



Il primo incontro di mediazione e la *mediabilità* della lite.

Un modello in 5 step

Sommario

Il dato normativo	3
.....
La relazione illustrativa	3
.....
Gli interessi	4
.....
Le mediabilità della lite	5
.....
L'interpretazione teleologica e sistematica	5
.....
Uno strumento operativo	6
.....
1) Lo "stato" del conflitto	6
.....
2) L'importanza della relazione (prima della nascita del conflitto)	7
.....
3) Disponibilità delle parti al compromesso	8
.....
4) Interessi non giuridici prioritari	8
.....
5) Consenso informato su tempi, costi ed esito del giudizio	8
.....
Come misurare i fattori di mediabilità	8
.....
Ridondanza	8
.....
Uso del questionario	9
.....
Uso della dichiarazione di voler/non voler proseguire	9
.....

Il dato normativo

L'art. 84 del d.l. 69/2013 ha modificato l'art. 8 del d. lgs. 28/2010 introducendo la seguente disposizione: *“durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento”*.

Lo svolgimento di tale attività comporta l'avveramento della condizione di procedibilità ai sensi del comma 2 bis dell'art. 5 d. lgs. 28/2010 ed è essenzialmente gratuita in forza delle modifiche apportate all'art. 17 del d. lgs. 28/2010.

A livello di politica legislativa sembra abbastanza chiaro il tentativo del legislatore di scaricare su mediatori ed organismi quell'onere economico che nell'originaria formulazione del d.lgs. 28/2010 era invece posto a carico delle parti portando così alla declaratoria di illegittima costituzionale contenuta nella sentenza 24 ottobre - 6 dicembre 2012, n. 272.

Non interessa in questa sede indagare la legittimità dell'intervento legislativo che ha semplicemente spostato un onere da un soggetto ad un altro, quanto invece riflettere sulla sua portata concreta nella mediazione.

Esaminando il testo di legge sembrerebbe che l'incontro debba avere dei contenuti minimi che sono: 1) spiegare alle parti a cosa serve e come si svolge una mediazione e 2) chiedere alle parti se ritengono possibile iniziare la procedura appena illustrata.

Il tutto si potrebbe quindi ridurre ad un'esposizione di una manciata di minuti in attesa della reazione delle parti.

Posto in questi termini lo scenario appare quello di una sessione burocratica se non addirittura sterile, alimentata dalla scarsa motivazione che muove il mediatore che deve fare tutto ciò a titolo gratuito.

Ma è corretto ritenere che questo primo incontro possa davvero ridursi solamente a quanto appena illustrato?

La correttezza va intesa in più sensi: in senso giuridico, in senso tecnico (tecnica di negoziazione) ed in senso commerciale.

La relazione illustrativa

La disposizione è talmente scarna che - di per sé - potrebbe anche legittimare un'interpretazione per così dire “minimalista” come quella appena delineata. Leggendo tuttavia la pur non estesa relazione illustrativa¹ al d. l. 69/2013, si trovano spunti interessanti. Inizialmente si può leggere: *“incontro preliminare, informativo e di programmazione, in cui le parti, davanti al mediatore, verifichino con il professionista se sussistano effettivi spazi per procedere utilmente alla mediazione”*. Tra “possibilità” ed “effettivi spazi” c'è una qualche differenza? Prima di tutto la possibilità - a ben vedere - c'è sempre poiché se le parti sono presenti e ci sono gli avvocati, quale ostacolo reale potrebbe sussistere in grado di rendere impossibile la prosecuzione? Forse si tratta di un rifiuto perché a tutti gli effetti si tratta di stabilire se le parti *vogliono* proseguire. Senza affrontare il problema filosofico della categoria della *possibilità*, potremmo comunque notare una differenza con “effettivi spazi”: non si tratta infatti di semplici “spazi” (sì che in questo caso saremmo stati molto vicini al concetto di mera possibilità, per quanto improprio), ma di spazi effettivi, quindi reali e concreti: ma come si può comprendere se ci

¹ http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_2_1.wp;jsessionid=4403AFDF0157F6F8679233202B773711.ajpAL02?previousPage=mg_1_2_1&contentId=SAN943640

siamo dei meri spazi (possibilità) o spazi effettivi (realtà) nel breve volgere di qualche minuto?

La sensazione di incoerenza comincia ad aleggiare ed è ulteriormente rafforzata scorrendo la relazione: “ *primo incontro di programmazione, e cioè non meramente informativo, in cui le parti, unitamente al mediatore, verificano le concrete possibilità d’instaurare una trattativa sulla composizione non solo dei diritti ma molto più ampiamente degli interessi in gioco, così che si proceda oltre solo quando questa emerga*”.

Appare ora un limite negativo: quel che non deve essere un primo incontro.

Questo non deve essere meramente informativo; dunque il “compitino” su cos’è e come funziona la mediazione che ben può essere svolto nel monologo è l’inizio, un componente necessario, ma non sufficiente.

Occorre dell’altro: occorre verificare le “concrete possibilità” che a questo punto sono molto assonanti con “**spazi effettivi**”; tanto assonanti da chiedersi perché poi nel testo di legge la parola “concreta” sia stata omessa. In assenza di relazione l’interprete avrebbe forse potuto optare per il concetto di “mera possibilità”, ma in presenza di una relazione che quanto meno svolge una funzione integratrice, sembra doversi optare per qualcosa di più.

Gli interessi

Addirittura nella relazione c’è un riferimento espresso a quegli “**interessi**” che sono il sale della mediazione e che non sono facili da individuare e da gestire, giacché talvolta non sono chiari nemmeno alle stesse parti litiganti e meno ancora ai loro avvocati che sono esperti di diritto.

Individuare gli interessi è un lavoro delicato e complesso che non può essere svolto in poco tempo e sotto la pressione dell’orologio (o del portafoglio): eppure sembrerebbe che in questo incontro occorra verificare le concrete possibilità di trattare sugli interessi.

In teoria della negoziazione si distingue tradizionalmente tra interessi conflittuali o in competizione e interessi complementari. Nel primo caso le parti esprimono bisogni simili o uguali, ma di segno opposto: ad esempio una parte necessita di molto denaro e l’altra ne ha una scarsa disponibilità. Nel secondo caso invece una parte necessita di una soluzione veloce, ma non di molto denaro e l’altra parte ha una buona disponibilità sia di tempo ma non di denaro.

Apparentemente la soluzione sembra semplice: il mediatore potrebbe procedere con un’intervista alle parti per sondare i rispettivi **interessi**. Ma questo crea il primo problema: gli **interessi** non possono esser **sondati** in una sessione congiunta (ed anzi sarebbe una grave errore pensarlo ed ancora di più farlo secondo taluni modelli di mediazione che implicano l’uso delle sessioni riservate e lo scambio gradato di informazioni tra le parti). Occorrerebbe procedere quindi con delle sessioni riservate: dilatando così però la durata del primo incontro, almeno per come essa potrebbe essere determinata (10-20 minuti) in ottica “minimalista”.

La soluzione si complica poi laddove le parti mostrano il classico atteggiamento negozialmente “immaturato” di volere tutto e subito: gli **interessi** infatti sono spesso più d’uno e la parte li vorrebbe tutelare tutti con lo stesso grado di soddisfazione ed efficienza. Il mediatore deve dunque lavorare sulle **priorità**: non tutti gli interessi sono prioritari e su alcuni può esserci più disponibilità di trattativa rispetto ad altri. Altro lavoro tra mediatore, avvocati e parti che stavolta non solo allunga la durata del primo incontro, ma lascia intravedere la possibilità di un rinvio sempre del primo incontro.

Come se non bastasse gli interessi non sono sempre razionalmente percepibili e facilmente comunicabili; fin tanto che il mediatore non ha creato la giusta fiducia ed empatia non avrà autentico accesso a quei bisogni emotivi - spesso dimenticati - che guidano i comportamenti umani. Altro tempo, altro impegno.

Le mediabilità della lite

Anche se il legislatore non lo prevede espressamente, sembra proprio che questo primo incontro serva a capire se la lite sia **mediabile** o meno. Per quanto si è esposto sinora tuttavia sembrerebbe un'operazione circolare giacché è difficile capire se la lite è mediabile a meno che la mediazione non sia (già) iniziata.

Volgendo lo sguardo ad altri tipi di mediazione si potrebbe notare che l'esigenza di far operare un filtro è comune ad esempio anche alla mediazione familiare che se non può "beneficiare" di un assetto normativo specifico, può certamente godere di una vasta esperienza e teorizzazione maturate e sviluppate in capo a mediatori mediamente più preparati ed esperti dei mediatori civili.

Il fatto - di non poco conto - è che i presupposti per la mediabilità non sono - se non in parte - compatibili fra mediazione civile e familiare.

La mediazione familiare² - in uno sforzo di sintesi - è infatti preceduta da una fase di premediazione³ che serve per valutare se sia il caso di proseguire o meno. La mediazione non è indicata ad esempio qualora ricorra uno dei seguenti casi:

- presenza di reati (maltrattamenti, percosse, abusi, stalking)
- dipendenza da sostanze stupefacenti, alcool, gioco
- disturbo psichiatrico diagnosticato
- eccesso di conflittualità
- vittimismo ed inerzia totale di una delle parti⁴
- mancato riconoscimento del problema, assenza della volontà per affrontarlo, qualità disperante del legame di coppia, confusione di confini tra coniugalità e genitorialità⁵

Nella mediazione civile un eccesso di conflittualità specie in talune liti (diritti reali, divisioni, condominio) è ben possibile, il problema attiene tuttavia alla valutazione dell'eccesso. Il mediatore (o meglio tutti i mediatori..) sono in grado di valutare serenamente il tasso di conflittualità specie nel ristretto tempo di un primo incontro minimalista? C'è il rischio che il mediatore stesso sia spaventato o inadeguato di fronte a certe reazioni di rabbia molto eclatanti e che quindi preso dalla fretta (e poco motivato) concluda per una non mediabilità, più apparente che reale? Oppure può accadere che ignori determinati segnali di rabbia latente o prossima all'accesso, proseguendo laddove sarebbe più prudente ed utile per tutti fermarsi?

L'interpretazione teleologica e sistematica

Il legislatore deve affrontare il problema dell'inefficienza dell'apparato giudiziario ed alla sua incapacità (impossibilità?) di rendere ed assicurare una giustizia effettiva, alla luce di principi sia Costituzionali che Europei che non possono essere ignorati e che in effetti non lo sono, essendo anzi richiamati nella stessa relazione.

La giurisprudenza recente sta sempre più delineando il principio non codificato, ma per ciò non meno evidente ed efficace, dell' "effettività della mediazione". E' chiaro infatti che al Paese e all'Ordinamento non serve una mediazione formale ma una mediazione efficace che sia in grado realmente di contribuire ad un miglioramento del funzionamento

² S. Castelli, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Cortina, Milano, 1996.

³ R. Granata : "Tuttavia non tutti i casi sono mediabili e non sempre si può ricorrere alla mediazione. Il processo mediativo si snoda in 10 al massimo 12 sedute, le cui prime tre, per l'appunto, sono dedicate alla valutazione della mediabilità di un caso e prendono proprio il nome di "premediazione". In effetti, la mediazione ha inizio fin dal momento in cui un cliente contatta l'organizzazione pubblica o privata di mediazione." <http://www.iussit.com/famiglia-la-premediazione-e-la-valutazione-della-mediabilita/>

⁴ http://www.mediazionefamiliaremilano.it/regole/casi_non_mediabili.shtml

⁵ <http://mfs01.blogspot.it/2007/04/la-prima-seduta-di-consulenza.html>

del sistema giudiziario sgravandolo almeno in parte dell'enorme carico che lo assilla: se il miglioramento è minimo, il principio non è evidentemente rispettato.

Uno strumento operativo

Senza pretesa di esaustività ed anzi con lo spirito del pioniere o dello sperimentatore si vuol quindi proporre un modello (allegato n. 1) articolato su **5 elementi** teorici che hanno nel contempo anche una immediata ricaduta pratica.

Muovendo dall'assunto che in linea astratta **tute** le liti possono essere astrattamente mediate giacché hanno ad oggetto diritti **disponibili**, si tratta di stabilire a priori quali siano gli **ostacoli** che rendano di fatto **poco probabile** il raggiungimento dell'accordo. In questo ideale insieme non sono inclusi quei fattori sui quali non si possa effettuare alcuna "misurazione" o "correzione" in sede di primo incontro, come la eventuale insufficiente o non adeguata preparazione dell'avvocato che assiste la parte.

Ogni sforzo sarà dunque concentrato, in ottica essenzialmente pragmatica, all'individuazione di quei fattori che (anche su base statistica) operano dinamicamente e sui quali è dunque possibile intervenire per aiutare le **parti**, gli **avvocati** e, di riflesso, il **sistema**, a capire se quella **determinata** controversia può essere realmente **mediata**.

Tali fattori sono molto diversi da quelli utilizzati nella mediazione familiare, ma ne condividono essenzialmente lo scopo e la funzione: **evitare di iniziare un percorso che ha poche chance di giungere a destinazione.**

1) Lo "stato" del conflitto

Un primo aspetto da considerare è lo stato di **degenerazione**, sviluppo ed **escalazione** del conflitto: se questo è troppo avanzato è infatti molto difficile per le parti trovare le risorse per deescalare. Il (sovra)coinvolgimento emotivo rende il decisore altamente e talvolta inconsapevolmente irrazionale. La sentenza non migliorerà di certo questa situazione, ma le parti riescono a rendersene conto: il mediatore in tali casi non può fare miracoli e proseguire sarebbe davvero una perdita di tempo. Si ricordi che le parti vanno al primo incontro perché obbligate e non per libera scelta e questo fa una grande differenza. Un percorso di escalation sarebbe astrattamente possibile, ma non è questo che le parti vogliono in quel momento.

Usando la scala di Glasl il conflitto ideale per essere mediato non dovrebbe aver oltrepassato il quarto stadio: quello non a caso definito "della perdita della faccia" che si verifica quando una parte ha posto in essere una qualunque azione che ha lasciato una traccia che non può essere cancellata se non attraverso l'esplicito riconoscimento ed ammissione dell'errore o le scuse da parte dell'autore. Riconoscimento o scuse che - detto per inciso - sono una delle poche strategie realmente efficienti in questi casi e che sono di norma messe autonomamente in atto in quelle rapporti in cui i soggetti coinvolti hanno le competenze relazionali⁶ necessarie per gestire efficacemente il conflitto. Se le parti avessero la forza di mettere in atto tale strategia probabilmente l'avrebbero già fatto; tuttavia è ben possibile che una parte non si renda conto di aver offeso o ferito l'altra e quindi questo fattore per essere realmente bloccante dovrebbe essere valutato dal mediatore semplicemente chiedendolo ad entrambe le parti; facendo questa operazione si scopre che non di rado il fenomeno è bilaterale e simmetrico: ognuna delle parti si sente offesa perché l'altra ha passato il (suo ideale) limite o segno.

⁶ Il marito o la moglie che chiede scusa per una parola o un gesto sbagliati; un collega di lavoro che si scusa per un comportamento "soggettivamente" offensivo, un amico che chiede perdono ad un altro per qualcosa che l'ha ferito

In ogni caso nessuno dei fattori di cui si sta discutendo è in grado, da solo, di fornire indicazioni assolute circa la non opportunità di procedere in mediazione: questo risultato infatti si otterrà solo sommando tra di loro tutti i diversi fattori.

2) L'importanza della relazione (prima della nascita del conflitto)

Quando le parti giungono in mediazione possono mostrare un rapporto personale più o meno difficile che dipende direttamente allo stato del conflitto: molto spesso c'è una certa tensione nel dialogo, il confronto è difficile, la polemica tende facilmente ad emergere anche per l'intervento di avvocati competitivi; è chiaro quindi che in questa fase la relazione è in qualche modo compromessa.

Se si chiedesse alle parti quale valore attribuiscono a tale relazione in questo momento - cioè a conflitto deflagrato e mediazione iniziata - risponderebbero facilmente che esso è molto basso o nullo.

Ma prima e dopo?

Differenze marcate possono esistere a livello oggettivo (per l'oggetto della controversia) e soggettivo (per come le parti percepiscono la relazione).

Una lite in materia di locazione in cui le parti non erano probabilmente legate da un vincolo affettivo o commerciale di lunga durata non mostra strutturalmente una relazione importante.

Lo scioglimento di una comunione tra parenti invece contempla una relazione affettiva che poteva essere, prima dell'inizio del conflitto, più o meno importante per uno o entrambe le parti litiganti. Anche una controversia condominiale postula una relazione preesistente ed una futura (a meno che una delle parti stia per trasferirsi in altra abitazione) sulla quale impatta sia la decisione delle parti di cercare un accordo sia l'eventuale sentenza.

Dunque se entrambe le parti avevano una relazione molto importante o fondamentale che non avrebbero voluto interrompere o pregiudicare se non fosse sorto il conflitto, la mediazione è la strategia migliore per evitare di distruggere quel poco di relazione che è rimasto: non è un'operazione affatto semplice ma è l'unica che può avere un'efficacia in qualche misura taumaturgica al contrario della sentenza che sancisce la fine del rapporto interpersonale, giacché struttura in maniera definitiva i due litiganti come formali nemici incapaci di relazionarsi se non attraverso atti giudiziari.

Considerazioni simili valgono per il condominio dove più che il passato rileva il futuro: tutti i condomini dovrebbero riflettere sul fatto che la coabitazione è difficile ma anche inevitabile, almeno fintanto se ne fa parte, e basata sulla cooperazione. La competizione per ottenere una vittoria (dentro o fuori il tribunale non fa differenza) è disfunzionale ad un ambiente condiviso. Basta osservare quel che accade negli alveari o nei formicai: nessuno dei partecipanti compete, ma tutti collaborano per il bene comune tanto che gli imenotteri sono gli insetti che meglio incarnano l'idea di società ideale. Gli esseri umani, al contrario, non avendo un comportamento predeterminato dai geni (se non in parte) possono scegliere se competere o collaborare. Ogni scelta ha dei pro e dei contro e la mediazione è probabilmente l'unico ambiente protetto (ossia riservato e con dialogo gestito da un terzo) in cui valutare attentamente i costi ed i benefici di un possibile accordo in relazione ad una qualsiasi sentenza che, per il semplice fatto di essere emanata, non potrà non impattare sulle relazioni tra condomini, favorendo l'escalation del conflitto e la generazione quasi inevitabile⁷ di ulteriori conflitti.

⁷ Il fenomeno delle cause "a grappolo" in cui da un giudizio se ne generano molti altri: il litigare diventa in certi casi l'unico modo di relazionarsi, ma non è né sano e né economico.

3) Disponibilità delle parti al compromesso

Per carattere o predisposizione alcune persone non sono inclini al compromesso in senso stretto, ossia a rinunciare a qualcosa per ottenere qualcos'altro. Questo spesso si accompagna anche alla "questione di principio" che può condurre a decisioni economicamente svantaggiose: ovviamente nessuno se non la parte interessata è in grado di sindacare questa scelta. L'importante è che sia una scelta consapevole e soprattutto che sia libera, ossia maturata alla luce di tutte le informazioni che la parte stessa ha diritto di conoscere: a tal fine è fondamentale che l'avvocato abbia condiviso con il cliente tutti i dati necessari sui costi, tempo ed esito del giudizio come indicato al punto 5) che segue

4) Interessi non giuridici prioritari

Il mondo è spesso ingiusto e una soluzione celere, soddisfacente ed economicamente conveniente non è sempre disponibile.

Ma c'è dell'altro.

Anche la migliore sentenza ipotizzabile produce degli effetti non desiderati o "collaterali": le parti devono aver ben presente quale sia il reale impatto del processo e della decisione giudiziaria sulle **persone** e sui **rapporti umani**. Il diritto non si preoccupa delle **relazioni**, degli **affetti** o degli **interessi** delle parti litiganti dunque, senza sindacare, ma solo per offrire uno spunto di riflessione, si invitano le parti a valutare attentamente quali sono le loro priorità. Se la parte ha un **interesse specifico** da salvaguardare dovrebbe attentamente considerare che solo in mediazione è possibile tutelarla direttamente.

5) Consenso informato su tempi, costi ed esito del giudizio

L'ultimo fattore riguarda le aspettative che l'avvocato ha contribuito a disegnare nella mente del cliente: se quest'ultimo crede di ottenere di più dalla sentenza che dall'accordo, ovviamente, deciderà di non proseguire nella mediazione effettiva. L'aspetto fondamentale è quindi che si tratti di una scelta basata sulla massima **trasparenza**: se è difficile per l'avvocato stimare con esattezza tempi, costi ed esito del giudizio, questo dovrebbe essere esposto con chiarezza al cliente. Nessuno può chiedere ad un avvocato di essere estremamente specifico nell'effettuare una stima: l'importante è che il cliente ne sia consapevole; è ugualmente grave un **atteggiamento doloso** in cui si nascondono volontariamente al cliente informazioni svantaggiose, come anche un **atteggiamento colposo** dovuto cioè alla incapacità di considerare o prevedere argomenti sfavorevoli.

Come misurare i fattori di mediabilità

A livello operativo il mediatore somministra alle parti un questionario (allegato.): un punteggio inferiore a 20 indica di norma l'assenza dei presupposti per procedere proficuamente in mediazione.

Ridondanza

Il lettore accorto avrà notato un certo indice di ridondanza che è voluto e giustificato dall'esigenza di avere un feed-back circa la coerenza delle risposte: un conflitto in stadio avanzato, infatti, di solito si sposa con emozioni come l'offesa, la rabbia o il desiderio di vendetta, ma non anche con la serenità.

Una relazione importante d'altro canto poco si concilia con scarsa disponibilità a trattare: questa incoerenza è tanto comune quanto disfunzionale ed è - di per sé - una delle cause che hanno generato il conflitto: tenere atteggiamenti competitivi in situazione di

cooperazione necessaria è infatti tecnicamente errato. Le relazioni matrimoniali ad esempio si sfasciano quando i coniugi si mostrano competitivi invece che collaborativi: i litiganti hanno quindi in questa fase l'opportunità (forse l'ultima) di capire **realmente** gli effetti delle sentenze sui rapporti umani in essere e sulle conseguenze verso gli estranei al conflitto.

Uso del questionario

Il questionario è **riservato e non** verrà condiviso (salvo diverso accordo di tutte le parti): solo qualora non sia svolto sotto la diretta supervisione del mediatore è opportuno che venga firmato dalla parte e dal proprio avvocato. Il mediatore, infatti, in ossequio al principio dell'**effettività della mediazione** deve poter aver un contatto **personale** con le **parti**: quando questo non è possibile perché il primo incontro avviene ad esempio in videoconferenza, è importante che il mediatore possa avere almeno una "prova" del fatto che la parte stessa ha ricevuto tutte le informazioni che sono necessarie per operare una scelta libera ed oculata circa la prosecuzione del primo incontro.

Uso della dichiarazione di voler/non voler proseguire

Dopo aver compilato il questionario il mediatore riceverà sempre in via riservata dalle parti un modulo (allegato n. 2) in cui ognuno potrà dichiarare la sua volontà di proseguire o di non proseguire: il mediatore raccolte le dichiarazioni ne verificherà il contenuto.

Se anche una sola parte dichiarerà di non voler proseguire, il primo incontro si concluderà con un verbale in cui verrà riportata la volontà delle parti.

Se entrambe le parti dichiareranno di voler proseguire, la mediazione effettiva avrà inizio.