

Come scegliersi un bravo mediatore (in un sistema dove, in teoria, il mediatore è affibbiato d'ufficio ... e uno vale l'altro)

Carlo Mosca*

Relazione per l'incontro di studio OMF Treviso sul decreto "del fare" (d. lgsl. 69/2013)

Treviso, 25 ottobre 2013

Il sistema italiano

Il sistema del decreto 28/2010 è decisamente dirigistico (art. 8: "... *il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti ...*").

Le parti (ed i loro legali) non sembrano aver alcuna voce in merito alla scelta di chi in concreto sia il mediatore del loro conflitto.

Il mediatore ex decreto 28 sembra essere il classico esempio di mediatore *authoritative* nell'accezione di Ch. Moore¹) vale a dire operante all'interno di un determinato sistema e con obblighi di rispondere (anche, se non soprattutto) agli interessi dello stesso (es. il medico di base, o l'avvocato d'ufficio)). Il che si contrappone alla pratica del mediatore 'professionista' (che risponde ai soli clienti che di volta in volta lo ingaggiano liberamente sulla base delle sue presumibili migliori competenze – es. il medico specialistico o l'avvocato).

Il sistema del decreto 28 privilegia quindi criteri selettivi del mediatore mutuati da quelli tipici volti a determinare il giudice 'naturale', presupponendo un livello qualitativo adeguato e generalizzato dei mediatori. In ciò si contrappone ad altri sistemi, che paiono più rispondenti ai principi fissati dalla direttiva comunitaria 52/2008, che privilegiano la libera determinazione delle parti nella scelta del mediatore

* Mediatore accreditato CEDR 1996; Minist. Giustiz. 2010; ISCT 2012. resp. scientifico di centri di formazione (Curia Mercatorum 1996-2000; Quadra, 2003; Commercialisti Tre Venezie, 2011) – c.mosca@lexmill.com

¹ Moore, C. W. (2003). *The Mediation Process. Practical Strategies for Resolving Conflict* (3 ed.). San Francisco, CA, USA: Jossey-Bass.

A tal riguardo, il sistema di qualità previsto dal decreto 28, come noto, è affidato ad una formazione minima (oggi dai contorni incerti, sia alla luce dell'art. 16.5 decr. 28 che nella nuova formulazione rinvia ad un d.m. ed è incerto si applichi ancora quanto previsto dal d.m. 180/2010 e succ. mod. in particolare d.m. 145/2011) sia per quanto riguarda gli avvocati alla luce delle novità 2013: art. 4-bis. *Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori. Gli avvocati iscritti ad organismi di mediazione devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico-pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 55-bis del codice deontologico forense*").

Di fatto, accanto ad una formazione d'eccellenza (sia iniziale che d'aggiornamento) impartita in questo paio d'anni da alcuni centri di formazione, si è purtroppo registrata una preoccupante tendenza ad una formazione assai raffazzonata e di mera facciata, dai contenuti discutibile, con conseguente generazione di un esercito di mediatori formalmente 'accreditati' ma di fatto incapaci di intervenire nel conflitto con cognizione di causa. Il che rischia di far tradursi nel tradimento delle aspettative dei clienti (e dei loro legali) e quindi in un generale danno all'immagine della mediazione come strumento valido per la gestione delle controversie in modo diverso a quello tipico dell'arena giudiziale.

Di fatto, la possibilità per i clienti ed i loro legali di 'scegliersi' il loro mediatore è oggi attuabile attraverso (a) la scelta dell'organismo di mediazione che presumibilmente assicuri il livello di qualità richiesto nella selezione dei propri mediatori e (b) nella possibilità di informali accordi multipartite (gli interessati e l'organismo) per la determinazione di una specifica persona che operi come mediatore per quella specifica questione.

Modalità di intervento del mediatore nel conflitto

Come noto, il mediatore è un terzo cui è chiesto di intervenire nel conflitto, assistendo le parti coinvolte nello stesso.

La normativa attualmente in vigore in Europa, e quindi anche in Italia, non specifica *come* debba attuarsi tale intervento, limitandosi a fissare alcuni tratti essenziali (l'intervento deve essere "*efficace, imparziale e competente*" – art. 3, b) dir 52/2008; non deve tradursi nel fatto di "*rendere giudizi o decisioni vincolanti*" – art. 1 decreto 28/2010; dev'essere "*finalizzato alla ricerca di un accordo amichevole*" – sempre, art. 1 decreto 28/2010; ...).

In realtà, ciò che il mediatore fa, in concreto, "*dipende da un insieme, esplicito o implicito, di convinzioni quanto alla relazione fra persone e conflitto*"².

Ora, il fatto è che "*la maggior parte dei mediatori non è consapevole del legame motivazione/attuazione e decide sul momento ("Me ne sto buono adesso?", "Devo preoccuparmi per il tono di voce usato da quella parte?", "Devo dire la mia dire*

² Antes, J. R. (2010). Assessing Transformative Practice: Methods and Approaches. In J. Folger, R. A. Bush, & D. J. Della Noce (A cura di), *Transformative Mediation: A Sourcebook. Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs* (p. 73-90). Hempstead, NY, USA: Institute for Conflict Resolution / Association for Conflict Resolution.

visto che le parti continuano a girare intorno alla stessa questione?”) *su base ‘intuitiva’, cioè secondo il buon senso maturato sulla scorta dell’esperienza fatta, della formazione ricevuta e delle letture fatte*”³.

In generale, si può dire che il mediatore agisca sulla scorta di quello che lui (o lei) pensa sia più utile alle parti. Come è stato notato “*chiunque interviene in un conflitto altrui ha una sua “teoria delle aspettative del cliente”, che a sua volta si fonda su alcune ipotesi quanto alla teoria del conflitto adottata dal cliente*”⁴.

Ora, va ricordato vi sono sostanzialmente quattro teorie del conflitto ed ognuna concepisce modalità di intervento da parte del terzo in modo diverso:

- la teoria del potere⁵,
- la teoria dei diritti⁶,
- la teoria dei bisogni⁷
- la teoria trasformativa⁸

Un dato interessante da tener presente è che, molto spesso, il mediatore assume a base del suo agire una di queste teorie solo in modo non consapevole. Come sopra accennato, è soprattutto la formazione ricevuta, ma naturalmente anche la personale sensibilità ad indurlo/a a pensare che quel determinato comportamento sia corretto ed utile alle parti.

Nel contesto nostrano -

- la teoria del potere è spesso assunta a base di interventi mediatori in trattative sindacali;
- quella dei diritti è alla base dell’approccio c.d. “valutativo” (in cui il mediatore è di regola un legale che indica alle parti possibili soluzioni alla luce del contesto normativo applicabile – anche ricorrendo al meccanismo della “proposta di conciliazione” prevista dagli art. 1 e 11 decreto 28/2010).
- La teoria percepita come più moderna è peraltro quella dei bisogni, che informa la formazione della maggior parte dei centri operanti in Italia. Il mediatore che la prede a base del suo comportamento si pone come *problem-solver* ed adotta le tipiche tecniche introdotte sin dagli anni ’70 in America e poi nel resto del mondo per ‘combinare’ interessi e bisogni,

³ *Id.*

⁴ Bush, R. A., & Folger, J. P. (2010). Transformative Mediation: Theoretical Foundations. In J. P. Folger, R. A. Bush, & D. J. Della Noce (a cura di), *Transformative Mediation: A Sourcebook. Resources for Conflict Intervention Practitioners and Programs* (p. 15-30). Hampstead, NY, USA: Institute for Conflict Resolution / Association for Conflict Resolution.

⁵ Secondo teoria del potere il conflitto è scontro di forze opposte per imporre di fatto la rispettiva volontà; in tale ottica, il supporto che può dare un terzo alle parti coinvolte si risolve nell’organizzare al meglio le forze impiegate nello scontro.

⁶ Secondo la teoria dei diritti il conflitto è scontro fra pretese ‘legali’; il terzo può aiutare le parti in tale scontro analizzando le rispettive pretese da un punto di vista legale e fornendo un’interpretazione professionale al riguardo.

⁷ Nella teoria dei bisogni, il conflitto è concepito come problema di soddisfare interessi apparentemente confliggenti in un contesto di risorse limitate; il terzo può aiutare a trovare soluzioni, specie se esperto in tecniche di *problem-solving*.

⁸ Nella teoria trasformativa, il conflitto è concepito essenzialmente come crisi nei rapporti interpersonali (o intergruppo); il terzo può aiutare le parti coinvolte agendo sulla loro interazione, così da migliorarne la qualità e permettere quindi una più consapevole gestione dei problemi.

spesso inesperti, delle parti. La storia famosa dell'arancia e tutto l'armamentario basato sugli assunti della scuola di Harvard in tema di negoziato efficiente⁹.

- L'approccio trasformativo è ancora un approccio d'*élite*, ma sta guadagnando favore grazie alle sue grandi potenzialità: Si pensi che, pur non essendo affatto orientato al raggiungimento di un accordo (a differenza di quello facilitativo *problem-solving*), di fatto registra tassi di conciliazione ben più alti¹⁰.

Avvocati e mediatore

L'attività dell'avvocato in mediazione non si discosta dalla classica consulenza ed assistenza offerta in occasioni di trattative, negoziati, affari stragiudiziali o svolti a latere di una causa. Essa si risolve nell'offrire un supporto specializzato sia per la valutazione delle implicazioni legali della situazione, sia per la concreta difesa degli obiettivi identificati.

Rispetto al negoziato, la mediazione offre una 'sponda' in più, cioè la presenza di un terzo neutrale, il mediatore.

Molti nostri colleghi hanno un iniziale moto di sospetto per tale 'intruso', non capendone l'utilità e considerandolo magari più di ostacolo che di aiuto. Altri hanno, al contrario, aspettative eccessive, nel senso che si aspettano che il mediatore 'risolva' lui la situazione.

Personalmente credo che mediazione possa offrire uno strumento utile (che affianca e non sostituisce altri strumenti, quali il ricorso al giudice) per la gestione di un conflitto. In molti casi ho riscontrato che era lo strumento più utile, perché dava modo al mio cliente di 'controllare' la gestione di rapporti difficili in modi che mai si sarebbero potuti verificare in tribunale o davanti ad un arbitro.

In effetti, la mediazione ha nel novero di tutti i sistemi di gestione del conflitto, dei tratti propri, assolutamente caratteristici: è l'unico contesto in cui gli interessati possono sentirsi realmente, ed essere, protagonisti nell'identificazione delle soluzioni a loro più convenienti; possono avere - come si usa dire - *voice and choice*, opportunità di "parola" e "scelta", in un'interazione ravvicinata in cui la comunicazione è resa possibile.

L'intervento dell'avvocato è prezioso, soprattutto in riferimento al secondo di detti elementi.

Ora, per concludere, quale è il modello di mediazione, fra quelli sopra citati in cui meglio l'avvocato può svolgere il suo ruolo?

⁹ Per tutti v. Fisher, R., & Ury, W. (1981). *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*. Boston, MS, USA: Houghton Mifflin (trad. it. *L'arte del negoziato*, Corbaccio, 2007).

¹⁰ Nell'esperienza fatta da Quadra, centro di mediazione trasformativa che lavora in collaborazione con l'Institute for the Study of Conflict Transformation di New York, il *think-tank* ufficiale del movimento, il tasso di "successo" (per usare il termine usato dal decreto 28/2010 per indicare mediazioni concluse con un accordo), relativo al periodo aprile 2011/giugno 2012, è stato ben del 85% contro un 48% registrato a livello nazionale (dove, pur in assenza di studi può ritenersi vengano impiegati i soli approcci valutativo e facilitativo *problem-solving*).

Il modello 'valutativo' parrebbe a prima vista invitante, anche per la familiarità che l'agire del mediatore ha con l'espressione tipica della professionalità dei legali (valutare e dare consigli). In realtà, è un dato acquisito d'esperienza che un mediatore valutativo risulta generalmente assai poco utile: in primo luogo, può dire difficilmente cose che le parti già non sappiano e che i legali non abbiano già soppesato; in secondo luogo, egli/ella tende a sostituirsi in qualche modo ai legali, inevitabilmente delegittimandoli e prendendo una posizione che incide sulla sua neutralità (immaginate un mediatore che se ne esca con *"Dopo aver valutato la situazione direi che le pretese di A hanno poche possibilità di venir accolte in un'eventuale causa ..."*, quando questo parere viene reso sulla base di una analisi più limitata della situazione, rispetto a quella fatta dal legale di parte che viene così sconfessato);, ma soprattutto, limita fortemente la potenzialità unica della mediazione cui sopra ho accennato, deresponsabilizzando le parti rispetto alle scelte che esse debbono fare e spingendole invece a muoversi nella direzione che il mediatore ritiene giusta. Nonostante tale modello caratterizzi molte mediazioni istituzionali ed negli USA sia particolarmente diffuso nell'ambito di procedimenti court-annexed, la letteratura più accorta ne evidenzia i forti limiti ed in taluni casi è arrivata a sancirne l'anatema¹¹.

Il modello facilitativo problem-solving presenta per i legali di parte, imbarazzi ancora maggiori. Essendo l'azione del mediatore volta al raggiungimento di un accordo (che contemperi gli interessi diversi), inevitabilmente il legale è percepito come figura d'ostacolo, un potenziale 'piantagrane'. Tecniche specifiche vengono impiegate dai mediatori problem solving per evitare che la possibilità di un accordo deragli a causa delle perplessità dei legali. Ricordiamoci che, in questo modello, il mediatore se non controlla il risultato – come si dice – dev'esser invece ben in controllo del procedimento (di qui l'uso di sessioni separate, tecniche di reframing, controllo della tempistica, ...). Personalmente sono stato formato in tale modello, l'ho insegnato e praticato per anni e posso dire che spesso mi sono sentito manipolativo, nei confronti delle parti ma soprattutto dei loro legali. Non è francamente un contesto in cui ora mi piace trovarmi, in veste di consulente di parte.

Il modello trasformativo presenta, invece, alcuni tratti rassicuranti, per gli avvocati che assistono le parti. Secondo il modello, la mediazione è concepita, come sopra accennato, come *"un processo in cui un terzo lavora con le parti in conflitto per aiutarle - mentre analizzano e discutono le questioni sul tappeto e le possibilità per la loro risoluzione - a cambiare la qualità della loro interazione conflittuale da negativa e distruttiva in positiva e costruttiva"* ed il ruolo del mediatore consiste *"nell'aiutare le parti fanno a compiere dei passi verso un'interazione positiva (empowerment e recognition shifts), sostenendole mentre mettono in atto (nella discussione, in fase decisionale, mentre comunicano o prendono posizione, ed in genere in tutto ciò che fanno) le loro capacità di autodeterminazione e risposta"*¹². In tale contesto, l'azione del mediatore è focalizzata sul rapporto (interazione) fra le parti, non sul contenuto dei problemi specifici che vengono affrontati. Ciò permette ai legali di esser totalmente 'padroni del campo', per quanto attiene la valu-

¹¹ Kovach, K. K., & Love, L. P. (1996). "Evaluative" Mediation Is an Oxymoron. *Alternatives to High Cost Litigation*, 14 (3).

¹² Bush, R. A., & Folger, J. P. (2010), op. cit.

tazione tecnico-legale relativa a detti problemi. Il legale è poi considerato dal mediatore trasformativo comunque come un partecipante all'interazione, cui deve esser assicurata *voice* e *choice* e quindi non vi è alcun tentativo di escluderlo, anche con la manipolazione del procedimento (il cui controllo è rigorosamente lasciato alle parti stesse).