



Vale la pena ricordare queste radici, con giusto orgoglio, quando si descrive il fiorire del movimento ADR negli Stati Uniti negli anni '70 del secolo scorso. È quindi giusto sottolineare come la saggezza intrinseca al "saper mediare" abbia origini antiche che hanno viaggiato per terre ed oceani nel corso dei secoli, non a caso sfruttando le rotte commerciali.

È sulle basi normative sopra menzionate che prende le mosse l'esperienza moderna delle Camere di Commercio nel campo della mediazione e, cosa che più interessa ai fini di questo scritto, l'esperienza della Camera Arbitrale di Milano.

Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano (CAM) è un'**azienda speciale** della Camera di Commercio di Milano.

NOTABENE  
Per informazioni di dettaglio, è possibile consultare il sito [www.camera-arbitrale.it](http://www.camera-arbitrale.it) e le pagine dedicate alla mediazione all'indirizzo [www.conciliazione.com](http://www.conciliazione.com).

Operativa dal 1986, inizia la propria attività offrendo **servizi di arbitrato**. Si tratta di uno strumento disciplinato dagli articoli 806-840 del codice di procedura civile, ampiamente utilizzato a livello nazionale e internazionale e pensato per la gestione di controversie

aventi un certo grado di complessità. L'intervento di CAM in questo settore assolve ad un duplice obiettivo. Da un lato si intendono calmierare le tariffe in un "mercato" estremamente costoso, così da rendere lo strumento affrontabile anche alle piccole media imprese di cui è ricco il territorio milanese e nazionale. Sotto un altro aspetto, si avvia un'esperienza fino a quel punto molto ridotta in Italia, dell'arbitrato amministrato, ovvero gestito sulla base di un regolamento accettato dalle parti presso un'istituzione appositamente strutturata per offrire un'alternativa all'arbitrato *ad hoc*, offerto presso gli studi professionali. Si tratta di una mossa che nel tempo sarà apprezzata da buona parte della comunità legale milanese e italiana e da tutti coloro, parti e operatori del diritto, interessati a ricevere un arbitrato di qualità.

A seguito del consolidarsi dell'esperienza sul fronte dell'arbitrato, e nell'ottica di dare un'attuazione al compito attribuito dalla legge 580/1993 alla Camera di Commercio di Milano, CAM viene incaricata di creare un servizio *ad hoc* per la composizione delle controversie tra imprese o tra queste ultime e i consumatori. Nel gennaio 1996 apre i battenti lo **Sportello di Conciliazione** (solo qualche anno dopo cambierà il nome in Servizio). È il primo ufficio destinato a questo scopo in Italia, un organismo di mediazione *ante litteram*, come si scoprirà negli anni a venire.

In Italia la percezione del fenomeno mediazione, nel corso degli anni, è molto cambiata. Nel 1996 si parlava di conciliazione, più che di mediazione, guardando ad essa come uno strumento utile soprattutto per gestire le con-

troversie di piccolo valore e, in particolar modo, quelle che coinvolgevano i consumatori. Solo negli anni successivi è maturata una nuova sensibilità, grazie ad un consenso progressivamente crescente. A favorire questa evoluzione il concorrere di diversi fenomeni: una pressione crescente da parte del legislatore italiano ed europeo, affiancata da un'evoluzione del mercato dei servizi legali (maggior numero di professionisti, maggiore apertura verso nuove frontiere del diritto), dalla crisi economica che ha probabilmente spinto alcuni clienti a guardare con occhi diversi alle spese legali, al diffondersi di una cultura della mediazione presso alcune università e presso tante istituzioni e organizzazioni private.

Camera Arbitrale di Milano ha sempre cercato di sostenere questa evoluzione, con iniziative divulgative, promozionali, informative e formative, sempre caratterizzate dalla volontà di offrire uno standard di qualità elevato.

Camera Arbitrale di Milano **oggi** offre un'ampia gamma di servizi di mediazione, ivi inclusi quelli rivolti alla gestione di conflitti transnazionali, consumeristici e derivanti da controversie sorte online. Tra queste attività la più significativa e radicata è senz'altro quella connessa alla mediazione ex Dlgs 28/2010, più comunemente definita mediazione civile e commerciale.

Le considerazioni che seguono sono specificamente riferite a questa tipologia di mediazione anche se non mancheranno, inevitabilmente, riferimenti incrociati al più ampio universo degli strumenti ADR.

## 1.2 Il modello di mediazione CAM

Si parla comunemente di mediazione riferendosi ad un unico strumento, sulle cui regole di funzionamento e tecniche di gestione tutti o almeno la maggioranza dei pratici concordano. In realtà così non è. Esistono **diversi tipi di mediazione** in ambito civile e commerciale, familiare, sociale, penale per limitarsi alle principali "famiglie". E, all'interno di ciascuna di esse, esiste una **pluralità di modelli di riferimento**: facilitativo, valutativo, trasformativo, giusto per accennare a quelli che raccolgono maggiore consenso in ambito civile e commerciale. Se si scende al livello del singolo mediatore, vi sono quelli più fedeli ad un solo modello e ad altri più flessibili nell'adattarsi a seconda del caso concreto. Si aggiunga, infine, che ciascun mediatore ha un proprio stile che non sempre ricalca i dettami astratti della teoria ma che è più frutto dell'istinto e dell'esperienza maturata sul campo. Bisogna poi considerare il contesto normativo di riferimento (si pensi alla mediazione civile commerciale per la quale, in alcune materie, è previsto l'esperimento obbligatorio di un primo incontro di mediazione) che certamente orienta il comportamento del mediatore e delle parti. Vi sono, infine, le parti stesse, con le loro legittime richieste

ed aspettative che condizionano in misura rilevante lo svolgimento pratico di un incontro di mediazione.

Davanti a questo gran numero di possibili varianti, cosa resta dell'idea di una mediazione unica? Non molto, si potrebbe dire. A questo si aggiunga il fatto che mediazione e studio delle tecniche di composizione dei conflitti si adeguano al trascorrere del tempo e all'accumularsi dell'esperienza. Alcune affermazioni di principio circa il corretto svolgimento di una mediazione possono mutare nel corso degli anni. Per fare un esempio, la partecipazione dei legali in mediazione è passata dall'essere fortemente sconsigliata a diventare prassi talvolta utile fino ad essere considerata, in tempi più recenti, un'assoluta necessità nella gestione di alcune controversie. Oppure si pensi alla gestione degli incontri separati, un tempo cardine imprescindibile di una mediazione civile e commerciale, la cui importanza è oggi valutata diversamente da molti mediatori, a seguito dell'esperienza concreta.

**INSINTESI**

In un panorama di grande ricchezza teorica, e forse bisognerebbe anche parlare di confusione, con la sovrapposizione di varie correnti di pensiero e, purtroppo, un certo grado di improvvisazione da parte di mediatori e organismi di mediazione, sembra necessario fissare alcuni punti fermi.

Le pagine che seguono intendono fornire ai mediatori delle linee guida utili a comprendere alcune caratteristiche generali della mediazione secondo il punto di vista di CAM. Le considerazioni sono suddivise in due parti:

- la prima è dedicata a un inquadramento teorico della mediazione;
- la seconda, dal tenore molto operativo, tenta di tradurre in pratica concreta le indicazioni da adottare per la gestione dell'incontro di mediazione, compresa la sua tanto discussa fase introduttiva (il cd "primo incontro" di mediazione).

### 1.3 I perché di un modello targato CAM

È opinione piuttosto diffusa che la mediazione sia basata sulla richiesta di una "libertà d'azione" necessaria al mediatore per decidere come e cosa fare a seconda delle necessità concrete del momento. Bisogna però considerare che avere un modello di mediazione non deve necessariamente significare imbrogliare il mediatore. Al contrario, un modello, almeno nell'accezione che qui si presenta, intende fornire al mediatore e alle sue modalità di intervento alcune motivazioni logiche. L'assenza di un modello di riferimento, poi, sembra richiamare l'idea – forse anche il desiderio – che nel corso della mediazione il mediatore possa operare in qualsiasi modo con il solo obiettivo di raggiungere il risultato finale.

Per costruire un modello di mediazione occorre partire da un'osservazione

empirica e lavorare a ritroso per descrivere alcuni aspetti di una realtà, stabilendo tra questi una relazione logica. Il modello fornisce la struttura dell'intervento di mediazione cercando di giustificare, date alcune premesse, le prassi operative.

La struttura di cui stiamo parlando non intende avere la presunzione di ritenersi

definitiva. Al contrario deve possedere una sufficiente elasticità per rimettersi in discussione dopo l'esame della pratica. Il modello diventa quindi un momento generativo di un modo di operare che troverà nella pratica l'elemento di verifica per confermarsi o modificarsi.

Avere un modello di mediazione non è una necessità imprescindibile. Fino ad oggi, anzi, i mediatori sono riusciti a compiere con serenità il proprio compito. Ma la mancanza di una riflessione sulla cornice teorica rischia di ridurre quest'ultima ad una meccanica e inutile modalità di risoluzione dei conflitti non inserita all'interno di una logica di senso.

Un modello di mediazione significa anche effettuare una scelta di campo in ordine alla formazione e alle modalità per selezionare i mediatori. Perché formare mediatori, insegnando loro alcune "tecniche" se poi la mediazione viene svolta senza un metodo definito? Senza punti di riferimento espressi risulta complesso anche procedere a una valutazione sensata di un candidato durante una selezione. Ad ogni giudizio si potrebbe opporre una giustificazione del proprio agito, rendendo totalmente inesistente il confine tra ciò che si deve ritenere corretto e ciò che non lo è. **Definire un modello di riferimento significa compiere una scelta di campo**, decidendo di differenziare comportamenti auspicabili per una buona conduzione della mediazione da altri meno graditi. Scopo ultimo di un modello di mediazione è quello di creare una modalità operativa comune a cui tendere, garantendo una libertà di movimento necessaria per adeguarsi alle situazioni concrete. Un modello costringe a una libertà controllata; impone scelte per combattere l'idea che in una mediazione si possa fare qualsiasi cosa. Per costruire un modello di mediazione è necessario porre alcuni quesiti.

#### **Che cos'è la mediazione? Di quali dispute si occupa? Qual è il suo scopo?**

Sino all'entrata in vigore del Dlgs 28/2010, definire la natura della mediazione non era così semplice come poteva sembrare a prima vista. Il termine "mediazione" era sostituito dalla parola "conciliazione" che identificava lo strumento di risoluzione delle controversie di cui discutiamo. Conciliazione richiamava immediatamente l'idea della soluzione della controversia, del momento finale, tralasciando – quantomeno semanticamente – il percorso che stava nel mezzo.

#### NOTABENE

Disegnare un modello di mediazione significa descrivere una serie di modalità "appropriate" di praticare la mediazione, senza avere la pretesa di dettare ogni singolo passo o movimento ma almeno di fissare alcuni paletti entro cui potersi muovere con consapevole autonomia.



Guardandola da vicino, per ora in modo superficiale, la mediazione *ex* Dlgs 28/2010 non vuole avere una struttura univoca mirando, con l'assistenza del mediatore alle parti, alla soluzione della controversia, anche attraverso l'"autocomposizione" voluta dalle parti o attraverso una proposta risolutiva che il mediatore farà alle parti stesse, che potranno accettarla o meno. La mediazione commerciale accetta quindi, nella sua natura, la compresenza di forme facilitative e aggiudicative e che l'antecedente necessario dell'attività di mediazione è una controversia che oppone le parti. Scopo della mediazione è di risolvere la controversia. Un altro tentativo di definizione della mediazione civile e commerciale è quello contenuto nell'articolo 3 della direttiva 2008/52/Ce, dove è definita come un procedimento che, comunque sia chiamato, ha una struttura in cui le parti tentano, esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo per risolvere una controversia attraverso l'aiuto di un mediatore. In modo molto simile si propone la definizione della legge modello Uncitral che individua nell'assistenza alle parti di un terzo e nel tentativo di raggiungere un accordo gli elementi essenziali per giungere alla definizione della disputa.

La dottrina non ha modificato di molto la portata degli elementi definitori contenuti nella normativa, identificandoli nell'attività del terzo che assiste le parti per il raggiungimento di un accordo che risolva la controversia.

Bisogna andare oltre e soffermarsi anche su quelle **definizioni "socio-umanistiche"** che, apparse agli albori delle riflessioni sul tema, hanno contribuito a segnare alcune delle tappe fondamentali del suo sviluppo. Tra le più significative quelle di Bonafé-Schmitt e di Castelli. L'autore francese, in uno dei primi testi dedicati alla mediazione, la definisce come un processo

«il più delle volte formale con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti di permettere a queste ultime di confrontare i loro punti di vista e di cercare, con il suo aiuto, una soluzione al conflitto che le oppone» (J.P. Bonafé-Schmitt, *La Médiation: une justice douce*, SyrosParis 1992).

Similmente Castelli definisce la mediazione come un processo teso alla riduzione degli effetti indesiderabili di un conflitto, così da poter tentare di ristabilire il dialogo tra le parti per cercare di realizzare un progetto di riorganizzazione delle relazioni il più possibile soddisfacente per tutti. Per il raggiungimento di questo obiettivo, le parti devono riappropriarsi, attraverso l'attività di mediazione, della loro capacità decisionale.

Guillaume-Hofnung, dopo aver delineato i punti principali della mediazione e cioè la presenza di un terzo e della libertà che deve caratterizzare la scelta della mediazione, punta l'attenzione sulla riattivazione del canale comunicativo interrotto tra le parti.

Da queste definizioni emergono gli elementi essenziali: cardini dell'approccio

“negoziale commerciale” risultano essere l’assistenza del terzo che facilita alle parti il raggiungimento di un accordo risolutivo. Nella rappresentazione che potremmo definire “socio-umanistica” l’obiettivo principale della mediazione si riassume nella riattivazione di canali comunicativi interrotti affinché le parti, attraverso un dialogo nuovamente possibile, modifichino positivamente la loro relazione; l’ambito in cui ci si muove non è più la controversia ma il conflitto.

### **Quali differenze e quale compatibilità tra la controversia e il conflitto?**

L’analisi etimologica può venirci in aiuto: *controversus* significa “discutibile”, ovvero discussione in cui due posizioni contrapposte si confrontano. Il conflitto deriva dal *cum fligere* e cioè dall’urtare due cose, l’una contro l’altra, ovvero uno scontro ma pure un incontro.

Si parla in entrambi i casi di una **contrapposizione di posizioni** che, nel primo caso, è resa discutibile e “contraddetta” per il tramite dell’ascolto dell’altro, mentre nel secondo sembra che non ci sia questa possibilità. In realtà la relazione tra la controversia e il conflitto è di reciproca cooperazione e sovrapposizione. Nell’esperienza pratica della mediazione, il piano della controversia è intimamente connesso a quello del conflitto. Si pensi alla discussione che repentinamente sfocia in un conflitto violento (magari non solo a parole). Il conflitto commerciale, come tutti i conflitti, si caratterizza per una natura “molteplice”: qualsiasi conflitto sarà perciò un fenomeno articolato che contiene aspetti giuridici, economici e personali. Si ricordi l’immagine dell’iceberg, tanto cara a chi si occupa di esplorazione degli interessi negoziali, laddove la parte sommersa della montagna di ghiaccio è quella di maggiore dimensione eppure nascosta agli occhi dell’osservatore esterno. Smentirne questa complessità e affermare che una controversia è, alla fine, una mera “questione di soldi” è banalizzare la dimensione umana della relazione tra le parti.

Per questa ragione **mediare comporta occuparsi del conflitto nella sua complessità**.

Se così è, allora è necessario compiere un’ulteriore riflessione verso quello che dev’essere lo scopo della mediazione: uno strumento di risoluzione dei conflitti o qualcosa di più e di diverso? Chi pratica la mediazione quotidianamente sa che la ricerca dell’accordo è solo uno dei possibili obiettivi del proprio operato perché le stesse parti esprimono al mediatore la necessità di aiutarle in un’opera che sia non solo di risolvere ma molto spesso di allargare l’oggetto del confronto, di rendere talvolta più complesso e articolato il dialogo anziché ridurlo ad una somma, ad un mero punto di incontro.

Questo grado di complessità della vicenda, che pure varia a seconda dei casi, spinge alla conseguente considerazione che la mediazione non debba tanto puntare alla mera risoluzione del conflitto. In mediazione le parti, con l’aiuto del mediatore, devono lavorare per trovare spazi di ascolto e comunicazione

comune. È quindi fondamentale che la costruzione di uno spazio di consenso comune derivi dalle parti. Efficace la metafora che proviene dal mondo della chimica, dove il mediatore assume il ruolo di catalizzatore, soggetto che accelera la reazione tra le parti, pur restando inalterato al termine del processo, al contrario dei reagenti, che si consumano nel corso del medesimo. È in questo passaggio e nell'evoluzione da un rapporto a due, in cui il terzo agisce per ristabilire l'ordine attraverso l'applicazione di una regola che nasce al di fuori, ad un rapporto a tre nel quale ogni decisione è basata sul consenso dei protagonisti. Il terzo-mediatore aiuterà quindi le parti nella costruzione di una regola, comune e condivisa, che originerà non dal semplice desiderio risolutivo ma dal governo della complessità del conflitto che sarà stato assunto, gestito e che sarà, auspicabilmente, pronto per una soluzione.

A questo punto possiamo provare a definire un ultimo, essenziale, tassello: **muovere verso la consensualità** richiede la scelta volontaria delle parti di rivolgersi alla mediazione.

In questa prospettiva, densa di significati è l'attività di assistenza del mediatore, che si prende cura dei confliggenti, delle loro necessità dei loro bisogni, anzitutto con la riattivazione della comunicazione, con l'eventuale gestione degli elementi umani, emotivi e relazionali del conflitto e con l'aiuto nella costruzione di uno spazio dialogico dove possa prendere corpo un accordo che scioglia (risolva) i nodi del problema divenuto discutibile.

In sintesi, la **definizione** che qui proponiamo è la seguente:

«la mediazione è anzitutto un percorso (un processo) che ha ad oggetto conflitti con l'auspicabile scopo di permettere alle parti di trovare un accordo senza che questo debba essere raggiunto "ad ogni costo"».

#### 1.4 Le linee guida per la gestione del primo incontro

L'analisi viene compiuta sia per quanto riguarda le finalità del primo incontro sia per quanto concerne le modalità operative di gestione dello stesso, nell'ottica di offrire ai mediatori uno strumento di orientamento pratico.

Dopo una sintetica individuazione di alcune problematiche connesse all'impianto normativo di riferimento, analizzeremo le principali variabili che condizionano l'organizzazione del primo incontro.

##### 1.4.1 Normativa e problematiche

Il Dlgs 28/2010, come modificato dalla legge 98/2013, prevede ora all'articolo 8, comma 1 (terzo periodo) quanto segue: «Durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della media-

zione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento».

La modifica normativa introdotta è importante sotto più aspetti. Essa ha creato uno spazio intermedio di "riflessione" prima della mediazione per superare le forti resistenze sollevate riguardo la cd. "mediazione obbligatoria" in ordine ai costi che le parti erano costrette a sostenere.

L'introduzione di questa modalità di mediazione ha sollevato più di un'obiezione, è stata ampiamente dibattuta nelle pubblicazioni di settore e certamente sarà oggetto di ulteriori approfondimenti in futuro. Si tratta di obiezioni tanto più vive se connesse alla previsione di un'altra innovazione, ben nota ai mediatori e agli organismi (articolo 17, comma 5 *ter*: «Nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione»).

Secondo alcuni non si concretizzerebbe in un momento preparatorio di mediazione quanto nel primo *step* formale della mediazione, tanto è vero che partecipandovi la condizione di procedibilità prevista dall'articolo 5, comma 1 *bis*, viene soddisfatta.

Secondo altri, non esisterebbe neppure un vero primo incontro, trattandosi in realtà di una mera fase interlocutoria che non darebbe luogo ad una mediazione vera e propria.

Il quadro di riferimento, come detto, è piuttosto complesso e in continua evoluzione. Su questo presupposto, quali possono essere le indicazioni pratiche da fornire ai mediatori?

#### 1.4.2 Variabili

L'organizzazione del primo incontro di mediazione è condizionato da molte variabili che vanno ad influenzarne lo svolgimento e l'esito. Proviamo, qui di seguito, ad elencarne le **principali**:

- orientamento del mediatore circa le finalità del primo incontro;
- orientamento dell'organismo di mediazione circa le finalità del primo incontro;
- conoscenza delle parti e dei loro avvocati dell'istituto della mediazione e delle sue finalità;
- oggetto e/o valore della controversia in discussione;
- costo per la partecipazione all'incontro di mediazione;
- contesto conflittuale;
- tempo a disposizione;
- spazio a disposizione.

Si tratta di **elementi tra loro intimamente connessi** per cui l'analisi autonoma di ciascuno deve comunque poi essere ricondotta ad un quadro generale.

Le considerazioni che seguono sono, in larga parte, frutto dell'analisi del comportamento dei mediatori, avendo riguardo al *feedback* da loro dato a seguito dei singoli incontri.

**Orientamento del mediatore circa le finalità del primo incontro.** Entrare nel merito o limitarsi a dare informazioni di carattere generale e attendere la decisione delle parti? Alcuni mediatori ritengono sia poco produttivo avviare un incontro di mediazione senza prima **essere certi dell'effettiva volontà delle parti** di proseguire. Questo non tanto per il pur comprensibile timore di non ricevere il compenso per l'attività svolta quanto per il fatto che un percorso di mediazione può iniziare logicamente solo nel momento in cui le parti sono effettivamente impegnate nel lavorare con il mediatore. Diversamente, c'è il rischio che si crei una zona d'ombra nel quale il tentativo di mediazione può svilupparsi in modo incoerente, soprattutto se si è deciso che il primo incontro abbia una durata predeterminata. Una dimostrazione pratica si ha quando le due parti iniziano l'incontro scambiandosi accuse miste a proposte transattive in modo non organico, tipico del negoziato competitivo. Si osserva come, in non pochi casi, le parti sfruttino l'occasione fornita dal primo incontro per intavolare una trattativa fuori dalla mediazione stessa.

Tutte queste ragioni, cui occorre aggiungere una legittima tutela della dignità del mediatore e della mediazione, suggeriscono di evitare di svolgere attività di mediazione fin quando le parti non abbiano manifestato la propria intenzione di prendervi parte.

L'esperienza ha quindi suggerito ad alcuni mediatori di non varcare questa linea immaginaria e limitarsi a fornire informazioni a carattere generale e a rispondere a ogni domanda formulata dalle parti per poi passare a formalizzare la decisione delle parti.

Ma è sufficiente questa condotta per dare alle parti elementi utili? Talvolta può non esserlo.

Su questa ragione si fonda l'orientamento di chi, tra i mediatori, preferisce **esplorare più in profondità le ragioni del conflitto**, articolando un processo teso ad indagare, quantomeno, il perimetro della vicenda e le caratteristiche di "mediabilità", ovvero di comprendere se, a prescindere da una volontà formale espressa dalle parti, esistano degli elementi oggettivi su cui poter ipotizzare di costruire un proficuo incontro di mediazione.

**Orientamento dell'organismo di mediazione circa le finalità del primo incontro.** Sorge spontaneo un quesito: se i mediatori seguono diversi approcci, può l'organismo di mediazione indicare ai propri mediatori la condotta da seguire oppure orientarne le modalità di gestione onde ottenere comportamenti rife-



incontri nell'arco della stessa giornata per ottimizzare gli spazi a disposizione. Al tempo stesso, vanno però temperate le esigenze delle parti. Si ponga il caso di coloro che, provenienti da fuori città, siano coinvolte in un primo incontro. Una lunga e costosa trasferta diventerebbe di certo antieconomica nel caso in cui si rivolgesse nella semplice formalizzazione della volontà delle parti di procedere ad un incontro di mediazione... da rinviarsi ad altra data! Anche questi sono quindi elementi da considerare per definire un corretto approccio al primo incontro di mediazione.

#### 1.4.3 Possibili strategie

Analizziamo ora alcuni accorgimenti pratici utilizzati da organismi di mediazione e mediatori che sembrano meritevoli di approfondimento:

- **utilizzare incontri separati.** Più di un mediatore ha adottato la strategia di incontrare separatamente fin dall'inizio dell'incontro le parti conducendo quindi una sorta di "doppio primo incontro" parallelo. Come si sa, i caucus servono a fare emergere informazioni e considerazioni che le parti possono non aver piacere di esternare in una seduta congiunta;
- **incontrare separatamente gli avvocati.** In molti casi le resistenze provengono dai pregiudizi che alcuni avvocati possono nutrire nei confronti della mediazione. Un dialogo franco e diretto tra mediatore e avvocati può risultare efficace per affrontare temi particolarmente delicati (l'utilità della mediazione, il compenso dell'avvocato);
- **contatto preventivo delle parti da parte del mediatore.** È prassi consolidata che, presso gli organismi di mediazione camerale, la fase preparatoria sia svolta da funzionari interni all'organismo di mediazione. In caso di presenza di avvocati, questa attività potrebbe essere svolta preventivamente anche dal mediatore, di concerto con l'organismo di mediazione. Si tratta di una scelta che, se limitata alla mera presentazione del mediatore, potrebbe sortire esito positivo perché permetterebbe di intercettare preventivamente dubbi e perplessità in capo ai legali delle parti e concertare in anticipo le migliori modalità di gestione del primo incontro di mediazione.

### 1.5 Le linee guida per la gestione di un incontro

Queste linee guida si prefiggono di individuare una serie di principi necessari alla corretta gestione di un incontro di mediazione.

Molti di essi sono da considerarsi inderogabili. Diversamente, è stata indicata l'opportunità di conformarsi all'indicazione o le diverse opzioni da prendere in considerazione.

### 1.5.1 Introduzione e temi preliminari

L'obiettivo dell'attività del mediatore è mettere le parti nelle condizioni migliori per raggiungere il loro accordo. Il raggiungimento dell'accordo (o conciliazione) non deve pertanto essere considerato dal mediatore un obiettivo cui pervenire ad ogni costo.

**La "proposta" del mediatore.** Qualunque approccio alla mediazione, ivi compreso quello valutativo, è da considerare come una delle possibili modalità di gestione dell'incontro di mediazione, ma non può spingersi oltre il limite della proposta "formale" alle parti, come concepita dal Dlgs 28/2010.

Questo significa che il mediatore potrà formulare una **proposta scritta e formale** alle parti solo quando ricorrono tutte le seguenti **condizioni**:

- tutte le parti chiedono la proposta;
- ogni altro approccio di gestione dell'incontro è fallito;
- il mediatore ritiene che vi siano condizioni obiettive per formulare tale proposta.

**Rispetto del Codice etico.** Imparzialità, neutralità e indipendenza e riservatezza sono **principi fondanti** per il mediatore e vanno rispettati e agiti nel corso di qualunque mediazione.

Si ritiene perciò imprescindibile per un mediatore interrompere la propria attività nel momento in cui, a causa della mancanza di tali requisiti, la mediazione non possa essere condotta nel rispetto di tali principi.

Il mediatore è neutro rispetto alle forze presenti al tavolo della mediazione e non è suo compito intervenire per riequilibrare una relazione tra due o più parti.

Nel caso in cui il mediatore ritenga di trovarsi al di fuori del proprio campo di competenza e ritenga quindi opportuno l'intervento di altro professionista o del giudice, ha l'obbligo di comunicarlo alle parti.

La violazione di tali principi rappresenta un elemento di particolare gravità per il mediatore.

### 1.5.2 Comunicazione, negoziazione e gestione delle dinamiche conflittuali

È compito del mediatore riattivare la comunicazione tra le parti (o verificare che la comunicazione sia già attiva) e gestirla in modo efficace per l'intero incontro di mediazione.

**Ascolto attivo**, capacità di **parafrasi**, **reformulazione** e **sintesi** sono parti integranti di una **comunicazione efficace** e, di conseguenza, sono elementi fondanti di ogni mediazione.

L'uso delle domande, in particolare delle domande aperte, è parte integrante di

un processo di comunicazione efficace. Sarebbe preferibile utilizzare in prima istanza domande aperte che consentono di dare più spazio alle parti per il racconto del loro punto di vista.

Allo stesso tempo egli deve comunque utilizzare anche altri tipi di domande (chiusure, circolari) nel corso della mediazione, senza che queste debbano necessariamente essere poste in un dato momento della mediazione.

Il mediatore dovrebbe comunque considerare tale attività come coerente e funzionale allo svolgimento di un'attività esplorativa.

NOTABENE

La mediazione è basata sulla capacità del mediatore di gestire la comunicazione, propria e tra le parti. Questo significa che in ogni momento dell'incontro il mediatore deve avere cura di ogni aspetto della propria comunicazione, verbale e non verbale.

**Rispetto della volontà delle parti.** Il mediatore non deve in alcun modo esercitare pressione nei confronti delle parti.

Si intende, come pressione, qualsiasi condotta del mediatore idonea a spingere le parti verso una soluzione ritenuta valida dal mediatore.

La **negoziatura** è una **fase eventuale** della mediazione che dipende dalla volontà delle parti di raggiungere – e quindi negoziare – un accordo. Il mediatore deve accertarsi di quali siano le necessità delle parti facilitandone il soddisfacimento.

Nei casi in cui sia prevalente l'aspetto economico e sia elevato l'interesse per le parti al raggiungimento di un accordo, il pervenire ad una fase negoziale è, in genere, il logico approdo dell'iter del mediatore.

È opportuno che il mediatore verifichi l'effettivo interesse delle parti a negoziare; di conseguenza, non dovrà in alcun modo forzarle in questa direzione.

**Capacità di esplorazione.** Lo svolgimento della fase esplorativa è da ritenersi necessario in quanto nel corso di questa fase il mediatore dovrebbe facilitare l'**emersione dei reali bisogni delle parti**.

La fase esplorativa ha lo scopo di fare emergere ogni aspetto connesso al conflitto oggetto della mediazione.

Nella fase esplorativa il mediatore si propone di raccogliere le informazioni non direttamente esplicitate dalle parti e che devono quindi essere "scoperte" attraverso una ricerca specifica: interessi, bisogni, emozioni, informazioni riservate o comunque non emerse dall'esposizione delle parti.

È essenziale che il mediatore comprenda i bisogni e gli interessi di ciascuna parte. Questi non possono essere semplicemente presunti ma devono essere concretamente verificati in sede di incontro di mediazione.

**Generare opzioni di soluzione.** La **capacità di stimolare le parti** alla ricerca di soluzioni creative è qualità da apprezzare nel mediatore. È quindi opportuno

che il mediatore si prodighi nell'assistere le parti in questo senso. L'utilizzo di strumenti come il brainstorming e altre tecniche di creatività va in questa direzione.

**Gestione degli incontri separati.** L'utilizzo degli incontri separati (**caucus**) è senz'altro opportuno e in talune circostanze necessario. **Non** deve però essere considerato **elemento imprescindibile**.

Il mediatore può quindi condurre l'intero incontro di mediazione sempre in sessione congiunta.

NOTABENE

La "necessità" di organizzare un caucus potrebbe interrompere dinamiche virtuose che si sono create tra le parti.

Laddove si ritenga opportuno convocare il caucus, deve essere particolare cura del mediatore valutare una corretta tempistica.

**Strategie negoziali.** L'utilizzo di tecniche e strategie finalizzate allo sviluppo di una dinamica negoziale sono determinanti per un'adeguata conduzione della mediazione.

Rientra nella libera valutazione del mediatore quali tra queste utilizzare, come per esempio l'individuazione dell'area del possibile accordo (ZOPA) o la ricerca della migliore e peggiore alternativa all'accordo negoziato (BATNA e WATNA).

Si tratta di elementi imprescindibili quando il mediatore tenta di facilitare la trasformazione del negoziato da competitivo a collaborativo.

**Gestione delle dinamiche conflittuali.** Il mediatore deve occuparsi delle dinamiche conflittuali che possono essere agite tra le parti.

In primo luogo deve prestare attenzione al racconto delle parti per valutare se vengono espresse dinamiche conflittuali attuali o passate che possano interessare la mediazione.

Inoltre il mediatore deve:

- riconoscere le emozioni e saperle accogliere;
- considerarle (senza fini manipolatori) ai fini dello svolgimento della mediazione come elementi della controversia, al pari di tutti gli altri.

Nel caso di dinamiche conflittuali in cui la componente emotiva è molto accesa, il mediatore deve ricordare che le emozioni sono parte integrante del conflitto e non possono essere ignorate (se non per fondate ragioni specifiche).

La gestione delle emozioni può svolgere, infatti, un ruolo determinante nella maggior parte delle mediazioni.

Si evidenzia che l'incontro di mediazione è un intervento puntuale, collocato in un definito momento temporale che non va in alcun modo confuso con incontri di terapia o cura della persona.

### 1.5.3 Fase iniziale dell'incontro

**Accoglienza delle parti, presentazione e spiegazione della procedura:** è essenziale che il mediatore sia aperto e disponibile nei confronti delle parti fin dai primi istanti di un incontro di mediazione. È quindi importante mostrarsi accoglienti, per creare un clima di serenità, rispetto e fiducia.

Alcuni mediatori preferiscono prendere contatto telefonico con le parti prima dell'incontro di mediazione. Si tratta di un comportamento da evitare per non creare malintesi e dare la percezione che vi sia una preferenza nei confronti di una delle parti. È comunque possibile farlo in casi particolari e dietro espressa autorizzazione dell'organismo di mediazione.

Per quanto concerne la disposizione delle parti intorno al tavolo (**setting**) e ogni altra scelta del mediatore (per esempio, distanza tra le parti e il mediatore, cambio di seduta in base all'alternanza sessione congiunta, sessione separata) ogni mediatore CAM può considerarsi libero di adottare la strategia più opportuna.

La **verifica dei poteri**, svolta *prima facie* dal funzionario CAM, va comunque ribadita dal mediatore. Si tratta, va ricordato, di una verifica dei poteri **prettamente formali** cui ben difficilmente può seguire una verifica di quelli sostanziali (non all'inizio della mediazione, almeno).

Il **discorso introduttivo** è un **elemento cardine** della mediazione e come tale va svolto in modo accurato.

Non può essere omesso, anche quando le parti o i loro avvocati affermano di essere già a conoscenza della mediazione e del suo funzionamento.

Lunghezza e contenuti del discorso introduttivo possono essere adattati e selezionati in base alle esigenze del caso concreto.

In ogni caso è opportuno ricordare i seguenti **principi**:

- **volontarietà.** La natura volontaria della mediazione va sempre sottolineata e non solo nella fase introduttiva ma pure nel corso della mediazione;
- **riservatezza.** L'illustrazione della regola della riservatezza deve avvenire nel corso dell'introduzione (e va ribadita ad inizio e fine di ogni incontro separato);
- **regola della parola.** Si tratta di un elemento essenziale che non dovrebbe mai essere dimenticato, neppure nei discorsi introduttivi più sintetici;
- **ruolo del mediatore.** La funzione del mediatore e lo scopo dell'incontro di mediazione devono essere illustrate all'inizio dell'incontro;
- **valore dell'accordo.** Il valore dell'accordo da un punto di vista strettamente giuridico, va esposto alle parti in termini chiari e comprensibili;
- **regola del tempo.** Opportuno ricordarla alle parti ma, in tal caso il mediatore deve poi scrupolosamente rispettare l'equa distribuzione dei tempi, cosa che non sempre può essere garantita;
- **possibilità incontri separati (caucus).** È opportuno ricordare la possibilità che vengano svolti incontri separati, precisandone scopo e modalità di svolgimento.

Al fine di aiutare la creazione e il mantenimento di un clima accogliente per le parti è importante che il mediatore curi le modalità verbali del discorso introduttivo. Il principio già espresso in termini generali a proposito della comunicazione, trova qui una sua particolare manifestazione: **bisogna curare non solo il "cosa si dice" ma il "come lo si dice"**.

#### 1.5.4 Gestione dell'incontro

Alla mediazione partecipano tutte le parti, i loro legali, se presenti, il mediatore e, eventualmente, il funzionario del Servizio di conciliazione e i tirocinanti.

La mediazione può svolgersi secondo un susseguirsi di incontri congiunti e separati tra il mediatore e i diversi soggetti presenti al tavolo.

La sessione congiunta è l'occasione, sovente irripetibile, in cui il mediatore ha la possibilità di aiutare le parti ad ascoltarsi reciprocamente nella loro visione dell'accaduto, focalizzare i punti principali della problematica in base alle necessità che le parti stesse portano al mediatore, esplorare gli interessi e i bisogni delle parti, negoziare un accordo.

L'incontro di mediazione può dunque risolversi anche nello svolgimento di un'unica sessione congiunta.

Il mediatore e le parti possono valutare la possibilità di organizzare incontri separati, al fine di meglio o diversamente organizzare lo svolgimento della mediazione.

L'incontro separato offre al mediatore e parti l'opportunità di ritornare sulle tematiche già toccate in sessione congiunta, in un clima di maggiore confidenzialità e fiducia.

Una corretta gestione degli incontri separati deve preliminarmente passare attraverso l'illustrazione della regola della riservatezza interna. È opportuno che la regola della riservatezza vada ribadita ad ogni incontro separato.

Nella gestione degli incontri separati è sempre opportuno fare in modo che le parti abbiano a disposizione lo stesso tempo. Un'eccessiva disparità potrebbe essere mal percepita dalle parti.

Al termine di ogni incontro separato è opportuno che il mediatore proceda ad un corretto riepilogo delle informazioni raccolte. Un'adeguata verifica in tal senso, oltre a permettere una comunicazione efficace, consente di selezionare quali informazioni sia possibile trasferire all'altra parte.

#### 1.5.5 Conclusione dell'incontro

Le parti devono considerarsi libere di abbandonare il tavolo della mediazione qualora ritengano che non vi sia più interesse a proseguire l'incontro.

Nel caso in cui l'accordo venga raggiunto, **la redazione dell'accordo è responsabilità delle parti.**

I contenuti dell'intesa vanno quindi formulati e scritti sulla base di quanto espresso dalle parti nel corso dell'incontro. Il mediatore deve sentirsi responsabile del fatto che l'accordo raccolga l'effettiva volontà delle parti e che non sorgano dubbi in ordine a quanto scritto. Non spetta al mediatore giudicare l'equità dell'accordo ma è suo dovere verificare che le parti ne abbiano effettivamente compreso il valore.

A tal proposito, in caso le parti o una sola di esse non siano assistite dal proprio legale di fiducia, è doveroso che il mediatore inviti le parti a considerare l'eventualità di consultarsi con un professionista di propria fiducia prima della sottoscrizione.

La redazione materiale dell'accordo può essere fatta da chiunque dei presenti, mediatore incluso, senza che questo possa o debba essere percepito come una perdita di imparzialità.

Qualora l'accordo non venga raggiunto, è fondamentale che il fatto non sia prospettato alle parti come negativo in sé, quanto piuttosto come un possibile esito della mediazione, esito del quale è bene che le parti siano pienamente responsabili.

Le parti non vanno quindi colpevolizzate per il fallimento ma rese consapevoli delle alternative che a loro si aprono in caso di mancato accordo.

Il mediatore dovrebbe altresì enfatizzare la possibilità che la mediazione si possa riaprire o che comunque sia possibile, sui presupposti creati durante l'incontro, definire un'intesa successivamente.

