla terminologia utilizzata:

“Per mediazione si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla sua denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro...”²²

c- Definizione adottata dal DM 222/2004, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5

¹⁹ Definizione adottata dall'UNCITRAL nel modello di legge proposto in materia di Mediazione Commerciale Internazionale, 28 giugno 2002.

²⁰ www.uncitral.org

²¹ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 24 maggio 2008, L136

²² Art. 3 Direttiva 21/05/2008, n.52 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

“d) conciliazione: il servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma;

*e) conciliatore: le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;”*²³

Il decreto ministeriale 222/04 ha definito, per la prima volta in un atto normativo italiano, il termine “conciliazione”: in precedenza, nelle pur numerose leggi in cui ad essa si è operato un rinvio ADR per la risoluzione delle controversie (in materia di subfornitura, consumatori, franchising, ecc.), il legislatore italiano non è mai andato oltre al riferimento nominale, non curandosi cioè di spiegare in cosa consistesse la procedura.

d. Definizione adottata dal Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28 recante: Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla mediazione delle controversie civili e commerciali.

“1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione; (...).”

Innanzitutto si è deciso di distinguere la procedura (mediazione) dal risultato (conciliazione).

Nella definizione di mediatore, poi, è stata evidenziata (riprendendo la definizione già adottata precedentemente dal DM 222/04) la possibilità che la procedura sia condotta anche in co-mediazione, ossia con l'intervento di più mediatori.

6- Per una definizione di “mediazione facilitativa”

Allo scopo di delineare le principali caratteristiche della mediazione facilitativa, si rende necessario partire da una definizione che, a giudizio di chi scrive, può essere la seguente:

“la mediazione è una procedura stragiudiziale volontaria in cui una terza persona imparziale, il mediatore, assiste le parti in conflitto facilitandone la comunicazione, guidando la loro negoziazione, facendone affiorare gli interessi e orientandole verso la ricerca di accordi reciprocamente soddisfacenti.”

Da questa definizione si deducono alcune importanti caratteristiche della mediazione, quale procedura:

- non avversariale

²³ Art. 1, comma 1, DM 23 luglio 2004, n. 222.

La strategia giuridico-processuale è impostata sul binomio vittoria-insuccesso, parte vincente-parte perdente. Usando le parole di Michel Foucault²⁴, "Il diritto è un modo regolamentato di fare la guerra". Quando i protagonisti di un conflitto si arroccano su posizioni rigide, ciò che succede normalmente in una disputa legale in cui si intraprende una battaglia per sconfiggere la controparte, arrivare ad un accordo è certamente difficile ed è possibile farlo solo quando si siano interrotte le ostilità regolamentate.

I sistemi aggiudicativi di risoluzione delle controversie hanno l'obiettivo di "scoprire la verità" e di applicare il diritto. I confliggenti presentano al giudice le loro pretese, contrastanti e reciprocamente escludenti.

La mediazione, al contrario, si concentra sugli interessi, sulle necessità e sulle motivazioni delle parti, portando lo sguardo al futuro e investendo le energie nel promuovere la cooperazione attiva delle parti per raggiungere un accordo di reciproca soddisfazione.

- volontaria

La procedura di mediazione si definisce volontaria²⁵ con ciò volendo dire che le parti:

- possono determinare quali informazioni rivelare al mediatore in sessione congiunta e quali nelle sessioni private;
- non sono costrette a raggiungere un accordo e possono decidere di portare a buon fine la procedura solo se lo ritengono conveniente per i propri interessi;
- in caso di accordo, delineano personalmente i termini dello stesso.
- non sono costrette a rinunciare ad altre vie per risolvere il conflitto.

- cooperativa

Nella teoria dei giochi sviluppata nell'opera "*Theory of games and economic behavior*", da J. Von Neumann e O. Morgenstern²⁶, si definiscono come "giochi a somma zero" quelli in cui il conflitto di interessi è totale, per cui tutto quello che vince un partecipante corrisponde esattamente a quello che l'altro perde.

La maggior parte dei conflitti interpersonali, tuttavia, rientra nella dinamica dei "giochi a somma diversa da zero" dato che, in genere, non sono conflitti "puri" (riguardanti, cioè, una sola questione) bensì "misti" (contengono più elementi di contrasto).

Ad esempio, anche due soci che sciolgono la loro società, nel prendere le relative decisioni potrebbero contemplare la situazione come un conflitto a "somma diversa da zero": la mediazione contribuisce ad ottenere una soluzione razionale ai problemi, senza necessità di danneggiare le relazioni interpersonali.

- imparziale

Il mediatore deve mantenere, nei confronti della parti, una condotta equilibrata, priva di pregiudizi o parzialità, e ciò dev'essere sia nella sostanza sia nell'apparenza, quindi nei fatti ma anche nelle parole.

Il mediatore deve sempre astenersi dalla mediazione o rinunciare all'incarico se crede o percepisce che la propria imparzialità sia impedita o sia venuta meno, se ritiene che la propria partecipazione come terzo imparziale sia compromessa da qualche conflitto di interessi o altra circostanza che possa ragionevolmente suscitare dubbi o incidere sulla propria capacità di condurre la procedura in forma equilibrata e questo è il suo l'obbligo deontologico fondamentale.

²⁴ Foucault, Michel: La verità e le forme giuridiche".

²⁵ Questa caratteristica potrebbe sembrare venuta meno nel tentativo obbligatorio alla luce delle disposizioni di cui all'art. 5 comma 1) del D. Lgs. 28/10, ma in realtà non è così per quanto la volontarietà è riferita anche e fondamentalmente al diritto di autodeterminazione delle parti in relazione al contenuto dell'accordo e alla decisione di continuare oppure di ritirarsi della mediazione in qualsiasi momento.

²⁶ "Theory of games and economic behavior", da J. Von Neumann e O. Morgenstern 1944, Princeton University Press

- rapida e veloce

La mediazione è sicuramente il più veloce dei metodi stragiudiziali di soluzione delle controversie. La durata normale di una mediazione varia da una a due sessioni di circa tre/quattro ore ciascuna; a seconda della natura e della complessità dei temi, la preparazione della procedura può richiedere una o due settimane.

- creativa

Poiché la maggior parte delle persone percepisce il conflitto soltanto attraverso le sue connotazioni negative, non riesce a percepirne e sfruttarne le potenzialità quale fattore di cambiamento e di motivazione per ricercare nuove idee.

Il mediatore lavora insieme alle parti per generare tutte le alternative possibili che soddisfacciano i reciproci interessi, cercando soluzioni creative che siano in grado di risolvere il problema attuale e di stabilire nuovi accordi per evitare ulteriori conflitti in futuro. Ogni accordo è modellato sulla misura dei bisogni delle parti;

- riservata

La riservatezza della procedura comprende l'impegno delle parti e del mediatore a non rivelare le informazioni apprese nella mediazione. L'obbligo per il mediatore comprende le informazioni apprese durante le sessioni congiunte e quelle individuali con le parti.

- autocompositiva

Quando le parti raggiungono un accordo hanno già esaminato tutte le alternative, sia all'interno che all'esterno della mediazione, e sono convinte di avere scelto la migliore opzione.

Nella mediazione le parti hanno un'equa opportunità di esprimere la loro visione del conflitto e di ascoltarsi reciprocamente; saranno loro stesse (e non un terzo) a decidere la portata del loro accordo, nel caso in cui lo raggiungano, e le modalità di formalizzazione.

Il mediatore non deve mai esercitare nessun tipo di pressione per indurre le parti a sottoscrivere l'accordo.

- autonoma

La mediazione costituisce una procedura autonoma in quanto non è ostativa alla proposizione di una causa in sede giurisdizionale.

Nel caso in cui la mediazione si concluda col raggiungimento di un accordo, totale o parziale, questo avrà natura contrattuale e le parti si impegneranno a darne esecuzione nei termini da esse stabiliti.

Nel caso di mancato accordo, invece, le parti sono libere di avviare una procedura arbitrale o di rivolgersi alla giurisdizione ordinaria.

- diretta dal mediatore

Il mediatore è un terzo neutrale, con la preparazione sufficiente per applicare tecniche speciali che aiutino ad ascoltare, valutare e creare alternative.

Tutte le decisioni relative alle questioni sostanziali riguardano le parti mentre ciò che riguarda gli aspetti procedurali (gestione dei tempi, delle sessioni private, dell'ordine delle presentazioni, ecc.) è di competenza del mediatore in quanto il suo compito è di facilitare l'intesa tra le parti.

La funzione del mediatore facilitativo consiste nell'assistere le parti nel far emergere delle proposte, facilitandone le negoziazioni attraverso la conduzione della procedura conciliativa e cedendo loro la decisione sulle questioni sostanziali. Per questo motivo la formazione dei mediatori non può limitarsi allo studio della teoria e dei principi applicabili: i mediatori devono diventare esperti gestori dei conflitti e non meri teorici.

Quali sono i vantaggi della mediazione?

- è il più veloce dei sistemi stragiudiziali di composizione delle controversie;
- i costi sono predeterminati;
- è riservata;
- non stabilisce precedenti;
- si possono salvare, e addirittura consolidare, i rapporti tra le parti;
- le parti controllano la soluzione della lite;
- velocità nella instaurazione della procedura;
- permette di chiarire tutti gli aspetti della controversia;
- offre la possibilità di raggiungere una soluzione soddisfacente per tutte le parti;
- se le parti non giungono ad un accordo, non perdono alcun diritto e sono libere di abbandonare le trattative in qualsiasi momento.

Quando si deve considerare la possibilità di scegliere la mediazione?

- quando le parti vogliono conservare il controllo sul modo nel quale sarà risolta la disputa senza che sia un giudice o un arbitro a decidere in loro vece;
- quando le parti in conflitto vogliono preservare o ripristinare i loro rapporti;
- quando le parti preferiscono una composizione veloce del conflitto;
- quando le parti considerano che la complessità giuridica o tecnica della causa potrebbero costituire un rischio in ordine ai tempi e ai costi della giustizia ordinaria e preferiscono nominare un mediatore esperto nella materia specifica;
- quando le parti optano per mantenere la riservatezza della controversia;

Quando la mediazione non è consigliata?

Ci sono casi in cui la mediazione è sconsigliata perché potrebbe non portare alla soddisfazione degli interessi di una delle parti, ad esempio:

- quando una delle parti presenta una questione fondamentale di principi e si rinchiude in essa;
- quando una delle parti vuole provare ed affermare pubblicamente la verità dei fatti;
- quando alcuna delle parti ha un interesse di punizione o una nozione di giustizia retributiva che desidera sia accolta da un tribunale;
- quando si desidera creare un precedente giurisprudenziale;
- quando una delle parti non è in condizioni fisiche, giuridiche o psicologiche di prendere decisioni sulla specifica controversia;
- quando nessuna delle parti ha interesse di raggiungere un accordo (conflitto invischiato);
- quando la lentezza di una procedura giudiziaria costituisca un vantaggio per una delle parti.

Se il mediatore avverte che la mediazione non è adeguata al caso, egli deve raccomandare la conclusione della procedura.

7. La mediazione amministrata

La mediazione amministrata presuppone l'esistenza di una struttura che gestisca il servizio di mediazione sulla base di un regolamento e di un tariffario preventivamente adottato, quindi curando l'organizzazione amministrativa delle procedure.

La pratica della mediazione richiede uno spazio fisico appropriato e un elenco di mediatori formati e competenti, in grado di agire in conformità ai principi deontologici adottati dall'istituzione.

È indispensabile formare adeguatamente anche gli operatori dell'organismo che dovranno ricevere

le istanze di mediazione e fornire informazioni e consulenza sulle caratteristiche della procedura.

Le funzioni principali della segreteria dell'organismo di mediazione sono:

- curare il ricevimento delle richieste delle parti tramite l'apposita modulistica;
- rispondere alle richieste di informazione avanzate dalle parti;
- consegnare preventivamente copia del regolamento, dei tariffari e dei principi di comportamento;
- rilasciare ricevuta dell'avvenuto deposito della domanda di avvio del tentativo di mediazione;
- esigere i diritti previsti per il servizio;
- fissare una data per l'incontro di mediazione e comunicarla all'altra parte;
- inviare tempestivamente tutte le comunicazioni necessarie alle parti ed al mediatore nominato;
- disporre di idonei locali, all'interno della struttura, da mettere a disposizione delle parti e del mediatore per gli incontri;
- offrire collaborazione per il corretto adempimento dell'accordo di mediazione.

Allo stesso tempo lo sportello fungerà da punto collegamento fra le parti e i mediatori e contribuirà a preservare la loro imparzialità.

Una volta che la segreteria dell'organismo abbia spedito la lettera di convocazione all'incontro di mediazione, sarebbe opportuno che la parte invitata desse una conferma della propria partecipazione, comunicandone l'accettazione in forma telefonica. Nel caso in cui tale contatto non avesse luogo, dovrebbe essere cura della segreteria accertare le intenzioni del convocato. L'operatore che contatterà le parti telefonicamente, dovrà analizzare accuratamente per ogni caso quale sia il miglior modo per trasmettere le informazioni, evitando sempre di addentrarsi nel merito della controversia. Inoltre, qualora la parte abbia bisogno di ulteriori precisazioni sulla procedura, dovrà fornire adeguate spiegazioni aggiuntive riguardo le caratteristiche della mediazione (imparzialità, riservatezza, volontarietà, ecc.).

Le percentuali di accettazione da parte del "convocato" dipendono da diversi elementi:

- la conoscenza della procedura,
- la fase del conflitto alla quale siano giunte le parti,
- la credibilità istituzionale e la terzietà dell'istituzione che amministra la procedura e/o del mediatore nominato,
- la forte preferenza per il sistema adjudicativo di risoluzione delle controversie da parte del convocato alla mediazione.

È essenziale, per l'efficacia e la garanzia dell'istituto, che gli organismi che gestiscono i servizi di mediazione e i mediatori:

- offrano sufficienti garanzie di imparzialità e indipendenza rispetto alle parti e all'oggetto delle controversie in cui intervengono;
- offrano a tutte le parti la possibilità di fare valere adeguatamente le proprie ragioni.
- rispettino il principio di autodeterminazione delle parti.

8- Profilo del mediatore

Il mediatore non è un terzo giudicante, non può offrire consulenza legale né tecnica, né può decidere la controversia nel merito. Di conseguenza, il mediatore non può garantire che l'accordo

venga raggiunto, ha un obbligo di mezzi e non di risultato.

Il mediatore ha la funzione di guidare la procedura identificando i punti che conformano la cosiddetta “mappa del conflitto”²⁷, facilitando la comunicazione e la negoziazione fra le parti e applicando le tecniche proprie della procedura conciliativa.

Il mediatore deve incoraggiare la partecipazione delle parti in modo equo e quindi deve permettere a ciascuna di esprimersi liberamente, a tutela dei propri interessi, senza mettere a repentaglio quelli degli altri. Tutto ciò sarà possibile solo se si riesce ad innescare un clima di reciproco rispetto, anche grazie all’instaurazione di un processo di comunicazione efficace tra le parti e tra queste e il mediatore.

L’impegno del mediatore consiste in una continua interazione con le parti, dal primo istante del suo intervento fino alla chiusura della procedura. Il suo obiettivo principale è quello di aiutare le parti ad affrontare il conflitto da una prospettiva diversa, attraverso l’analisi delle sue diverse componenti.

Le tecniche cui il mediatore deve far riferimento possono essere raggruppate in tre categorie:

- **Tecniche Procedurali:** riguardano aspetti quali la determinazione dell’agenda per il trattamento dei temi (l’identificazione della priorità degli interessi e la strategia di quali abordare in primo termine, e quali in forma successiva), la decisione del metodo più adeguato alla mediazione in ogni caso (se partire con una sessione congiunta iniziale o con sessioni individuali con ogni parte, ecc.), la gestione dei tempi delle sessioni congiunte e individuali, (se predisporre e quando le sessioni private e con quale parte iniziare).

Il mediatore dovrà, fin dal primo momento spiegare alle parti che non prenderà nessuna decisione riguardo al modo nel quale si debba risolvere la controversia e che, invece, spetterà a lui stabilire e curare gli aspetti procedurali e le regole (i tempi, la gestione delle interruzioni, la struttura della mediazione).

- **Tecniche Comunicative:** attengono alle modalità volte a mantenere aperti i canali di comunicazione, aiutando le parti a chiarire le questioni e permettere che possano ascoltarsi reciprocamente per comprendere i rispettivi interessi, offrendo, allo stesso tempo, uno spazio nel quale ciascuna possa esprimere i propri sentimenti, generare empatia e creare il clima di fiducia necessario per una negoziazione collaborativa.

- **Tecniche Sostanziali:** riguardano la delucidazione delle questioni e degli interessi delle parti alla luce di criteri oggettivi, per aiutarle a generare diverse alternative sulla cui base strutturare l’accordo.

Il mediatore può assumere differenti ruoli e funzioni per aiutare le parti a risolvere le dispute:

- prepara i canali di comunicazione che promuovono o rendono più efficace la comunicazione;
- facilita la gestione del conflitto e conduce le negoziazioni tra le parti;
- esplora i problemi permettendo che le persone in disputa esaminino il conflitto da diversi punti di vista, aiutandole a definire questioni e interessi fondamentali e a cercare opzioni reciprocamente soddisfacenti;
- agisce come “agente della realtà” quando le parti perseguono mete estreme o poco realistiche, aiutandole ad organizzare una risoluzione ragionevole e percorribile;

Per questo motivo, le competenze richieste al mediatore sono rappresentate:

²⁷ Espressione utilizzata dall’autrice per spiegare gli elementi che il mediatore deve prendere in considerazione per analizzare il conflitto insorto tra le parti.

- **dalle conoscenze teoriche:** aspetti giuridici, sostanziali e processuali; conoscenza sostanziale della questione oggetto della controversia; aspetti relativi alla teoria dei conflitti, della comunicazione, della negoziazione e della presa di decisioni;

-**dalle abilità o capacità:** capacità di condurre una negoziazione integrativa, di individuare le motivazioni e gli interessi sottostanti alle posizioni delle parti; capacità di comprendere le percezioni che ogni parte ha del conflitto; di aiutare le parti a generare opzioni negoziali creative; di promuovere la reciproca comunicazione; di superare i punti di stallo; di condurre le parti ad una valutazione limpida delle alternative possibili in caso di mancata risoluzione della controversia. Le abilità sono intese come attitudini che comprendono la capacità di rimanere imparziali; di saper creare un clima di fiducia e di collaborazione; di saper mantenere la conduzione della procedura (intesa come l'insieme di tecniche e di interventi di cui si avvale il mediatore durante il suo intervento).

Se da un lato è vero che la complessità del processo formativo del mediatore non può essere limitata alla sola frequenza di corsi dovendo necessariamente prendere in considerazione le attitudini, la formazione di base e l'esperienza professionale del singolo²⁸.

9- L'obiettivo della mediazione e la progettazione della procedura²⁹

A questo punto appare utile porsi la seguente domanda: **l'obiettivo fondamentale del mediatore consiste nel raggiungimento di un accordo?**

Si tratta di una domanda molto importante sia per la progettazione della procedura sia per la valutazione dell'intervento dei mediatori e del programma di mediazione.

Il ruolo fondamentale del terzo imparziale consiste nell'aiutare le parti a promuovere una discussione costruttiva sulle diverse componenti della controversia, creando le condizioni ottimali per poter affrontare il conflitto da una prospettiva diversa. Se alla conclusione di quest'opera le parti raggiungono un accordo, il risultato sarà certamente quello ottimale, ma in ogni caso, prima di partecipare alla procedura, sia il mediatore sia le parti devono essere pienamente consapevoli della possibilità di concludere la stessa senza accordo.

Molte mediazioni che pur finiscono senza accordo riescono però ad aprire nuove finestre attraverso cui le parti riprendono a dialogare, questo perché l'intervento del terzo imparziale ha favorito una migliore comprensione dei veri aspetti della disputa.

Il tentativo di mediazione costituisce un impegno di mezzi e non può garantire risultati specifici, perciò i parametri di valutazione devono concentrarsi sul modo in cui è stata condotta la procedura.

Il mediatore deve spiegare alle parti l'obiettivo della mediazione in modo chiaro e fin dall'inizio ossia durante la presentazione che ne darà alle stesse nel momento dell'avvio, perché se omettesse di farlo, le parti potrebbero ritenere che l'unico scopo della mediazione sia il raggiungimento dell'accordo, magari temendo addirittura di poter essere condotte verso un accordo a loro non conveniente.

Inoltre, poiché non esistono due mediazioni identiche, il mediatore deve ogni volta saper adattare lo schema e la procedura conciliativa alla peculiarità della controversia e al tipo di conflitto, progettando fin dall'inizio e per l'intero procedere della mediazione l'azione più adeguata per la situazione concreta da gestire.

Oltre alle tecniche e al metodo utilizzato, la mediazione importa un modo diverso di pensare, un approccio creativo che permette la partecipazione attiva delle parti nella co-costruzione della soluzione. Questo sistema di risolvere le controversie porta con sé un profondo rispetto per le

²⁸ Come è altrettanto vero che si diventa mediatori solo in virtù della propria esperienza professionale di base, senza formazione specifica in tecniche di mediazione.

²⁹ Acland, Andres Floyer. *Como utilizar la mediacion para resolver conflictos en las organizaciones*. Ed. Paidós. Barcelona 1993.

persone, basato nell'etica alla quale deve ispirarsi l'operato del mediatore-avvocato e degli avvocati che assistono le parti.