



ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

# La mediazione civile

## Le tecniche di gestione dei conflitti

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

a cura di  
Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta

*i quaderni*



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano





---

# La mediazione civile

## Le tecniche di gestione dei conflitti

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

a cura di  
Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta

## I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

### Comitato Istituzionale:

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

### Comitato Scientifico:

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

### Comitato Editoriale:

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

### Commissione Mediazione e Conciliazione:

*Delegato del Consiglio:* Marcello Guadalupi.

*Presidente della Commissione:* Maria Rita Astorina.

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

*Osservatori:* Sergio Monterisi, Vittoria Poli.

### Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

### Segreteria:

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

## INDICE

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

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

## PRESENTAZIONE<sup>(\*)</sup>

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

Le norme poc'anzi citate, infatti, come è noto, hanno introdotto l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, per alcune materie, come condizione di procedibilità attraverso le ordinarie vie giurisdizionali. Pertanto, le parti che intendono esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa o tramite altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, sono tenute a esperire un tentativo di mediazione in via preliminare, nei modi e nei tempi stabiliti dalle medesime disposizioni normative. L'obbligo è scattato il 21 marzo 2011, fatta eccezione per le controversie in materia condominiale e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, per le quali è stato stabilito un posticipo di dodici mesi, per l'applicazione della nuova norma.

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

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Alessandro Solidoro, Presidente ODCEC Milano.

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

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

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

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

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

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

Buona lettura!



## INTRODUZIONE<sup>(\*)</sup>

«Sono un antropologo, e sono preoccupato. Sono preoccupato perché la tribù che studio è in pericolo. Sebbene non sia così insolito per un antropologo studiare popolazioni a rischio di estinzione, questa tribù non è straniera. È la mia. Non si tratta di un piccolo gruppo di individui: si tratta dell'umanità intera. Il pericolo non viene dal mondo esterno. Viene dall'interno, cioè dall'abitudine di essere umani a impegnarsi in conflitti distruttivi e spesso mortali, ogniqualvolta emerga una divergenza seria tra due persone, due gruppi o due nazioni».

Con questa nota dell'autore, William Ury introduce il tema dei conflitti nel suo volume «Risolvere i conflitti» e, personalmente la trovo così toccante da utilizzarla come premessa nei corsi di formazione per mediatori.

Il conflitto entra nel nostro quotidiano prepotentemente e quando meno ce lo aspettiamo. Non possiamo evitarlo anche se quando ci troviamo dentro non riusciamo a capire come è potuto accadere proprio a noi. Vedersi invischiati in un conflitto ci fa perdere la nostra lucidità a causa, anche e soprattutto, della emotività che lo accompagna. Vivere un conflitto comporta un forte dispendio di energie e un grande stato di stress per noi che siamo interessati a vivere in una condizione di tranquillità e di risparmio energetico.

Allora, se il conflitto non possiamo evitarlo, l'importante è gestirlo, soprattutto in maniera positiva e costruttiva, perché ci trasforma e ci fa crescere.

Al contrario, non gestire il conflitto e lasciare che tutto si risolva da sé diventa molto pericoloso per le conseguenze che ne derivano e quotidianamente ne leggiamo sulla stampa i disastrosi epiloghi.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Marcello Guadalupi, Consigliere Delegato alla Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

Una buona gestione richiede necessariamente una comunicazione efficace.

Non è certo un caso che il peggior male dei nostri tempi è proprio la cattiva comunicazione che attuiamo per la poca attenzione e il poco tempo che dedichiamo a tutte le nostre forme di comunicazione.

E non è certo la contrapposizione avversariale, che avviene quando si cerca di risolvere le controversie con il diritto, ad aiutarci a risolvere la nostra crisi relazionale, ma uno spazio nel quale poter comunicare con la controparte e gestire le differenze che ci allontanano.

È questa l'essenza della mediazione e non, come tanti erroneamente indicano, il fatto di essere «uno strumento di giustizia alternativa».

Al contrario della causa giudiziale, dove le parti non riescono a far ascoltare le proprie ragioni così come vorrebbero, all'interno della mediazione c'è lo spazio necessario e una persona riservata e imparziale che ascolta per il tempo necessario e guida le parti verso una negoziazione cooperativa.

Ma tutto questo è possibile solo se i mediatori sono professionisti formati e capaci di applicare nel modo più corretto le tecniche di comunicazione, negoziazione e risoluzione dei conflitti utili per il raggiungimento della soluzione pienamente soddisfacente per le parti.

E allora, ben venga questa apertura che il D.Lgs. n. 28 del 2010 ha dato su tutte quelle figure professionali che in misura diversa possono apportare la loro esperienza e la loro cultura a un istituto, per noi nuovo, ma che in buona parte viene usato con grande successo e senza tanti pregiudizi.

In questo grande esercito non possono certo mancare i commercialisti, che da anni sono impegnati sul tema della mediazione, con il diritto societario prima e con le controversie in materia civile e commerciale ora, per dare il loro prezioso contributo agli imprenditori, alle aziende ma anche a tutti i privati cittadini che fanno del commercialista ormai il loro confidente preferito.

E allora non possiamo non accogliere con entusiasmo questo lavoro prodotto da autorevoli colleghi che operano da tempo nel campo della mediazione. È un valido supporto per chi si occupa già di mediazione o per chi ha intenzione di accostarsi a questo affascinante metodo di lavoro, ma anche un valido strumento nel percorso formativo di tanti colleghi e non che si avvicinano al mondo della mediazione per apprendere le tecniche e i segreti di una professione molto affascinante.

Nella prima parte viene analizzato il conflitto, come si origina, come si sviluppa e ciò che nasconde, per poi affrontare le tecniche di negoziazione

utili alla sua gestione.

Nella seconda parte si analizza il modello di mediazione attraverso tutte le sue fasi. Concludono il lavoro il profilo deontologico del mediatore, il «Progetto Conciliamo» e una antologia di casi di mediazione.

Mi preme, infine, ricordare il lavoro svolto all'interno del «Progetto Conciliamo», che mi ha visto tra i partecipanti alla costituzione e all'avvio del programma. Un lavoro certo faticoso, ma di grande soddisfazione, nato dall'idea del nostro compianto presidente Luigi Martino e dal presidente della Corte d'Appello di Milano dott. Giuseppe Grechi.

Un ringraziamento particolare a tutti i colleghi che hanno lavorato a questo quaderno.



## 1. PERCHÉ USARE LA MEDIAZIONE: VANTAGGI E LIMITI<sup>(\*)</sup>

La mediazione è lo strumento che permette alle parti di superare quegli ostacoli che potrebbero comportare il fallimento di una negoziazione.

Tra i molti ostacoli alla negoziazione si possono individuare:

- la paura di non saper difendere adeguatamente i propri interessi in sede di trattativa;
- i problemi di comunicazione tra le parti che si possono anche identificare nel linguaggio usato e l'atteggiamento tenuto;
- le «questioni di principio»;
- l'emotività delle parti;
- le tattiche di conduzione della mediazione poste in essere dalle parti al fine di «sfiancare» l'avversario.

Molti di questi ostacoli possono essere superati mediante l'opera di un mediatore che abbia conoscenza non solo delle dinamiche della comunicazione, ma anche di aspetti psicologici, e che si adoperi per superare gli ostacoli che all'inizio della mediazione potrebbero sembrare insormontabili (cfr. § 3.3).

Nella pratica, si è visto che, molto frequentemente, le parti insistono nell'affermare la loro piena volontà e disponibilità nel trovare una soluzione bonaria del conflitto, che di fatto non esistono. In questi casi la disponibilità e la volontà di concludere l'accordo si individuano solamente nel pieno riconoscimento della propria posizione a totale discapito di quella dell'altro. Spetta al mediatore trovare i più opportuni strumenti per superare tali ostacoli. Questo professionista, nonostante gli sforzi, potrà fare ben poco nel caso in cui i contrasti siano insanabili, le parti siano «rigide» e quindi non dimostrino un effettivo interesse alla soluzione bonaria della controversia.

Al mediatore si applica perfettamente l'antico proverbio che afferma che «chi sa parlare e sa ascoltare passa il mare», in quanto tale

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Andrea Silla, Avvocato e Dottore Commercialista in Roma.

professionista dovrà essere dotato di pazienza, di disponibilità, di iniziativa, di preparazione, di tempo e di resistenza fisica. Più le posizioni delle parti saranno distanti più la mediazione sarà difficile e lunga anche dal punto di vista di tempo impiegato. La capacità del mediatore si identificherà anche nell'evidenziare alle parti che le prese di posizione e le «questioni di principio» non si basano su reali interessi e bisogni. Si deve ricordare, infatti, che l'elemento fondamentale di un buon accordo è la soddisfazione di tali necessità. La mancata o parziale soddisfazione dei reali interessi e bisogni non porterà certamente a un buon accordo in quanto, in sede di successivo adempimento, potrebbe verificarsi la volontaria non esecuzione dello stesso dando, conseguentemente, luogo a nuove controversie. Il mediatore dovrà evidenziare alle parti gli interessi reciproci compatibili e/o condivisibili prestando attenzione sia ai loro bisogni fondamentali (cibo, copertura, benessere e sicurezza) ma anche a quelli di appartenenza, di riconoscimento e di gratificazione. Tali bisogni, salvo che le parti non li esplicitino chiaramente e direttamente tra loro, dovranno essere individuati dal mediatore che, tenendo in considerazione tali elementi, cercherà di spingere le parti verso un accordo che ne contempi la soddisfazione.

Non devono, inoltre, essere sottovalutati gli interessi dei soggetti detti «terzi rilevanti» che possono influenzare le parti nella soluzione della controversia. Spesso tali «terzi» hanno avuto rilevanza nell'insorgenza della controversia e quindi il loro parere assumerà un particolare rilievo. Anch'essi dovranno vedere soddisfatti i propri interessi poiché sono dei «negoziatori occulti», che comunque partecipano al tavolo della mediazione. Le parti, in sede di mediazione, dovranno quindi tutelare sia i propri interessi che quelli dei «terzi rilevanti», che vorranno vedere indirettamente riconosciute anche le loro aspettative. In via generale, la parte in sede di trattativa, salvaguarderà sia gli interessi propri che quelli dei «terzi rilevanti», in quanto non vorrà andare in contrasto con questi ultimi a seguito del rapporto professionale o emotivo che li lega.

La chiara esplicitazione dei bisogni delle parti, effettuata dalle stesse in sede di sessione comune o sessione separata, diventa la condizione indispensabile per il raggiungimento di un accordo. Il mediatore dovrà accertare le eventuali incompatibilità tra i bisogni reciproci e, in caso di impossibilità di condivisione, dovrà trarre le proprie conclusioni e prendere atto dell'insuccesso della mediazione.

## 2. CHE COS'È IL CONFLITTO

### 2.1. Come si originano i conflitti. Le dinamiche conflittuali<sup>(\*)</sup>

Il termine conflitto evoca in noi, immediatamente, un concetto negativo associato a immagini dolorose e sgradevoli. Il conflitto ci fa pensare allo scontro, alla lotta per raggiungere i nostri obiettivi.

Il conflitto, però, è un'esperienza costante nella vita degli individui e dei gruppi: in qualunque sistema complesso esistono cause scatenanti quali incomprensione, dissenso, disaccordo, e il nostro contesto sociale ne sarà sempre più caratterizzato.

Sarà sempre più necessario, pertanto, che ciascuno sviluppi la capacità di accettare e gestire ciò che è diverso: gli individui, i valori, le culture.

Dalla visione del conflitto come minaccia occorre progredire alla visione del conflitto come risorsa; il conflitto può, allora, diventare l'opportunità di crescere e di costruire relazioni migliori con il prossimo.

Occorre, però, uscire dalla convinzione che, in un conflitto, la soddisfazione dei propri bisogni corrisponda necessariamente alla distruzione di quelli dell'altro, che ci sia sempre un vincente e un perdente.

Il conflitto può essere definito come la situazione in cui su un individuo agiscono contemporaneamente due forze contrastanti, opposte tra loro.

A seconda dei soggetti coinvolti, il conflitto può essere:

- *intrapersonale*, quando all'individuo si pone una scelta tra bisogni, desideri e doveri che spingono in direzioni diverse tra loro;
- *interpersonale*, dove il disaccordo è tra due o più individui;
- *intragruppo*, nel caso in cui il dissenso si esprima all'interno di un gruppo nel quale gli individui portano interessi differenti tra loro;

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Sara Bertoni, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

- *intergruppo*, che concerne gruppi sociali organizzati, come i gruppi etnici e quelli religiosi;
- *internazionale*, quello che coinvolge più nazioni.

Il conflitto si genera quando la comunicazione con l'altro è compromessa, quando noi intendiamo una cosa e l'interlocutore ne percepisce un'altra.

Diventa fondamentale, allora, comunicare in modo corretto e per farlo occorre, prima di tutto, conoscere sé stessi, le proprie emozioni, i propri sentimenti.

Esiste, infatti, una stretta connessione tra comunicazione intrapersonale e interpersonale; ciò che percepiamo di quanto accade all'esterno di noi può considerarsi uno specchio della nostra realtà interiore.

Se, quando comunichiamo, cerchiamo di trovare altri punti di vista, oltre ai nostri, il conflitto può divenire anche un'opportunità per approfondire aspetti del nostro carattere e della nostra personalità altrimenti sconosciuti.

Il conflitto non nasce mai da una sola causa scatenante, ma da fattori multipli. È, allora, fondamentale ricercare e stabilire nessi e sinergie tra le varie cause, in modo da identificare le priorità e le aree potenziali di intervento.

Ogni attore del conflitto ha propri obiettivi, interessi, posizioni diverse. Il motivo di scontro è strettamente legato a tali fattori e può presentarsi a due livelli:

- oggettivo, che rappresenta l'elemento sostanziale,
- soggettivo, che indica il valore attribuito dall'attore all'elemento oggettivo.

Nella relazione che ciascun attore del conflitto instaura con gli altri devono essere esaminate e comprese:

- le posizioni, ciò che la parte afferma. Rappresentano quanto appare del problema, l'opinione su come sono o dovrebbero essere le cose. È la verità di ciascuno, come ognuno vede e percepisce le cose e il mondo;
- gli interessi, cioè le motivazioni che stanno alla base del conflitto: i motivi veri per i quali difendiamo la nostra posizione. L'interesse è la parte meno evidente del conflitto, quella su cui occorre lavorare: le preoccupazioni, gli obiettivi, le attese, i timori;
- i bisogni, ciò che è davvero fondamentale per tutti gli esseri umani, secondo la piramide di Maslow, che pone alla base, dopo i bisogni fisiologici, la sicurezza, per arrivare all'autorealizzazione (Tavola 1).

Il bisogno frustrato porta al conflitto.





*Tavola 1*  
*La Piramide di Maslow*

Il conflitto è un processo dinamico, in genere caratterizzato da una *escalation*, che parte da leggere differenze di opinione per giungere al litigio o addirittura alla guerra, passando dal disaccordo e dalla disputa.

L'*escalation* dipende da molti elementi: il numero di persone coinvolte, il grado di interazione tra le parti, fattori culturali, sociali e ambientali. Dipende anche dal genere, maschile o femminile, degli attori e dal diverso modo di percepire la realtà di ciascuno.

Le dinamiche del conflitto possono essere descritte come il risultato dell'interazione tra il tipo di conflitto, gli attori e le cause.

Le fasi del conflitto possono essere così classificate:

- a) pre-conflitto,
- b) scontro,
- c) crisi,
- d) soluzione,
- e) post-conflitto.

Nel momento in cui gli individui hanno differenti bisogni, valori, interessi può generarsi il conflitto; in questa fase però il conflitto è ancora

latente: gli individui evitano i contatti, ma siamo ancora in uno stadio pre-conflittuale.

Dalla fase latente si può passare improvvisamente allo scontro e poi alla crisi, il picco del conflitto, quando la tensione o addirittura la violenza sono più intense.

La normale comunicazione tra le parti, a questo punto, è cessata.

È qui che si verifica l'*escalation* del conflitto, con un incremento dell'intensità dello stesso: le parti iniziano a divenire più minacciose.

L'*escalation* può avvenire:

- intenzionalmente, quando le parti cercano di fare pressione sull'altra parte e, a volte, di coinvolgere terzi;
- inconsapevolmente, quando avviene senza che le parti si siano davvero rese conto delle conseguenze delle proprie azioni.

L'*escalation*, tuttavia, a un certo punto si esaurisce e la crisi sfocia in una soluzione, che può vedere una parte prevalere sull'altra.

Uno degli attori potrebbe rinunciare al conflitto oppure le parti potrebbero concordare su una negoziazione. In questo momento il livello di tensione, di scontro e di violenza decresce sensibilmente e vi è la possibilità di una composizione della lite: siamo alla fase della soluzione.

Raggiunta la fine dello scontro si entra nella fase di post-conflitto che però, se le questioni che scaturivano dai divergenti interessi delle parti non sono state risolte in maniera adeguata, potrebbe coinvolgere un'altra volta a una nuova fase di pre-conflitto.

Nella realtà i conflitti non seguono un percorso lineare, ma si evolvono alternando progressi a regressi; *escalation* e ritorno a una fase meno intensa si possono alternare.

Diventa, quindi, fondamentale un esame attento e oggettivo delle varie fasi conflittuali che permetterà all'analista una scelta meditata delle tecniche di mediazione del conflitto.

## 2.2. Le possibili reazioni delle parti al conflitto<sup>(\*)</sup>

L'esame, lo studio, la comprensione delle reazioni delle parti al conflitto sono uno dei primi strumenti del mediatore per la scelta delle

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Paola Gherarducci, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

tecniche di negoziazione da applicare per la mediazione del conflitto stesso.

Tutti vivono conflitti di varia natura: la differenza sta nel come ognuno si pone di fronte a essi. E, se pure ogni conflitto è una storia a sé, esistono tuttavia delle situazioni che ricorrono comunemente.

Nel conflitto si ha sempre a che fare con due litiganti che si contrappongono: una parte afferma di avere ragione e attribuisce il torto all'altro, mentre quest'ultimo fa esattamente la stessa cosa. In questa situazione, la soluzione che le parti solitamente scelgono è quella di deresponsabilizzarsi, ovvero rivolgersi e affidarsi a un terzo perché dirima la controversia decidendo chi ha ragione e chi ha torto, anche se, spesso, chi ha un problema ritiene che la colpa sia sempre dell'altro e arriva già con una sua soluzione, che vorrebbe veder riconosciuta come l'unica valida.

Le parti hanno difficoltà a distinguere tra le due componenti fondamentali del conflitto: quella soggettiva, relativa al rapporto interpersonale, e quella oggettiva, relativa al problema da risolvere. In altre parole identificano il problema con la persona.

Tendono a irrigidirsi e rinchiudersi sulle proprie posizioni e rimangono aggrappate ad esse, a volte anche senza un motivo ragionevole o sostanziale, ma solo per questioni di principio. E le posizioni difficilmente sono mediabili, possono solo essere oggetto di compromesso o transazione.

Inoltre, spesso ascoltano la posizione dell'altro con un proprio filtro, che deriva da un proprio meccanismo di percezione, da un proprio schema mentale. Se ci formiamo un'immagine, tendiamo a percepire solo quello che conferma quell'immagine. E, come diceva A. Einstein<sup>(1)</sup>, non possiamo risolvere i problemi con le stesse categorie mentali che abbiamo usato per generarli: abbiamo bisogno di un nuovo modo di pensare per risolvere i problemi causati dal vecchio modo di pensare.

Il problema in questo caso è non tanto e non solo l'eventuale errore di percezione o di reazione, quanto il rimanere legati alla propria posizione.

È molto importante per il mediatore entrare nella logica della persona che vive il problema, e ciò non tanto per comprendere il perché lo stesso sia nato, ma per aiutare la persona a sentirlo diversamente.

---

<sup>(1)</sup> Fragomeni T., *Mediazione e conciliazione*, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2010.

La parte che espone la propria posizione, spesso, non è capace di farsi comprendere. Immersa nel conflitto, non riesce a dare la giusta efficacia alla comunicazione: né a quella verbale, né tanto meno a quella paraverbale o gestuale.

Anche le emozioni rivestono una grande importanza. Nel conflitto i sentimenti di rabbia, ira, frustrazione, invidia, delusione ecc. svolgono a volte un ruolo più determinante delle parole.

Spesso il conflitto fa paura alle parti, che quindi, per non affrontarlo fino in fondo, rimangono alla superficie dei problemi. Un'immagine spesso utilizzata per spiegare il conflitto è quella dell'iceberg: ciò che vediamo, che è l'unica parte visibile, è la punta, che generalmente rappresenta solo il 10% della sua massa complessiva.

Infine, è importante sottolineare come sintomo di conflitto latente la sfiducia, spesso presente e determinante nel condizionare le reazioni delle parti.

### 2.3. Ciò che appare e ciò che è: i rapporti tra le parti, tra pretese e interessi<sup>(\*)</sup>

Il conflitto è un meccanismo complesso che deriva da diversi fattori, motivi, bisogni e interessi. Ecco perché lo si potrebbe paragonare, come accennato poc'anzi, a un iceberg ove il conflitto che emerge al di sopra delle acque è ciò che appare o che si desidera che appaia, mentre la parte sommersa dell'iceberg è molto più estesa e rappresenta spesso il «reale» conflitto tra le parti. La parte sommersa può a sua volta essere suddivisa tra interessi e bisogni, diversi tra loro.

I conflitti quindi si possono distinguere in due fattispecie: conflitti «palesi» e conflitti «nascosti». Pensiamo a un qualsiasi litigio tra coniugi: quante volte il litigio si concentra su aspetti del tutto banali, a volte senza una vera ragione e rimanendo alla superficie, mentre il vero malessere dipende da altri motivi spesso più profondi.

Il problema è che il «vero problema» per cui nasce un conflitto non lo vogliamo affrontare, ci fa paura, non desideriamo vederlo o ci fa male.

Il conflitto insito nell'iceberg sommerso può essere collegato a molti motivi, per esempio a un senso di inadeguatezza, di colpa, di mancanza di

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Riccardo Bauer, Presidente Commissione Principi Contabili ODCEC Milano.

autostima, di scarsa sicurezza, eccetera.

Piuttosto che prendere atto del «vero» conflitto, ci concentriamo sulla parte emersa dello stesso, spesso scaricando sugli altri i suoi motivi apparenti o rimanendo ancorati ai concetti di giusto/sbagliato, buono/cattivo, torto/ragione, vincere/perdere, mentre dovremmo riflettere di più sui «reali» motivi per cui certe cose o certi comportamenti ci fanno arrabbiare.

Per poter uscire dal conflitto bisogna prima di tutto rendersi conto che il conflitto esiste, perché ignorarlo o negarlo è infatti molto pericoloso, e poi decidere di volerlo affrontare.

Nell'affrontarlo dobbiamo per forza riflettere sui reali motivi del conflitto, cioè avere il coraggio di scendere in apnea sotto l'iceberg per capire meglio i veri confini del conflitto e quale esso realmente sia. Se opereremo così, forse l'altra persona a cui avevamo addebitato i motivi del conflitto (il «nemico»?) potrebbe diventare un nostro alleato ed aiutarci a capire come risolvere il conflitto stesso.

Cosa c'entra tutto ciò con la mediazione?

La cosa è più importante di quanto sembri, il mediatore infatti, «nell'adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia» (art. 8 c. 3 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) *deve* conoscere il conflitto. Questo significa che egli non deve limitarsi a conoscere il «conflitto apparente» (la «parte emersa dell'iceberg»), che viene identificato dalle posizioni che illustrano le parti, ma deve capire e riconoscere il conflitto «vero», dovuto a interessi e bisogni differenti.

### 2.3.1. Posizioni, interessi e bisogni delle parti

All'interno del conflitto è dunque molto importante poter distinguere le posizioni delle parti, dai loro interessi e dai loro reali bisogni.

Le posizioni sono rappresentate da ciò che le parti affermano come «loro» versione dei fatti, esse sono le «loro» verità sulla questione in conflitto. Rappresentano il modo di vedere i problemi che le parti hanno esposto. Si tratta di opinioni, credenze, possibili soluzioni che le parti sostengono con forza e determinazione su come sono le cose o come dovrebbero essere. Le posizioni vedono la realtà da *un solo* punto di vista, che è quello della parte che lo espone. Vi è una unica soluzione «giusta», quella illustrata dalla parte, vi è una sola strada da percorrere per cercare la soluzione al conflitto, che è quella esposta dalla parte.

Se ad esempio volessimo sapere cosa c'è dietro a una porta chiusa e guardassimo dalla serratura, vedremmo solo alcune cose, in quanto la

visuale è scarsa, ma siamo portati a credere che al di là della porta chiusa ci siano solo le cose che vediamo e non immaginiamo nemmeno che ve ne siano altre molto più interessanti.

Le posizioni illustrate dalle parti in mediazione difettano di scarsa obiettività e questo il mediatore lo deve tenere ben presente. In un conflitto le parti restano aggrappate alle loro posizioni, arrivano dal mediatore con le loro richieste, che pretendono siano esaudite e che rappresentano solo una soluzione del problema, che è di solito opposta a quella della controparte. In sintesi, le posizioni non si possono mediare, ma è necessario ascoltarle per capire quale è realmente il problema e perché le parti lo vivono in un modo così conflittuale.

Si pensi ad esempio a dei coniugi il cui viaggio in Egitto fu un disastro dal punto di vista organizzativo e che chiedono un significativo risarcimento danni alla società organizzatrice. Le posizioni dei coniugi sono molto chiare e basterebbe «accertare» se il viaggio fu veramente un disastro come essi dicono. Il mediatore, però al di là delle posizioni, deve esplorare gli interessi e i reali motivi per cui i coniugi sono così alterati da un viaggio andato male e i relativi motivi di fondo per cui tutti gli altri viaggiatori dello stesso viaggio non sono così alterati e lo sono solo loro.

Bisogna quindi approfondire.

### 2.3.2. Interessi

Gli interessi corrispondono al conflitto sommerso e sono i moventi nascosti che originano le posizioni. Se le posizioni sono ciò che le parti pretendono, richiedono, esigono, gli interessi sono i motivi per cui si dice quella cosa, si fa quella affermazione, si richiede quella pretesa. Nel caso precedente, il risarcimento dei danni è la posizione emersa illustrata dalla parte e l'interesse è dato dai motivi per cui il risarcimento è chiesto. Potrebbe essere un «recupero» in termini di denaro dell'attesa di un viaggio lungamente atteso e desiderato dai coniugi stessi.

Gli interessi si possono mediare.

Naturalmente, tra le parti gli interessi possono essere diversi e contrapposti. Nel caso precedente, il tour operator potrebbe avere l'interesse a non effettuare alcun risarcimento dei danni in denaro per non creare dei precedenti a cui altri potrebbero appellarsi in futuro, ma potrebbe essere disponibile a concedere viaggi sostitutivi verso altre mete.

Il mediatore conosce gli interessi delle parti solo se è in grado di porre le domande nel modo migliore. La tecnica di porre bene le domande e di sapere quali domande fare è uno degli strumenti più potenti in mano al

mediatore.

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

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

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

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

Nei conflitti gli interessi più potenti sono rappresentati dai bisogni.

### 2.3.3. Bisogni

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

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

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

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



## 3. LA NEGOZIAZIONE

### 3.1. Negoziazione distributiva e negoziazione cooperativa<sup>(\*)</sup>

Per comprendere la differenza fondamentale tra approccio distributivo e approccio cooperativo alla negoziazione è necessario riflettere in primo luogo sul fatto che il conflitto è «fatto umano inevitabile». La negoziazione pertanto da un lato non nega il conflitto e dall'altro rappresenta il tentativo di gestirlo tramutando lo «scontro» sfociato nella lite in un «incontro», cristallizzando l'esito della negoziazione in un accordo soddisfacente perchè condiviso e pertanto risolutivo<sup>(2)</sup>.

Elemento fondamentale per la negoziazione è la ricerca e ricostruzione di un canale di comunicazione tra le parti. Ciò comporta un importante e faticoso lavoro di esplorazione che presume la disponibilità, non scontata, delle parti a mettersi in gioco e la capacità del mediatore di accompagnarli in questo impegnativo percorso<sup>(3)</sup>. E' stato autorevolmente

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Patrizia Riva, Responsabile SAF - Scuola di Alta Formazione ODCEC Milano. Professore aggregato Università del Piemonte Orientale.

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

<sup>(3)</sup> E' interessante richiamare un passaggio di W. Ury sul tema della risoluzione del conflitto nelle società più semplici: «(...) il segreto dei boscimani per gestire i conflitti consiste nel coinvolgimento attento, vigile e costruttivo degli altri membri della comunità. Durante una lite, ci si rivolge a tutti gli amici e i parenti, e si chiede loro di parlare con i contendenti per cercare di calmarli, (...). Viene coinvolta l'intera comunità. Quando sorge un problema serio, tutti, uomini e donne, si siedono e parlano, parlano, non fanno altro che parlare. Ciascuno ha la possibilità di esprimere la propria opinione.

sottolineato in merito come la mediazione possa essere rappresentata visivamente come un laborioso «ago che cuce» e come la parola negoziato sia ricollegabile etimologicamente al concetto di *nec otium*, «negazione dell'ozio»<sup>(4)</sup>. 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<sup>(5)</sup>.

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

---

Questo processo aperto a tutti può durare giorni, finché la questione non viene discussa in ogni suo minimo particolare. I membri della comunità si impegnano a fondo per scoprire quali regole sociali siano state infrante per provocare un simile disaccordo, e per definire cosa sia necessario fare per ristabilire l'armonia sociale. Un kgotla – questo è il nome che danno alla discussione, è una sorta di processo popolare che non prevede la votazione da parte di una giuria, né il verdetto di un giudice: le decisioni vengono prese di comune accordo. A differenza di un tipico procedimento processuale, in cui una parte vince e l'altra perde, l'obiettivo è trovare una soluzione definitiva, sostenibile, sia dai contendenti che dalla comunità. Man mano che la conversazione di gruppo pro cede, la soluzione più valida incontra gradualmente il consenso generale. Dopo essersi assicurati che non rimangano opposizioni o sentimenti ostili, gli anziani comunicano la decisione raggiunta». URY W., *op. cit.*, 1999, p. 43 e ss.

<sup>(4)</sup> Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 160.

<sup>(5)</sup> «Nella nostra società il conflitto vede convenzionalmente opposte due parti: il marito contro la moglie, il sindacato contro il datore di lavoro, i palestinesi contro gli israeliani. Il coinvolgimento di una Terza Parte è ritenuto quasi un'eccezione, un'anomalia: è considerata un'intromissione negli affari altrui. Tendiamo a dimenticare ciò che le società più semplici sanno già da molto tempo, cioè che qualsiasi conflitto, in realtà coinvolge tre parti. Nessun litigio si svolge nel vuoto. Vi sono sempre altre persone intorno: familiari, vicini di casa, alleati, osservatori neutrali, amici o spettatori casuali. Ogni conflitto ha luogo all'interno di una comunità che, in una disputa, assume la posizione di parte terza. La terza parte è rappresentata dalla comunità circostante, che è il contenitore di qualsiasi conflitto sorga al suo interno. In assenza di tale contenitore, un serio conflitto tra due parti può trasformarsi fin troppo facilmente in una lotta distruttiva. All'interno del contenitore, il conflitto può gradualmente essere trasformato ed evolvere da contrapposizione a cooperazione», URY W., *op. cit.*, 1999, p. 45 e ss.

a due differenti livelli e utilizzando due differenti logiche. Ci si può limitare a sviluppare una negoziazione sulle posizioni o negoziazione distributiva mediante la quale le parti, applicando la logica della causalità lineare, si limitano ad interagire al livello superficiale delle posizioni senza permettere a sé stesse e al mediatore di andare oltre il livello visibile e dichiarato del conflitto. Se al contrario le parti, facendo propria una logica di causalità circolare nell'ambito della quale è riconosciuta la natura sistemica delle relazioni in gioco<sup>(6)</sup>, 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<sup>(7)</sup>. Le due strade portano a risultati qualitativamente differenti e, pertanto, meritano un approfondimento.

### 3.1.1. Negoziazione sulle posizioni o negoziazione distributiva

Si è accennato al fatto che la negoziazione distributiva si basa sulla applicazione del concetto di causalità lineare il quale a sua volta considera le parti in modo dicotomico, ossia una opposta all'altra. Le azioni dell'una interferiscono esclusivamente in modo sequenziale sull'esistenza dell'altra e ciascuna parte è rappresentata secondo questo approccio quale elemento isolato e analizzabile «in sé», quale monade astratta dalla dimensione spazio-tempo e portatrice di un proprio mondo di ragioni e convinzioni. Ciascuna parte, secondo questo approccio, è in grado di analizzare e comprendere esclusivamente il proprio punto di vista nonché gli effetti dell'influsso negativo della interazione all'origine del conflitto con la controparte. Le proprie considerazioni sono razionalizzate ed esplicitate dalle parti quando esprimono le loro posizioni e difficilmente sono riviste, salvo che non si ravvisi un vantaggio tangibile a fronte dell'abbandono più probabilmente parziale delle stesse. La lettura della

---

<sup>(6)</sup> «Entrare nel mondo della mediazione significa comprendere il vero significato del conflitto che comporta il superamento della concezione della realtà basata sulla logica aristotelica che divide il mondo in opposti contrapposti, dove causa ed effetto stanno su un piano di linearità, per giungere alla comprensione che il mondo, invero, è polare, costituito da un sistema fatto di poli dove l'uno non può esistere senza l'altro dove gli opposti coesistono in un sistema circolare dove tutte le cose sono legate le une alle altre e tutte si influenzano reciprocamente», Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 125.

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

realtà pretende pertanto di essere relativamente «semplice»: sono sempre individuabili due contendenti, ciascuno è convinto che causa del conflitto sia la propria controparte, le posizioni sono inconciliabili e la vittoria di un soggetto implica il soccombere dell'altro. La logica in cui ci si muove è quella dei «giochi a somma zero» o *win-lose*. Se una parte esce vittoriosa, l'altra non può che uscire sconfitta.

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

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

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

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

iniziali di risorse non permette la soddisfazione integrale di entrambi i contendenti in quanto è superiore alla dimensione reale della torta, il taglio necessariamente presuppone delle rinunce.

Il rischio maggiore è rappresentato dal fatto che l'accordo, percepito come vantaggioso da uno dei soggetti, nel tempo si riveli non soddisfacente in quanto non rispettato dall'altro soggetto ossia da quello che ha effettuato le maggiori rinunce. Ancora l'accordo potrebbe essere rispettato ma con un costo altissimo per le persone coinvolte in quanto "si rompono i rapporti" e "si generano sentimenti di amarezza che sfociano spesso nel più duro risentimento che può durare anche tutta la vita"<sup>(8)</sup>.

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

### 3.1.2. Negoziazione sugli interessi o negoziazione cooperativa

La negoziazione cooperativa sposta l'attenzione dai fattori di «opposizione» ai fattori di «ricomposizione» e ricusa la logica torto/ragione. La controversia è pertanto letta in primo luogo negando rilevanza ai ruoli tipici del diritto, ma, come rilevato *supra*, anche della negoziazione distributiva ossia al concetto di avversario, di controparte, di attore, di convenuto, di debitore, di creditore, di reo, di parte offesa, e in secondo luogo lavorando al fine di comprendere i veri motivi che hanno portato le persone alla situazione di contrapposizione. Le parti lavorano insieme per ricercare soluzioni che permettano ad entrambe di vincere passando da una logica di tipo *win-lose* a una logica *win-win*<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 162.

<sup>(9)</sup> «Un fattore chiave per la sopravvivenza umana fu la capacità di collaborare: lavorare insieme per il conseguimento di obiettivi comuni, come la sicurezza e il nutrimento. Il nostro cervello (come anche il linguaggio) potrebbe infatti essersi sviluppato come strumento per gestire la collaborazione sempre più complessa che stava alla base dell'economia dei nostri antenati, basata sulla caccia e la raccolta di frutti». Ancora: «In breve gli esseri umani hanno una scelta: possono gestire i conflitti in modo collaborativo o coercitivo. Quindi ben lungi dall'essere l'opposto del conflitto, la cooperazione diventa un modo eccellente per gestirlo.», URY W., *op. cit.*, 1999, p. 93 e ss.

Per raggiungere questo ambizioso obiettivo diviene necessario esplicitare gli interessi e i bisogni che si celano dietro alle posizioni, nel presupposto che le posizioni sono ciò che le parti dicono e chiedono, mentre gli interessi sono i motivi per cui le affermazioni e le domande risultano formulate (cfr. § 2.3). La negoziazione è possibile solo con riferimento agli interessi. Al contrario, come si è già chiarito, le posizioni non possono essere mediate, ma possono essere solo oggetto di transazione. Nella logica cooperativa pertanto queste ultime non sono interessanti, mentre al contrario i primi, gli interessi, meritano tutta l'attenzione e l'impegno del mediatore e delle parti stesse perché possono rappresentare la chiave per una duratura ricomposizione del disaccordo. Dietro alle posizioni, per definizione opposte, possono infatti celarsi interessi compatibili e confluenti. Questi a loro volta sono espressione dei bisogni delle persone.

Il passaggio dalle posizioni agli interessi e ai bisogni corrisponde al passaggio dalla logica della causalità lineare alla logica della causalità circolare. Le parti sono considerate elementi di un unico sistema di interazioni nell'ambito del quale ognuno è legato inscindibilmente agli altri. Ne segue che ogni azione implica una modifica del sistema in quanto comporta sia conseguenze dirette sul soggetto cui essa è rivolta sia conseguenze indirette e di ritorno per effetto delle retroazioni o *feed-back*. La retroazione rappresenta infatti quel messaggio di ritorno all'emittente che crea un gioco circolare di informazioni e influenze reciproche tra emittente e ricevente del primo messaggio in modo tale che viene a formarsi una forma di causalità circolare all'interno della quale non esiste un rapporto di causa effetto lineare, ovvero tra il primo emittente del messaggio e il ricevente, ma una forma più complessa di causazione reciproca tra le variabili in gioco in una relazione<sup>(10)</sup>.

Se le parti non sono disponibili ad una esplorazione che vada al di là delle proprie dichiarazioni di principio sul conflitto, la situazione si blocca,

---

<sup>(10)</sup> “La logica della causalità lineare, logica aristotelica razionalista, si è dimostrata utile in molti casi, ha supportato per esempio il nostro metodo scientifico, ma se la applichiamo alle interazioni tra esseri umani, ovvero a problemi complessi, si dimostra spesso inefficace e talvolta disfunzionale. Alle interazioni umane, infatti, non può essere applicato il meccanismo di causa effetto, così come inteso dalla causalità lineare, in quanto anch'esse costituiscono un sistema (dove non c'è un inizio e una fine) di reciproche influenze tra le variabili”, Fragomeni T., *op. cit.*, 2011, p. 127 e ss.

e si scivola nella negoziazione distributiva caratterizzata, come visto, dalla logica della causalità lineare e dai giochi a somma zero, con tutte le conseguenze non confortanti che ciò può implicare.

Se le parti al contrario si lasciano condurre e riescono a spostare la propria attenzione dai fatti occorsi ai propri interessi e ai propri bisogni, la gamma delle opzioni possibili si allarga e il lavoro negoziale delle parti per giungere a una soluzione condivisa può iniziare e svilupparsi. Ciò accade perché la disamina degli interessi spesso permette di comprendere che le iniziali pretese, pur sembrando inizialmente gli unici elementi importanti per l'uscita dal conflitto, in realtà possono cedere il passo ad altre possibili soluzioni. L'indagine può permettere di individuare nuovi elementi di scambio con la controparte portando ad una gestione creativa dei conflitti.

Tradizionalmente questo processo è descritto in dottrina in modo figurativo come il tentativo di «allargare la torta», ossia le risorse oggetto del disaccordo prima di procedere con il taglio della stessa e la distribuzione alle parti. L'obiettivo è naturalmente quello di giungere a rendere visibili e quindi appetibili «porzioni di risorse» convenienti e accettabili per entrambi i soggetti in lite.

Per poter impostare la negoziazione in questi termini è necessario che il mediatore sappia «leggere il conflitto» e sappia gestire con «creatività» il processo di arricchimento del paniere di risorse disponibili. Conviene infatti ricordare che la soluzione del conflitto spetta, sempre e per definizione, alle parti (questo principio è noto anche come *power to the people*) il che naturalmente implica che il mediatore non sia chiamato a mantenere una *leadership* tecnica ma, piuttosto, una *leadership* di processo. Egli deve aiutare le parti ad andare oltre alle posizioni, al dichiarato, al «detto» e quindi al visibile, intuendo e aiutando a fare luce sul «non detto», ossia sugli interessi e sui bisogni che nella maggior parte dei casi restano inespressi. Su questo terreno possono essere ricercati e trovati gli elementi che possono accomunare le parti e ampliare il paniere delle risorse disponibili e che, pertanto, possono costituire gli elementi per individuare una linea di ricomposizione della lite alla base di un accordo soddisfacente.

Un passaggio necessario per ottenere questo risultato è la oggettivazione del problema che deve essere operazionalizzato, compreso e soprattutto distinto dalle persone. Infatti, sino a quando si identifica il problema con la persona, la capacità di gestire il conflitto viene meno, in quanto le parti tendono a contrapporsi e a eludere i tentativi di spostarsi dalle proprie posizioni. Al contrario, se con l'aiuto del mediatore si riesce

ad affrontare il problema in sé, separandolo dalle persone che ne sono portatrici, diventa più facile individuare e porre attenzione alle emozioni delle parti. Si sperimenta in questo modo in una logica nuova, permettendo alle persone di entrare in contatto con le proprie e altrui emozioni.

Lo sviluppo dell'empatia tra le persone e con le persone coinvolte dal conflitto è condizione per la costruzione di ponti e per l'abbattimento di barriere all'inizio considerate insormontabili. Si aprono infatti nuovi e differenti canali di comunicazione che tengono conto del riconoscimento dell'altro come «persona» con la quale si è collegati a sistema e non solo come «controparte» di una controversia.

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

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



### 3.2. Le fasi della negoziazione e le competenze comportamentali del negoziatore<sup>(\*)</sup>

La negoziazione può essere suddivisa idealmente in quattro fasi:

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

Con riferimento al primo punto, occorre partire dall'assunto che i negoziatori sono persone. Tale considerazione potrebbe apparire banale, ma il conflitto scatena forti emozioni che possono interferire con il merito del problema. Si tende, quindi, a vedere l'altra parte solo in termini negativi, non considerando che anch'egli può avere le stesse paure, rabbia o frustrazioni: è l'avversario da battere, non merita il nostro rispetto poiché è la sola causa del dissidio. L'unico effetto di questo circolo vizioso è quello di ostacolare la ricerca di soluzioni razionali e di compromettere il raggiungimento dell'accordo. E' fondamentale, quindi, «uscire» dai problemi personali, evitando di trarre conclusioni sulle intenzioni della controparte che si originano, molto probabilmente, dal risentimento nei suoi confronti.

Innanzitutto, si rivelerà molto utile «mettersi nei panni dell'altro», ossia cercare di comprendere il modo di pensare di chi ci sta di fronte: spesso il conflitto è nella testa delle persone, nel loro modo di «percepire» la realtà. Comprendere ciò che l'altro pensa non vuol dire dividerlo, ma permette di ripensare alle proprie scelte e considerazioni sull'oggetto del problema. Un modo per far emergere le diverse percezioni è quello di renderle esplicite e di discuterle con la controparte, cercando altresì d'inviare messaggi diversi dai pregiudizi che ha la stessa controparte. Inoltre, è importante che entrambi i contendenti si vedano come artefici del processo di negoziazione: è più semplice trovare un accordo se tutti sentono la «paternità» delle idee, eliminando altresì il timore di «perdere la faccia» e di inchinarsi alla volontà di chi si ha di fronte.

Come sottolineato in precedenza, non è possibile «aprirsi» all'altro senza identificare le emozioni, sia proprie che della controparte. L'esplicitazione degli stati d'animo e di come stanno influenzando le decisioni permette di ampliare lo spettro di conoscenza reciproca ed è

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Alessandro Augusto, Commissione Arbitrato ODCEC Milano.

d'ausilio all'identificazione delle «barriere» o dei fraintendimenti che hanno sino ad ora ostacolato l'accordo.

Non appare scontato sottolineare 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 ed a comunicare allo stesso modo ciò che si pensa e si vuole (non ciò che si crede l'altra parte voglia).

Il problema fondamentale nella ricerca della soluzione negoziale è l'identificazione degli interessi delle parti, in quanto sono questi ultimi che definiscono il problema. Al contrario, il conflitto è determinato dall'ostinata proposizione delle proprie posizioni, ossia le opinioni ed i comportamenti che le parti hanno deciso di tenere in merito alle singole questioni. Gli interessi, invece, sono le motivazioni delle persone e ciò che le porta realmente a decidere, condizionati dai loro bisogni, desideri e preoccupazioni. Le parti portano avanti le loro soluzioni al problema, ma queste sono inficiate dalla visione parziale di chi le ha elaborate e dalla mancata realizzazione dell'altrui punto di vista. L'esplicitazione degli interessi permette di raggiungere due risultati: in primo luogo possono esistere più alternative capaci di soddisfarli, in secondo luogo le posizioni assunte potrebbero nascondere molti più interessi di quelli in conflitto. Le parti presumono che, essendo le posizioni opposte alle proprie, lo siano anche gli interessi: l'identificazione degli interessi in gioco permette l'emersione di quelli comuni (o complementari) alle parti, determinando così la base di partenza di un possibile accordo.

Determinata la cosiddetta «area negoziale», ossia lo spazio all'interno del quale gli interessi delle parti sono comuni e compatibili, è il momento di individuare un possibile accordo. Ma la soluzione non è sempre univoca, considerando che i soggetti in conflitto hanno i propri metodi di percezione ed elaborazione della questione. Non bisogna avere fretta, ma è necessario esplorare ogni possibile soluzione al problema, dato che il miglior esito sarà quello che soddisfa entrambi: la «torta» va allargata perché tutti possano godere di un vantaggio. E' quanto mai utile separare il momento «dell'invenzione» da quello della decisione, cercando dapprima di elaborare tutte le possibili idee e, successivamente, di identificare quelle più confacenti a risolvere in modo soddisfacente il problema. Un incentivo ad elaborare nuove opportunità è la considerazione della migliore alternativa all'accordo negoziale (MAAN), ossia realizzare quali possano essere le alternative nel caso l'accordo non venga raggiunto: è l'unità di misura dell'accordo stesso, il metro con cui confrontare i propri interessi in gioco.

I risultati che le parti raggiungeranno devono essere oggettivi, ossia

rispettare principi di equità, efficienza e validità scientifica. Infatti, se la soluzione prospettata è in grado di essere «collegata» a precedenti prassi, la possibilità di tenuta dell'accordo è maggiore, in quanto criteri indipendenti sono più facili da accettare e saranno maggiormente difendibili in futuro.

L'accordo, inoltre, dovrà essere duraturo (almeno in potenza): obiettivi chiari e concreti, raggiungibili e definiti nel tempo permettono di evitare qualsiasi ambiguità, causa di nuovi conflitti in futuro. E' altrettanto efficace prevedere meccanismi automatici di controllo ed eventuale modifica di quanto concordato di modo che, al mutare del contesto, l'intero impianto dell'accordo non ne sia compromesso.

Tutte le fasi sopra descritte devono essere «facilitate» dal mediatore, che abilmente e sapientemente conduce le parti a una soddisfacente negoziazione. Per operare in tal senso occorre avere competenze specifiche che ineriscono all'essere, al saper essere e, non da ultimo, al «saper fare».

La sfera relazionale è il fulcro del procedimento di mediazione e, pertanto, il mediatore professionista deve essere una persona aperta agli altri. Quando ci si trova nel conflitto, è importante gestire l'emotività, l'assenza o le distorsioni nella comunicazione, la paura stessa. Entrambe le parti devono percepire che il mediatore è lì per ascoltarli con sentito interesse, in un clima di fiducia reciproca e di stemperata tensione: egli non è un giudice e non deciderà, né tantomeno intende schierarsi od allearsi ma, piuttosto, mira alla creazione di un clima cooperativo all'interno del quale siano i due soggetti in conflitto a gestire direttamente il proprio litigio. Pertanto, dovranno emergere le sue capacità di entrare in empatia con le persone, nonché la sua abilità di ascolto. Infatti è il mediatore che deve per primo percepire, identificare e riconoscere i sentimenti altrui nel momento in cui sorgono, di modo da poter aiutare le parti a fare lo stesso. L'ascolto deve essere attivo, un processo nel quale si partecipa con tutti noi stessi (mente e cuore) per comprendere in profondità chi è l'altro e ciò che vuole dire (e non dire). Senza la rinuncia al proprio punto di vista e ai propri pregiudizi diventa assai arduo «mettersi nei panni dell'altro»: l'ego del mediatore deve mettersi da parte per poter accedere a quello degli altri. Questo permetterà di meglio comprendere i reali interessi delle parti e i bisogni ad essi sottostanti.

Non bisogna inoltre avere paura delle emozioni, anche le proprie, ma piuttosto imparare a gestirle. I timori del mediatore potrebbero inficiare la sua comprensione e, pertanto, fargli perdere di vista il problema, spingendolo magari a «schierarsi» e a perdere la sua imparzialità (intesa come «equidistanza alle parti»).

Il professionista ottiene la consapevolezza di ciò che interessa alle parti grazie alle domande e, sempre grazie alle domande permette alle parti stesse di «riconoscersi». La capacità di porre domande è una tecnica fondamentale, patrimonio imprescindibile di chiunque voglia divenire un mediatore. Infatti, ad esempio, le domande aperte devono essere utilizzate nell'esplorazione degli interessi, le domande circolari nelle fasi di reciproco riconoscimento tra le parti, mentre le domande chiuse sono maggiormente utili nella definizione dell'accordo (dove i dettagli sono della massima importanza). E' proprio in quest'ultima fase che il mediatore diviene anche un *problem solver*, in quanto può aiutare le parti a individuare gli aspetti che devono essere necessariamente definiti, i possibili ostacoli che potrebbero presentarsi e come aggirarli, la definizione degli obiettivi che si vogliono raggiungere, di modo che possano essere chiari e misurabili nel loro effetto.

Il mediatore deve mantenere anche una *leadership* sulle parti per non permettere che il conflitto si riapra; non si tratta di dominio sulla situazione (ognuna delle parti potrebbe alzarsi ed andarsene in qualsiasi momento), bensì della manifestazione della sua autorevolezza (che deve sempre essere guadagnata).

In sintesi, un mediatore deve acquisire le seguenti competenze:

- abilità relazionali;
- capacità di ascolto;
- comunicazione efficace;
- capacità di entrare in empatia con gli altri;
- abilità nella gestione del conflitto (anche interiore);
- apertura mentale;
- leadership.

Le competenze sopra elencate possono essere apprese ma, per essere un mediatore efficace, devono entrare in profondità nel proprio bagaglio personale, tanto da divenire un vero e proprio *habitus* mentale.

### 3.3. Gli ostacoli alla mediazione<sup>(\*)</sup>

Prima di addentrarci nell'analisi degli ostacoli che si possono presentare nella procedura di mediazione ribadiamo brevemente il

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Michele Cappelli, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

concetto di conflitto, oggetto della stessa.

Il conflitto è un fenomeno fisiologico nella nostra società, in quanto difficilmente si accettano le decisioni prese dagli altri e ciò genera un contrasto di opinioni e di comportamenti che interferiscono con i bisogni dell'altro, con una conseguente visione discordante di un problema (sia esso inerente a un contratto, a una lite tra amici o tra soci di una società). Ciascuna parte prende inevitabilmente una posizione e la difende con l'obiettivo di raggiungere un risultato.

Nel momento in cui ciascuna parte assume una posizione, la propria differente e soggettiva percezione del problema genera un conflitto, attuandosi così ciò che nel gergo viene definito «blocco della relazione» tra le persone.

Da questo momento, tra le parti si genera una vera e propria «interruzione della comunicazione», in quanto le stesse non hanno saputo (o voluto) gestire il contrasto, facendolo definitivamente sfociare in un conflitto che tende sempre più a espandersi con un progressivo e inarrestabile allontanamento tra le posizioni delle parti.

L'attività del mediatore interviene proprio nel «punto» in cui le parti interrompono il loro negoziato. Scopo della mediazione, infatti, è far riprendere il percorso di «comunicazione» che si è interrotto.

Per il mediatore, che deve gestire i conflitti, non è sufficiente imparare gli strumenti e le tecniche della mediazione. Il mediatore deve riuscire a pensare da mediatore, modificando *in primis* il proprio modo di controllare le emozioni, prendendo consapevolezza della propria capacità di interagire e ponendosi con una mentalità conciliativa verso il mondo circostante.

Come nel conflitto, tuttavia, così anche nella procedura di mediazione spesso assistiamo a momenti in cui la «comunicazione» fra le parti si blocca e la procedura stessa sembra giungere ad un punto di stallo.

Ciò comporta, di conseguenza, che le parti perdano fiducia nella procedura a causa della presenza di innumerevoli ostacoli che si frappongono al suo proseguimento.

In questo momento il mediatore per riuscire a portare a termine il proprio compito deve chiedersi: perché è intervenuta questa interruzione della comunicazione?

Gli ostacoli naturalmente possono essere svariati, possono essere legati all'emotività delle persone coinvolte, ai tempi fisiologicamente ristretti della procedura, al manifestarsi di interessi differenti.

Il mediatore deve riconoscere gli ostacoli che possono in qualsiasi momento inserirsi nella mediazione e deve saperli gestire.

### 3.3.1. Ostacoli nella procedura: la mancanza dei poteri di rappresentanza

Propedeutico all'apertura della procedura di mediazione è l'accertamento, da parte del mediatore, che le parti che intervengono alla mediazione abbiano i poteri necessari e sufficienti a chiudere la controversia.

Questo aspetto può sembrare di poco conto in quanto solitamente è la segreteria dell'organismo di mediazione che è tenuta a porre in essere tutti i controlli necessari alla verifica dei poteri richiesti. Tuttavia un mediatore attento, prima di dare inizio alle riunioni, deve svolgere personalmente una verifica dei poteri pretendendo dalle parti la documentazione necessaria a qualificarne la partecipazione alla mediazione stessa.

Nel caso in cui durante la riunione si riscontri la mancanza del potere di decidere di una parte, il mediatore deve subito sospendere l'incontro, affinché la parte priva di rappresentanza si attivi per ottenere i poteri necessari, anche rimandando ad altra data l'incontro.

Naturalmente il rischio è che questi contrattamenti incrementino il contrasto, rendendo necessari dei passi indietro per riprendere concetti apparentemente già consolidati, a detrimento di traguardi faticosamente conseguiti.

Il difetto di rappresentanza, tuttavia, può anche essere una strategia negoziale per cercare di trarre vantaggio sulla controparte.

### 3.3.2. L'utilità della procedura di mediazione

Le parti devono percepire che la mediazione è uno strumento a loro disposizione per permettere di raggiungere un accordo nella piena libertà di scelta delle soluzioni.

Il ruolo del mediatore è fondamentale sia nella fase introduttiva in cui farà una presentazione della procedura evidenziando gli aspetti decisivi e positivi della stessa, nonché le differenze sostanziali con altri procedimenti ADR o con il giudizio ordinario, sia nelle varie sessioni congiunte o individuali, in cui dovrà sottolineare gli aspetti peculiari che rendono unica la procedura: ossia l'opportunità di essere parte attiva nel trovare un accordo soddisfacente, la riservatezza ed il rigoroso segreto professionale che impregna tutta la procedura, le forti differenze con il giudizio ordinario, gli incentivi e i ridotti costi confrontati con eventuali spese del giudizio ordinario o di altre procedure ADR.

Fondamentale è evidenziare che, nel caso di mancato accordo, il

mediatore può fare una proposta (o le parti stesse possono concordemente richiedere al mediatore una proposta) di risoluzione della lite, che le parti restano comunque libere di accettare o non accettare e, soprattutto, che il verbale di accordo raggiunto in mediazione con la collaborazione del mediatore è omologato dal giudice e costituisce titolo esecutivo in grado di risolvere definitivamente la controversia.

### 3.3.3. Le parti attuano una strategia di competizione

Le parti in un negoziato tendono ad agire con aggressività e competizione, sia verso la procedura che verso la controparte.

Ciascuna parte tende ad assumere una posizione di competizione come conseguenza delle contrapposte posizioni, (cioè il comportamento che ciascuna parte ha deciso di tenere, in contrasto con la controparte).

In conseguenza della posizione assunta, le parti presumono che siano in contrapposizione (in competizione) anche i loro interessi, bisogni, desideri, mentre nella realtà questi possono coincidere o quantomeno avvicinarsi.

Partendo da questo presupposto, vengono attuate strategie di inganno, utilizzate tattiche sleali o scorrette o tecniche di aggiramento, che aumentano di più il divario tra le singole posizioni e possono generare frustrazioni, stress, facendo prevalere la causa del conflitto piuttosto che trovare una soluzione allo stesso.

Il ruolo del mediatore è di aiutare le parti, che sono in competizione tra loro e che stanno cercando di far prevalere le proprie posizioni, ad instaurare un clima disponibile e favorire un approccio cooperativo, che permetta alle stesse di raggiungere un accordo amichevole.

Il mediatore deve intervenire per diminuire l'aggressività, deve far sentire la propria assertività stemperando i toni, portando il confronto dallo scontro diretto (approccio competitivo) a un atteggiamento cooperativo, eliminando le situazioni che possono generare aggressività.

Il mediatore deve utilizzare la propria credibilità e autorevolezza che le parti gli riconoscono, per far emergere i reali interessi e bisogni sottostanti che devono essere soddisfatti.

Ecco che spostare il centro della discussione sugli interessi e i bisogni favorisce un approccio cooperativo, e stimola le parti a cooperare alla ricerca delle migliori alternative possibili al soddisfacimento dei propri interessi, piuttosto che a difendere le proprie posizioni.

Il mediatore deve far partecipare le parti alla ricerca delle alternative. Le sessioni di *brainstorming* sono importanti in questa fase perché

permettono il confronto delle diverse opinioni, la possibilità di accertarsi se esistono strade differenti per arrivare ad una soluzione condivisa, di comprendere, in definitiva, la posizione della controparte.

### 3.3.4. Ostacoli emotivi

In una sessione di mediazione, le parti arrivano alla riunione senza nessun dubbio in merito alle proprie ragioni, non vedono altra via di uscita che la propria posizione e le proprie richieste, e spesso queste convinzioni sono supportate dai loro consulenti.

Tutta la procedura di mediazione è un insieme di fattori emotivi e psicologici a cui bisogna dare molta importanza perché in grado di generare ostacoli talvolta insormontabili.

Il conflitto ha generato paure, rabbia, rancori e delusioni, tutte sensazioni che fanno parte delle emozioni delle persone e che si «riversano» di conseguenza sulle sessioni congiunte o individuali della mediazione.

Si pensi a un incidente stradale con conseguenze gravi, a una trattativa importante tra rappresentanti di una società dove le parti hanno messo in campo la loro reputazione e autorità, oppure a casi di eredità con eredi che non si parlano, anzi spesso si odiano, o a casi di divisioni di diritti e beni.

Tutte queste situazioni coinvolgono profondamente le emozioni, con rilevanti risvolti psicologici (e attese), che difficilmente vengono espresse (per timore, per paura di apparire deboli o influenzabili, per collera), ma che incidono in maniera importante e decisiva sull'esito finale della procedura.

In qualsiasi mediazione, gli ostacoli emotivi e psicologici sono sempre presenti in modo latente e basta una semplice parola detta male, o mal interpretata, per ostacolare una possibile soluzione del conflitto; si può dire che gli ostacoli emotivi spesso impediscono una soluzione negoziata del conflitto.

Pensiamo a conflitti che hanno generato rabbia, collera o ritorsioni e che originano sentimenti che sono stati interiorizzati e che esplodono con l'aggressività e la violenza verbale nei confronti della controparte. Spesso questi sentimenti sono addirittura riconoscibili dalle espressioni facciali, dalla mimica.

Oppure si pensi a conflitti che hanno generato paure, non solo di eventuali conseguenze personali, ma paure economiche (ad esempio in caso di divorzio o separazione tra coniugi), o paure di non avere le disponibilità finanziarie per affrontare la vita di tutti i giorni.



Si pensi alla paura del giudizio di terzi (emozioni relazionali), quante volte le persone preferiscono non negoziare per timore di sentirsi sminuiti o giudicati dal risultato non confacente alle aspettative di chi ci sta intorno (per esempio, timore del giudizio dei colleghi o dei superiori per un *manager* durante la trattativa).

Si pensi alla paura addirittura di se stessi, di non saper affrontare le vicende passate e che hanno generato il conflitto.

Le emozioni generano irrigidimento nelle posizioni, violenza verbale, strategie intimidatorie; le parti si rinchiudono in se stesse e non forniscono le informazioni necessarie agli scopi della mediazione, sono spesso confuse e sopraffatte dalle emozioni che non sanno come affrontare e che bloccano ogni loro capacità di decisione.

Il mediatore deve essere consapevole che sarà quindi totalmente inutile cercare un accordo basato sulla tolleranza e comprensione delle ragioni dell'altro.

Un bravo mediatore deve prima di tutto saper riconoscere e valutare questi ostacoli; ostacoli latenti di cui spesso non sono consapevoli nemmeno le parti che partecipano alle sessioni di mediazione, non avendo avuto né il modo né le capacità di scaricare le proprie tensioni e paure.

Su questi aspetti il mediatore svolge una funzione importante e complessa, perché suo compito è neutralizzare questi ostacoli, gestendoli, e indirizzare queste cariche emotive su posizioni meno intransigenti, sfruttando questi stessi ostacoli a favore della procedura e al raggiungimento dell'accordo, evitando che le emozioni non espresse prendano il sopravvento, diventando una barriera insormontabile alla conclusione positiva della mediazione.

In tutti i casi il mediatore deve utilizzare i mezzi e le tecniche di cui dispone per far sfogare le emozioni, manifestando una forte empatia, ossia un «coinvolgimento» nella situazione e con la persona che esprime la propria emozione, utilizzando un ascolto attivo, che comporti il «comprendere le cose dal punto di vista delle parti», manifestando di aver compreso il loro stato d'animo e le loro emozioni, questo senza mostrare assenso con la posizione espressa, ma anzi tenendo sempre una posizione incontrovertibilmente neutrale.

### 3.3.5. Ostacoli di contenuto e di merito

Solitamente le persone sono portate a pensare che i termini di una controversia siano basati su fatti e circostanze che ritengono essere ancorati a elementi assolutamente oggettivi (norme di legge,

giurisprudenza o consuetudini) e perciò non discutibili.

Si pensi alla descrizione dell'esito del conflitto fatta da ogni parte in causa: difficilmente si potrà sentire una delle parti ammettere il proprio torto o manifestare la convinzione di non avere alcuna possibilità di ottenere ciò che vuole; al contrario, si sentirà soltanto proclamare che i fatti sono chiari a proprio favore e che le norme di legge confortano le rispettive ragioni.

Spesso, tra l'altro, elementi esterni, quali consulenti professionali, possono influenzare queste convinzioni, facendo sì che gli eventi siano definitivamente percepiti in modo distorto rispetto alla realtà.

### 3.3.6. La distorsione delle percezioni

Il modo in cui vengono percepiti e valutati gli eventi condiziona il confronto tra le parti in conflitto.

Le parti, infatti, non ragionano (quasi) mai in modo neutrale, bensì influenzate da elementi, notizie e informazioni parziali.

A livello cognitivo un avvenimento viene interpretato e a esso associato un significato certo e incontrovertibile: ho ragione. L'errata percezione dell'esito della controversia può essere generata da informazioni errate o non approfondite o erroneamente interpretate.

In questo contesto il mediatore deve intervenire generando uno scambio efficiente di informazioni, fungendo da terzo neutrale in grado di effettuare una disamina dei fatti, evidenziando le lacune esistenti nelle informazioni e fornendo nuovi elementi che possano dare un'interpretazione differente alle convinzioni.

In determinati casi può essere necessario che il mediatore, fungendo da supervisore, chieda l'intervento di eventuali consulenti esterni in grado di fare chiarezza e dare un'interpretazione più realistica delle conseguenze di un eventuale giudizio.

Il mediatore deve favorire uno scambio aperto tra le parti (nelle sessioni congiunte) delle rispettive informazioni, spesso essenziali, sul conflitto, così che le stesse apprendano fatti che non conoscevano, che potrebbero modificare le loro previsioni ottimistiche, e percepiscano che le proprie convinzioni potrebbero essere smontate da elementi in possesso della controparte.

Il mediatore deve insistere negli incontri individuali (utilizzando la tecnica delle domande) alla ricerca di informazioni riservate in possesso delle parti che possano far cambiare il giudizio e la sicurezza sull'esito della vicenda, sfruttando a proprio favore un elemento di forza della

procedura: la riservatezza delle informazioni che vengono acquisite durante le sessioni individuali o congiunte.

Ricordando che la mediazione non genera un giudizio di un terzo sulla base di norme di legge, ma il fine è la ricerca di una composizione amichevole (o quantomeno soddisfacente) della vicenda.

### 3.3.7. Stima errata delle proprie alternative

Cosa accade se non troviamo un accordo, qual è l'alternativa?

Le parti non si pongono mai questa semplice domanda, oppure rimandano la riflessione al termine della mediazione, prima si pensa a trovare una soluzione, in seguito vedremo le eventuali alternative, questo perché hanno quasi sempre previsioni ottimistiche sugli esiti futuri (per questo incerti) di un eventuale giudizio in tribunale.

Nelle valutazioni circa il possibile esito di una controversia non si tiene conto delle informazioni che sono in contraddizione con le proprie opinioni, oppure si utilizza un metro di giudizio fondato su esperienze passate (di amici, colleghi), la cui casistica solo in parte verosimilmente si avvicina alla propria, manca una valutazione chiara di quali possono essere le alternative, realistiche, all'accordo.

La sicurezza della propria ragione porta a considerare gli accadimenti sempre in una luce favorevole e a screditare di conseguenza la posizione della controparte, evitando di valutare precludendo la possibilità di valutare aspetti ulteriori che invece incidono nell'evento.

Le parti non considerano che qualsiasi giudizio basato non sulle proprie convinzioni, ma su l'intervento di un terzo (giudice o arbitro), in quanto tale è incerto.

Il mediatore quindi può fungere da supervisore, illustrando alle parti gli eventuali possibili esiti negativi di un giudizio in tribunale, per esempio chiedendo il parere di un esperto neutrale e vagliando con le parti eventuali esiti giudiziali diversi, evidenziando i punti deboli, confutando tesi e ipotesi ottimistiche.

Importante è porre delle domande sulla controversia, quasi interrogando le parti su ipotesi di fatto e di diritto sulle quali si fondano le loro ipotesi, portando le parti medesime a verificare quali possano essere le probabilità che le previsioni si avverino e a ponderare la possibilità che il giudizio possa essere diverso rispetto alle proprie aspettative.

Ruolo del mediatore, infatti, e anche di evidenziare quelli che sono i punti di forza della mediazione:

- costi imponderabili e incerti in un processo civile, certi e chiari fin dall'inizio nella procedura di mediazione.
- tempi di soluzione della controversia, ridottissimi nella mediazione ed estremamente lunghi e incerti in un processo civile.
- alternative possibili all'accordo negoziato.

Il mediatore deve far riflettere le parti sulle ipotesi o percorsi alternativi a disposizione se non si riuscisse a raggiungere l'accordo nelle riunioni di mediazione, cioè far capire che si sta negoziando per ottenere un risultato migliore rispetto a quanto si otterrebbe in un giudizio ordinario.

Ecco che ancora una volta la professionalità del mediatore permette di esplorare le varie ipotesi di un eventuale fallimento del negoziato, se le alternative sono forti e sicure difficilmente le parti raggiungeranno un accordo, ma se le alternative sono costose, incerte e fondate su elementi inverosimili, la ricerca di un accordo può essere l'unico modo di superare questi ostacoli.

L'incertezza sull'esito e sui tempi di un processo, nonché i costi incerti possono stimolare le parti ad esaminare concretamente eventuali proposte di accordo alternative al giudizio ordinario.

## 4. LE FASI DELLA MEDIAZIONE

### 4.1. Considerazioni generali<sup>(\*)</sup>

La nostra società considera il conflitto<sup>(11)</sup> e le situazioni di conflitto come un problema da risolvere in via esclusivamente tecnica da parte di soggetti professionalmente addestrati a farlo nell'ambito di una struttura anch'essa formalizzata, ossia il tribunale. Questa radicazione delle posizioni porta a ritenere che l'unica via sia affidare a un giudice la decisione sulla controversia. Un primo passo per avvicinarci ai metodi ADR è proprio quello di pensare al conflitto come a un fenomeno fisiologico nell'ambito dei contatti umani. In quest'ottica il conflitto viene a tingersi di una luce nuova: non è più un problema, ma un'occasione di confronto. Non più quindi un muro contro muro, ma un varco che si apre verso un panorama nuovo e ricco di opportunità.

La mediazione, la conciliazione e l'arbitrato fanno parte di quell'insieme di metodi alternativi e amichevoli di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution* - ADR) che, con un ritardo di parecchi anni rispetto ai paesi di *common law*, si stanno confermando nell'ordinamento giuridico italiano. La loro diffusione si riscontra negli Stati Uniti nei primi anni '70, ma si deve mettere in risalto come erano già conosciuti anche nel diritto romano. Potenzialmente gli ambiti di applicazione sono molto vasti.

---

(\*) A cura di Giorgio Aletti, Commissione Banche Intermediari Finanziari e Assicurazioni ODCEC Milano.

(11) Il conflitto può essere definito come la presenza di assetti motivazionali contrastanti rispetto alla meta. In altri termini il conflitto in *psicologia* indica uno scontro tra ciò che una persona, o il proprio gruppo di appartenenza, *desidera* e un'istanza interiore, interpersonale o sociale che impedisce la soddisfazione del bisogno, dell'*esigenza* o dell'obiettivo connessi a tale desiderio. Il conflitto è in stretto legame con la *frustrazione* poiché i *desideri*, i *bisogni* e le *esigenze* spesso continuano a sussistere anche se sono tra loro apparentemente *inconciliabili* o comunque opposti. Eagle M., *Recent development in Psycho-Analysis. A critical evaluation*, Mc-Graw-Hill, New York, 1988.

Come più volte rilevato anche dalla Commissione Europea, da tempo la crisi della giustizia in Italia ha evidenziato la necessità di istituire metodi alternativi di risoluzione delle controversie quale possibile mezzo per alleggerire il carico di lavoro delle aule giudiziarie. La stessa necessità è stata messa in evidenza negli altri Stati membri dell'Unione europea. Ricerche e studi dell'ICE, dell'Unioncamere e di alcune Camere di commercio, in particolare, hanno dimostrato come il mondo imprenditoriale abbia bisogno di strumenti efficienti per risolvere problemi senza adire le vie legali.

In Italia le leggi emanate hanno adottato modelli di risoluzione delle controversie non omogenei, sia per quanto riguarda la fattispecie, sia per ciò che concerne le procedure e il valore attribuito all'atto che conclude il procedimento<sup>(12)</sup>. E' prevedibile che nel prossimo futuro ci siano interventi legislativi correttivi.

## 4.2. L'introduzione<sup>(\*)</sup>

L'art. 4 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, prevede le modalità di inizio del procedimento, ossia il momento del deposito di un'istanza presso un organismo di mediazione. Viene specificato che, in caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda e che per determinare il momento della presentazione della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione.

L'istanza deve poi indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa. La data di ricezione della comunicazione, dalla quale si determina l'inizio del procedimento, dovrebbe riferirsi al momento in cui l'istanza è comunicata alla controparte, a norma dell'art. 8, primo comma, secondo il quale la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante.

Secondo alcuni Autori<sup>(13)</sup> si tratta di una soluzione che contrasta con

---

(\*) A cura di Giorgio Aletti, Commissione Banche Intermediari Finanziari e Assicurazioni ODCEC Milano.

(12) A tal proposito è significativo porre a confronto quanto previsto per la mediazione nel D.Lgs. 28/2010 e per la conciliazione nel d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5.

(13) Buffone G. (a cura di), *Mediazione e conciliazione*, Giuffrè, Milano 2010, p.23.

l'art. 39, terzo comma, c.p.c. che identifica il momento d'inizio della lite col deposito dell'istanza presso la cancelleria del giudice adito. Sembrerebbe, quindi, che con tale norma il legislatore abbia assunto una chiara opzione di gestione della procedura, rendendo la scelta del mediatore del tutto indipendente da qualunque criterio di competenza. Di conseguenza, non solo il mediatore viene così individuato discrezionalmente dall'attore, ma lo stesso può scegliere l'organismo territorialmente a lui più comodo<sup>(14)</sup>. Invero, nel governo del procedimento la partecipazione è sostanzialmente facoltativa in capo alla parte convenuta, mentre l'interesse ad ottenere l'effettivo svolgimento del procedimento dovrebbe essere, in primo luogo, dell'attore, che dovrebbe dunque adoperarsi per una scelta dell'organismo di mediazione non sgradito alla sua controparte<sup>(15)</sup>.

Per quanto riguarda il contenuto della domanda di mediazione, rispetto all'istanza giudiziale (art. 163, nn. 3 e 4 c.p.c.), nel secondo comma dell'art. 4 viene richiesto di indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa. Si può dunque supporre che l'oggetto dell'istanza di mediazione può avere contorni meno precisamente definiti rispetto all'istanza giudiziale, e che nella sua interpretazione il mediatore può fare vasto utilizzo di poteri ufficiosi, ivi incluso quello di sollecitare la parte ad una più precisa indicazione delle circostanze sulle quali fonda le proprie pretese. Questa interpretazione giustifica la necessità di adozione da parte del mediatore di tecniche appropriate e innovative in merito all'indagine approfondita delle motivazioni sottostanti le posizioni assunte dalle parti.

Ciò detto, è prudente anche ritenere che la coincidenza tra due o più procedimenti di mediazione debba essere valutata con maggiore elasticità

---

<sup>(14)</sup> È l'ipotesi del professionista che agisce avanti all'organismo di mediazione istituito dal proprio ordine professionale di appartenenza. E' interessante, inoltre, rilevare che in merito all'opportunità di introduzione di una competenza per territorio presso la sede dell'organismo di mediazione posta nel circondario del tribunale competente a decidere del merito di una controversia, si erano pronunciate, tra l'altro, la Commissione giustizia del Senato (seduta del 27 gennaio 2010) e della Camera (seduta del 20 gennaio 2010), in sede di esame consultivo sullo schema del decreto legislativo in oggetto.

<sup>(15)</sup> Se nella mediazione obbligatoria una delle parti sceglie un organismo di mediazione con l'evidente l'intento di rendere difficoltoso l'esperimento del tentativo soluzione del contrasto, occorrerà prendere atto dell'assenza *ab origine* della volontà conciliativa. In questo caso si instaurerebbe un meccanismo che renderebbe più lunga e complicata la constatazione del già certo esito negativo del procedimento.

rispetto ai criteri che regolano la litispendenza nel processo civile ordinario, e forse più simili con l'ampio concetto che di litispendenza fornisce la Corte di giustizia europea nell'interpretazione dell' art. 27 del regolamento CE 44/2001.

Per quanto attiene alla durata della mediazione, occorre tenere presente che, ai sensi dell'art. 6, primo comma, il procedimento non può superare i quattro mesi. Si tratta di un periodo di tempo assai ristretto, e tale da rendere di fatto difficoltosa la riunione di separati procedimenti di mediazione, mantenendo fermo il rispetto del termine complessivo previsto. E' da ritenersi, dunque, che procedimenti tra loro solo connessi, soggettivamente o oggettivamente, saranno comunque sottoposti a una separata trattazione.

L'art. 4, comma 3, prevede l'obbligo per l'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, di informare il cliente della possibilità di avvalersi del procedimento e delle connesse agevolazioni fiscali, previste dall'art. 17; è previsto anche che, in caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto è annullabile. Il documento che contiene l'informazione deve essere sottoscritto dall'assistito e allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice dovrà verificare d'ufficio la mancata allegazione del documento e informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione, ordinando la produzione a carico del difensore dell'informativa sottoscritta, non potendo certo ritenersi sufficiente l'avvertimento al difensore presente in udienza.

Invero, il testo divenuto legge è stato migliorato rispetto a quello della originaria bozza, che non solo prevedeva l'obbligo di informativa già durante il primo colloquio con l'assistito, ma stabiliva anche che la sua mancanza provocava la nullità del contratto.

E' interessante ricordare le critiche che tale disposizione si era meritata, sia sotto il profilo della incongruità temporale della comunicazione, che avrebbe dovuto precedere il conferimento del mandato, sia per l'illogicità della sanzione, definita nella relazione governativa come una nullità di protezione.

Il riferimento alla sanzione civilistica dell'annullabilità del mandato professionale rimane comunque criticabile, secondo alcuni Autori, mentre sarebbe stato più assennato prevedere una sanzione disciplinare a carico del difensore inadempiente, come si leggeva nelle proposte delle Commissioni giustizia di Camera e Senato.

Dal punto di vista pratico la norma pare d'impatto limitato, soprattutto ove si consideri che l'esecuzione del contratto a opera della parte, resa edotta durante la prima riunione, del motivo di annullabilità, dovrebbe



condurre, nella maggior parte dei casi, alla ratifica del contratto stesso, pur nato invalido, in applicazione dell'art. 1444, secondo comma c.c.. L'annullabilità non può essere rilevata d'ufficio, ma solo a opera della parte che vi ha interesse, garantendosi così la stabilità del rapporto di mediazione. La conseguenza di tale incoerente disposizione normativa potrebbe essere quella di accrescere contenziosi, non sempre in buona fede, tra l'avvocato e il cliente convenuto per il pagamento degli onorari di procedura.

Alcune perplessità sorgono anche in relazione all'ambito applicativo dell'obbligo di informazione, che, da una prima lettura della legge, appare esteso a tutte le ipotesi di conferimento del mandato professionale. Per prudenza, sarà consigliabile far sottoscrivere l'informativa non solo nell'ipotesi in cui il mandato professionale abbia a oggetto l'inizio di una controversia, ma anche qualora si tratti di una costituzione avverso una domanda già formulata dalla controparte, o di mandato per procedere alla proposizione di procedimenti cautelari o sommari, pure sottratti all'obbligo preliminare di mediazione, mentre qualche dubbio sussiste per la presentazione di domande di ammissione al passivo del fallimento.

E' bene ricordare che la difesa tecnica non è contemplata nel provvedimento legislativo in esame. L'accesso agli organismi di mediazione è libero anche senza l'assistenza di un avvocato, pur se è prudente immaginare che nella maggior parte dei casi sia le parti che il mediatore stesso hanno l'interesse all'assistenza di un legale.

Infine, è opportuno mettere particolarmente in risalto il ruolo dell'ADR come strumento al servizio della pace sociale. Le parti non si affrontano più, ma al contrario s'impegnano in un processo di riavvicinamento e scelgono esse stesse il metodo di risoluzione del contenzioso, svolgendo un ruolo più attivo in tale processo per tentare di trovare da sole la soluzione che conviene loro di più.

Questo approccio consensuale aumenta le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura.

L'esigenza di sviluppare strategie e strumenti alternativi all'uso della violenza nella gestione dei conflitti, sia a livello di comunità che a livello internazionale, è sempre più avvertita in Europa. Il modo in cui le società affrontano i conflitti è determinante per la realizzazione di un sistema equilibrato, ma queste scelte sono strettamente collegate al modo in cui vengono gestiti i conflitti personali e sociali all'interno dei varie Stati, che sono a loro volta determinanti per la realizzazione della giustizia e della democrazia.

### 4.3. L'esplorazione<sup>(\*)</sup>

La fase esplorativa della mediazione è forse la più importante e la più delicata dell'intero processo. Di fatto, è nella fase esplorativa che il mediatore deve comprendere bene quali siano le posizioni delle parti e, soprattutto, gli interessi e i bisogni a esse sottostanti<sup>(16)</sup>. In questa fase, il delicato compito del mediatore consiste di fatto nel fare emergere gli interessi delle parti stesse e nel fare in modo che queste si attivino per trovare la soluzione più adatta a risolvere il loro conflitto.

La mediazione infatti, lo ricordiamo, essendo un metodo per la risoluzione delle controversie che si propone come alternativo alla giustizia ordinaria, per massimizzare l'efficacia dovrebbe portare alla composizione del conflitto grazie a soluzioni autonome e creative, che vengono direttamente dalle parti, evitando soprattutto che il mediatore cada nella tentazione di «proporre una soluzione eterodiretta». Il mediatore non ha il ruolo di *problem-solver*, ma quello del «filosofo socratico», che, utilizzando la maieutica, aiuta le parti a trovare la «via di uscita» più adatta a loro, quella grazie alla quale esse dovrebbero avere maggiori probabilità di continuare il rapporto anche dopo la risoluzione della controversia.

Il compito concreto del mediatore, nella fase esplorativa, è dapprima quello di chiarire a se stesso e alle parti le loro posizioni. La complessità del suo lavoro aumenta successivamente, quando sarà chiamato a fare sì che gli interessi reali delle parti vengano in superficie. Gli interessi sono normalmente molteplici e intrecciati tra loro, possono affondare le proprie radici nel passato e nelle peculiari modalità con cui, nel tempo, le parti hanno costruito il loro rapporto prima che esso sfociasse in un conflitto. Gli interessi più potenti sono quelli che scaturiscono dai bisogni elementari dell'individuo, come quello di sopravvivenza fisica, di sicurezza e stabilità, di stima, di autorealizzazione e così via, e normalmente le energie psichiche e fisiche di ciascuno sono convogliate verso il soddisfacimento di tali bisogni, per tutta la vita, ancorché con priorità differenti a seconda delle fasi della propria esistenza<sup>(17)</sup>. Il conflitto portato

---

(\*) A cura di Claudia Mezzabotta, Commissione Principi Contabili ODCEC Milano. Commissione tecnica IASCF SMEIG, Londra (Regno Unito). Commissione tecnica EFRAG SME Working Group, Bruxelles (Belgio).

<sup>(16)</sup> Fragomeni T., *Mediazione e conciliazione*, CELT Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2011, pp. 229-243.

<sup>(17)</sup> Maslow A.H., *Motivazione e personalità*, Armando Editore, Roma 2010, *passim*.

dalle parti davanti al mediatore spesso è solo la «punta dell'iceberg», la parte visibile di qualcosa di molto più corposo, vischioso e potente che resta tuttavia nascosto sotto la superficie e muove le azioni delle parti stesse, portandole talvolta a contrasti molto violenti.

Come può il mediatore fare in modo che gli interessi delle parti emergano, senza cadere egli stesso nella tentazione di «proporre una soluzione imparziale»? Come può egli agire da «mediatore» e non da «consulente»?

L'emersione degli interessi è fondamentale per una risoluzione efficace e duratura del conflitto e si può ottenere tramite alcune tecniche. La prima è la cosiddetta «arte della domanda». Il mediatore-maieuta, nella delicata fase esplorativa, dovrà pertanto porre ai contendenti domande adeguate, normalmente di tipo «aperto», che inducano le parti a riflettere sulla loro attuale situazione e a cercare dentro di sé la soluzione. Si eviteranno domande eccessivamente rivolte al passato, che potrebbero essere percepite dalle parti come «giudicanti», come ad esempio: «Perché avete litigato?», «Chi ha cominciato?». Si preferiranno invece, innanzi tutto, domande chiarificatrici e il più possibile neutrali sulle circostanze oggettive in cui il conflitto è emerso. Successivamente, si utilizzeranno quesiti che guardano soprattutto al presente e al futuro della relazione tra le parti in conflitto, non al passato: «Che cosa prova in questo momento?», «Che cosa vorrebbe?», «Quali sarebbero i vantaggi di restare nel conflitto? E gli svantaggi?».

Le domande, come già spiegato poc'anzi (cfr. § 3.2, *supra*) dovranno anche fare in modo che la parte a cui esse si rivolgono tenti di mettersi nei panni dell'altra e provi a cercare un modo utile per uscire dal conflitto e, possibilmente, per proseguire la relazione<sup>(18)</sup>: «Secondo Lei, perché la signora Verdi ha agito così?», «In che rapporti siete, adesso, e come potreste migliorare la Vostra relazione nel futuro?».

La seconda tecnica fondamentale che il mediatore utilizzerà nella fase esplorativa, dopo che gli interessi delle parti siano emersi con chiarezza, è il *brain-storming*, vale a dire l'invito, rivolto ad entrambi i contendenti, a generare numerose idee alternative, in un tempo molto limitato, per la

---

<sup>(18)</sup> La mediazione, come noto, è un metodo ADR particolarmente indicato per la risoluzione di conflitti tra soggetti che hanno tra loro una relazione duratura e che, spesso, dovranno continuare tale relazione anche in futuro. Si pensi, ad esempio, a situazioni di divisioni ereditarie, di conflitti familiari tra coniugi o tra genitori e figli, di contrasti tra soci o tra condomini, e così via.

possibile soluzione al loro conflitto. Sarà solo in un momento successivo che si valuterà quella migliore, non trascurandone, ovviamente, la fattibilità concreta.

Il *brain-storming*, proprio grazie alla «libertà di espressione» che il mediatore concede alle parti, è lo strumento principale per suscitare, stimolare ed accrescere la creatività delle parti nella ricerca della soluzione al loro problema. Il mediatore, nella fase esplorativa e ancor più in quella della negoziazione vera e propria, ha pertanto il ruolo di «facilitatore», di colui che aiuta le parti a trovare da sole la loro strada verso la composizione della controversia.

Durante il *brain-storming*, ci si asterrà pertanto dalla formulazione di giudizi o di critiche, in modo che le parti in conflitto non si sentano «imbarazzate» ad esprimersi o «ingabbiate» in schemi preconcepi, che porterebbero ciascuna a cercare istintivamente di prevalere sull'altra. Non necessariamente, infatti, la soddisfazione degli interessi e dei bisogni dell'una dovrà avvenire a scapito dell'altra, anche se le parti, quando entrano nel conflitto e arrivano davanti al mediatore, molto spesso sono convinte che sia proprio così. Il mediatore avrà tra i suoi obiettivi, quindi, anche quello di stimolare le parti a trovare una soluzione condivisa e guidata da una logica *win-win*, che possa soddisfare entrambe, facendole uscire dall'idea che un conflitto si risolva solo e necessariamente con la vittoria di una e la sconfitta dell'altra (logica *win-lose*).

Una delle maggiori difficoltà che si presentano al mediatore mentre si svolge il *brain-storming*, consiste nel riuscire a fare superare alle parti i loro preconcepi reciproci e quelli nei confronti del mediatore stesso, che potrebbe essere percepito come un soggetto «superiore» e che si prefigge di «giudicarle». Le parti hanno anche spesso paura di «non essere capite» o di «dire sciocchezze», di non essere all'altezza della situazione, di «prestare il fianco» alle aggressioni della controparte parlando troppo e scoprendosi eccessivamente, e così via.

Inoltre, le parti in conflitto tendono naturalmente a fossilizzarsi sulle posizioni iniziali e a non essere in grado, inizialmente, di concepire soluzioni più creative e in grado di generare benefici per entrambe, fuori dalla logica, forse più «istintiva ed immediata», del compromesso e della transazione. La mediazione, come sappiamo, ha caratteristiche ben diverse da quelle del compromesso o della transazione, in cui ciascun litigante rinuncia normalmente a qualcosa, abbandona cioè parzialmente le proprie posizioni, pur di ottenere una «pacificazione» con l'altra parte. La mediazione è invece volta a considerare e a soddisfare gli interessi molteplici di entrambe le parti e non lavora solo sulle posizioni tra le

stesse e sull'eventuale loro composizione, anche attraverso la rinuncia parziale o totale da parte di uno dei due contendenti<sup>(19)</sup>.

La mediazione è anche profondamente differente da altre forme di ADR, come l'arbitrato, ad esempio, in cui l'arbitro è chiamato a formulare una soluzione, sotto forma di proposta di accordo, che normalmente non è stata generata dalle parti e che, pertanto, non necessariamente risponde ai loro interessi e al soddisfacimento dei loro bisogni più profondi, ma solo ad una logica di «equità» giuridicamente intesa.

Il mediatore, pertanto, durante la fase esplorativa è chiamato a «leggere il conflitto» in atto tra le parti, individuando gli interessi veri e propri, la «parte sommersa dell'iceberg» che si nasconde sotto la superficie delle «posizioni» assunte dalle stesse e portate in mediazione. La lettura del conflitto e delle più complesse dinamiche relazionali tra i contendenti si ottiene utilizzando con logica maieutica l'arte della domanda, che permette l'emersione delle emozioni e del coinvolgimento profondo delle parti, al di là delle loro pretese superficiali.

La fase esplorativa si conclude con la generazione, da parte dei contendenti del più elevato numero possibile di alternative per la soluzione del conflitto, tramite il brain-storming. Il mediatore sarà tanto più efficace in questa fase, quanto più si asterrà dal dare giudizi sul comportamento passato e presente delle parti ed eviterà di «proporre» soluzioni che non siano generate autonomamente dalle parti stesse.

Durante l'intera fase esplorativa, il mediatore è pertanto chiamato a restare neutrale e, soprattutto, a «far lavorare» le parti, guidandole verso l'oggettivazione del loro conflitto tramite l'emersione e la «scrematura» dei tratti emotivi, talvolta violenti, che lo influenzano e ne confondono i confini. Solo uno sguardo più «oggettivo», che sappia distinguere gli aspetti emotivi profondi e sia in grado di farli percepire alle parti, potrà permettere alle stesse di procedere verso una soluzione condivisa, tramite la stipulazione di un accordo concreto. Le parti, infatti, devono essere guidate dal mediatore-maieuta verso la traduzione delle proprie posizioni iniziali in una maggiore e condivisa consapevolezza che in realtà il conflitto non le sta separando, ma è proprio il «collante» tenace che le unisce, e che esistono soluzioni concrete per risolverlo. Il mediatore, durante la fase esplorativa, agirà dunque anche come uno «specchio» per

---

<sup>(19)</sup> Fragomeni T., «Il metodo della mediazione», in: AA.VV., *Il metodo della mediazione per la gestione dei conflitti*, CELT Casa Editrice La Tribuna, Piacenza 2011, pp.54-66.

le parti<sup>(20)</sup>, una «superficie riflettente» che permetterà ai contendenti di smorzare gli aspetti emotivi con cui hanno rivestito il loro problema e di guardare con uno sguardo nuovo al problema nella sua concretezza, in modo che possano lavorare insieme alla sua soluzione.

L'accordo vero e proprio, se gli interessi sono emersi correttamente durante la fase esplorativa, non dovrebbe mancare e dovrebbe giungere come una conclusione naturale del processo di mediazione. Entrambi i contendenti, alla fine di tale fase, dovrebbero essere in grado di intendere quali siano le motivazioni vere del conflitto e avranno avuto modo di riflettere sulle possibili soluzioni concrete, che soddisfino entrambi. Prima di giungere all'accordo, tuttavia, la mediazione entra in un'altra fase, quella della negoziazione vera e propria, durante la quale il mediatore dovrà essere in grado di sintetizzare efficacemente quali siano gli interessi reali delle parti e riformulare l'intera questione a beneficio dei due contendenti, con la finalità di concludere in modo soddisfacente la controversia tramite la formulazione dell'accordo stesso.

#### 4.4. La negoziazione *strictu sensu* e la formulazione dell'accordo<sup>(\*)</sup>

Nella presente sezione verrà affrontata la fase della negoziazione nella mediazione. Non, pertanto, la negoziazione in una prospettiva di teoria generale dell'istituto (già trattata in precedenza al § 3, *supra*), ma l'analisi di quanto in concreto fa il mediatore in quello stadio della procedura che si colloca tra la fase esplorativa e quella conclusiva (talora anche detta «dell'accordo», pur se questo non sempre viene raggiunto).

Giova ribadire, in proposito, che i momenti in cui si suddivide la procedura di mediazione non sono dei compartimenti stagni, assimilabili a precise fasi processuali, ma piuttosto dei tempi fluidi e, almeno in una certa misura, reversibili.

Il mediatore, anche una volta iniziata la negoziazione, può ritenere di tornare ad un atteggiamento “esplorativo”, proprio della fase precedente, qualora siano emerse delle informazioni che meritano di essere approfondite, eventualmente in incontri separati.

---

<sup>(20)</sup> Vaccà C., Martello M., *La mediazione delle controversie*, IPSOA Wolters Kluwer, Milano 2010, pp. 241-244.

<sup>(\*)</sup> A cura di Alessandro Bossi, Avvocato in Milano.

E' tenendo presente questa flessibilità, caratteristica intrinseca della mediazione, che va esaminato il passaggio dallo stadio esplorativo a quello più propriamente negoziale.

Quali elementi dovrà aver raccolto il mediatore per ritenere che possa iniziare la fase negoziale?

Non esistono risposte rigorosamente predeterminate; esistono tuttavia alcuni aspetti su cui ogni buon mediatore avrà cercato di lavorare prima di procedere oltre. Ci soffermeremo brevemente su ciascuno di essi.

All'inizio della mediazione, nella gran parte dei casi, il mediatore è uno sconosciuto per le parti. Attraverso l'atteggiamento e le parole, egli deve riuscire nelle scansioni iniziali della procedura, cioè l'introduzione e l'esplorazione, a creare con le parti un clima ed un rapporto di reciproca fiducia e costruttività: sarebbe ben difficile realizzare dei progressi senza questa premessa.

In un mondo ideale, il clima costruttivo di cui sopra andrebbe ottenuto non soltanto tra le parti e il mediatore, ma anche tra le parti medesime. Non sempre ciò è raggiungibile: il mediatore dovrebbe comunque sincerarsi del fatto che non perdurino «blocchi emotivi» troppo importanti, poiché costituiscono tra gli ostacoli più seri che si possano presentare. Essi infatti impediscono quasi sempre una corretta comunicazione tra le parti, laddove il ristabilimento (o il miglioramento) della comunicazione rappresenta uno dei primi obiettivi del mediatore.

Tra le finalità della fase esplorativa vi è senz'altro quella di identificare le ragioni reali che hanno portato alla controversia; si enfatizza la parola «reali» perché spesso le parti celano, talora persino in buona fede, i motivi scatenanti della lite. Invece, per il mediatore, ciò costituisce quasi sempre un'informazione preziosa.

Direttamente collegato a questo aspetto se ne trova un altro, non meno rilevante. Trattasi dell'emersione degli obiettivi e soprattutto degli interessi delle parti rispetto alla disputa. Si definisce «interesse» ciò che la parte realmente vuole, o ciò che effettivamente soddisfa un suo bisogno, in contrapposizione a ciò che la parte afferma di volere, ovvero la sua «posizione». Accertare gli interessi delle parti significa, per il mediatore, poter verificare se esistono, tra esse, interessi comuni oppure diversi, ma compatibili tra loro. Qualora questa sia la situazione, il mediatore potrà aiutare le parti, attraverso scenari ipotetici, a generare delle soluzioni che soddisfino le esigenze di entrambi, in questo modo pervenendo ad un risultato più che soddisfacente per entrambe.

In altre parole, e in via di sintesi, si può affermare che la negoziazione va iniziata allorché la comunicazione tra le parti abbia raggiunto un livello

accettabile e siano sufficientemente delineate le piattaforme negoziali di cui le parti stesse intendono discutere.

Ciò assodato, una seconda domanda da porsi è la seguente: quali sono le migliori modalità con le quali il mediatore può gestire la negoziazione?

In primo luogo il mediatore dovrà decidere se sia preferibile che la negoziazione si svolga attraverso riunioni separate delle parti, con il mediatore che si fa eventualmente latore delle loro proposte, oppure direttamente, in riunione congiunta. Senza escludere, naturalmente, che si possa iniziare in un modo e proseguire in un altro.

In linea generale, si privilegiano le riunioni separate quando le parti continuano ad avere delle difficoltà l'una in presenza dell'altra, mentre si preferisce la riunione plenaria quando il livello di comunicazione tra le persone presenti è accettabile.

Riteniamo, comunque, che il confronto diretto tra le parti rimanga la strada maestra: il difetto del procedere attraverso riunioni separate, infatti, consiste nel rischio di «degradare» il ruolo del mediatore a mero trasmettitore delle proposte negoziali, con pochissimo spazio per un suo valore aggiunto.

E' altresì vero che, in presenza di una negoziazione fluida e costruttiva tra le parti, il mediatore deve cercare di ingerirsi il meno possibile, per consentire loro di trovare da soli, se possibile, la soluzione alla controversia che li divide.

Ma tale scenario è piuttosto raro. Il più delle volte al mediatore si chiede, espressamente o implicitamente, di concorrere mediante ipotesi a generare vie di uscita dalle strettoie della disputa. In altri casi, il ruolo del mediatore potrà risultare più ridotto ma non meno prezioso: contribuire al chiarimento di termini o condizioni; aiutare nel superamento di ostacoli.

Tali ostacoli potranno essere di diverso tipo: emozioni non elaborate, filtri cognitivi, insufficiente realismo, prostrazione fisica, etc. Naturalmente, la risposta del mediatore sarà diversa a seconda delle situazioni: se, tornando ad uno degli esempi indicati, si comprende che ormai la stanchezza fa velo alla serenità delle valutazioni, la miglior risposta è un intervallo, se non un rinvio vero e proprio dell'incontro di mediazione.

In linea generale, tuttavia, il miglior approccio per superare i momenti di stallo è quello di riportare le parti sul piano dei reciproci interessi, combinandoli tra loro in vario modo; è così che si possono generare molteplici soluzioni, restituendo dinamismo alla procedura.

Infine, va ricordato che la negoziazione si può giovare di strumenti



«fisici»: una lavagna a fogli mobili consente ad esempio di «fissare» visivamente delle proposte o ipotesi, così facilitando una loro miglior considerazione.

Una volta conclusa la fase della negoziazione, si apre la fase cosiddetta dell'accordo (o conclusiva), posto che lo stesso risulti raggiungibile.

Il coinvolgimento del mediatore in questo stadio della mediazione risulterà più o meno accentuato a seconda di alcune circostanze che verranno ora esaminate. Tendenzialmente, si tratta di un coinvolgimento meno spiccato di quello che si riscontra nella fase esplorativa o anche in quella della negoziazione.

La prima scriminante è costituita dalla presenza, o meno, nella mediazione di consulenti o difensori delle parti. Se essi sono presenti, l'intervento del mediatore nella redazione dell'accordo risulterà assai meno richiesto, dal momento che ne verranno in linea generale investiti i consulenti stessi.

Naturalmente è possibile (anche se fortunatamente raro) che una delle parti sia assistita e l'altra no. Questa è la posizione più "scomoda" per il mediatore; se la redazione del contratto di conciliazione risultasse particolarmente complicata, il mediatore potrà arrivare a suggerire alla parte l'opportunità di munirsi di adeguata assistenza.

Qualora entrambe le parti siano prive di aiuto, il mediatore potrà intervenire di tanto in tanto per consigliare una miglior formulazione dell'accordo, cercando tuttavia di limitare questi suoi interventi allo stretto necessario.

Un'altra scriminante è costituita dalla maggior o minor complessità dell'accordo: se esso risulta assai complesso e articolato aumenterà la probabilità che le parti o i loro assistenti chiedano al mediatore un aiuto su alcuni punti.

Un terzo aspetto rilevante è se all'accordo si stia eventualmente arrivando a seguito di una proposta del mediatore. Ricordiamo che, secondo quanto disposto dall'art. 11.1 del decreto legislativo 28, a tale scenario si può pervenire in due casi:

- a) su spontanea iniziativa del mediatore che si renda conto della incapacità delle parti di arrivare ad un accordo da sole;
- b) su richiesta congiunta di tutte le parti, presenti alla mediazione, rivolta al mediatore.

Sarà in tal caso naturale per le parti, in presenza di una proposta del mediatore, rivolgersi allo stesso per chiarimenti sul come trasporre la sua valutazione in un accordo vero e proprio.

Può ben accadere che le parti non si trovino consenzienti sul

contenuto di alcune clausole del contratto di conciliazione. Spetterà allora al mediatore aprire delle «finestre di negoziazione», all'interno della fase conclusiva, per consentire di raggiungere l'obiettivo.

Quali caratteristiche deve avere un accordo di conciliazione per risultare un buon accordo, ovvero un contratto che «tenga» nel tempo?

Alla domanda si possono dare due risposte diverse, a seconda che si assuma il punto di vista proprio della mediazione piuttosto che quello del legislatore. Non si tratta tuttavia di prospettive incompatibili, tutt'altro.

Sotto il profilo degli obiettivi di una qualsiasi procedura di mediazione l'accordo dovrà innanzitutto essere il risultato della libera negoziazione delle parti e pertanto considerato dalle stesse come il «loro» accordo.

Un contratto conciliativo che fosse il risultato delle pressioni del mediatore o della schiacciante superiorità negoziale di una delle parti potrebbe avere vita breve, una volta chiusa la procedura.

Ciò posto, dovrà trattarsi di uno scritto chiaro, preciso e completo.

Chiarezza significa facilità di comprensione anche agli occhi di un terzo (per esempio, un giudice) che non conosca i risvolti della controversia che ha condotto all'accordo. Molto spesso, in proposito, le parti danno per scontate delle informazioni che invece è meglio specificare nel contratto: in tal senso possono risultare molto utili delle premesse da anteporre alle pattuizioni vere e proprie.

Precisione vuol dire non lasciare incertezza su aspetti importanti: un caso ricorrente, nell'ipotesi di pagamenti, è l'esigenza di chiarire se la somma in questione è già inclusiva, o meno, di I.V.A.

La completezza dell'accordo, infine, si ha laddove esso ha affrontato e risolto tutti i nodi della controversia soddisfacendo in tal modo gli interessi delle parti.

Viene ora a presentarsi una domanda importante e delicata: oltre che chiaro, preciso e completo deve trattarsi anche di un accordo equo?

È invero arduo dare una risposta soddisfacente alla domanda. Se, da un lato, un contratto con obbligazioni fortemente sbilanciate può apparire di incerta vita futura, dall'altro lato la nozione di equità presenta valenze fortemente soggettive, potendo quindi variare sensibilmente da situazione a situazione.

Vi sono persone, per menzionare solo un'ipotesi, per le quali il protrarsi di una controversia costituisce un forte disagio emotivo: reputano pertanto loro interesse primario porvi fine, anche a condizioni impari.

Starà dunque alla sensibilità del mediatore decidere come comportarsi, caso per caso.

Venendo alla prospettiva del legislatore, circa l'accordo di conciliazione, gli articoli 12 e 14 del d. lgs. 28 prescrivono che esso sia rispettoso dell'ordine pubblico e delle norme imperative. Come noto, l'ordine pubblico (interno) è l'insieme dei principi fondamentali desumibili dal nostro ordinamento giuridico, mentre costituisce norma imperativa quella il cui contenuto prescrittivo è inderogabile. È opportuno rammentare, dal momento che il decreto legislativo 28 menziona anche le controversie internazionali o transfrontaliere (art. 12 decreto) che la nozione di ordine pubblico internazionale può non coincidere con quella di ordine pubblico interno.

Quali sono le conseguenze di un accordo conciliativo in violazione dell'ordine pubblico o di norme imperative? In primo luogo esso non risulterà omologabile (art. 12 decreto; in secondo luogo, trattandosi di contratto nullo (art. 1418 c.c.), la sua nullità potrà essere dichiarata in ogni tempo (art. 1422 c.c.) e su iniziativa di chiunque vi abbia interesse (art. 1421 c.c.). Da ciò, potrà nascere l'eventuale responsabilità del mediatore (in solido con l'organismo di mediazione: art. 4.2 b) regolamento 180/2010).

Si chiude ora la presente sezione con un'osservazione circa le clausole dell'accordo conciliativo.

Da un buon accordo di tal tipo non dovrà mai mancare una clausola che ribadisca l'obbligo di riservatezza di tutti coloro che abbiano partecipato alla procedura di mediazione.

Anche se si è spesso riluttanti a farlo, per ragioni a volte non propriamente razionali, risulterà infine consigliabile introdurre una clausola sulle eventuali controversie che potessero nascere dall'accordo: se le parti saranno rimaste soddisfatte dall'andamento della procedura, ciò potrà tradursi in una clausola di mediazione.



## 5. IL PROFILO DEONTOLOGICO DEL MEDIATORE<sup>(\*)</sup>

Il decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 38, ha dato attuazione all'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Dalla lettura della legge, gli obblighi, a carico del mediatore risultano molteplici:

- l'obbligo di riservatezza (art. 9);
- il segreto professionale (art. 10);
- il divieto di percepire compensi direttamente dalle parti (art. 14);
- la sottoscrizione di una dichiarazione di imparzialità (art. 14);
- il divieto di «assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati» (art. 14).

Esamineremo tali «doveri» punto per punto.

### 5.1. Obbligo di riservatezza e segreto professionale (art. 9-10)

Dispone l'art. 9 che «chiunque presta la propria opera od il proprio servizio nell'organismo è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo».

E al secondo comma si aggiunge che tale obbligo è applicabile anche nei confronti delle altre parti, se le dichiarazioni e informazioni sono state acquisite nel corso delle sessioni separate «salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengano le informazioni».

Pertanto possono identificarsi due tipi di riservatezza:

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Daniela Morlacchi, Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

- **verticale**: quella che obbliga il mediatore a non riferire alle parti quello che viene esposto durante le sessioni separate;
- **orizzontale**: quella che obbliga il mediatore a non riferire all'esterno ciò di cui è venuto a conoscenza nell'ambito del tentativo di conciliazione.

Ciò ha come conseguenza che le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate in un successivo giudizio avente lo stesso oggetto, anche parziale, della procedura di mediazione.

Sul contenuto di tali dichiarazioni e informazioni, non è ammessa prova testimoniale, né può essere deferito giuramento decisorio. Né al mediatore può essere imposto di deporre su quanto appreso nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria, né davanti ad altra autorità.

L'inosservanza di tale dovere è sanzionata anche sotto il profilo disciplinare.

Dispone infatti l'art 5 del nostro codice deontologico: «il dottore commercialista, oltre a rispettare il segreto professionale, osserva un atteggiamento di riserbo in relazione alle notizie apprese nell'esercizio della professione od in via incidentale, anche se queste riguardano la sfera personale del cliente o di coloro che sono a lui legati da vincoli familiari ed economici».

Il segreto professionale, che è tutelato in tutti i Paesi, non è stabilito nell'interesse del professionista, né nell'interesse dei loro assistiti, o delle altre parti, ma nell'interesse pubblico; tale obbligo è considerato assoluto ed inviolabile.

L'art. 622 c.p. punisce chiunque, avendo notizia, per ragione della propria professione, di un segreto, lo rivela senza giusta causa, ovvero lo utilizza per proprio o altrui profitto, se da ciò può derivare nocumento ad altri.

L'art. 200 c.p.p. stabilisce che i professionisti non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione della propria professione.

Il dovere di segretezza e riservatezza sussiste anche nei confronti degli ex clienti e quindi anche dopo la cessazione dell'incarico

Tali statuizioni e tali doveri deontologici, quindi, si applicano anche ai commercialisti che assumono la funzione di mediatori.

Anche l'art.35 del nostro codice deontologico, con riguardo al rispetto della riservatezza, obbliga il commercialista a vigilare che i collaboratori e i dipendenti siano a conoscenza e rispettino gli obblighi del segreto e della riservatezza professionale, che anch'essi sono tenuti ad osservare.

## 5.2. Doveri di imparzialità (art. 14)

L'art. 14 del decreto legislativo 28/2010 prescrive che il mediatore, per ciascun affare per cui è stato designato, sottoscriva una dichiarazione di imparzialità e non possa (perché gliene «è fatto divieto») assumere diritti ed obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati. Il dovere di imparzialità costituisce uno dei principi fondamentali della mediazione.

Il termine imparzialità implica:

- l'assenza in capo al mediatore di qualsivoglia rilevante interesse personale nell'esito della mediazione;
- il dovere del mediatore di gestire il percorso di mediazione in modo equo ed equilibrato, senza favorire una parte rispetto all'altra.

Conseguentemente, il mediatore dovrà modulare i propri interventi secondo buon senso e sempre alla luce del principio di imparzialità.

Nel caso in cui il mediatore abbia un interesse personale correlato all'esito della mediazione (per esempio se costui fosse un piccolo azionista di una delle società partecipanti alla procedura conciliativa), lo stesso potrà accettare l'incarico alla triplice condizione che:

- a) si ritenga in grado di gestire il procedimento con imparzialità;
- b) dia compiutamente conto alle parti della propria potenziale condizione di incompatibilità;
- c) che le parti confermino conseguentemente, il mandato conferitogli.

Tali obblighi sono previsti anche per i suoi eventuali ausiliari.

Il mediatore, quindi, deve essere «indipendente e imparziale».

La norma prevede che «*su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore*», ove, si reputa, il mediatore abbia informato l'organismo e le parti della esistenza di un possibile pregiudizio alla imparzialità nello svolgimento della mediazione.

Ma se il mediatore è un commercialista, sotto il profilo deontologico, si applicherà a suo carico, per analogia, il dettato dell'art. 3: «il dottore commercialista non può, in alcun caso, rinunciare alla sua libertà e indipendenza professionale».

Se è inteso valorizzare l'indipendenza (e imparzialità) dell'arbitro (ora mediatore); ne consegue che non può essere nominato arbitro un dipendente della parte o il suo consulente, né il collega di studio del consulente, né il socio di uno studio associato del consulente.

E, nel corso del rapporto, gli arbitri (nel nostro caso il conciliatore), per mantenere il necessario distacco dalla controversia, non devono avere

contatti diretti con le parti. Regola, questa, che è praticata in molti Paesi europei.

Sebbene l'imparzialità costituisca un dovere etico fondamentale per il mediatore, ciò non significa che allo stesso sia preclusa la possibilità di esprimere opinioni o punti di vista al fine di entrare in sintonia con le parti, purché, ciò facendo, il mediatore non incorra in alcun abuso in danno a una delle parti.

Il mediatore dovrà sempre tener presente che un suo coinvolgimento personale non potrà non aver riflessi sull'andamento della negoziazione tra le parti (si precisa, in merito, che l'unico coinvolgimento personale ammesso è limitato all'assistenza, che necessariamente il mediatore dovrà prestare alle parti), come nel caso in cui il mediatore interferisca nel processo di negoziazione direttamente o anche indirettamente attraverso, per esempio, domande mirate.

La Camera di Commercio Internazionale di Parigi richiede agli arbitri la sottoscrizione, prima di procedere alla loro nomina, di una dichiarazione del seguente tenore: «sono indipendente da ciascuna delle parti ed intendo rimanervi: per quanto è a mia conoscenza, non vi sono fatti e circostanze, passati e presenti, che debbano essere dichiarati, che possano essere di tale natura da porre in dubbio la mia indipendenza nella considerazione di una delle parti».

Regole analoghe sono presenti anche in alcuni codici deontologici emanati da varie Camere di Commercio.

La Camera Arbitrale di Venezia, per esempio, ha emanato un codice deontologico per coloro che accettano la nomina ad arbitro, dove si prevede che, fra l'altro

– art. 3, *Indipendenza*: «L'arbitro deve accettare incarichi che sappia di poter svolgere con adeguata competenza, secondo le sue qualificazioni professionali in relazione alla materia del contendere».

– art. 4, *Imparzialità*: «L'arbitro nominato deve garantire la propria imparzialità nell'interesse di tutte le parti, salvaguardando il proprio ruolo da qualunque pressione esterna, diretta o indiretta».

– art. 5, *Dichiarazione di indipendenza e imparzialità*: «Con l'accettazione, l'arbitro deve dichiarare la propria mancanza di relazioni o interessi con le parti, i loro difensori o rappresentanti o con l'oggetto della controversia, che possano ragionevolmente incidere sulla fiducia delle parti nella sua indipendenza ed imparzialità».

Il successivo accertamento di fatti che avrebbero dovuto essere dichiarati può essere valutato dalla Camera Arbitrale come causa di sostituzione dell'arbitro, anche d'ufficio, nel corso del procedimento e



non conferma in un nuovo procedimento.

Regole analoghe sono state emanate dalla Consob, con delibera del 4 marzo 2010, n. 17205, di approvazione del «Codice Deontologico dei Conciliatori e degli Arbitri iscritti negli elenchi tenuti dalla Camera di Conciliazione con Arbitrato».

All'art. 2 si è infatti statuito:

*«1. Il conciliatore e l'arbitro, nello svolgimento della loro attività:*

*a) rifiutano la nomina o interrompono lo svolgimento delle funzioni, informandone tempestivamente la Camera, ogniqualvolta ritengano di subire o di poter subire condizionamenti in ordine a un neutrale svolgimento dell'incarico;*

*b) non accettano altri incarichi né svolgono attività che, per la natura, la fonte o le modalità di conferimento, possano in concreto condizionarne l'indipendenza;*

*c) garantiscono e difendono con la propria coscienza l'indipendente esercizio delle loro funzioni da ogni tipo di pressione, diretta o indiretta;*

*d) valutano senza pregiudizio i fatti della controversia, esaminando con scrupolo gli argomenti prospettati dalle parti e gli atti del procedimento e interpretando le norme da applicare con obiettività;*

*e) ispirano il proprio comportamento a imparzialità e curano di rispecchiarne l'immagine anche all'esterno;*

*f) evitano ogni possibile situazione di conflitto di interessi.*

*2. Il conciliatore e l'arbitro comunicano tempestivamente alla Camera qualsiasi circostanza, fatto o rapporto suscettibile di incidere sulla loro indipendenza e imparzialità».*

La violazione di tali obblighi da parte dell'avvocato (se arbitro o conciliatore) è considerata illecito disciplinare, punito con sanzioni che vanno dalla censura alla sospensione per due mesi.

Si riportano, in proposito, due massime del Consiglio Nazionale Forense:

1) *«pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che, dopo aver presieduto il Collegio Arbitrale incaricato di risolvere il conflitto fra le due parti contrapposte, assume la difesa degli interessi di una parte contro l'altra, anche se in buona fede»* (C.N.F. 15.5.1996, n. 66). - E' stata comminata la sanzione della censura.

2) *«pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante perché lesivo del dovere di correttezza e autonomia propri della classe forense l'avvocato che venga nominato arbitro unico, non comunichi di aver assunto in precedenza un incarico professionale di una delle due parti in causa ma anzi, successivamente alla nomina, assuma altro incarico professionale dalla medesima parte»* (C.N.F. 8 novembre 2001, n. 229). E' stata comminata la sanzione della sospensione per due mesi.

### 5.3. Divieto di percepire compensi direttamente dalle parti (art. 14)

L'art. 14 del decreto legislativo 28/2010, al 1° comma, prescrive che «è fatto divieto (al mediatore ed ai loro ausiliari) di percepire compensi direttamente dalle parti». Si ritiene che un comportamento del mediatore che richieda ed ottenga compensi direttamente dalle parti venga meno al dovere di lealtà e probità.

L'art.4 del nostro codice deontologico stabilisce che il comportamento del dottore commercialista deve essere consono alla dignità e al decoro della professione. Fino ad ora si è trattato dei commercialisti-mediatori, facendo riferimento al proprio codice deontologico.

Naturalmente, tutti i professionisti abilitati, che sono iscritti a un albo, dovranno oltremodo sottostare anche al codice deontologico del loro Albo.

## 6. IL «PROGETTO CONCILIAMO»<sup>(\*)</sup>

Il «Progetto Conciliamo» nasce a Milano su iniziativa della Corte di Appello nel 2007, come associazione senza scopo di lucro, con l'obiettivo di favorire la conoscenza e l'utilizzo della mediazione per la risoluzione delle controversie.

Si tratta di uno strumento nato per promuovere la formazione della cultura della mediazione sia tra gli operatori della giustizia che tra quei professionisti che, nel corso della loro attività, vedono quotidianamente svilupparsi e protrarsi nel tempo conflitti e controversie.

A tale scopo vengono organizzati seminari e iniziative informative diretti a magistrati, avvocati, dottori commercialisti, consulenti d'impresa, imprenditori, e aperti comunque a qualunque soggetto interessato.

Il Progetto costituisce inoltre, per le parti interessate, un punto di riferimento per ricevere chiarimenti e delucidazioni sulla natura degli strumenti alternativi di risoluzione delle liti e un supporto per individuare il procedimento e l'organismo più idonei al caso di specie, mettendo a disposizione l'elenco dei soggetti aderenti al «Progetto Conciliamo».

Non si tratta dunque di un progetto avente come finalità la creazione di un organismo autonomo di conciliazione, ma di uno strumento di promozione della mediazione e di indirizzo delle parti protagoniste di controversie verso gli organismi conciliativi associati.

A rendere più funzionale tale strumento è l'esistenza di un vero e proprio sportello operativo all'interno del Palazzo di Giustizia di Milano che funge da centro di informazione e coordinamento e a cui gli utenti si possono rivolgere sia prima dell'instaurazione della causa sia nel corso dello stesso giudizio.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Maria Rita Astorina, Presidente Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

## 6.1. Statuto e informazioni tecniche

Il Progetto è sostenuto dall'Associazione «Progetto Conciliamo», costituita il 13 marzo 2007 allo scopo di promuovere la diffusione della conciliazione stragiudiziale.

Il «Progetto Conciliamo» è stato avviato, sotto gli auspici del Presidente della Corte d'Appello di Milano, dai soci promotori:

- Associazione per lo Sviluppo delle Agenzie di Conciliazione – A.s.a.c.,
- Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano,
- Camera di Conciliazione dei Dottori Commercialisti,
- Comitato Unitario delle Professioni di Milano,
- Istituto Nazionale Tributaristi,
- Ordine degli Avvocati di Milano,
- Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano,
- Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano,

e dai soci entrati a far parte del progetto in un secondo momento:

- Associazione InMedia,
- Collegio Lombardo Periti Esperti Consulenti,
- CO.RE.COM. Lombardia,
- Federperiti,
- ISDACI,
- Ordine degli Avvocati di Monza.

L'Associazione si propone di raggiungere i suoi fini attraverso una serie di attività quali: promuovere e diffondere la cultura e l'etica della conciliazione stragiudiziale; agevolare a cittadini, imprese e professionisti la conoscenza e l'utilizzo della Conciliazione quale strumento efficace di gestione delle controversie; favorire il coinvolgimento delle istituzioni pubbliche e private, locali, nazionali ed internazionali, particolarmente nell'ambito dell'U.E., al fine di assicurare larghi consensi e concreti sostegni alla diffusione della Conciliazione; collaborare con organizzazioni nazionali ed estere aventi fini analoghi.

## 6.2. Monitoraggio del progetto: anno 2009

Si illustrano nel prospetto seguente i risultati del monitoraggio dell'attività svolta nel periodo gennaio-dicembre 2009:

Contatti Ufficio:	633
Richieste per attivazione conciliazione:	155
Conciliazioni delegate:	39
di cui attivate:	10
esito positivo	3
mancata adesione	7
Conciliazioni:	32
esito positivo	5
ritirate	3
mancata adesione	23
Attività seminariali:	14
Professionisti formati:	793

Dalle rilevazioni relative al 2010, pur se non ancora concluse, emerge un incremento dei contatti ricevuti a dimostrazione delle ottime prospettive che si intravedono per il «Progetto Conciliamo».

### 6.3. La conciliazione delegata

La conciliazione delegata è una forma di conciliazione che si inserisce all'interno di un processo già avviato per cui è il giudice stesso che invita le parti ad esperire un tentativo di conciliazione.

Nel nostro ordinamento sono già previste tipologie di conciliazione delegata negli artt. 198 e 696-*bis* del codice di procedura civile, che prevedono che il giudice possa affidare al consulente tecnico d'ufficio il compito di tentare la conciliazione delle parti.

La conciliazione delegata al consulente tecnico di ufficio è però limitata alle situazioni in cui è stata richiesta una CTU o una consulenza tecnica preventiva e comunque non sono coinvolti organismi di mediazione accreditati.

La conciliazione delegata, nel senso più ampio, è invece il frutto di una cultura nuova, che va diffondendosi tra gli operatori di giustizia, i quali si trasformano essi stessi in promotori di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Come sostenne infatti il Presidente della Corte di Cassazione nella Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2009, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010, «il successo della

mediazione si alimenta proprio dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile statale e ciò è dimostrato dal successo, in altri ordinamenti, del tentativo di conciliazione delegato dal giudice».

Per questo motivo, il legislatore ha previsto all'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010 che «il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione».

Il giudice quindi può promuovere in qualunque momento del processo, qualora ne ravveda l'opportunità, il tentativo di conciliazione.

Il «Progetto Conciliamo» nasce quindi anche al fine di fornire ai giudici uno strumento adeguato ed efficace per promuovere il ricorso alla mediazione (come previsto anche dalla Direttiva Comunitaria del Parlamento e del Consiglio del 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE) facilitando loro, anche da un punto di vista operativo, la promozione della soluzione concordata della lite.

## **6.4. Strumenti analoghi al «Progetto Conciliamo» sorti in altri Tribunali: alcuni esempi**

### **6.4.1. Varese**

Il 18 febbraio 2010 il Tribunale, la CCIAA e gli Ordini degli Avvocati e dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Varese hanno sottoscritto un protocollo per il lancio e la promozione nel circondario varesino della mediazione civile e commerciale attraverso il «Progetto Conciliamo».

Il Tribunale di Varese, facente capo alla Corte d'Appello di Milano, infatti ha sottoscritto un progetto attraverso la redazione di un protocollo di intesa, analogo a quello di Milano, allo scopo di collaborare con gli Ordini professionali e con altre istituzioni pubbliche sul territorio.

Ha attivato dunque, all'interno dei locali del Tribunale, uno sportello informativo per il pubblico.

### **6.4.2. Trieste**

Nel 2009 il presidente del Tribunale di Trieste, i presidenti della Camera di Commercio, dell'Ordine degli Avvocati, e dell'Ordine dei Dottori commercialisti hanno sottoscritto il «Progetto Conciliamo – Trieste».

Hanno aperto il 15 gennaio 2010 presso il Tribunale di Trieste l'ufficio di segreteria del servizio «Conciliamo-Trieste», che intende offrire ai cittadini-consumatori e alle imprese una possibilità di risolvere in maniera più rapida ed economica le controversie di contenuto patrimoniale.

### 6.4.3. Firenze

Il 1° dicembre 2009 ha preso l'avvio a Firenze un'iniziativa denominata «Progetto Nausicaa». Tale progetto è stato formalizzato con la sottoscrizione di un Protocollo d'intesa sulla conciliazione delegata dagli uffici giudiziari agli organismi di conciliazione accreditati (il Servizio di conciliazione della Camera di Commercio di Firenze e l'Organismo di Conciliazione di Firenze, OCF, creato dagli Ordini degli Avvocati e dei Commercialisti fiorentini).

Il progetto è finalizzato a promuovere il ricorso alla mediazione sperimentando la conciliazione delegata su tutte le materie aventi ad oggetto diritti disponibili e vede protagonisti magistrati, avvocati, commercialisti e docenti universitari fiorentini, con il sostegno della Regione Toscana ed il coinvolgimento della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi.





## 7. ANTOLOGIA DI CASI DI MEDIAZIONE CIVILE<sup>(\*)</sup>

Raccontare alcuni dei casi che sono capitati in mediazione comporta un grosso rischio: da una parte quello di far perdere al mediatore la propria riservatezza e dall'altra il rischio di banalizzare il tipo di accordo raggiunto.

Per quanto riguarda il primo rischio ritengo che sia sufficiente romanzare buona parte del racconto e riuscire a salvare la propria deontologia.

Il secondo rischio lo ritengo molto più facile da correre e spiego il perché. Ci capita spesso di far esercitare, nei corsi, i futuri mediatori su simulazioni che, pur abbastanza romanzate, rispecchiano casi che sono accaduti nella realtà ma che non vengono vissuti come tali. La differenza sta nel fatto che i conflitti visti dal di fuori e senza l'emotività che li accompagna sono difficili da comprendere e soprattutto da rispettare come tali.

Provo comunque a raccontare alcuni casi che mi sono capitati in mediazione e accetto volentieri di correre il rischio, se questo, come sono certo, può servire a chi si avvicina a questo meraviglioso mondo.

Uno dei casi che mi è capitato nei primi anni della mia attività e che ricordo molto volentieri, soprattutto per il risultato, riguarda una lite sorta per una successione ereditaria.

In una società in nome collettivo che operava sul mercato da oltre 50 anni, muore uno dei soci e precisamente il socio fondatore che aveva avuto il merito di costruire un marchio molto importante nel suo settore.

Le parti giungono in mediazione al termine di un periodo molto conflittuale, perché il socio superstite vuole far valere una clausola presente nel contratto sociale che non prevede una successione *mortis causa* nella società ma solo la liquidazione della quota agli eredi.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Marcello Guadalupi, Consigliere Delegato alla Commissione Mediazione e Conciliazione ODCEC Milano.

Devo dire che non è stato facile per le parti affrontare la prima sessione congiunta iniziale, soprattutto per gli eredi che non conoscevano quella clausola contrattuale, e mi sono immediatamente reso conto che le loro aspettative erano ben lontane dalla realtà.

Non è stato facile portare avanti la mediazione tra le parti e, molte volte, ho intravisto il pericolo che tutto il lavoro venisse vanificato dagli atteggiamenti, dall'emotività espressa e dalle loro errate percezioni della realtà.

Il problema è aggravato dal fatto che il socio superstite aveva anche sposato la figlia del *de cuius* e viveva questa situazione con la grossa paura di rovinare il rapporto familiare con i cognati e con la suocera.

Il lavoro è stato duro, ma il risultato molto soddisfacente. Le parti si sono accordate nel lasciare all'attività il nome del *de cuius*, rispettando così le volontà di tutti, e il socio superstite, dopo aver calcolato l'importo della liquidazione delle quote agli eredi, ha donato il 20% delle quote societarie al cognato più anziano in segno di rispetto e di riconoscenza. Indescrivibile le emozioni espresse dalle parti nella sessione congiunta finale al momento del raggiungimento dell'accordo. Inutile dire che ancora oggi il rapporto familiare continua nella più assoluta normalità.

Ho più volte provato ad immaginare come sarebbe finita una eventuale causa giudiziale, che magari ancora oggi non si sarebbe conclusa.

Un altro caso che mi è capitato di gestire in mediazione ha riguardato un conflitto tra due soci di una società a responsabilità limitata che non riconoscevano più l'uno il ruolo dell'altro. Gli stessi avevano fatto nascere la società occupandosi l'uno delle attività amministrative e l'altro delle attività commerciali suddividendo al 50 per cento le quote e questo rendeva bloccata l'attività della società. I due si conoscevano da molti anni e vivevano il loro conflitto con la paura di rovinare la loro relazione.

Nonostante ciò, la loro conflittualità era molto elevata, ma su un punto erano d'accordo: voler risolvere la questione a tutti i costi ed evitare di andare in giudizio.

Nelle sessioni private, indagando gli interessi, era emerso che la loro conflittualità nasceva da comportamenti male interpretati e che non riguardavano la vita societaria. Gli stessi, infatti, intrattenevano rapporti di amicizia anche al di fuori della loro società, spesso uscivano con le rispettive famiglie e a volte trascorrevano insieme anche dei brevi periodi di vacanza.

Indagando, era emerso che la moglie di uno dei due soci aveva più volte assunto un comportamento che non piaceva assolutamente alla moglie dell'altro socio. Da qui la crisi della relazione tra i due.

Ci sono volute tre sessioni individuali per cercare di far emergere gli interessi delle parti e far rivalutare le loro percezioni per condurli verso una possibile soluzione della loro controversia.

Le parti hanno deciso inizialmente di chiarire i loro fraintendimenti all'interno della mediazione e successivamente organizzare un incontro con le rispettive famiglie con l'intento di chiarirsi anche con loro.

La decisione più importante è stata quella di proseguire con la società che, al di là del conflitto dei soci, stava vivendo un momento di particolare crescita con la promessa che per il futuro non avrebbero più confuso i due ruoli: l'amicizia ed il lavoro.

Infine, un ultimo caso ha riguardato la chiusura di un rapporto di agenzia tra un'azienda commerciale e un agente di commercio. La mediazione è stata richiesta per porre fine ad una controversia nata qualche anno prima e, soprattutto, perché le parti erano prossime a una sentenza che le parti vivevano come un rischio per entrambi sia dal punto di vista economico sia dal punto di vista della loro relazione.

Durante gli incontri è emerso chiaramente che entrambe le parti si riconoscevano una reciproca stima ed una grande soddisfazione del lavoro svolto insieme. L'agente rappresentante era convinto che l'azienda volesse liberarsi di lui per sostituirlo con altri mentre l'azienda chiudeva il rapporto perché non aveva più bisogno di nessun agente rappresentante.

Chiarito questo, le parti hanno negoziato la chiusura del rapporto e concluso il loro accordo dichiarandosi disponibili a collaborare nel futuro, se nascere fosse nata una nuova iniziativa commerciale.

Particolare curioso di questa mediazione è che l'agente rappresentante era accompagnato in mediazione dal proprio consulente, che ha dimostrato un grande interesse per la mediazione, tanto da diventarne mediatore poco dopo.

Da mediatore posso dire che i tre accordi conciliativi che hanno concluso le mediazioni sopra descritte, sono quelli che le parti hanno trovato come maggiormente soddisfacenti, sia per quanto emerso nell'analisi dei bisogni, che per il percorso che è stato seguito nel corso di tutti gli incontri.

Certamente la mediazione è stata determinante per il prosieguo della loro relazione che, altrimenti, sarebbe stata compromessa da una qualsiasi decisione loro imposta da qualche autorità a ciò preposta.

Da parte mia ritengo di avere messo a disposizione tutta la mia professionalità e le mie capacità per aiutare le parti a condurre le loro mediazioni. Questo tipo di attività può sembrare molto difficile, ma sono certo che attraverso la formazione continua si possano raggiungere ottimi

risultati. L'importante è diffondere questa cultura per cercare di cambiare mentalità e gestire con un approccio nuovo i nostri conflitti.

## Numeri pubblicati

### Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernersto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario D'ijino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Picolli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

### Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*

- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*
- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Coda, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409 ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

## Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzzi*
- nr. 26 Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi • *Aldo Stesuri*

## Anno 2010

- nr. 27 La crisi d'impresa - L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, 3° comma, lettera d) L.F. • *Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali*
- nr. 28 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) seconda edizione • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 29 L'arbitrato - Analisi e commenti dalla recente prassi • *Commissione Arbitrato - a cura di Alessandro Augusto*
- nr. 30 Il bilancio di sostenibilità delle multiutilities: esperienze a confronto • *Commissione Bilancio Sociale - a cura di Francesco Randazzo, Cristiana Schena, Gabriele Badalotti, Eros A. Tavernar*
- nr. 31 La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010 • *Commissione Controllo Societario - Gruppo di lavoro: Daniele Bernardi, Antonella Bisestile, Alessandro Carturani, Annamaria Casasco, Gaspare Insaudo, Luca Mariani, Giorgio Morettini, Marco Moroni, Gianluca Officio, Massimiliano Pergami, Roberta Provasi, Marco Rescigno, Claudio Sottoriva, Mario Tamborini*
- nr. 32 Obbligo P.E.C. - Opportunità e problematiche per gli studi professionali • *Commissione Informatica e C.C.I.A.A. - Gruppo di lavoro: Fabrizio Baudo, Davide Campolunghi, Filippo Caravati, Alberto De Giorgi, Gianluca De Vecchi, Pietro Longhi, Daniele Tumietto*
- nr. 33 Nuova tariffa professionale - Commento alle modifiche intervenute • *Mario Tracanella*

**Anno 2011**

- **nr. 34** Perdite di valore e avviamento secondo i principi IFRS • *Riccardo Bauer, Claudia Mezzabotta*
- **nr. 35** Patrimonializzare e sostenere la competitività delle PMI italiane: la quotazione su AIM Italia • *Commissione Finanza e Controllo di Gestione - Gruppo di lavoro: Carlo Arlotta, Franco Bertoletti, Elisabetta Coda Negozio, Carlo Pesaro, Giorgio Venturini*
- **nr. 36** La mediazione civile – Novità normative e contesto operativo • *Gruppo di studio Commissione Mediazione e Conciliazione - a cura di Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta*







finito di stampare  
nel mese di aprile 2011

**3LB srl**  
Osnago (LC)



nr. 37.

La mediazione è finalizzata ad una efficace gestione positiva dei conflitti in cui sono le stesse parti che trovano la soluzione alla loro controversia. Le parti divengono protagoniste e, con l'ausilio di un terzo estraneo, il mediatore, cercano di individuare una soluzione soddisfacente per entrambe. In ogni ambito della vita sociale i conflitti possono essere affrontati con questo approccio. Il decreto legislativo 28/2010, e il relativo regolamento attuativo, sono intervenuti a regolamentare la mediazione come istituto giuridico ma la sua applicazione dipende dall'utilizzazione di tecniche di negoziazione che permettano di analizzare il conflitto, la sua origine e ciò che realmente nasconde.

Il presente Quaderno vuole quindi essere un supporto per chi si appresta ad accompagnare le parti nel corso di una negoziazione senza dimenticare che l'efficacia delle tecniche di mediazione dipende strettamente dalla capacità del mediatore di avere una visione profonda del conflitto che gli permetta di comprendere, in ciascuna differente situazione, le dinamiche conflittuali, la differenza tra pretese ed interessi, i reali bisogni di ciascuna delle parti. Il Quaderno si conclude con una breve antologia di situazioni realmente accadute.

**Maria Rita Astorina**, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano, è Presidente della Commissione Mediazione e Conciliazione, istituita presso l'ODCEC del capoluogo lombardo. È conciliatore e arbitro presso la Camera di Conciliazione della CONSOB. Svolge attività professionale di consulenza in materia societaria e tributaria e fa parte di diversi collegi sindacali. Dal 1997 ricopre l'incarico di Consulente tecnico del Tribunale di Milano.

**Claudia Mezzabotta**, Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano, è membro della Commissione Principi Contabili, istituita presso l'ODCEC del capoluogo lombardo. Si occupa di consulenza in materia di principi contabili nazionali e internazionali IFRS e svolge un'intensa attività di formazione. È membro effettivo delle commissioni tecniche internazionali IASCF SMEIG (Londra, Regno Unito) e EFRAG SME Working Group (Bruxelles, Belgio). La sua formazione accademica internazionale anche in materia di psicologia sociale la porta a interessarsi alla mediazione civile e ai suoi aspetti normativi e comportamentali.