



TESIS DOCTORAL

**GESTIÓN DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN
SOCIAL**

Baldassare Giuseppe Ferro

Departamento de Psicología Y Antropología

2017



TESIS DOCTORAL

**GESTIÓN DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN
SOCIAL**

Baldassare Giuseppe Ferro

Conformidad de los directores de la tesis:

Florencio Vicente Castro

M^a Isabel Ruiz Fernández

Juan José Maldonado Briegas

2017

Dedicatória
a mia figlia Chiara

AGRADECIMIENTOS

Al Prof. Castro e al Prof. Grassi e al Prof. Maldonado e la Profa. Ruiz per la loro collaborazione e disponibilità

“Vivere in armonia e pace rispettandosi reciprocamente per
una società migliore”

RESUMEN

Objetivo: la reconciliación asegurada por el Derecho se demuestra a menudo insuficiente y lenta en la efectiva solución del conflicto. La mediación, como nueva forma democrática del "hacer justicia" en los conflictos sociales, es un nuevo proyecto para la contención de los tiempos, de los costes, del formalismo y de la rigidez del juicio ordinario y que al mismo tiempo puede llevar a cabo una justicia psicológica cercana a los individuos.

Método: investigaciones en los Tribunales, en los Organismos de mediación y comparación de análisis estadísticos nacionales sobre la mediación y sobre juicios pendientes del 2012 al 2015.

Resultados: las indagaciones estadísticas y las investigaciones enfatizan que la mediación en Italia, desde el momento de entrada en vigor (marzo 2011) de la Ley 28/2010 a hoy, es un organismo utilizado cada vez más como sistema de gestión de conflictos mejorando, por tanto, las relaciones sociales y reduciendo los tiempos y costes de la justicia. Desde el 2014 al 2015 las causas han disminuido un 9,5% y el porcentaje de los intentos obligatorios de mediación respecto al total de los procedimientos de mediación, en el 2015, ha sido del 81,6%. Es más, las estadísticas demuestran cómo con la participación directa de las partes, aumentan las resoluciones de controversias. De hecho, cuando la parte invitada comparece, lo que sucede en el 44,9% de los casos, el éxito positivo de las mediaciones es del 43,5%.

Conclusiones: la mediación no es una simple técnica para resolver conflictos, sino un proyecto de sociedad nueva que está contribuyendo a pasar de un orden antiguo, pensado como sometimiento del ciudadano a las decisiones superiores, a un orden innovador, útil en el tercer milenio, basado en la participación real y activa del individuo en la gestión de la vida cotidiana colectiva. La mediación es una bisagra

fundamental para poder llevar a cabo un salto de cualidad en la gestión de conflictos. Sería oportuna una masiva campaña mediática que hiciera conocer a los ciudadanos la verdadera cara y potencialidad de la mediación.

Palabras-clave: Conflicto, mediación

ABSTRACT

Objective: the pacification ensured by law it is often inadequate and slow for the effective solution of the conflict. Mediation, as a new democratic form of "justice" in social conflicts, is a new project to save time, costs, the formality and rigidity of the ordinary proceedings and at the same time it can implement a psychological justice nearby individuals.

Method: researches in the Courts, in mediation systems and comparison of national statistical surveys on mediation and on pending cases from 2012 to 2015.

Results: statistical surveys and researches put in evidence that mediation in Italy, since the entry into force (March 2011) of the Law 28/2010 to date, is increasingly used as a party-sharing system institution and no more as order imposed for conflict management improving, therefore, social relationships and reducing time and costs of criminal proceedings. From 2014 to 2015 the causes decreased by 9.5% and the percentage of mandatory mediation efforts compare to the total of the mediation processes, always in 2015, was equal to 81.6%. And yet, statistics show that, with the direct participation of the parties, increase the solution of the disputes. In fact, when the referred persons appear, and what it happens in 44.9% of cases, the positive outcome of mediations is about 43.5%.

Conclusion: mediation is not a simple technique to resolve conflicts, but a project of a new society that is helping to pass from the ancient order as submission of the citizen to superior decisions towards an innovative order, to be used in the third millennium, based on real and active participation of the individual to the collective management of everyday life. Mediation is an unbreakable key to make a quantum leap in conflict management. It would be opportune massive media

campaign to make citizens aware of the true face and the potential of mediation.

Keywords: conflict, mediation

RIASSUNTO

Obiettivo: la pacificazione assicurata dal diritto si dimostra spesso carente e lenta per l'effettiva soluzione del conflitto. La mediazione, come nuova forma democratica del "fare giustizia" nei conflitti sociali, è un nuovo progetto per il contenimento dei tempi, dei costi, del formalismo e della rigidità del giudizio ordinario e allo stesso tempo può attuare una giustizia psicologica vicina agli individui.

Metodi: ricerche nei Tribunali, negli Organismi di mediazione e confronto di indagini statistiche nazionali sulla mediazione e sui giudizi pendenti dal 2012 al 2015.

Risultati: le indagini statistiche e le ricerche mettono in risalto che la mediazione in Italia, dal momento di entrata in vigore (marzo 2011) della Legge 28/2010 ad oggi, è un istituto sempre più utilizzato come sistema di compartecipazione delle parti e non più come ordine imposto per la gestione dei conflitti migliorando, pertanto, i rapporti sociali e riducendo tempi e costi della giustizia. Dal 2014 al 2015 le cause sono diminuite del 9,5% e la percentuale dei tentativi obbligatori di mediazione rispetto al totale dei procedimenti di mediazione, sempre nel 2015, è stata pari all'81,6%. Ed ancora, le statistiche dimostrano come, con la partecipazione diretta delle parti, aumentano le risoluzioni delle controversie. Infatti, quando la parte invitata compare, e ciò accade nel 44,9% dei casi, l'esito positivo delle mediazioni è del 43,5%.

Conclusione: la mediazione non è una semplice tecnica per risolvere i conflitti, ma un progetto di società nuova che sta contribuendo a passare dall'ordine antico pensato come sottomissione del cittadino alle decisioni superiori ad un ordine innovativo, da utilizzare nel terzo millennio, basato sulla partecipazione reale ed attiva del singolo alla gestione della vita quotidiana collettiva. La mediazione è un cardine indissolubile per poter fare un salto di qualità nella gestione dei

conflitti. Sarebbe opportuna una massiccia campagna mediatica che faccia conoscere ai cittadini il vero volto e le potenzialità della mediazione.

Parole-chiave: Conflitto, mediazione

ÍNDICE GENERAL

<i>Dedicat6ria</i>	1
AGRADECIMIENTOS	2
RESUMEN.....	4
ABSTRACT	6
RIASSUNTO.....	8
ÍNDICE GENERAL.....	10
RESUMEN AMPLIO EN ESPAÑOL.....	13
Tabla 1 – Corrientes y materias 2012.....	23
Tabla 2 – Analisis por region 2012	24
Tabla 3 – Corrientes de conflicto por materia 2012-2015	26
Tabla 4 – Analisis por region 2015	27
PRESENTAZIONE.....	30
I. ANALISI DEI CONFLITTI	35
1. Nozione di conflitto	35
2. Principali teorie.....	37
3. Le funzioni positive del conflitto.....	56
4. Elementi, obiettivi e forme di gestione dei conflitti	60
5. Il passaggio dal conflitto alla mediazione.....	64
II. LA MEDIAZIONE.....	67
1. Nozione di mediazione	67
2. Varie tipologie di mediazione	74
a) Mediazione familiare.....	75
b) Mediazione nel lavoro.....	78
c) Mediazione sanitaria	79
d) Mediazione scolastica	79

e)	Mediazione penale.....	82
f)	Mediazione comunitaria	85
g)	Mediazione inter-culturale.....	88
h)	Mediazione civile e commerciale	89
3.	Principi, tecniche e forme di negoziazione	90
III.	LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE.....	95
1.	La diffusione della mediazione	95
2.	L'evoluzione storica della mediazione in Italia.....	104
3.	Le procedure e le fasi del procedimento di mediazione	110
a)	Le procedure	112
b)	Le modalità di superamento degli ostacoli	117
c)	Le fasi del procedimento di mediazione	118
4.	Le agevolazioni tributarie.....	122
5.	Gli effetti processuali della mediazione	123
6.	Gli Enti, gli organismi abilitati, i professionisti e gli altri soggetti della mediazione..	125
a)	Il Ministero della giustizia.....	125
b)	Gli enti di formazione.....	126
c)	Gli organismi abilitati a svolgere le mediazioni.....	129
d)	Il mediatore	134
e)	Gli Avvocati.....	140
f)	Gli esperti	141
g)	Il giudice	142
h)	Le parti.....	144
IV.	FASI E METODI DI RICERCA.....	147
1.	Le fasi della ricerca	147
2.	L'analisi dei dati di secondo livello	148
V.	I RISULTATI DELLA RICERCA	151

1. La mediazione in Italia nel 2012	151
Grafico 1 – Flussi per materia.....	152
Tab. 1 – Flussi per materie	153
Tab. 2 – Analisi per regione.....	154
Grafico 2 – Analisi per regione	154
Grafico 3 – Esito mediaz.....	155
Tab. 3 – Categorie mediazione.....	156
Grafico 4 – Categorie mediazione	156
Grafico 5 – Valori mediani per categoria 2012	157
Grafico 6 - Durata delle procedure e confronto con la giustizia ordinaria 2012	158
Tab. 4 – Tasso di definizione per organismo.....	160
Grafico 7 – Tasso di definizione per organismo	160
2. La mediazione in Italia nel 2015 e raffronto con il 2012	161
Tab. 5 - Flussi e materie 2012-2015	162
Tab. 6 – Analisi per regione.....	164
Grafico 8 – Analisi per regione	164
Grafico 9– Esito della mediazione con aderente comparso.....	165
Tab. 7 – Categorie della mediazione 2015	166
Grafico 10 – Categorie della mediazione 2015	166
Grafico 11 – Valori mediani per categoria	167
Grafico 12 - Durata delle procedure e confronto con la giustizia ordinaria 2015	168
Tab. 8 – Tasso di definizione per organismo 2015	170
Grafico 13 – tasso di definizione per organismo 2015.....	170
3. Riflessioni e analisi	171
VI. CONCLUSIONI	175
BIBLIOGRAFIA	179

RESUMEN AMPLIO EN ESPAÑOL

I. ANÁLISIS DE CONFLICTOS

1. La noción de conflicto

Etimológicamente la palabra conflicto deriva del latín *conflictu* que significa 'combatir', enfrentamiento armado; en un sentido figurado se puede entender como contraste, oposición, impacto.

En la era en la que vivimos, a los conflictos clásicos o de primera generación entre grupos o estratos o clases sociales se contraponen los de segunda generación unidos a la socialización, a la integración social y a la reproducción cultural.

El conflicto forma parte de la vida de los seres humanos. Un conflicto no siempre tiene solución pero definitivamente se puede transformar, en el sentido de buscar las condiciones propicias para que esta situación cree el menor daño posible y pueda desarrollarse de una forma positiva.

Cada ciencia social presenta una definición específica coherente con su punto de vista.

2. Principales teorías

Un tema recurrente en el pensamiento de los estudiosos clásicos es afrontar la cuestión compleja, de las relaciones entre individuo y sociedad.

Una primera teoría que analiza estas relaciones es la **teoría de campo (field theory)** de Kurt Lewin, según la cuál, la limitación del espacio psicológico socialmente determinado (llamado "campo") y de la libertad de movimiento del actor representa uno de los principales factores de tensión.

Otro esfuerzo importante para la comprensión del conflicto es la **teoría de los juegos** de Schelling para quien el objetivo es analizar la

acción de los actores que se enfrentan en un terreno donde las reglas y las condiciones del juego-conflicto son predeterminadas.

En la **teoría sociológica del conflicto** Maquiavelo, Hobbes, Hume, Ferguson, Malthus y Darwin definen el conflicto como un fenómeno colectivo de lucha entre las clases sociales.

Otras definiciones de conflicto son facilitadas por Tilly y Gallino; según Charles Tilly existe conflicto social cuando una persona o un grupo presenta exigencias frente a otras personas o grupos. Para Luciano Gallino, en cambio, se define como conflicto social, la divergencia de objetivos entre dos sujetos que por la escasez de recursos no pueden conseguir simultáneamente.

Una definición particular viene dada por Dahrendorf quien identifica **cinco tipos de conflicto**: conflictos en el interior y entre diversos papeles sociales; conflictos en el interior de los diversos grupos sociales; conflictos entre agrupaciones sociales; conflictos entre grupos que involucran a una sociedad entera; conflictos internos de unidades mayores.

Entre las explicaciones del conflicto vale la pena recordar las **metateorías**. La primera es la metateoría de la tensión social: los individuos viven el conflicto como un acto patológico que prevenir y reprimir (E. Durkheim). La segunda es la metateoría de la lucha entre los grupos: la sociedad está formada por la lucha inter-individual e inter-grupal en defensa de intereses contradictorios (K. Marx). La tercera es la metateoría del carácter intrínseco: el conflicto proviene del instinto de lucha y de la agresividad (K. Lorenz). Por último, la cuarta es la metateoría de las relaciones entre los grupos: el conflicto está ligado al prejuicio y a las diferencias culturales. Otras importantes teorías han sido elaboradas por Simmel, Coser, Collins, Luhmann y Touraine. Para **Simmel** el conflicto está en la base de la asociación entre clases; la victoria total de una parte sobre otra supondría no sólo el fin del conflicto sino también de la asociación.

Coser distingue conflicto externo e interno en los grupos y los órdenes sociales (estratos, clases, instituciones, sociedad). Ambos ofrecen elementos de integración y de estabilidad al orden social.

Para Collins el conflicto viene atribuido a la lucha por el control de recursos y bienes escasos. De este modo, identifica tres grandes clases de recursos: riqueza, prestigio y poder.

La teoría de Luhmann describe los procesos de constitución y de transformación de las dinámicas sociales. Luhmann destaca las relaciones entre ambiente y sistema concentrándose en sus diferencias. Su pensamiento se aleja tanto de la teoría marxista como de la teoría weberiana.

Según Touraine, por último, desempeñan un papel primordial los movimientos sociales, considerados ámbitos estratégicos dentro de los cuales nacen y se hacen explícitos los nuevos valores; dentro de los movimientos sociales y a través de ellos los "actores" innovadores y conservadores organizan sus acciones e intentan influenciar la historia social.

3. Las funciones positivas del conflicto

Lejos de ser simplemente un factor negativo, el conflicto social puede desempeñar muchas funciones concretas en el ámbito de los grupos y de otras relaciones interpersonales. Analizamos, por tanto, aquellas que se consideran las principales funciones del conflicto por la mayoría de los estudiosos.

Conflicto como función conectiva del grupo: una cierta dosis de discordia, de divergencia interna y externa es fundamental para mantener el grupo unido.

Conflicto como función de salvaguardia del grupo: los contrastes entre asociaciones no son factores puramente negativos pero sirven

para hacer la vida al menos posible con personas efectivamente insoportables.

Conflicto como función restrictiva de la lucha: el deseo de poseer o de someter al enemigo puede ser satisfecho por actos diferentes a la lucha violenta.

Conflicto como función integrativa de los impulsos agresivos: el impulso agresivo se añade como refuerzo de las controversias.

Conflicto como función de resolución de dualismos divergentes: el conflicto resuelve las tensiones entre tendencias contradictorias.

Conflicto como función de cohesión interna del grupo: el grupo puede consentir en su interior la convivencia de posiciones ambiguas de miembros recíprocamente hostiles.

Conflicto como función de selección de enemigos: en ciertas relaciones es oportuno actuar de modo que siempre haya algún enemigo para que la unidad de los miembros del grupo permanezca operativa.

Conflicto como función de nexo entre antagonistas: existe una especie de unión con el fin de enfrentarse compartiendo unas reglas y normas de modo que el conflicto no degenera en violencia.

Conflicto como creación de asociaciones y coaliciones: el conflicto no sólo incrementa la anexión de los grupos, sino que puede también reunir a personas que de otro modo no tendrían nada que ver unas con las otras.

4. La gestión de conflictos

El conflicto es un elemento esencial en la formación y gestión de los grupos y puede ser interpersonal o interno e intergrupalo externo. El conflicto viene analizado y comprendido tomando en consideración el modo de manifestarse (de donde ha surgido), el ambiente en el que se desarrolla y el contexto social en el que se alimenta.

En la gestión de conflictos se deben perseguir determinados **objetivos** para clarificar y resolver el desacuerdo enfrentando las opiniones y encontrar una solución favorable para las partes implicadas.

5. Las formas de gestión del conflicto

Históricamente podemos identificar algunas formas de gestión de conflictos: **negociación** – (1ª forma) conciliación entre las partes hecha por ti – obtiene escasos resultados; **arbitrado** – (2ª forma) intervención de una tercera persona fiable; **Tribunal** – (3ª forma) resoluciones en manos del juez – es hoy el método más utilizado.

En todos los países occidentales es evidente la insuficiencia estructural del sistema judicial en la resolución de conflictos con tiempos de decisión notablemente largos.

Nace la exigencia de buscar métodos alternativos a la decisión judicial entre los cuales prima la **mediación**.

II. LA MEDIACIÓN

1. Noción de mediación

Etimológicamente deriva del latín 'mediare', en el sentido de dividir, abrir en medio.

La mediación es una solución a la controversia dejada a la fantasía de los actores. La mediación, por tanto, es un método para restablecer la comunicación entre las personas y poner en marcha un proceso de pacificación social; es un proceso hetero-conciliador con el cuál un tercero neutral intenta hacer contrastar los puntos de vista de las partes en conflicto ayudándoles a encontrar una solución al mismo (Bonafè-Schmitt).

El objetivo primario de la mediación es la recíproca satisfacción de las partes. La mediación tiene una naturaleza pedagógica-interpersonal y no jurídica.

La mediación se difunde en Europa en los años ochenta, especialmente en el área anglosajona. Se difunde en el ámbito industrial, en política, en las causas legales, tanto civiles como penales, en la escuela, en las relaciones ciudadano-instituciones y en lo social.

2. Las diversas formas de mediación

La mediación comunitaria y social

La mediación comunitaria (trata conflictos derivados de las relaciones de convivencia entre los miembros de la comunidad). Requiere la identificación de los malentendidos, la búsqueda de una comunicación eficaz, la superación de los antagonismos entre los sujetos.

Se difunde en los años setenta, primero en Estados Unidos y seguidamente, en Inglaterra. Así, poco a poco, en otros estados, sobre todo, europeos.

Se trata de los conflictos de los barrios, los edificios, el vecindario, etc.

La mediación familiar

Nace en Los Ángeles en 1939 con Los Ángeles Conciliation Court. Llega a Europa en 1988, concretamente a París (Association pour la promotion de la médiation familiale), después a Austria y España. A Italia llega en 1997 con la ley 285 que reconoce la mediación familiar como servicio de soporte y superación de dificultades en las relaciones de pareja.

El objetivo de la mediación es el de restablecer la comunicación entre los cónyuges, para poder alcanzar un objetivo concreto, es decir la realización de un proyecto de organización de las relaciones después

de la separación o el divorcio que tenga en consideración las necesidades de cada miembro de la familia.

La mediación intercultural

Nuestro país durante décadas ha sido interés de la inmigración de extranjeros con culturas diversas a la nuestra. La mediación intercultural es usada para crear uniones, facilitar el diálogo, la comprensión de las respectivas identidades, el encuentro entre culturas y, sobre todo, para la prevención y gestión de conflictos. Los mediadores culturales deben intervenir en el malestar cultural para eliminar aquellos factores que puedan transformar su malestar en algo más peligroso y a menudo, irreversible.

La mediación en el trabajo

La mediación se ha revelado como un instrumento útil para responder en un modo rápido y eficaz a los problemas de justicia en el ámbito empresarial permitiendo reducir los costes y agilizar la resolución de las disputas. La mediación en ámbito laboral es un recorrido paralelo y alternativo, pero no contrapuesto, al proceso civil ya que, llevándose a cabo en autonomía respecto al ámbito judicial, actúa como complemento. Quien se dirige a un mediador lo hace para intentar abrir un diálogo y negociar los acuerdos comunes.

La mediación penal

En el ámbito penal la mediación encuentra una mayor dificultad aplicativa ya que en nuestro ordenamiento la acción penal es pública. La mediación, por tanto, debe coexistir con la justicia ordinaria. Por mediación penal podemos entender aquel procedimiento útil para comprender las razones de cuanto sucede en el delito y ver satisfecho el propio sentido de justicia.

En Italia la mediación penal se ha convertido en objeto de reflexión, estudio y aplicación concreta solo desde hace unos años y únicamente en el campo de los menores. Los jueces, al final del procedimiento

educativo con el menor, pueden imponer condiciones para hacer reparar el delito cometido y la conciliación del menor con la persona ofendida.

La mediación en ámbito sanitario

En un primer momento esta mediación se refería únicamente a las controversias entre pacientes y médicos cuando la expectativa de los ciudadanos resultaba comprometida por la labor del profesional. **(Responsabilidad médica).**

Más tarde, la mediación interviene también en los casos de responsabilidad sanitaria, es decir, de las controversias que tienen como objetivo el daño derivado de las relaciones establecidas entre paciente y estructura sanitaria pública o privada **(Responsabilidad sanitaria)**. La ley 98/2013 ha establecido la obligatoriedad de la mediación sanitaria.

La mediación escolástica

El aumento de la conflictividad entre alumnos (bullying o acoso escolar), entre alumnos y profesores (jóvenes difíciles), entre padres y docentes (crisis o rotura de relación entre escuela y familia), entre docentes y entre docentes y dirigentes ha hecho crecer la exigencia de encontrar nuevas formas de reconciliación.

La mediación escolástica se propone como objetivo el hacer conocer a los contendientes un modo diverso de afrontar el conflicto, mostrando la importancia de aprender a aceptar al otro, acogerlo, escucharlo y ser escuchado.

La mediación constituye una opción válida respecto a las clásicas medidas disciplinarias y/o delegar al juez la solución del conflicto.

III. LA MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

1. La difusión de la mediación en Italia

Con la ley 29/12/1993, que reformó el sistema nacional de las Cámaras de Comercio, el legislador previó la constitución de comisiones de arbitraje y mediación para la resolución de conflictos entre empresas y entre estas y los consumidores/usuarios. Fue el primer paso legislativo para la incorporación de la mediación como instituto extrajudicial de resolución de controversias. Sucesivamente le siguieron diversas normas que regulaban el recurso de algunas tipologías de mediaciones (mediación bancaria, familiar, financiera) hasta que el 4 de marzo de 2010 fue emitido el D. Legs. n.28 que imponía la obligatoriedad de la mediación para algunas materias.

Se identificaron cuatro tipologías de materias que pueden someterse a la mediación, todas relacionadas con derechos disponibles.

La primera incluye catorce temáticas obligatorias: edificio de apartamentos, derechos reales, divisiones, herencias, pactos de familia, alquileres, comodato, alquiler de tiendas, contratos de seguros, contratos bancarios, contratos financieros, resarcimiento de daños causados por vehículos o embarcaciones, responsabilidad médica y difamación en prensa u otro medio de publicidad.

El segundo caso hace referencia a los conflictos entre los sujetos que han incluido la cláusula de mediación en los contratos, estatutos o actos constitutivos (obligatorio).

La tercera tipología tiene que ver con los diversos conflictos de los dos primeros casos: el procedimiento de mediación es facultativo (voluntario).

La cuarta tipología concierne al procedimiento de mediación relacionado con la acción de clase (presupone la adhesión de todos los que formen parte de la clase).

El procedimiento de mediación tiene una duración no superior a tres meses.

En este tiempo el mediador debe poner en marcha un conjunto de actividades operativas para facilitar el logro de un acuerdo amigable entre los presentes. Estos deben aplicar cuatro principios fundamentales durante el procedimiento de mediación: a) Separar las personas del problema: es el problema el que se combate, las personas son los recursos para la búsqueda de soluciones; b) concentrarse en los intereses y necesidades de ambas partes (qué quieren los actores) y no en las posiciones (lo que los actores declaran); c) generar opciones alternativas: incluir en las negociaciones temas que no tengan que ver con el objeto de controversia; d) valoración de los resultados de las negociaciones con criterios objetivos.

Las técnicas utilizadas por el mediador pueden tener éxito sólo si posee unas características determinadas: **liderazgo, independencia, imparcialidad y neutralidad**.

IV. FASES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1. Metodología de estudio

El análisis de primer nivel, de tipo cualitativo, se refiere al análisis de base, destinado a la definición del fenómeno con el objetivo de favorecer el descubrimiento de nexos entre fenómenos y de hipótesis de causa-efecto.

Un segundo paso, teniendo presentes las premisas de naturaleza teórica analizadas anteriormente, hace referencia a la recogida de datos ya disponibles prevalentemente numéricos, válidos y fiables (análisis de tipo cuantitativo), concernientes al objeto de investigación: la mediación civil. Son fundamentales algunas fuentes estadísticas nacionales publicadas regularmente por el Ministerio de Justicia y otros datos tomados de organismos de mediaciones locales.

El tercer paso importante es la correcta elaboración de las informaciones, interpretaciones de los datos, difusión y credibilidad de los resultados obtenidos que sustentan los objetivos.

V. LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. La mediación en Italia en el 2012

Durante 2012, según los datos proporcionados por el Ministerio de Justicia, las inscripciones de las solicitudes de mediación en Italia han resultado 154.879.

El caso con mayor número de inscripciones ha sido el resarcimiento de daños en la circulación de vehículos y embarcaciones con 44.569 inscripciones igual al 20,5% del total, seguida de "derechos reales" (14%), "alquileres" (11%) y "contratos bancarios" (7,5%).

Tabla 1 – Corrientes y materias 2012

Corrientes y materias	2012			
	1 enero -31 diciembre			
	Pendientes iniciales	Inscritos	Definitivos	Pendientes finales
Edificio	248	7.979	7.304	923
Derechos reales	4.334	18.063	18.450	3.948
División	1.469	5.366	5528	1.307
Herencias	1.195	4.648	4.823	1.020
Pactos de familia	18	132	86	64
Alquileres	2.531	15.344	15.593	2.282
Comodato	449	1.775	1.896	327
Alquileres de tiendas	265	1.227	1.236	256
Resarcimiento de daños en vehículos y embarcaciones	127	44.659	42.926	1.860
Resarcimiento de daños de responsabilidad médica	1.592	7.978	8.306	1.264
Resarcimiento de daños de difamación en prensa	267	1.301	1.313	256
Contratos de seguros	1.484	9.584	9.665	1.403
Contratos bancarios	2.235	11.249	11.051	2.433
Contratos financieros	772	3.106	3.209	669
Otra naturaleza de controversias	4.404	22.468	21.246	5.625
Total	21.390	154.879	152.631	23.638

El análisis geográfico pone en evidencia cómo Lombardía es la región con el mayor porcentaje de inscripciones (15,8%), seguida con poquísima distancia por Campania (15,5%), después Lazio (10,1%) y Sicilia (9,3%). (Tabla 2)

Tabla 2 – Analisis por region 2012

ANÁLISIS POR REGIÓN		
Regiones	%	
LOMBARDIA	15,80%	
CAMPANIA	15,50%	
LAZIO	10,10%	
SICILIA	9,30%	
PUGLIA	7,60%	
EMILIA-ROMAGNA	6,80%	
VENETO	5,40%	
PIEMONTE	5,10%	
CALABRIA	5,00%	
TOSCANA	5,00%	
FRIULI-VENEZIA GIULIA	2,80%	
LIGURIA	2,30%	
ABRUZZO	2,30%	
MARCHE	2,10%	
SARDEGNA	1,40%	
TRENTINO-ALTO ADIGE	0,90%	
BASILICATA	0,90%	
UMBRIA	0,80%	
MOLISE	0,60%	
VALLE D'AOSTA	0,20%	
Total general	100,00%	

En cuanto al éxito de la conciliación, en el momento en el que el participante aparece, el acuerdo ha sido alcanzado en el 43,9% de los casos.

La mediana de la discusión, en lo que se refiere al período de marzo 2011 - diciembre 2012, es de 10.000,00 euros.

La duración media de un reconocimiento ordinario de primer grado en los tribunales es de 1.066 días frente a 65 días para la mediación.

2. La mediación en Italia en el 2015 y comparación con el 2012

El 31 de diciembre de 2015 el número de inscripciones con proyección nacional es junto a la cifra de 196.247 con un incremento de 41.368 mediaciones, igual al 26,71%, respecto a diciembre de 2012.

El incremento más consistente de inscripciones se ha tenido en los contratos bancarios, pasando de 11.249 a 46.094 (23,5% del total), que mantiene el liderazgo de esta clasificación especial.

En la segunda posición de esta clasificación se encuentran los derechos reales con 26.934 inscripciones (13,7%), seguida de alquileres (12%) y edificios (11,9%). **(Tabla 3)**

Tabla 3 – Corrientes de conflicto por materia 2012-2015

Corrientes de conflicto por materia	Inscritos 2012	Inscritos 2015
Edificio	7.979	23.368
Derechos reales	18.063	26.934
División	5.366	9.429
Herencias	4.648	8.210
Pactos de familia	132	74
Alquileres	15.344	23.492
Comodato	1.775	2.450
Alquileres de tiendas	1.227	1.668
Resarcimiento de daños en vehículos y embarcaciones	44.659	657
Resarcimiento de daños de responsabilidad médica	7.978	13.019
Resarcimiento de daños de difamación en prensa	1.301	1.419
Contratos de seguros	9.584	11.811
Contratos bancarios	11.249	46.094
Contratos financieros	3.106	6.170
Otra naturaleza de controversias	22.468	21.452
Total	154.879	196.247

El análisis geográfico de las inscripciones permiten confirmar cómo Lombardía (16,6%) es siempre la región que prima por esfuerzo de mediaciones; Lazio (10,7%) sube a la segunda posición en detrimento de Campania (10,1%) que baja a la tercera; Sicilia está siempre en cuarta posición (7,7%). (Tabla 4)

Tabla 4 – Analisis por region 2015

ANÁLISIS POR REGIÓN		
Regiones	%	
LOMBARDIA	16,60%	
LAZIO	10,70%	
CAMPANIA	10,10%	
SICILIA	7,70%	
TOSCANA	7,40%	
VENETO	7,00%	
EMILIA-ROMAGNA	6,90%	
PIEMONTE	6,80%	
PUGLIA	5,75%	
CALABRIA	4,40%	
SARDEGNA	3,10%	
LIGURIA	2,90%	
ABRUZZO	2,30%	
MARCHE	2,00%	
FRIULI-VENEZIA GIULIA	2,00%	
UMBRIA	1,50%	
TRENTINO-ALTO ADIGE	1,40%	
MOLISE	0,70%	
BASILICATA	0,60%	
VALLE D'AOSTA	0,20%	
Total general	100,00%	

En cuanto al resultado de la conciliación, la tasa de éxito se sitúa siempre sobre el 43%.

La mediana de la discusión viene establecida a 19.929,00 euros, por tanto, se aprecia un claro aumento respecto al año 2012 (de solo 10.000,00€).

La duración de los procedimientos es de 103 días (+38 días comparado con el 2012) cuando el acuerdo se logra; un incremento aceptable que no desplaza la profunda brecha de la comparación con los tiempos de la justicia ordinaria (1066 días en 2010 y 902 días en 2015), también si los tiempos de esta última han disminuido 150 días gracias especialmente, a los conflictos gestionados y resueltos con la mediación.

Las inscripciones de causa civil en los Tribunales italianos han pasado de 2.725.225 en 2010 a 2.072.118 en 2015 (previsiones), y esto es mérito sobre todo, del instituto de la mediación.

VI. CONCLUSIONES

La mediación civil y comercial, bajo el aspecto psico-sociológico y jurídico, es una nueva forma democrática de resolución de conflictos sociales que, como se hace referencia en la hipótesis, ha permitido disminuir las tensiones y desencuentros en la sociedad moderna, es decir, en un organismo basado en la participación real y activa del individuo en la gestión de la vida cotidiana colectiva, es un procedimiento libre sin vencedores ni vencidos, pone en práctica la justicia psicológica cerca de los individuos y tiene diversas ventajas, entre ellas la reducción de los tiempos, la reducción de los costes, la sustitución del formalismo y de la rigidez de la justicia ordinaria.

Un cambio de mentalidad en el acercamiento al conflicto y de cultura del conflicto en el sentido de lograr un acuerdo amigable y fruto del diálogo.

Con la mediación, el aspecto emotivo de discusión viene sustituido por el esfuerzo, facilitado por el mediador, de garantizar a cualquiera de las partes el logro de un objetivo positivo conforme a sus intereses y sus expectativas.

La mediación es ciertamente una piedra angular indisoluble para poder hacer el salto de cualidad en la gestión de conflictos. La globalización nos empujará a caminar en la dirección donde otros están ya sufriendo el atasco del sistema judicial; un impulso que si no llega de la política (mucho escepticismo), vendrá obligatoriamente de los individuos, de los privados, de los negocios.

En este trabajo se ha buscado situar a la mediación en su amplio contexto y ha sido demostrado que ésta puede ser un agente activo de

nuestro devenir que actúa como eslabón de unión entre la justicia y lo social haciéndolos funcionar de manera complementaria.

Una innovación fundamental, insustituible y revolucionaria en el camino de la modernización de nuestro sistema en términos de eficacia, eficiencia y cohesión social, con posibles repercusiones también en la economía.

El camino que se debe tomar en el futuro debe ser, por tanto, el de promover siempre más la mediación con una mayor información y con medidas prácticas, como las de aumentar las ventajas derivadas del crédito fiscal para quien utiliza la mediación,

exigir al Estado una parte considerablemente mayor de los costes que se afrontan, agilizando el procedimiento y el trabajo de los organismos de mediación.

PRESENTAZIONE

Conoscere le tipologie di conflitti nazionali, la situazione dei conflitti in essere nei Tribunali italiani, prendendo in considerazione le variabili che influenzano l'evolversi dei conflitti e la lentezza delle procedure attuali sono alla base per prendere in considerazione i procedimenti alternativi per la gestione dei conflitti e, in particolare, l'istituto della mediazione come mezzo idoneo al miglioramento della giustizia civile sotto l'aspetto sociale, psicologico, temporale ed economico.

L'introduzione dell'obbligatorietà ad esperire la mediazione, stabilita prima dal D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e poi, dopo la sospensione per la Sentenza della Corte Costituzionale del 23/10/2012, reintrodotta dal "Decreto del fare" del 21/06/2013, n. 69, a far data del 20/09/2013, ha dato una spinta all'uso della mediazione. Sarà importante, però, portare ad un cambiamento di mentalità nell'approccio al contenzioso e di cultura del conflitto nell'ottica del raggiungimento di un accordo amichevole frutto del dialogo nella gestione dei conflitti illustrandone i vantaggi sociali, psicologici ed economici.

La prima parte del lavoro sarà incentrata nell'analizzare il concetto di conflitto e le varie teorie susseguitesi nei tempi. Il conflitto è senza dubbio elemento centrale nell'apparato conoscitivo elaborato dalle scienze sociali contemporanee: esso accompagna la vita intera di tutte le persone di questa terra.

In tema di conflitti diversi studiosi hanno affrontato l'argomento elaborando diverse teorie. Ricordiamo, fra le altre, le seguenti: la teoria del campo elaborata da Kurt Lewin, la teoria dei giochi della quale il più importante studioso è stato Schelling, la teoria sociologica del conflitto elaborata da Hobbes, Hume, Ferguson, Malthus e Darwin, le metateorie proposte da Tilly, Durkheim, Marx, Lorenz; la teoria del

conflitto di Dahrendorf, Coser, Collins; la teoria sistemica di Luhmann, le quattro ipotesi di lavoro di Touraine.

Qualunque sia la teoria si può affermare che in ogni sistema sociale sono necessarie istituzioni che diano spazio al conflitto orientandone lo sviluppo e controllandone le forme di gestione distruttiva.

Nell'era in cui stiamo vivendo ai conflitti classici o di prima generazione tra gruppi o strati o classi sociali si contrappongono quelli di seconda generazione legati alla socializzazione, all'integrazione sociale ed alla riproduzione culturale.

Il conflitto fa parte della vita degli esseri umani. Un conflitto non è sempre risolvibile ma sicuramente trasformabile, nell'ottica di cercare condizioni tali affinché questa situazione possa creare meno danni possibili e possa evolversi in modo positivo. Ogni scienza sociale presenta una definizione specifica congruente con il suo punto di vista.

Si prenderanno in considerazione anche le funzioni del conflitto nel senso positivo e cioè analizzare quelle conseguenze del conflitto che tendono a favorire piuttosto che ad ostacolare la coesione nell'ambito di certi rapporti sociali e/o il reciproco adattamento fra gruppi.

Altro aspetto che verrà analizzato è la gestione dei conflitti in quanto una corretta ed opportuna gestione della controversia rappresenta il punto chiave per non sopprimere od esasperare il conflitto ma trasformarlo in una occasione di confronto fra gli elementi dei gruppi.

In tutti i paesi occidentali è evidente l'inadeguatezza ormai strutturale del sistema giudiziario nella risoluzione dei conflitti con tempi di decisioni notevolmente lunghi. La pacificazione assicurata dal diritto, infatti, si dimostra spesso carente per l'effettiva soluzione del conflitto.

Nasce l'esigenza di ricercare metodi alternativi alla decisione giudiziale tra i quali, appunto, prima fra tutte, la **mediazione**. A tal uopo, si vuole evidenziare che la mediazione civile e commerciale, come nuova forma democratica del "fare giustizia" nei conflitti sociali,

è sicuramente un istituto fondamentale per il contenimento dei tempi, dei costi, del formalismo e della rigidità del giudizio ordinario e allo stesso tempo può attuare una giustizia psicologica vicina agli individui.

La mediazione è una soluzione della controversia lasciata alla fantasia degli attori. La mediazione, quindi, è un metodo per ristabilire la comunicazione fra le persone e avviare un processo di pacificazione sociale; è un processo etero-conciliativo con il quale un terzo neutrale tenta di far confrontare i punti di vista delle parti in conflitto aiutandoli a trovare una soluzione allo stesso (Bonafè-Schmitt).

Si analizzeranno le varie forme di mediazione (comunitaria, sociale, familiare, interculturale, nel lavoro, penale, in ambito sanitario, scolastica), nonché le tecniche, il procedimento e i soggetti della mediazione civile e commerciale con i relativi risvolti per il futuro.

Da una ricerca sulla situazione attuale dei tempi della giustizia e sulla situazione dei conflitti esistenti nei tribunali italiani si evidenzia la lentezza dei processi nei Tribunali italiani con un intasamento degli stessi a danno della soddisfazione delle parti sia in termini di fiducia che di costi sostenuti.

E' stata fatta un'analisi dei procedimenti di mediazione attuati da alcuni organismi presenti nella circoscrizione del Tribunale di Marsala, studiando soprattutto forme, tecniche, professionalità dei mediatori e degli organismi di mediazione. Sono stati presi in considerazione, poi, i dati statistici sulla mediazione a livello nazionale elaborati dal Ministero della Giustizia dal 2012 al 2015.

Il confronto dei dati statistici fra il 2012 ed il 2015, forniti dal Ministero della Giustizia, evidenziano il crescente ricorso all'istituto della mediazione, la diminuzione delle cause presentate nei Tribunali italiani di circa il 15% negli ultimi 4 anni, la diminuzione dei tempi stessi della giustizia ordinaria di oltre 150 giorni (passando da 1066 giorni del 2010 a poco più di 900 giorni alla fine del 2015), la diminuzione dei costi di giustizia, anche in conseguenza di una serie di

agevolazioni che la legge ha previsto per chi utilizza la mediazione, nonché la maggiore soddisfazione delle parti sociali perché non sottostanno ad un ordine imposto ma raggiungono consensualmente un accordo molto più vicino ai propri interessi. La mediazione, infatti, assorbendo parte delle controversie, ha influito alla riduzione delle cause civili nei Tribunali italiani che sono passate da 2.725.225 nel 2010 a 2.072.118 nel 2015.

La mediazione, inoltre, si dimostra capace di velocizzare la diramazione dei conflitti fra le parti che si risolvono in circa 100 giorni con soddisfazione delle stesse parti in conflitto che non subiscono più un ordine imposto dal giudice.

La mediazione non è una semplice tecnica per risolvere conflitti ma può considerarsi come un progetto di società nuova che permette e permetterà di passare dall'ordine antico pensato come sottomissione del cittadino alle istanze superiori ad un ordine innovativo, da utilizzare nel terzo millennio, basato sulla partecipazione reale ed attiva del singolo alla gestione della vita quotidiana collettiva.

A dare una spinta all'utilizzo della mediazione è intervenuto il legislatore che, con l'approvazione del D. Lgs. 04 marzo 2010, n. 28, individua 13 tematiche per le quali è obbligatorio esperire il procedimento di mediazione. Tale obbligatorietà è stata poi cancellata dalla Sentenza del 23 ottobre 2012 della Corte Costituzionale e, successivamente, reinserita dal cosiddetto "Decreto del fare" del 21/06/2016, n. 69, convertito in L. 09/08/2013, n. 98, a far data dal 20 settembre 2013. L'utilizzo crescente di questo istituto sta portando e porterà sempre di più ad un cambiamento di mentalità nell'approccio al contenzioso nell'ottica del raggiungimento di un accordo amichevole, frutto del dialogo nella gestione dei conflitti, con notevoli vantaggi psico-sociali, di tempo ed economici per le parti in conflitto.

I risultati raccolti confermano l'ipotesi asserita che la mediazione è un nuovo istituto che consente di migliorare la gestione dei conflitti

civili e che passo dopo passo porterà a risolvere la maggior parte dei conflitti al di fuori delle aule dei Tribunali, i quali, pertanto, miglioreranno la loro efficienza per il minor numero di cause pendenti.

In questo lavoro si è cercato di situare la mediazione nel suo ampio contesto ed i dati dimostrano che essa può essere un agente attivo del nostro divenire che funge da anello di congiunzione tra la giustizia ed il sociale facendoli funzionare in maniera complementare.

Un'innovazione fondamentale, insostituibile e rivoluzionaria sulla via della modernizzazione del nostro sistema in termini di efficacia, efficienza e coesione sociale, con possibili ricadute anche sull'economia.

Un cambiamento di mentalità nell'approccio al contenzioso e di cultura del conflitto nell'ottica del raggiungimento di un accordo amichevole diventa fondamentale per il futuro.

La strada da percorrere in futuro dovrà essere, quindi, quella di promuovere sempre più la mediazione con una più capillare informazione e con provvedimenti pratici, come quelli di aumentare i vantaggi derivanti dal credito d'imposta per chi utilizza la mediazione, accollare allo Stato una parte più considerevole dei costi da sostenere e agevolare, snellendo le procedure, il lavoro degli organismi di mediazione.

I. ANALISI DEI CONFLITTI

1. Nozione di conflitto

Etimologicamente la parola "conflitto" deriva dal latino *conflictu(n)* da *confligere* "combattere", combattimento, scontro armato; in senso figurato si può intendere come contrasto, opposizione, urto.

Il concetto di conflitto, è senza dubbio centrale nell'apparato conoscitivo elaborato dalle scienze sociali contemporanee; d'altra parte esso accompagna la vita intera di tutte le persone di questa terra, dal pianto della nascita alla morte, è la normalità, né bene né male.

Generalmente è innescato dalla mancanza della capacità di gestione del passaggio da un ordine più o meno imposto ad una nuova situazione di disordine causa di una sofferenza talmente elevata da poter essere sopportata.

Inoltre, nell'era globale che stiamo vivendo, ai conflitti per così dire classici o di *prima generazione* tra gruppi o strati o classi sociali, si contrappongono quelli di *seconda generazione* legati alla socializzazione, all'integrazione sociale ed alla riproduzione culturale.

Il conflitto c'è, è ovunque (in noi e nei rapporti con gli altri), fa parte della vita poiché gli esseri umani sono entità sociali strutturali e funzionali in evoluzione.

Il conflitto è la fonte del progresso verso la civiltà e alla fine verso la società civile mondiale [Kant 1784]; è sorgente di miglioramento del benessere psichico generale; del resto ogni mutamento passa attraverso il conflitto, tra status quo e speranza futura.

L'importanza del "conflitto" è ampiamente testimoniata dalla vastissima bibliografia dedicata al tema da alcune discipline non sempre strettamente apparentabili come l'economia, la politica, l'antropologia culturale, la psicologia sociale e la sociologia.

Un conflitto non è sempre risolvibile ma sicuramente trasformabile, nell'ottica di cercare condizioni tali affinché questa situazione possa creare meno danni possibili e possa evolversi in senso positivo.

Ogni scienza sociale presenta una definizione specifica congruente con il suo punto di vista.

Di solito si cerca di determinare le cause del conflitto per attribuire la responsabilità piuttosto che domandarsi quali ne siano gli scopi e le possibilità.

La psicologia, per esempio, parla di situazione conflittuale con riferimento a forze psichiche di segno contrastante che producono una tensione a volte devastante a carico dell'identità sia di chi la pone in atto sia di chi la subisce, ma anche degli "altri".

Le dinamiche dell'azione sociale sono operanti in maniera pluridirezionale con la conseguenza che le tensioni interiori, possono trovare uno sbocco nell'aggressività dell'individuo verso gli altri.

Il tema dell'aggressività confina con quello della violenza e ci conduce all'analisi delle forme patologiche ed estreme del conflitto.

Il conflitto presenta tre snodi fondamentali: il primo quando non è ancora visibile ma ha una sua vita nella percezione delle persone che, pur sperimentando un senso di fastidio, disagio, malessere e lontananza, sono ancora padroni della situazione; il secondo quando comincia a trovare espressione soprattutto nella ricerca di alleanze e nella costruzione di gruppi e le persone sperimentano sentimenti forti quali rabbia, paura, ostilità, angoscia, confusione, odio, insulti, persecuzione, minacce e sono meno padroni della situazione; il terzo quando si verifica un comportamento violento; in tale contesto, in genere, si desidera che l'altro scompaia.

Colombo e Marinoni [1997] hanno elaborato una sorta di classificazione dei conflitti secondo l'ambiente (scuola, lavoro, vicinato, condominio, quartiere, comunità etniche), le parti (sesso, età,

generazione, razza, religione, nazionalità, lingua, cultura, ideologia politica) e le caratteristiche della relazione e dell'oggetto.

2. Principali teorie

Un tema ricorrente nel pensiero degli studiosi classici è affrontare la questione complessa, dei rapporti fra individuo e società.

Una prima teoria che analizza tali rapporti, ha un valore non solo storico, è la *field theory* (teoria del campo) elaborata da Kurt Lewin allorché, nel 1945, era direttore del Research Center for Group Dynamics presso il Massachusetts Institute of Technology.

Lewin è stato un maestro della psicologia sociale anche perché si è sempre sforzato di imporre la sperimentazione in un'area problematica dove il confine tra sociologia e psicologia sociale diventa estremamente labile, come comprovano i suoi saggi raccolti nel famoso *Resolving Social Conflict* (1948).

Lewin sviluppa una prospettiva dinamica per lo studio dei processi psicologici e sociali a partire dalla relazione tra individuo e gruppi concreti e situazione concreta virando, ad un certo punto del suo "cammino", dallo studio del come condurre il conflitto e salvaguardare il gruppo allo studio di come evitarlo.

La sua "teoria del campo" sostiene che, accanto alle pressioni psicologiche (interne), esistono e sono operanti delle pressioni sociali (esterne); la loro combinazione nelle diverse situazioni concrete definisce la formazione, di volta in volta, di uno spazio psicologico socialmente determinato che egli chiama, appunto, "campo".

Lewin, partendo dalla riflessione su di un caso concreto, quello dei conflitti che si manifestano nella sfera matrimoniale, si pone una domanda cruciale: l'individuo come può trovare uno spazio di libertà di movimento sufficiente a soddisfare i suoi bisogni personali nell'ambito

del gruppo senza interferire con quelli che si ritengono gli interessi del gruppo medesimo?

Lewin nella sua ricostruzione dinamica prevede l'applicazione di una griglia generale relativa ai fattori d'insorgenza del conflitto al caso specifico del campo matrimoniale estendibile a molte altre situazioni della vita quotidiana.

In particolare, ci si sofferma sulla questione dello spazio di libertà di movimento dell'attore la cui limitazione rappresenta uno dei principali fattori di tensione.

Lewin sa ricostruire e descrivere con dovizia di argomentazioni la dinamica conflittuale nell'ambito del gruppo e sa valutare con acume l'influenza che lo stesso esercita sul singolo attore coinvolto, nonché la complessa interazione di segno opposto, ma complementare, dipendente dal rapporto tra le esigenze individuali e quelle del gruppo.

È assai interessante, anche se pochissimo sviluppata, la terapia indicata per la soluzione dei conflitti [Lewin 1948].

L'indagine sistematica condotta da Lewin sulle reazioni di un attore che s'imbatta in un dilemma di scelta in un campo sottoposto a tensione lo fa approdare a una proposta di tipologia di conflitti espressa in forma di tipi ideali: il conflitto fra forze di pulsione; il conflitto fra forze di pulsione e forze di arresto; il conflitto fra forze personali e forze indotte.

La tipologia di Lewin mette in luce uno degli orientamenti ideologici più diffusi nella ricerca sul tema: i conflitti sono endemici alla natura dell'uomo (e della società) e dato che sono a volte perniciosi vanno composti e superati; compito essenziale della ricerca, allora, sarebbe quello di rintracciare un punto di equilibrio e, conseguentemente, di superamento.

Un altro tentativo importante verso la comprensione del conflitto e della cooperazione è quello esercitato tramite la **teoria dei giochi**, della quale il più importante studioso è stato Schelling, il cui fine eminente

è di analizzare l'azione di attori che si confrontano su di un terreno dove le regole e le condizioni del gioco sono predeterminate.

Gli attori hanno un fine e si attrezzano razionalmente per raggiungerlo; il loro comportamento è supposto essere sempre e comunque un comportamento razionale.

La dinamica attiva nel gioco-conflitto instaurato fra gli attori riflette la rigidità irrinunciabile dell'impostazione razionale nella dinamica del gioco.

La *teoria sociologica del conflitto* ha le sue radici nella filosofia sociale e nella filosofia politica.

Machiavelli, Hobbes, Hume, Ferguson, cui si aggiungono le teorie di *Malthus* e di *Darwin*, indicano nella lotta per l'esistenza, nella sopravvivenza e nel dominio del più dotato principi organizzatori della società.

Il conflitto è un fenomeno collettivo fra le classi sociali; ciò significa che gli attori che si contendono lo fanno in nome di categorie sociali.

L'azione di conflitto svela, promuove e rafforza l'appartenenza sociale di chi si espone alla competizione.

Una tra le definizioni possibili di conflitto è quella che lo presenta come un rapporto di opposizione che intercorre almeno tra due attori, individuali o collettivi, in quanto perseguono finalità incompatibili.

Charles Tilly scrive che «vi è conflitto sociale quando una persona o un gruppo avanza pretese di segno negativo nei confronti di altre persone o gruppi, pretese che, qualora fossero soddisfatte, danneggerebbero l'interesse altrui cioè l'altrui probabilità di raggiungere una situazione desiderabile» [Tilly 1992].

Un'altra definizione di conflitto è proposta da *Luciano Gallino*: si definisce conflitto sociale un tipo di interazione più o meno cosciente tra due o più soggetti individuali o collettivi, caratterizzata da una divergenza di scopi tale, in presenza di risorse troppo scarse perché i

soggetti possano conseguire detti scopi simultaneamente [*Gallino 1993*].

Una particolare definizione è stata data da *Dahrendorf* che individua cinque tipi di conflitto: conflitti all'interno e tra singoli ruoli sociali; conflitti all'interno di singoli gruppi sociali; conflitti tra raggruppamenti sociali organizzati (gruppi di interesse) o non organizzati (quasi gruppi); conflitti tra gruppi organizzati o non organizzati che coinvolgono un'intera società; conflitti interni ad unità più grandi.

Le possibili combinazioni classificatorie definiscono quindici tipi di conflitto che possono essere studiati da una gamma di teorie ad hoc: teorie del conflitto di ruolo, della concorrenza, della lotta di classe, delle minoranze e del comportamento deviante, della lotta con il ricorso ad un sistema elettorale, delle relazioni internazionali.

Tra le spiegazioni generali del conflitto vale la pena ricordare la gamma di metateorie utili per orientare la ricerca.

La prima è la *metateoria della tensione sociale*; essa parte dall'idea che gli individui percepiscono la società come sovraordinata ad essi e vivono quindi il conflitto come un fatto patologico da prevenire e da reprimere.

Il ragionamento sociologico che si ispira tradizionalmente a questa metateoria è quello di *Emile Durkheim*.

La seconda *metateoria* è quella *della lotta fra i gruppi*. Essa presuppone che la struttura della società sia formata dalla lotta interindividuale ed inter gruppo a difesa di interessi che quando sono contrastanti comportano la deflagrazione del conflitto. *Karl Marx* è l'espressione migliore dell'approccio conflittualista modellato secondo questa metateoria.

La terza metateoria viene indicata come *metateoria del carattere intrinseco*. Essa ha una connotazione specifica in termini di determinismo biologico: il conflitto scaturisce dall'istinto di lotta e

dall'aggressività che, ad esempio, *Konrad Lorenz* ritiene prodotta sulla base della selezione genetica.

Infine la ricca tipologia di conflitti etnici, razziali, religiosi viene ricondotta alla quarta *metateoria delle relazioni fra i gruppi* che riporta il conflitto al pregiudizio.

Un bilancio complessivo degli studi condotti sulla scia di queste metateorie svela che la più parte delle ricerche contemporanee adottano la metateoria della tensione sociale e quella della lotta fra i gruppi.

La tradizione sociologica conflittualista (o prospettiva del conflitto), corrente del pensiero sociologico contemporaneo, vede alle sue origini la *teoria del conflitto* la quale spiega la conflittualità sociale come conseguenza di un conflitto d'interesse permanente scoppiato tra due componenti della società che di volta in volta vengono a trovarsi in contraddizione per un motivo ben preciso (per esempio due classi sociali nel caso di Karl Marx e di Friedrich Engels, due razze diverse oppure due gruppi linguistici) e propone il materialismo storico come il tentativo di massima drammatizzazione sociale del conflitto [Collins 1996].

La classe operaia nel suo scontro con la borghesia capitalistica introduce un elemento di volontarismo indispensabile per la *teoria del mutamento sociale* elaborata dal materialismo storico.

Un altro studioso, *Simmel*, non considera il conflitto uno scontro ma, a suo parere, il conflitto ha una valenza tutt'altro che patologica ed è inteso come una delle forme di associazione che governano il processo interattivo.

Simmel, distanziandosi in buona parte dai suoi contemporanei, ha mostrato la necessità di assumere il conflitto come unità, cioè come relazione nella quale la tensione introdotta dagli elementi dissociativi è comunque connotata in modo associativo. Infatti, la vittoria totale di

una parte sull'altra comporterebbe non solo la fine del conflitto ma anche dell'associazione.

Robert E. Park ed Ernest Burgess hanno proposto una distinzione fra *competizione e conflitto*.

La competizione è una forma di lotta tra individui e/o tra gruppi che non comporta necessità di contatto e di comunicazione, come avviene in caso di conflitto. La competizione è una forma di lotta continua ed impersonale, mentre il conflitto è una lotta intermittente e personale.

Dahrendorf, dopo aver stabilito che le classi sono per definizione gruppi di conflitto, si schiera nettamente a favore di quella concezione della società che vede nel conflitto una caratteristica essenziale della struttura e della dinamica sociale; e non solo in considerazione delle conseguenze positive per l'ordine stesso ma anche dei mutamenti che porta.

La prospettiva conflittualista ha trovato nel lavoro di *Coser* uno sviluppo particolarmente significativo. Egli si interessa principalmente delle condizioni di formazione del conflitto al di fuori dei contesti istituzionali, esaminando allo stesso tempo anche le possibili conseguenze che esso è in grado di produrre nel mutamento dell'ordine sociale.

L'analisi di Coser non si concentra sulle dimensioni funzionali del conflitto o sulle dinamiche attraverso le quali un ordinamento sociale può metabolizzarlo tramite la ricostituzione di processi di integrazione, ma considera piuttosto l'integrazione sociale come una delle possibili conseguenze del conflitto e non l'obiettivo primario di esso.

Nella sua opera più importante, *The Functions of Social Conflict* [1956], Coser distingue – sulla scia di Simmel - tra due forme generali di conflitto: l'esterno e l'interno ai gruppi e agli ordinamenti sociali. Il conflitto esterno è il tipo di relazione sociale che si stabilisce tra due distinti gruppi od ordinamenti sociali (ceti, classi, istituzioni, società): la conseguenza più significativa prodotta dall'instaurarsi della relazione

conflittuale è costituita dal rafforzamento dell'identità collettiva. Gli individui implicati rinsaldano i legami con i rispettivi gruppi di appartenenza. Il conflitto esterno segna e conferma i confini del gruppo e produce anche una maggiore "vicinanza" sociale tra i membri che si traduce, naturalmente, in un incremento dell'integrazione sociale.

Per ciò che riguarda la fenomenologia dei conflitti interni ai gruppi e agli ordinamenti sociali, Coser evidenzia tre aspetti importanti.

In primo luogo, i conflitti interni se per un verso esprimono il manifestarsi di attriti e tensioni, per l'altro consentono la riaffermazione - con il superamento del disagio - di valori integrativi e identitari intorno ai quali il gruppo si riconosce. In altri termini anche il conflitto interno, come quello esterno, offre elementi di integrazione e di stabilità all'ordinamento sociale, e di conferma dell'identità dei membri.

In secondo luogo, nel conflitto interno una funzione integrativa è svolta anche dalle forme di regolazione dei conflitti stessi.

In terzo luogo, il pervadere del conflitto interno non è necessariamente indice di disgregazione della società poiché, specialmente nella società moderna, può svolgere anche in questo caso funzioni di integrazione. Ciò accade perché nella società moderna gli individui appartengono normalmente a più associazioni e gruppi sociali.

La multi-appartenenza si coniuga con l'esistenza di conflitti limitati su aspetti e interessi specifici, lasciando liberi gli individui di trovare punti di accordo e di convergenza su altri interessi ed ambiti della vita collettiva.

Coser sostiene che, nei limiti in cui il conflitto costituisce la risoluzione di una tensione tra due antagonisti, esso svolge delle funzioni stabilizzatrici e diviene una componente integratrice della relazione, l'istituzionalizzazione del conflitto salvaguarda le società aperte da sviluppi conflittuali che porrebbero in pericolo il consenso fondamentale ed, infine, l'interdipendenza dei gruppi antagonisti e

l'incrociarsi all'interno di tali società dei conflitti hanno l'effetto di cucire insieme il sistema sociale.

Coser ha messo in luce, fra l'altro, che il conflitto previene la calcificazione del sistema sociale, costituendo un impulso per il rinnovamento e la creatività.

Dahrendorf si spinge più avanti affermando che è dal conflitto che derivano creatività, innovazione, mutamento evolutivo sia a livello individuale sia a livello collettivo. Egli analizza i conflitti in più direzioni.

Un primo fattore esaminato si riferisce al rapporto tra i vari conflitti esistenti in una società. *Dahrendorf* considera primariamente le associazioni coordinate da norme imperative: in ogni associazione vi saranno due classi in conflitto e quindi, in relazione al numero delle associazioni esistenti in una data società avremo altrettanti conflitti, almeno è così in teoria. In pratica, conflitti diversi si possono sovrapporre ed è probabile che i fronti, potenzialmente innumerevoli, si riducano ad un insieme definito di conflitti dominanti.

Il concetto è illustrato con riferimento a tre "associazioni": Stato, Industria e Chiesa. I gruppi dominanti e quelli subordinati di ciascuna di queste si possono presentare come aggregati fondamentalmente separati.

Il conflitto di classe ha formalmente come obiettivo la distribuzione dell'autorità. L'avvicendamento del personale in posizione di dominio deve essere considerato, principalmente, come l'aspetto strumentale di un processo che rappresenta sostanzialmente un mutamento strutturale.

La prospettiva conflittualista sviluppata da *Collins* si inserisce nell'alveo della tradizione weberiana. Nell'analisi di *Collins*, il carattere specifico del conflitto viene ricondotto alla lotta per il controllo di risorse e beni scarsi, segnatamente a tre grandi classi di risorse: ricchezza, prestigio e potere. *Collins* sottolinea che la distribuzione di ricchezza, prestigio e potere in un ordinamento sociale è sempre ineguale,

consentendo di discriminare tra coloro che dispongono e coloro che non dispongono di questi beni. Il conflitto trae origine, secondo Collins, da questa differenziazione stratificata degli individui e dei gruppi.

Secondo l'analisi di Collins possiamo individuare almeno tre tipi generali di risorse impegnate nel conflitto: **a) le risorse materiali e tecniche**, cioè i mezzi attraverso i quali si ottiene un aumento delle potenzialità di coercizione, dalle armi agli strumenti giuridici del diritto di proprietà; **b) le risorse di status**, che possiamo genericamente definire come le capacità di influenza diffusa, in senso culturale e simbolico, come accade per le élites intellettuali; **c) i network sociali** costituiti dalle relazioni che si intrattengono con altre persone e che, in questo caso, costituiscono una risorsa di possibile influenza diretta o indiretta.

Collins ha indirizzato il proprio interesse di ricerca prevalentemente nell'analisi del conflitto come conseguenza e come fattore del mutamento sociale nella società statunitense del secondo dopoguerra.

Un aspetto di portata generale sul quale egli si sofferma è quello rappresentato dalla grande crescita del livello di istruzione nei decenni che hanno seguito la fine della seconda guerra mondiale. L'incremento del tasso di istruzione viene normalmente spiegato come una logica conseguenza dello sviluppo tecnico-industriale e burocratico che ha reso necessaria la formazione di una competenza diffusa per l'adeguato funzionamento dei settori di sviluppo economico e dei servizi. Collins ha sottolineato i caratteri di "chiusura sociale", cioè di esclusione operata dai detentori di titoli di istruzione ai danni di coloro che non ne detengono, che la crescita dell'istruzione ha portato con sé. Le trasformazioni occorse nelle società occidentali a partire dagli anni Ottanta hanno non eliminato, ma piuttosto ridefinito, i tratti di questo uso conflittualistico dell'istruzione. La chiave di lettura impiegata nell'analisi dei conflitti lo ha condotto anche ad interessarsi della

fenomenologia del conflitto nelle grandi organizzazioni e nelle istituzioni.

Tra le diverse modalità di controllo dei conflitti nelle istituzioni *Collins* individua tre principi generali e cioè rispettivamente: la *coercizione*, le *ricompense materiali* e la *legittimazione dei ruoli e delle norme*. Ciascuno di questi è caratteristico di distinte condizioni sociali, anche se, in molti casi e soprattutto nelle società occidentali, è assai comune che questi tre criteri si trovino mescolati.

Secondo Collins la pratica della coercizione produce facilmente un atteggiamento alienato nei subalterni.

Le ricompense materiali costituiscono un fattore di motivazione senza dubbio più efficace e meno alienante, tuttavia i conflitti che sorgono intorno a questo criterio, rappresentano, specialmente nelle grandi organizzazioni lavorative, un elemento di ostacolo allo sviluppo delle attività, in quanto riducono le motivazioni individuali esclusivamente alla retribuzione materiale.

La terza dimensione individuata, quella relativa alla legittimazione dei ruoli e delle norme, costituisce senza dubbio il punto di maggior interesse di Collins. Un'osservazione importante, a questo proposito, riguarda il rapporto tra identificazione nelle istituzioni/organizzazioni e legittimazione: Collins osserva che il principio democratico dell'estensione dell'autorità ad un più ampio numero di ruoli non solo può produrre una maggiore responsabilizzazione o partecipazione attiva degli individui agli interessi generali dell'organizzazione, ma favorisce anche l'identificazione dei detentori di ruoli con gli obiettivi propri dell'istituzione/organizzazione; in tal modo i membri tenderanno a riconoscere con maggiore facilità l'autorità dei superiori, riducendo le condizioni del conflitto.

Nella lotta per il controllo di porzioni sempre maggiori di ricchezza, prestigio e potere, anche nelle organizzazioni, la segmentazione del potere se per un verso riduce l'autoritarismo tipico delle strutture

centralizzate, per l'altro può condurre alla proliferazione di strati intermedi di autorità che, come accade spesso nelle organizzazioni burocratiche, sono orientati soprattutto alla massimizzazione del controllo della propria sfera di potere, cercando di trasformare le situazioni in cui il detentore di un ruolo intermedio riceve ordini in altrettanti ordini che passa ad altri [Collins 1975, trad. it. 1980].

In conclusione, il lavoro di Collins sul conflitto ha per lo meno il merito di mostrare l'efficacia interpretativa delle classiche categorie weberiane, adattandole alla fase di sviluppo delle società occidentali nell'età della Guerra Fredda. Un aspetto originale del suo contributo alla sociologia conflittualista è infine quello di aver sottolineato, nel quadro dell'analisi istituzionale e organizzativa della fenomenologia del conflitto, l'importanza delle motivazioni individuali e anche del carattere simbolico e identificativo a fronte degli scopi funzionali e strumentali tipici dell'analisi funzionalista della sociologia americana degli anni Cinquanta-Sessanta.

Un contributo del tutto nuovo all'analisi dei conflitti viene dato dalla teoria sociologica elaborata da *Niklas Luhmann* che descrive i processi di costituzione e di trasformazione delle dinamiche sociali.

Come si è visto, la contrapposizione tra teorie che interpretavano le dinamiche sociali come dinamiche conflittuali e teorie, invece, orientate a privilegiare la riflessione sugli aspetti legati all'ordine e ai processi integrativi, ha rappresentato il dibattito sociologico internazionale sviluppatosi a cavallo dei decenni Sessanta e Settanta. In questo contesto sono andati delineandosi sia la polarizzazione tra sociologia di derivazione marxiana e funzionalismo parsonsiano, come pure la ripresa dell'interesse per la sociologia weberiana.

Il pensiero di Luhmann si caratterizza come un superamento non solo dell'alternativa Parsons/Marx ma anche della "terza via" rappresentata dalla sociologia weberiana.

Uno dei concetti portanti dell'impianto teorico luhmanniano, il **concetto di sistema**, viene impiegato in un'accezione che può ben essere considerata post-parsonsiana in quanto, diversamente da Parsons, Luhmann non pone in primo piano la struttura come elemento statico e sincronico, ma attribuisce un ruolo centrale al carattere processuale e diacronico della funzione.

Allo stesso tempo la teoria funzional-strutturalista si può definire post-marxiana in quanto interpreta la dinamica conflittuale presente nella società non come struttura permanente sfociante in un esito predeterminato, ma come dinamica probabilistica, prodotta dall'aggregazione nella realtà sociale di condizioni contingenti e nel loro insieme improbabili.

Infine, la teoria dei sistemi formulata da Luhmann denota un carattere post-weberiano principalmente perché esamina i sistemi sociali secondo una prospettiva desoggettivizzata.

Ciò che consente al sociologo tedesco di compiere un passo così innovativo nella produzione della teoria è reso possibile dall'impiego di modelli di pensiero derivati dalle scienze cibernetiche.

Con la teoria luhmanniana l'influenza della rivoluzione informatica sulla sociologia non si limita allo sviluppo di nuove tecniche di elaborazione e di trattamento dei dati.

Il rapporto tra sistema e ambiente subisce una notevole trasformazione.

Un aspetto importante distingue nettamente la teoria luhmanniana dalla tradizione struttural-funzionalista parsonsiana: il punto di partenza non è né la definizione del sistema, né la definizione dell'ambiente, ma precisamente la loro differenza, per la quale entrambe le parti sono imprescindibili e, allo stesso tempo, non sono definibili una volta per tutte come ambiente o come sistema. L'ambiente è costituito in modo residuale dalle operazioni di un sistema; rientra in esso, cioè, tutto ciò che non appartiene al sistema;

in particolare la capacità di agire e di riflettere su se stesso, propria dei sistemi, è estranea all'ambiente.

Può verificarsi un processo di differenziazione sistemica che dà origine ad ulteriori differenze del tipo sistema/ambiente. La differenza sistema-ambiente viene quindi replicata, il sistema complessivo moltiplica se stesso quale pluralità di differenze interne tra sistema e ambiente [Luhmann 1990].

La selezione operata dai sistemi è connotata in modo contingente. Il concetto di contingenza indica la posizione di un dato rispetto alle possibili alternative. Nella vita sociale la contingenza si manifesta come doppia contingenza. La doppia contingenza costituisce un problema basilare per l'ordine sociale.

Un caso particolare di doppia contingenza è quello che si verifica quando nei sistemi sociali viene comunicato il rifiuto di una comunicazione precedente. In questo caso, che Luhmann chiama "contraddizione", per il sistema sociale si pone il problema di reagire alla situazione di insicurezza che la contraddizione comporta.

Le possibilità per i sistemi di continuare ad operare e di consentire nuovamente capacità di collegamento possono essere assicurate solo dalla contraddizione stessa, in base alla quale si costituisce un sistema sociale di tipo particolare: il conflitto.

«Parleremo di conflitti ogni volta che una comunicazione viene contraddetta o ogni volta che una contraddizione viene comunicata. Perché ci sia conflitto devono dunque verificarsi due comunicazioni che si contraddicono a vicenda.

Poiché il conflitto viene inteso da Luhmann come uno dei possibili eventi della comunicazione, si deve abbandonare l'idea in base alla quale i conflitti segnano un fallimento della stessa.

Innanzitutto bisogna considerare che, se il conflitto è comunicazione di un rifiuto, è evidente che in quanto tale non implica di per sé la fine

della relazione, ma configura una particolare forma della relazione sociale.

I conflitti sono intesi da Luhmann come un particolare sistema sociale che permette di proseguire la comunicazione sfruttando la possibilità del ricorso al "no".

Una conseguenza importante di questa prospettiva è il capovolgimento di un'impostazione che caratterizza buona parte del pensiero sociologico classico sul conflitto: esso non è una manifestazione di una condizione di perdita di efficacia da parte delle forme dell'integrazione, al contrario «il problema del conflitto è l'integrazione troppo forte dei sistemi parziali, i quali devono mobilitare sempre più risorse per il disaccordo e devono sottrarle ad altre disponibilità» [Luhmann-De Giorgi 1992].

Nella teoria classica l'incremento del numero e dell'intensità dei conflitti è posto direttamente in relazione con lo sviluppo della società moderna.

Radicalmente diversa è la conclusione cui giunge Luhmann: l'alta conflittualità presente nelle società complesse non è da porre in relazione con tendenze disgregative, bensì con l'eccesso di integrazione tra i sistemi parziali che rende difficile l'isolamento o comunque il controllo dei conflitti che esplodono all'interno di ciascun sistema. Il conflitto mostra, allora, anche un versante distruttivo.

Luhmann parla di forma parassitaria del conflitto. Si pone, così, il problema del controllo sociale dei conflitti.

Delineato il profilo del fenomeno del conflitto, la teoria sistemica non si occupa della loro "soluzione" ma soprattutto delle possibilità di condizionarli. L'avvio di un conflitto è, infatti, legato alle probabilità che il medesimo si riproduca.

Luhmann parla della possibilità di costituire un "sistema immunitario" attraverso il quale il sistema della società tenta di isolare o comunque di depotenziare i conflitti. Considerando i conflitti come

sistemi, Luhmann indica due diverse forme di condizionamento: a) la limitazione dei mezzi e b) l'incremento dell'insicurezza.

Un caso classico della prima forma di condizionamento è il divieto di ricorrere alla violenza fisica. Dal punto di vista sistemico tale divieto non solo evita il verificarsi di danni irreparabili, come la morte di uno dei confliggenti, ma soprattutto espleta la funzione di rendere più complessi e raffinati i sistemi di conflitto.

L'altra forma di condizionamento, l'incremento dell'insicurezza, agisce nel senso di favorire una disintegrazione del conflitto introducendo un terzo nella relazione diadica, il quale inizialmente è imparziale ma in seguito può decidere di favorire uno dei due confliggenti. Il passaggio dalla diade alla triade comporta la formazione di nuove possibilità di carattere non conflittuale che spingono alla ricerca del consenso del *terzo tipo*, la presenza del quale può perfino favorire un depotenziamento del conflitto tale da rendere accettabile per uno dei confliggenti il cedere o ritirarsi da esso senza che questa chance venga percepita come un atto di resa nei confronti dell'altro.

Entrambi questi condizionamenti agiscono nel senso di abbassare la soglia dei conflitti ma anche, una volta che il conflitto è comunque aperto, permettere la coesistenza di un alto numero di contraddizioni all'interno del sistema della società le quali, in accordo con la crescente complessità della stessa, devono poter essere comunicabili tra i diversi sistemi senza che questi ne vengano danneggiati o distrutti.

E' il sistema immunitario che produce una selezione dei conflitti socialmente significativi: la teoria deve allora individuare i criteri tramite i quali si svolge la selezione di ciò che assume importanza per il sistema della società.

Luhmann osserva che le forme della selezione variano con il variare della struttura sociale e delle forme della stratificazione. In linea di massima si può dire che il diritto è da moltissimo tempo lo strumento principale per selezionare i conflitti significativi.

Nella società funzionalmente differenziata l'individuo viene tutelato individualmente nel suo potere conflittuale. Carattere specifico di questa situazione è la separazione, almeno parziale, delle modalità di regolazione delle disposizioni individuali al conflitto dalla struttura della società. In quanto sistema immunitario della società, il diritto può essere inteso come anticipazione di possibili conflitti.

Dalla quantità delle aspettative che si formano quotidianamente, la *prospettiva del conflitto* (Stati Uniti fine anni '60) seleziona quelle che si possono rivelare maggiormente efficaci, assumendo come criterio normativo la distinzione tra ciò che è lecito e ciò che non lo è. Diventa possibile, così, prevedere l'esperienza di conflitti in modo tale da ridurre il loro verificarsi a livello dell'interazione.

Nella *società moderna*, invece, lo sviluppo dei diritti come garanzie di soluzione preventiva di conflitti, lungi dal ridurli, comporta invece un enorme ampliamento delle possibilità, dal momento che la richiesta del riconoscimento di diritti diviene essa stessa una delle maggiori cause di conflitto.

In quanto sistema immunitario, il diritto non serve ad evitare i conflitti, cerca soltanto di eliminarne l'attuarsi violento, fornendo ad ognuno forme di comunicazione appropriate. E' così che il conflitto può divenire un evento della riproduzione della società, fonte di una dinamica societaria che si configura come una lotta di tipo socio-economico, ma anche, secondo le teorie integrazioniste, una sorta di ostacolo al corretto funzionamento della società e, quindi, da tenere sotto controllo.

Uno dei contributi più significativi della teoria luhmanniana all'analisi sociologica del conflitto sembra consistere proprio nell'intendere la conflittualità come possibilità della comunicazione.

Touraine ha sviluppato sul conflitto sociale delle linee analitiche che procedono sulla base di quattro ipotesi di lavoro di carattere molto generale. Prima ipotesi: nella società post-industriale i conflitti sono

generalizzati; seconda ipotesi: di fronte ad un apparato di potere sempre più integrato, l'opposizione viene sostenuta da attori collettivi radicati quasi esclusivamente nel contesto urbano; terza ipotesi: i conflitti sociali tendono a confondersi con i comportamenti devianti; quarta ipotesi: i conflitti strutturali si separano dai conflitti legati al mutamento. La società senza classi e senza conflitti non viene più proposta da nessuna ideologia e da nessun partito politico.

I conflitti penetrano progressivamente in un'area vastissima, quella della vita privata (famiglia, educazione, relazioni sessuali). Si ha una perdita di autorità nell'ambito domestico e nella scuola, si parla di guerra tra i sessi e di conflitto generazionale.

Le gerarchie sociali che organizzavano un dato ordine sociale scricchiolano pericolosamente.

Una società post-industriale è una società che mobilita la sua popolazione.

L'urbanizzazione progressiva rappresenta uno degli elementi strutturali della società post-industriale. Si assiste così ad un trasferimento del luogo dei conflitti dalla fabbrica alla città.

La nuova immagine dei conflitti sociali è quella di un apparato centrale impersonale che tiene sotto il suo controllo una vera e propria maggioranza silenziosa.

La società post-industriale è una società che ha il problema del potere e della dominazione sociale, che non ha rimosso i conflitti di classe ma anzi li ha generalizzati attorno a nuovi soggetti sociali e che è il prodotto dei suoi conflitti interni.

Con specifico riferimento all'Europa contemporanea, Touraine si preoccupa di definire l'espressione "movimento sociale" riservandola «ai comportamenti collettivi che mettono in causa, attraverso un conflitto sociale, l'utilizzazione da parte di una società delle principali risorse e dei modelli culturali di cui essa dispone: cioè, allo stesso

tempo, i suoi modelli etici e di conoscenza, le sue principali forme di investimento e di produzione ed i suoi principi morali» [Touraine 1992].

Secondo Touraine non ha più senso parlare solo degli operai; le collettività studentesche, infatti, con i loro problemi di inserimento in una società sempre più complessa e che prolunga all'estremo il loro status di incertezza, occupano uno spazio nuovo ed autonomo.

Il conflitto assume una nuova forma anche nel senso che si trasferisce dalla fabbrica ad altre istituzioni, come l'università, la quale è il luogo dove si forma una nuova lite rivendicativa perché la scienza è forse, oggi, la principale forza che alimenta lo sviluppo tecnologico ed è intrecciata sempre più con il sistema economico e con il sistema politico.

Nel quadro di questa ridefinizione delle dinamiche conflittuali la gioventù si propone come neo-attore politico.

Dunque, ancora una volta, l'identità sociale si costruisce attraverso l'opposizione; il conflitto ha una funzione importante per la costruzione di nuovi soggetti.

Nell'ultimo quarto di secolo si è assistito ad una progressiva estensione dello sviluppo di conflitti di carattere etnico nelle diverse società occidentali.

Le analisi e le spiegazioni teoriche avanzate in questo periodo dalla letteratura sociologica sono molteplici.

In tale direzione si collocano le posizioni di A. Cohen, di N. Glazer e D.P. Moynihan, i quali sostengono una "deculturalizzazione" dei gruppi etnici.

Il conflitto etnico viene quindi spiegato come una peculiare configurazione della lotta per il controllo di risorse di potere o direttamente della lotta di classe. Secondo questa interpretazione la dimensione culturale che caratterizza i conflitti etnici non farebbe altro che celare quelli che sono ritenuti i *veri* conflitti, e cioè solo i conflitti di interesse.

Una posizione meno radicale è sostenuta da Daniel Bell che esamina il processo di declino delle ideologie.

La tesi di fondo di Bell è che nel procedere della differenziazione sociale i ruoli si fanno sempre più astratti ed impersonali e ciò produce un senso di smarrimento identitario. I conflitti che si sviluppano tra i gruppi etnici possono, secondo Bell, strutturarsi prevalentemente intorno agli interessi delle parti in gioco.

Tra la metà degli anni settanta e la metà del decennio successivo una posizione che ha ripreso in misura significativa il tema del conflitto è stata quella di *Horowitz*.

Richiamandosi alla teorizzazione simmeliana, Horowitz sostiene che è nel conflitto che si struttura l'identità.

Lo sviluppo dei processi di globalizzazione ha ridefinito le modalità di marcatura dei confini e delle identità etiche e culturali, generando nuove condizioni di incontro e di conflitto.

In questa prospettiva si colloca la teoria proposta da Roland Robertson sul rapporto tra identità etnica, conflitti e globalizzazione.

Secondo *Robertson* la globalizzazione sviluppa una serie di effetti collegando tra di loro in modi inediti gruppi etnici e società.

La vicinanza e la lontananza non definiscono più la capacità maggiore o minore di esercitare influenza, cioè si può essere lontani fisicamente e condizionare maggiormente rispetto a coloro che sono vicini, ma anche viceversa. Robertson concettualizza queste relazioni degli attori della globalizzazione nel termine di *glocalizzazione*.

Un aspetto di trasformazione dei conflitti su scala globale è costituito dalla tendenza alla de-localizzazione anche dei conflitti un tempo tipologicamente collocati su di una scala inferiore a quella globale, come i conflitti politici e i movimenti sociali.

Nella prospettiva neo funzionalista si prefigura uno scenario in cui i conflitti vengono considerati paradossalmente funzionali alla differenziazione sociale.

Il conflitto in sé non è necessariamente disfunzionale al sistema ma in certi casi può trasformarsi in un parassita sistemico.

In altri termini, una diffusa pratica negoziale dei conflitti li rende funzionali al contesto societario [Archer 1997].

Per questo in ogni sistema sociale sono necessarie istituzioni che diano spazio al conflitto orientandone lo sviluppo e controllando le forme di gestione distruttiva.

Riassumendo si può osservare che, quando ci si trova di fronte ad un conflitto, è doveroso rendersi conto che, al di là degli elementi positivi ampiamente analizzati, questo costituisce comunque un rischio reale per le relazioni, dal quale è impossibile uscire senza re-introdurre la dimensione etica, il tema del bene comune e della cittadinanza.

Su questa linea prende quota la società dalle lealtà multiple, intesa come disponibilità di ciascuna a confrontarsi con le altre, cioè a tenere aperta la relazione [Colozzi 2002].

3. Le funzioni positive del conflitto

Per funzioni si intendono quelle conseguenze del conflitto che tendono a favorire piuttosto che ad ostacolare la coesione nell'ambito di certi rapporti sociali o il reciproco adattamento fra gruppi.

Lungi dall'essere soltanto un fattore negativo e dissolvente, il conflitto sociale può adempiere molte precise funzioni nell'ambito dei gruppi e di altre relazioni interpersonali.

Accettare l'idea che il conflitto sia necessariamente distruttivo del rapporto nel cui ambito esso si verifica porta ad interpretazioni nettamente insoddisfacenti.

D'altra parte concentrare l'attenzione sugli aspetti funzionali del conflitto non vuol dire che certe forme non siano effettivamente distruttive dell'unità di gruppo e che esse portino alla disintegrazione di specifiche strutture sociali.

Il dibattito a livello sociologico su questi temi ebbe notevole espressione agli inizi del secolo scorso nei congressi della società americana di sociologia (Cooley, Small, Ross, Summer), soprattutto perché il conflitto costituiva la fondamentale e costruttiva categoria esplicativa per l'analisi delle trasformazioni sociali, dell'organizzazione sociale e del progresso, il quale emergeva da una lotta in cui individui, classi o istituzioni cercavano di realizzare la loro idea del bene, per poi perdere consistenza procedendo verso i giorni nostri in quanto la sociologia contemporanea concentra l'attenzione soprattutto sui problemi dell'adattamento, delle tensioni, degli attriti e delle disfunzioni psicologiche piuttosto che sul conflitto reale, vale a dire sulla statica più che sulla dinamica.

Premesso ciò, si analizzano in maniera sintetica quelle che vengono ritenute le principali funzioni del conflitto dalla stragrande maggioranza degli studiosi della materia, Simmel in primis.

Conflitto come funzione connettiva del gruppo: una certa dose di discordia, di divergenza interna e di polemica esterna è organicamente connessa proprio con quegli elementi che in definitiva tengono unito il gruppo.

Conflitto come funzione di salvaguardia del gruppo connessa all'importanza delle istituzioni come valvola di sicurezza: l'opposizione di un membro verso un associato non è un fattore sociale puramente negativo. Se non avessimo neppure la facoltà ed il diritto di ribellarci alla tirannia, l'arbitrio, la cupezza e la mancanza di tatto non potremmo sopportare di avere relazioni di sorta con persone il cui carattere ci infligge tali tormenti.

Conflitto come funzione limitativa della lotta

Il desiderio di possedere o di sottomettere, persino quello di annientare il nemico, possono essere soddisfatti attraverso combinazioni od eventi diversi dalla lotta violenta. Laddove il conflitto è puramente un mezzo inteso ad uno scopo superiore nulla impedisce

di limitarlo o di evitarlo qualora si possa sostituire con altre misure che diano la stessa garanzia di successo (conflitto non realistico); nel caso in cui invece il conflitto sia esclusivamente provocato da sentimenti soggettivi la sua sostituzione con altri mezzi diviene impensabile (conflitto realistico).

Conflitto come funzione integrativa degli impulsi aggressivi: la spinta aggressiva si aggiunge semplicemente come rinforzo alle controversie che sono dovute in realtà a cause concrete.

Alla stregua della convenienza ad amare una persona alla quale si è legati, risulta altresì conveniente odiare l'avversario con cui si combatte. L'intensità del conflitto risulta difatti direttamente proporzionale all'integrità del rapporto. Nelle strutture dei gruppi più omogenei e solidali l'eventuale insorgere di un'ostilità avrà inevitabilmente toni tanto più acuti quanto più forti erano i legami precedenti.

Conflitto come funzione di risoluzione dei dualismi divergenti: è un modo per realizzare una qualche sorta di unità; un po' come i più violenti sintomi di una malattia che rappresentano lo sforzo dell'organismo per liberarsi dai disturbi e dai danni che essi stessi hanno causato, il conflitto risolve le tensioni tra tendenze contrastanti.

Conflitto come funzione di coesione interna del gruppo: in condizioni di pace il gruppo può consentire nel suo interno la convivenza su posizioni ambigue di membri reciprocamente ostili in quanto ognuno di essi può andare per la sua strada ed evitare di scontrarsi con l'altro.

Conflitto come funzione di selezione dei nemici All'interno di certe relazioni può essere un atto di saggezza politica fare in modo che vi sia sempre qualche nemico perché l'unità dei membri resti operante ed il gruppo non smarrisca la consapevolezza che essa rappresenta un suo interesse vitale.

Conflitto come funzione di legame tra antagonisti: se nel conflitto esiste un limite riconosciuto da entrambe le parti alla violenza, si

manifesta palesemente un fattore socializzante e di comunanza, una sorta di unione al fine di fronteggiarsi accomunati da regole e norme; in tale direzione il conflitto è un meccanismo per la conservazione e l'adattamento delle norme stesse alle condizioni nuove e dell'equilibrio delle forze.

Conflitto come creazione di associazioni e coalizioni: il conflitto può non solo accrescere il grado di compattezza di un'unità già esistente eliminando radicalmente tutti gli elementi che potrebbero rendere meno precisa la linea che segna il confine con i gruppi avversari, ma può anche riunire persone che altrimenti non avrebbero niente a che fare l'une con le altre.

In conclusione si può sintetizzare affermando che i conflitti sociali o esterni tendono ad adempiere una funzione positiva per la struttura sociale in quanto rendono possibile una rettifica delle norme e dei rapporti di forze all'interno delle relazioni in corrispondenza con le esigenze degli attori protagonisti del conflitto, siano essi individui o gruppi.

Solitamente le conseguenze di tali conflitti sono scissioni ed espulsioni dei dissidenti allo scopo di riequilibrare e ristabilizzare i gruppi, prevalentemente quelli dotati di maggior flessibilità strutturale.

Invece i conflitti interni nei quali i contendenti non condividono più i valori essenziali su cui si basa la legittimità del sistema sociale minacciano di disgregare la struttura.

Tuttavia una salvaguardia di tale tipo di conflitto può trovarsi nella stessa struttura sociale quando essa ne consenta l'istituzionalizzazione e la tolleranza in quanto visto come mezzo per ristabilire l'equilibrio nei rapporti e la coesistenza di rivendicazioni contrastanti.

4. Elementi, obiettivi e forme di gestione dei conflitti

Si ha conflitto quando un'entità non riesce a raggiungere un proprio scopo perché un altro sistema vivente, in qualche modo legato ad esso, glielo impedisce.

Si è fin qui asserito che la presenza dei conflitti costituisce un fenomeno fisiologico più che patologico, un fatto, un evento neutrale non sempre negativo e pericoloso.

Una società senza conflitti è inevitabilmente statica e la storia ci insegna a diffidare delle società che tentano di rimuovere una realtà conflittuale cercando di non manifestare conflitti apparenti attraverso l'imposizione di un umanesimo di facciata.

Un certo grado di conflitto è un elemento essenziale nella formazione e nella gestione dei gruppi come fattore naturale della comunicazione efficace e catalizzatore per una migliore comprensione e cooperazione tra le parti interessate.

Nel corso della storia gli esseri umani hanno elaborato numerose modalità per gestire i conflitti evitando di ricorrere alla rissa e con l'idea di fondo di tentare di trovare una soluzione tale da soddisfare le esigenze di tutti, fino a giungere ai giorni nostri nei quali assistiamo alla convergenza tra i nuovi paradigmi, la posizione costruzionista sociale e le metodologie alternative di risoluzione delle controversie, tra le quali la mediazione.

Volendo avere una maggiore conoscenza dei conflitti e interessante analizzare i vari tipi di conflitti nei quali ci si può imbattere e le conseguenze che da essi possono derivare.

Innanzitutto il conflitto può avere una forte connotazione identitaria vale a dire può essere avvertito solo dal singolo soggetto o gruppo (*conflitto interno, individuale, intrapersonale o intragrupo*).

Il conflitto intrapersonale si ha quando un individuo è combattuto tra scopi incompatibili o in lui avviene uno scontro tra due forze emotive opposte.

Inoltre il conflitto può essere avvertito con altre persone, gruppi o organizzazioni (*conflitto esterno, condiviso o intergruppo*) nel momento in cui un'incongruenza, una disfunzione o una divergenza si manifesta attraverso sintomi o effetti negativi fra due o più parti di un sistema che diviene presto controproduttivo e costoso perché perde in funzionalità. Si parla, in questi casi, di interazioni conflittuali di posizione o di programma.

Allo stesso tempo il conflitto può essere percepito direttamente rivolto alla propria persona (*conflitto diretto*) oppure non rivolto contro personalmente (*conflitto indiretto*).

Una corretta ed opportuna gestione della controversia rappresenta il punto chiave per non sopprimere o esasperare il conflitto ma trasformarlo in un'occasione di accrescimento della motivazione e della creatività all'interno del proprio habitat naturale, sostanzialmente renderlo utile, prendendosene cura senza necessariamente volerlo curare.

Una volta riconosciuto, il conflitto va analizzato e compreso iniziando dalla sua storia cioè dal modo attraverso il quale si è manifestato (c'è un fatto che ne segna l'inizio?) e sviluppato; anche la durata e come si sta evolvendo sono elementi che possono aiutare a capire per quale motivo ci si trova nella situazione conflittuale.

Un altro aspetto importante da tenere in stretta considerazione, nell'ottica di un'adeguata gestione della controversia, riguarda l'ambiente nel quale si sviluppa; i comportamenti e le azioni che la caratterizzano sono in grado di far capire in maniera più specifica la natura e la gravità.

Terzo fattore da considerare con attenzione è il contesto sociale nel quale si alimenta il conflitto e se qualcuno possa trarre dei guadagni dal suo persistere o addirittura dall'aggravamento.

È bene concentrare l'attenzione sulle dinamiche del conflitto e su come esso si modifica nel tempo soffermandosi prevalentemente sull'attualità della causa che lo ha generato o sull'eventuale cambiamento dei fattori che lo alimentano, sull'aumento o meno delle ostilità dall'inizio del suo manifestarsi e sulla radicalizzazione e cristallizzazione delle posizioni in campo.

La cosiddetta "critica costruttiva" deve avere come obiettivi quelli di chiarire e risolvere il disaccordo, permettere un confronto delle opinioni, trovare una soluzione vantaggiosa per le parti coinvolte, fornire informazioni per il futuro, non lasciare residui emotivi e consolidare il rapporto.

Si parte con la fase di *preparazione* nella quale si sceglie il luogo ed il momento più opportuno, si verifica la disponibilità e la volontà collaborativa dell'altro, per poi passare alla fase della *descrizione* dei soli fatti (visti, vissuti, raccontati) e comportamenti, e non opinioni, reali ed oggettivi, proseguire con la fase di *espressione dei sentimenti* e concludere con la *proposta*.

Storicamente la prima forma di gestione del conflitto fu la negoziazione intesa come il tentativo "fai da te" di cercare una conciliazione; gli scarsi risultati portarono presto all'introduzione dello strumento dell'arbitrato, una sorta di "regolamento di conti" su base eminentemente privata nel quale è sufficiente che due persone siano d'accordo per andare da una terza persona di cui si fidano e delegare ad essa la decisione, fino a giungere a quello che ancora oggi, specie in quei Paesi che non hanno mentalità imprenditoriale, è il metodo più utilizzato: il tribunale, nonostante le forme alternative di risoluzione dei conflitti siano sempre maggiormente incentivate, prima fra tutte la

mediazione della quale si sottolineano ancora una volta gli aspetti di comunicazione, concretezza ed assunzione di responsabilità.

In tutti i Paesi occidentali è evidente l'inadeguatezza ormai strutturale, forse perché, in certi frangenti, amorale e astratta, del carattere esclusivamente monopolistico del sistema giudiziario nella risoluzione dei conflitti e della conseguente obbligatorietà da parte del giudice di decidere comunque su ogni lite senza per questo "pacificare", perché il sistema sociale mal sopporterebbe la cattiva infinità dei litigi; si avanzano, così, maggiori richieste di revoca del carattere stato-centrico dell'amministrazione della giustizia e si allarga, senza rifiutarla, la dimensione della legalità.

Altresì accostarsi ai conflitti con ottica terapeutica non conduce molto lontano: si finisce con il soffocarli più che elaborarli in maniera costruttiva; al contrario, una visione attiva, ottimistica e, in un certo senso, "allegria", consente di coglierli come un segnale di ricchezza, di diversificazione, un'occasione offerta per ridefinire la situazione e cercare stimoli di crescita in direzioni nuove, un'opportunità d'intervento sulla dinamica delle strutture.

Diventa in tal modo fondamentale non mettere a tacere il conflitto, ma trattarlo in maniera oculata.

Il mediatore dovrà cercare di depotenziare le emozioni e tenerle fuori dalla mediazione in maniera tale da condurre le attività in un clima quanto più possibile calmo e ragionevole.

Per affrontare bene il conflitto l'educatore deve basarsi sui seguenti semplici passi:

- a) tenere a mente che il conflitto è un problema da gestire e non una guerra da combattere;
- b) contare fino a dieci prima di agire;
- c) evitare il muro contro muro;
- d) rispettare i contenuti della controversia;

e) contrastare il giudizio stigmatizzante e sperimentare la critica costruttiva;

f) sapere dire di no quando serve.

In tale ottica diviene di fondamentale importanza la formazione degli educatori perché possano incidere sulle capacità di relazionarsi delle nuove generazioni in una logica di alfabetizzazione al conflitto.

5. Il passaggio dal conflitto alla mediazione

Il conflitto si propaga nell'ambiente circostante rendendo il clima relazionale pesante provocando la diminuzione della disponibilità e della fiducia verso gli altri; si assiste, quindi, ad un aumento dell'angoscia e dell'aggressività (verbale e non), al prevalere della contrapposizione a scapito della collaborazione, alla riduzione della possibilità di espressione dei soggetti.

In tale contesto, la pacificazione assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico generale (non va oltre la mera tolleranza senza pervenire ad un vero *riconoscimento* dell'altro) sia su quello pratico dell'effettiva soluzione del conflitto, confondendo quasi sempre la verità con la vittoria lasciando lo sconfitto solo col suo rancore ed il suo desiderio di rivalsa.

Ciò perché essa segue una procedura i cui meccanismi di fatto congiurano nell'assimilare i contendenti alla figura del nemico piuttosto che a quella dell'avversario.

Tuttavia è inevitabile che nel momento in cui il moto del conflitto lede un diritto, la società moderna abbia affidato ad alcune istituzioni penali il compito di stabilire i termini oggettivi di queste "ragioni".

Sviluppare la mediazione dentro e fuori l'ambito giudiziario significa anzitutto superare la visione del reato quale atto isolato e astratto commesso da un soggetto difficile ed iniziare a leggerlo come un

segmento di complesse vicende relazionali, in un'ottica di concezione della pena riparativa intesa quale modalità responsabilizzante.

Inoltre le ADR (alternative dispute resolution), come nuova forma democratica del "fare giustizia" nelle complesse dinamiche dei rapporti sociali, si sono sviluppate per la necessità di contenere i tempi, i costi, il formalismo e la rigidità del giudizio ordinario e, allo stesso tempo, rappresentano l'esigenza di riappropriarsi del conflitto attuando una giustizia psicologicamente vicina agli individui che la richiedono.

In un conflitto gestito giuridicamente le parti si confrontano in base a ruoli formali con lo scopo di conseguire una vittoria ufficialmente riconosciuta: sentenza come ragione o torto, più sanzione del diritto; in un conflitto gestito attraverso la mediazione le parti si incontrano invece come persone con lo scopo di tentare la conciliazione dei loro interessi.

Rispetto alla conciliazione il processo (procedura formale ed eteronoma) assume l'aspetto di una partita di diritto dove due o più giocatori, preso atto della rottura comunicativa, tentano di battere gli altri utilizzando regole per cercare una vittoria piuttosto che una verità, rivolgendosi ad un terzo neutrale: il giudice.

In generale pare che riconciliare gli interessi, attraverso la mediazione, costi meno e produca risultati più soddisfacenti che accertare chi ha ragione attraverso il diritto con tutti i suoi limiti strutturali e funzionali, e che questo a sua volta sia più economico e soddisfi maggiormente dello stabilire chi abbia più potere e di conseguenza più forza.

Il diritto è la ricerca o il ripristino di un ordine basato sulla certezza dei rapporti, sulla nitida individuazione e separazione della pretesa dall'obbligo, della ragione dal torto, dell'innocenza dalla colpevolezza.

L'ordine e la sicurezza non dipendono perciò tanto dalla validità della soluzione adottata o dal consenso delle parti, quanto dalla forza dell'ordinamento e dall'efficacia del suo apparato di coercizione.

Le parti potranno non essere soddisfatti, le radici del conflitto non essere estirpate, la pace del diritto funzionerà comunque riposando sulla capacità impositiva.

La pace assicurata dal diritto, rimanendo alla superficie degli eventi, si dimostra spesso carente sia sul piano etico generale sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto: sul piano etico non solo non spinge i contendenti alla consapevolezza delle proprie reali motivazioni ma non va oltre la mera tolleranza senza pervenire a un vero riconoscimento dell'altro; sul piano pratico confonde quasi sempre la verità con la vittoria lasciando lo sconfitto solo col suo rancore ed il suo desiderio di rivalsa. Il conflitto diventa contesa soprattutto perché il bisogno percepito come fondamentale è quello di avere ragione non quello di trovare una soluzione.

Assodato ciò è indubbiamente interessante chiedersi quale ruolo abbia attualmente la mediazione nella società civilizzata.

II. LA MEDIAZIONE

1. Nozione di mediazione

La mediazione è alternativa ai sistemi giudiziari, è la soluzione della controversia lasciata alla "fantasia" degli attori, è un istituto per la ricomposizione di un conflitto (non è un puro e semplice negoziato).

Nell'era moderna si cercano soluzioni per passare da un ordine imposto ad altre forme di ordinamento poiché non ci si trova più di fronte ad una relazione gerarchica tra dominanti e dominati ma dinanzi ad un processo di scambi interattivi nel quale ognuno vuole ritagliarsi il proprio spazio e recuperare le responsabilità dei propri atti.

Questi cambiamenti a livello globale si associano a conflitti nuovi, con le loro risonanze relazionali, come quelli che sorgono nelle nuove geografie regionali o che, tra gli altri, riguardano la migrazione di grandi popolazioni, i mercati mondiali, la cura globale del pianeta.

Da qui la necessità di trovare altre forme di ancoraggio che permettano di costruire nuove relazioni sulle quali riversare la propria fiducia e contribuiscano ad un trattamento migliore delle problematiche umane "vecchie" e "nuove".

Una delle ragioni della diffusione della mediazione, come di altri strumenti alternativi alla giustizia, è da ricercare proprio nella crisi dei sistemi di regolazione sociale, crisi che ha contribuito al sovraccarico ed al conseguente collasso del sistema giudiziario.

Con la mediazione il conflitto non viene compresso o rifiutato (la conciliazione non si fonda sul buonismo) ma riconosciuto ed assecondato per poterne contenere gli aspetti distruttivi e valorizzare quelli positivi in maniera franca e costruttiva.

Il processo di globalizzazione sfocia, da una parte, nel rapporto individuo-altri, in un pluralismo che spesso diventa relativizzazione

delle norme morali le quali perdono la loro forza motivante e, dall'altra, nel rapporto individuo-sé, in una pluralizzazione delle scelte con conseguente frammentazione dell'identità e perdita della "felicità" la quale, se pur banalmente, è ciò per cui tutti viviamo.

Nella società *dopo moderna* la questione della correlazione fra libertà e controllo sociale sembra giunta al capolinea.

Ma, per fortuna, all'interno della società attuale si annidano ancora desideri di legami, relazioni dotate di senso e scambi simbolici; dunque è partendo da questo che si può parlare, oggi più che mai, di nuovi processi di mediazione.

Processi che i nuovi attori (i mediatori) debbono, in sinergia con le famiglie, le reti primarie, le soggettività intermedie, le organizzazioni formative, assumersi il compito di favorire all'interno di una società sempre maggiormente complicata e diversificata.

La mediazione, in sintesi, può rispondere ad alcune questioni aperte, centrali nella società dopo-moderna, e cioè: come ricomporre il conflitto in una prospettiva che ponga al centro il soggetto portatore a un tempo di istanze di libertà e regolazione, come sostenere i soggetti di fronte al crollo delle regole ed al disordine che ne consegue con l'obiettivo di promuoverne di più adeguate per il benessere dei singoli e della comunità, come facilitare la consapevolezza delle persone, delle reti e dei gruppi di appartenere alla stessa *comunità di destino* [Morin 2000], come valorizzare e ricomprendere le differenze culturali, etniche e linguistiche all'interno delle comunità sociali, oggi sempre più segmentate e differenziate.

È possibile quindi sostenere che la mediazione è una pratica, anche preventiva, che tende a promuovere la cittadinanza attraverso la rigenerazione dei legami sociali [Scabini, Rossi 2003] e consente, se ben condotta, un più grande pluralismo dei sistemi di regolazione sociale attraverso la proposta specifica ed originale di un cammino

partecipativo volto a ricreare il legame temporaneamente smarrito [Bonafè Schmitt 1992].

Essa si connota come una modalità di risoluzione del conflitto tra due o più parti; la sua efficacia si fonda sulla riorganizzazione della scena conflittuale e si sviluppa in un ambito riconosciuto dagli attori come indipendente, in presenza di un terzo neutrale che li accompagna secondo un insieme di regole condivise da tutti i partecipanti.

La mediazione dischiude, dunque, prospettive, di tempo, di prossimità e di condivisione, completamente nuove. Praticandola si diventa adulti perché si accetta il confronto con l'altro senza aspettare la soluzione eteronoma e formalista generata da un potere esterno al conflitto.

Sebbene l'ideologia giuridica abbia plasmato la nostra percezione della realtà sociale, il diritto non è l'unico modo possibile per regolare i conflitti sociali, bensì sono numerosi i modi con i quali, in tempi e spazi diversi, i sistemi sociali gestiscono i conflitti. Queste modalità mutano continuamente col mutare delle relazioni sociali e delle tipologie dei conflitti.

Nel tempo il diritto ha operato una selezione dei conflitti che potevano essere considerati come generatori di disordine sociale e che dovevano essere definiti e risolti attraverso la giurisdizione lasciando ad altri meccanismi di regolazione la gestione di un ampio ventaglio di fenomeni conflittuali.

Negli ultimi decenni le complesse trasformazioni sociali, legate all'industrializzazione e all'urbanizzazione, hanno condotto alla crisi di quelle modalità di regolazione e canalizzato la domanda di giustizia verso la giurisdizione che si trova spesso a dover gestire conflitti che potrebbero tranquillamente essere risolti in ambito sociale con modalità e obiettivi diversi da quelli processuali. In quest'ultimi vent'anni si assiste, in Europa e in Italia, all'elaborazione di strategie che consentono di affiancare al diritto e al processo i metodi della

“giustizia informale”, definiti tali in quanto strumenti alternativi alle procedure legali-formali su cui si fonda il processo. Lo strumento alternativo per eccellenza risulta essere la mediazione.

Il significato più interessante del vocabolo “mediazione” è quello che si ha in filosofia, dove indica il passaggio da una proposizione all’altra attraverso una o più asserzioni intermedie ragionate e ragionevoli.

È vero che la mediazione rappresenta un intervento in caso di emergenza e che i suoi tempi sono per definizione limitati, ma questo non significa azione affrettata bensì il costituire uno sforzo per muoversi “mediatamente” e “meditatamente”. Oltre, e prima, che tecnica di gestione dei conflitti, infatti, la mediazione nasce come metodo per ristabilire la comunicazione tra le persone e per avviare, sia pure parzialmente, un importante processo di pacificazione sociale attraverso la costruzione di *spazi di parola*.

Fare mediazione, infatti, significa, prima di tutto, prendersi cura con modalità inedite sul piano socio-istituzionale di comportamenti cosiddetti antisociali e/o antiggiuridici che, compulsivamente ed immediatamente, producono in noi stessi e negli altri sentimenti di rivolta, risentimento, tradimento, rabbia, desiderio di vendetta, disonore, umiliazione, incomprendione, intollerabilità, pericolo, senso di colpa, violenza, distruzione, sofferenza, disagio e dunque vanno immediatamente esorcizzati.

È da quel *non-luogo* che il mediatore cerca di incontrare la fonte dei conflitti che creano un vuoto, un isolamento dei singoli confliggenti nel proprio vissuto, nella propria versione dei fatti e nella propria solitudine e separazione dall’altro.

Per inquadrare in maniera classica la mediazione, ci si può avvalere della definizione di Bonafè-Schmitt [J.P. Bonafè-Schmitt, *La mediation, une justice douce*, Syros Alternatives, Paris, 1992], la quale parla di un processo etero-conciliativo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutrale tenta, mediante scambi tra le parti (due o più), di

permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare con il suo aiuto una soluzione autodeterminata al conflitto che le oppone (non necessariamente implica il perdono).

Per Folberg e Taylor, la mediazione è un processo attraverso il quale i partecipanti, con l'aiuto di una terza persona imparziale, isolano in maniera sistematica le questioni su cui sono in lite al fine di sviluppare opzioni, valutare le alternative e giungere ad un'intesa mutuamente accettabile e che risponda ai loro bisogni.

Per Bastard e Cardia-Voneche, invece, la mediazione è un processo di cooperazione in vista della risoluzione di un conflitto, durante il quale un terzo imparziale viene sollecitato dai protagonisti per aiutarli a trovare una composizione amichevole e soddisfacente.

La reciproca soddisfazione delle parti è l'obiettivo primario e la principale differenza da un rito processuale che prevede la sentenza finale di un giudice. E' evidente in ciò, pur nel rispetto delle mutevoli condizioni economiche, politiche e sociali, la natura pedagogica-interpersonale e non giuridica della mediazione.

In altri termini la mediazione è una strategia politico pedagogica che «chiamando in causa nel proprio processo gli stessi attori della controversia, e conducendo essi stessi all'individuazione di una soluzione al conflitto, in cui non ci siano né vincitori né vinti, offre un modo di affrontare il tema del conflitto come una dimensione naturale nel processo di evoluzione di un sistema organizzativo che trova applicazione in ogni ambito della vita sociale» [Bertolini 1988].

Nella prospettiva umanistica sostenuta da Morineau in Europa e Umbreit negli Stati Uniti, la mediazione intende aprire col tempo un nuovo spazio nella società contemporanea, poiché indica una strada lungo la quale ogni gesto afasico, la sofferenza, le emozioni, gli affetti, i sentimenti sociali che sono messi a nudo, a repentaglio, violati, possono esprimersi tramite la partecipazione ad un nuovo rito, ad una nuova modalità di riconoscimento delle proprie ragioni.

“Mediazione” significa anzitutto “essere in mezzo a” ma non “incontrarsi a metà strada”; trovando una soluzione di compromesso, di concessione o di compensazione, infatti, ciascuna parte rinuncia a qualcosa. Etimologicamente la parola mediazione viene dal latino *mediare*, nel senso di “dividere”, “aprire nel mezzo”.

Da sempre le società umane hanno provveduto a inventare mezzi, il più possibile elastici e creativi, per gestire gli inevitabili conflitti: l’impiego più antico della mediazione, come detto, risale alla scrittura sumerica e la sua funzione era teologica cioè intermediaria tra Dio e l’uomo. In seguito acquisì il senso di “divisione” e, in epoca moderna, ha assunto il significato, del tutto rivoluzionario e completamente sconosciuto alle culture tradizionali, di “intervento destinato a conciliare le persone, le parti in causa”, con le sue irrinunciabili premesse di libertà, di libera assunzione di responsabilità da parte dei soggetti coinvolti, di completa indipendenza dalle pratiche già regolamentate.

I mediatori si trovano dinanzi al tentativo di far uscire le parti dal soggettivismo che contraddistingue i loro ruoli di “perseguitato” e “perseguitore”, di “vittima” e di “reo”, di “danneggiato” e di “danneggiante”, di “portatore di offesa” e di “offeso”, di colui che “umilia” e di “umiliato”, ovvero delle due posizioni contraddittorie, opposte, che si fronteggiano e che paiono loro vitali, dal desiderio di ciascuno di prevalere sull’altro, di usare la propria parola per influenzare e dominare, cercando solo la propria affermazione.

A differenza della giustizia la mediazione non si fissa sui fatti ma cerca di far emergere il “non detto”, senza comprendere e razionalizzare obbligatoriamente l’accaduto in quanto esso è in parte inesplicabile.

Dopo i “rivoluzionari” anni sessanta, a partire dal decennio successivo, con il diffondersi della domanda di forme alternative alla giustizia tradizionale e, con maggiore enfasi, negli anni ottanta

caratterizzati dalla latitanza delle istituzioni e di altri tradizionali punti di riferimento, il concetto di "mediazione" si è andato diffondendo in Europa con ampiezza e profondità sempre crescenti, soprattutto nell'area anglosassone, tanto da indurre Jean Francois Six [1990] a definire questo periodo il "decennio della mediazione". Si media, difatti, nelle industrie, in politica, nelle cause legali, nelle carceri, a scuola, nei rapporti cittadino-istituzioni.

Oggi bisogna spingere le parti a negoziare; una mediazione ben condotta, infatti, consentendo di esprimere e far valere i diritti di ciascun antagonista nel rispetto di quelli dell'altro, è un potente strumento di pace giusta.

È bene che i giovani crescano in un clima diverso dall'attuale, intollerante e caratterizzato dalla ricerca di soluzioni di forza, e che gli adulti tornino a provare orrore nei fatti, e non solo a parole, per ogni forma di umiliazione, di violenza, di tentativo di annientamento del nemico, di scontro frontale, considerando ogni forma di guerra, da quella familiare a quella tra popoli, come il fallimento della ragione, della fantasia, dei sogni, delle utopie, degli ideali, dei progetti, senza i quali il contatto diviene inevitabilmente duro e diretto, non giocato, non *mediato*, lasciando spazio all'immediata e mera soddisfazione di un impulso.

Ed è compito dei genitori, dei maestri e di chiunque ricopra posizioni di responsabilità pubbliche o private, dimostrare con l'esempio come sia possibile evitare, o almeno ridurre, i pericoli insiti nell'acuire i contrasti, nel gettare benzina sul fuoco delle dispute, nell'eliminare spazi di mediazione, nel disprezzare chi cerca di salvaguardare i diritti e i doveri di ciascuno, immaginando scenari moderni in cui le diversità possano convivere.

Mediare, dunque, non vuol dire scendere a compromessi né accettare l'inaccettabile, significa in realtà aiutare le parti in conflitto a

trovare una buona ragione per continuare a negoziare, a guardare più lontano di un'eventuale vittoria di Pirro.

Certo, affinché i contendenti inizino a parlare fra loro, chi conduce la mediazione dovrà porre in atto una serie di manovre utili a evitare che il conflitto riprenda con la medesima, astiosa virulenza che aveva già precedentemente condotto allo stallo.

Nell'esperienza umana coloro che erano capaci di aiutare le parti in contrasto a raggiungere soluzioni eque erano considerati utili alla comunità, saggi e degni di rispetto.

Nelle diverse forme in cui si organizzano, le pratiche di mediazione sono promosse in risposta alla disorganizzazione sociale con l'obiettivo di ricostruire una nuova forma di coesione.

2. Varie tipologie di mediazione

Chi sceglie la mediazione condivide l'idea che la difficoltà a gestire i conflitti crei disagio nei soggetti.

Si possono identificare almeno tre ambiti di riferimento: interpersonale educativo, sociale e comunitario. I processi mediativi operano all'interno di questi ambiti attraverso quattro principi guida: il principio dell'autonomia, quello del riconoscimento dell'altro e dell'integrazione dei bisogni, della prossimità strutturale e sociale, e della prevenzione.

In tutti i professionisti del settore si sta facendo strada sempre più la convinzione che si tratti di pratiche in grado di offrire forme nuove e diverse al processo giurisdizionale che produce insoddisfazione sia nei cittadini, sia negli operatori della giustizia.

La conciliazione, infatti, a differenza del rito ordinario di giudizio, è efficace, perché permette di risolvere la lite fra le parti senza pesanti formalità, senza autorità che impongano una soluzione, riservata, perché consente di comunicare in un ambiente protetto e sicuro,

economica, perché i costi sono molto più ridotti, veloce, perché in media la procedura si esaurisce in un solo incontro, flessibile, perché le regole procedurali si adattano alle concrete esigenze delle parti, costruttiva, perché consente di mantenere, rinforzare ed eventualmente recuperare il rapporto professionale fra le parti e priva di rischi perché una volta avviata la procedura le parti non sono obbligate a raggiungere un accordo e nessuna decisione viene loro imposta.

Il mediatore, difatti, si impegna a evidenziare i termini della questione ed a trovare modalità soddisfacenti di discussione in un clima che non enfatizzi diritti e doveri.

Analizziamo adesso alcuni tipi di mediazione e, in particolare, le seguenti:

- a) mediazione familiare,
- b) mediazione nel lavoro,
- c) mediazione sanitaria,
- d) mediazione scolastica,
- e) mediazione penale,
- f) mediazione comunitaria,
- g) mediazione interculturale,
- h) mediazione civile e commerciale.

a) Mediazione familiare

La mediazione familiare nasce a Los Angeles nel 1939 con la Los Angeles Conciliation Court grazie allo psicologo O. James Coogler e prosegue con John Haynes che, nel fondare l'Accademy of a Mediators, vi introdusse la tecnica commerciale del problem solving, la negoziazione ragionata (brainstorming).

In Europa, a seguito di numerose Raccomandazioni e Direttive dell'Unione Europea, arriva nel 1988 a Parigi (Association pour la

promotion de la médiation familiale), l'anno successivo in Austria, nel 1990 in Spagna, nazione tra le prime a legiferare in questo ambito (seguita a ruota dalla Gran Bretagna), nel 1992 in Germania Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation).

L'Italia, dopo il Congresso di Roma del 1993 e la Convenzione di Strasburgo del 1996, nel 1997 emana la Legge 285 che, prevedendo lo sviluppo dei servizi connessi, all'articolo 4 riconosce la mediazione familiare come servizio di sostegno e superamento delle difficoltà relazionali; tale sviluppo si sostanzia solo nei servizi di assistenza sociale e nelle AUSL. Successivamente, nel 2001, con la Legge 154, si introduce l'espressa facoltà del giudice di utilizzare l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare.

Come si evince da quanto esposto, nonostante la diffidenza nei confronti della mediazione in genere, vuoi per poca informazione o perché l'italiano medio vive i traumi con paura e cerca di non portare fuori dal proprio essere gli stessi, questo settore è quello in cui la pratica della mediazione ha mostrato la massima vitalità ed espansione, offrendo agli studiosi un ampio campo di osservazione sulle sue modalità, la sua efficacia e il grado di accettazione sociale.

Oggi, in un momento in cui le conflittualità che vedono coinvolte coppie di genitori sono in aumento in maniera esponenziale, la mediazione è avvertita come un'opportunità, se non proprio una necessità, soprattutto quando si tratta di trovare una soluzione equa, il che non significa per forza "dividere la torta" al 50%, tra i coniugi in conflitto per esercitare il diritto di educare i propri figli.

D'altra parte i professionisti addetti alla risoluzione giudiziale si trovano, non di rado, sprovvisti di strumenti tecnici e culturali per la risoluzione non giuridica dei conflitti i quali, in molti casi, rendono impossibile una vita normale e l'esercizio di una paternità e maternità responsabili; da qui la necessità di modalità alternative ed il successo recente della mediazione familiare.

La mediazione familiare si rivolge, dunque, principalmente alla coppia coniugata o convivente, con figli o senza, in fase di separazione o già separata o divorziata, con un'esigenza di modificare gli accordi. In secondo luogo ai genitori in conflitto con i figli, ai fratelli in disaccordo, ai parenti in lite per questioni ereditarie.

Spesso sono necessari vari incontri allo scopo di uscire dalla violenza reciproca per ritrovare la tranquillità e non far sopportare ai figli tutto il peso della sofferenza patita dai genitori. Cruciale il momento in cui padre e madre prendono coscienza del fatto che l'avvenire dei figli dipende, per lo meno in parte, dall'evoluzione positiva della loro relazione. Il compito dei mediatori deve essere umile, anche per i tempi di solito lunghi, ma ogni momento di calma e ogni passo verso il rispetto reciproco e dei figli giustifica lo sforzo.

Si può, dunque, affermare che la mediazione familiare si rende utile e necessaria in quei casi di elevata crisi e conflittualità familiare (a volte anche violenta), che vedono sia i genitori, ma soprattutto i figli, vittime di un conflitto ormai divenuto distruttivo e dannoso.

L'obiettivo comune ad ogni modello di mediazione familiare è quello di ristabilire la comunicazione tra i coniugi, per poter raggiungere un obiettivo concreto, cioè la realizzazione di un progetto di organizzazione delle relazioni in seguito alla separazione o al divorzio, che tenga in considerazione i bisogni di ogni membro della famiglia.

In tale contesto, uno dei più stressanti della vita, il compito essenziale del mediatore è quello di creare uno spazio di comunicazione attraverso il quale la coppia affronti serenamente la trasformazione del rapporto e la ridefinizione del ruolo genitoriale.

b) Mediazione nel lavoro

Quando nasce un conflitto il ricorso all'autorità giudiziaria finisce per accentuare i contrasti ed esasperare le relazioni sia verticali che trasversali; in questo clima disturbato diviene difficilissimo lavorare.

La mediazione si è rivelata uno strumento utile per rispondere in modo rapido ed efficace ai problemi della giustizia anche in ambito aziendale, permettendo di ridurre i costi, agevolare la risoluzione delle liti, adeguare meglio il valore delle stesse, offrire una risposta più flessibile alla molteplicità dei contenziosi sempre più complessi, consentire tra le parti di continuare a mantenere le relazioni, avvantaggiando il libero commercio e lo sviluppo economico.

La mediazione lavorativa, in passato anche obbligatoria, è un percorso alternativo ma non contrapposto al processo civile e pur svolgendosi in autonomia rispetto all'ambito giudiziario resta ad esso complementare.

Chi si rivolge ad un mediatore lo fa per cercare di aprire un dialogo e negoziare degli accordi condivisi.

Ponendo l'impresa al centro dell'attenzione è chiaro che i conflitti possono nascere in varie posizioni: ai confini dell'azienda, cioè fra azienda e il mondo circostante (altre imprese, consumatori, società civile nel suo complesso, dipendenti intesi come "altro" rispetto all'azienda) oppure al suo interno, tra funzioni aziendali, lavoratori, manager o tra capo e collaboratori.

La mediazione in ambito lavorativo è un percorso parallelo e alternativo, ma non contrapposto, al processo civile poiché, pur svolgendosi in autonomia rispetto all'ambito giudiziario, resta ad esso complementare. Chi si rivolge ad un mediatore lo fa per cercare di aprire un dialogo e negoziare degli accordi condivisi.

c) Mediazione sanitaria

In un primo momento tale mediazione riguardava solamente le controversie fra paziente e medici quando l'aspettativa dei cittadini risultava compromessa dall'operato del professionista. (Responsabilità medica)

Successivamente la mediazione interviene anche nei casi di responsabilità sanitaria, cioè delle controversie aventi ad oggetto il danno derivante da rapporti instaurati tra pazienti e struttura sanitaria pubblica o privata. (Responsabilità sanitaria)

La legge n. 98 del 09/08/2013, di conversione del D.L. 69 del 21/06/2013 (Decreto del fare), ha stabilito l'obbligatorietà della mediazione sanitaria.

d) Mediazione scolastica

Un altro ambito in cui oggi si sta avvertendo in maniera pressante la necessità della presenza di professionisti esperti in mediazione è la scuola.

L'aumento del numero e delle forme di conflittualità che si stanno registrando in tante scuole, non solo, come da sempre, tra alunni e alunni o tra alunni ed insegnanti (bullismo, ragazzi difficili, crisi o rottura relazionale tra scuola e famiglia) ma anche, e questo è un fenomeno più recente, tra genitori e docenti, tra docenti e tra docenti e dirigenti scolastici. Nella maggioranza dei casi, se non si vuole ricorrere continuamente ai tribunali ed affidare la soluzione del conflitto al giudice, non resta che individuare nuove forme di riconciliazione, tra le quali la mediazione pare la strada preferibile.

Infatti, punire sistematicamente i responsabili adottando una sanzione secondo il classico "modello disciplinare", pur essendo considerato erroneamente il metodo migliore e più sbrigativo in quanto

diretto, circoscritto ed efficace, ma altresì spesso anche l'unico a disposizione, non garantisce risultati positivi perché all'occasione il prepotente aggraverà il suo comportamento per vendicarsi; inoltre, verrà negata ogni forma di attenzione nei riguardi della vittima la cui sofferenza e il cui disagio permarranno, rafforzando il senso di solitudine ed impotenza.

In questa prospettiva educare alla mediazione significa assumere il conflitto come elemento generativo, come risorsa utile all'interno delle relazioni sociali per cercare di vivere le differenze come occasioni di confronto e non di rottura [R. De Beni, 2000].

La mediazione in ambito scolastico si concretizza principalmente sulle differenze dell'appartenenza culturale soprattutto in relazione alle dinamiche di prepotenza e di bullismo.

Il campo della mediazione scolastica è probabilmente quello nel quale le sinergie con altre figure professionali, in particolar modo psicologi e sociologi, può risultare più proficuo a causa delle problematiche atipiche e disomogenee, rispetto ad altri campi, che l'età giovanile, per lo meno degli studenti, si porta con sé.

In linea con il principio della prevenzione, fornire strumenti di gestione del conflitto fin dai primi livelli scolastici potrebbe, inoltre, prevenire situazioni di aggressività, di scontro e di conflittualità tra singoli o tra gruppi, i quali, se snobbati, potrebbero sfociare in fenomeni di bullismo, più difficili da trattare in età adolescenziale.

I punti cardine di una soddisfacente mediazione nell'ambito della scuola, sia per gli alunni che per gli adulti, debbono focalizzarsi sulla sensibilizzazione del "gruppo classe" sulla tematica del conflitto e delle diverse modalità di gestione, sui principi e le regole della mediazione e il loro rispetto, sulla promozione del dialogo, dell'ascolto attivo e della comunicazione rispetto ai conflitti.

Inserire la mediazione a scuola significa, quindi, offrire opportunità educative all'intera comunità scolastica sia attraverso strumenti

pragmatici e alternativi di gestione delle liti, sia attraverso la diffusione di una diversa cultura della convivenza, utile poi anche nella futura vita extrascolastica.

L'abilità di risolvere i conflitti si presta come presupposto per il futuro sviluppo di un cittadino adattato capace di fronteggiare le situazioni in maniera pacifica anche nelle difficoltà.

Il presupposto è che, in ogni fase del loro "aprirsi" alla mediazione e alla risoluzione dei conflitti, i ragazzi acquisiscano le potenzialità per sviluppare abilità interpersonali e sociali.

In ogni caso, è indispensabile che siano le parti direttamente coinvolte a essere disponibili attivamente a gestire il conflitto e che si adoperino in tal senso. In particolare, quando esso viene gestito prima che si acutizzi e si trasformi in prevaricazione o violenza, può addirittura divenire una fonte di apprendimento e arricchimento permettendo, infatti, la comprensione di sé stessi e fornendo le basi per soluzioni creative.

Se il conflitto è inevitabile e fa parte della quotidianità, apprendere competenze per la sua gestione alternativa è educativo ed essenziale per il successo a lungo termine quanto studiare la matematica o la storia [Bonafè-Schmitt 1992].

Sin dall'inizio degli anni sessanta sono state sperimentate negli Stati Uniti, e successivamente in Australia (Dipartimento dell'educazione del New South Wales), Canada ed in alcuni Paesi europei (Germania ed Inghilterra, con l'associazione Mediation Uk, in primis), forme alternative alla gestione dei conflitti a scuola e interventi per la prevenzione e la riduzione del bullismo rivolti al singolo o a tutta la scuola nell'ambito di training organizzati per la difesa dei diritti civili. Si tratta di programmi fondati su principi di promozione della non violenza.

Tra le metodologie attive si ricordano il *cicrle time*, dove gli alunni seduti in cerchio possono esprimere ciò che pensano, *i quality circle*

(circoli di qualità) nei quali si promuove l'efficacia complessiva del gruppo nel proporre soluzioni pratiche, i role plays (giochi di ruolo) dove si sviluppa l'empatia e l'accoglimento del punto di vista dell'altro, e il *no-blame approach* nel quale lo scopo è la valorizzazione e non la colpevolizzazione.

In Italia la legge di riferimento dalla quale si è sviluppata la mediazione scolastica è la n.451/97 da cui è scaturito il "Piano nazionale di azioni e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva 2000/2001". Le prime esperienze partirono a titolo individuale da parte di alcuni pioneristici insegnanti, per poi avere seguito specialmente nelle scuole medie, nei licei e negli istituti professionali.

In quanto forma di educazione, la mediazione, grazie alla necessaria fiducia reciproca, deve insegnare a riconoscere quella parte di sé stesso non razionale che tendiamo a nascondere, con l'obiettivo di trasformare, acquietare e/o superare una situazione dolorosa. Educazione, società e giustizia sono parte integrante della mediazione in una continua articolazione.

e) Mediazione penale

Il penale è il vero banco di prova della mediazione, quello in cui i risultati possono configurare reali forme di giustizia alternativa, più che di mera risoluzione conflittuale, pur presentando caratteri del tutto particolari determinati dal fatto che nel nostro ordinamento l'azione penale è pubblica, poiché persegue il pubblico interesse, e la mediazione deve trovare forme di compatibilità, non potendo essere affidata esclusivamente all'iniziativa dei singoli.

Oltre alle ragioni che fanno riferimento ad un bisogno pratico di riduzione di costi e tempi della giustizia e ad un carico ormai insostenibile del contenzioso giurisdizionale, vi sono ragioni più

profonde che attengono a una nuova dimensione della giustizia enunciando le potenzialità etiche, culturali e sociali della mediazione che, in questo consenso, si sviluppa e propone un modello di regolazione dei conflitti alternativo a quello rappresentato dal diritto.

L'esito del processo, rispondendo alla logica vincente o perdente, spesso amplifica gli effetti del conflitto.

La mediazione passa da una ratio competitiva ad una cooperativa che ricerca la verità attraverso il dialogo e il riconoscimento.

Questo passaggio da una logica decisionale ad una consensuale, da un ordine imposto ad uno negoziato, è irto di difficoltà e va affrontato con estrema cautela, al fine di salvaguardare quelle garanzie che rappresentano la conquista degli Stati di diritto.

Per mediazione penale possiamo intendere quel procedimento, sviluppabile attraverso tecniche, strumenti e modalità operative diverse, utile per comprendere le ragioni di quanto accaduto nel reato e vedere soddisfatto il proprio "senso di giustizia".

Inoltre, la mancata riuscita della mediazione non deve prevedere alcuna conseguenza di tipo sanzionatorio ed i provvedimenti di archiviazione e di non luogo a procedere pronunciati a seguito di una conciliazione dovrebbero avere il medesimo statuto delle decisioni giudiziarie vietando di procedere per i medesimi fatti.

In Italia la mediazione penale è divenuta oggetto di riflessione, studio ed applicazione concreta solo da pochi anni unicamente in campo minorile.

L'autorità giudiziaria promuove la mediazione nella fase del processo ritenuta più idonea e con tutte le cautele e la discrezione richieste dal caso, con l'intento di soddisfare un'esigenza particolarmente sentita, vale a dire la tempestività della risposta alla situazione di disagio che il conflitto ha creato.

Il giudice dell'udienza preliminare e quello del dibattimento possano impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato ed a

promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa come parte di un progetto educativo per il minore.

Nell'accettare la mediazione, le parti cercano risposte a tali sensazioni ed un'opportunità di evolversi nella ricomposizione di quella relazione io-tu rotta dal reato e non salvaguardata dall'eventuale pena.

In particolare il reo diviene co-protagonista dato che la *restoration* passa necessariamente attraverso un suo gesto positivo nei confronti della vittima, preceduta da un percorso che lo aiuti a riflettere attivamente sul conflitto e le cause che lo hanno originato, a riconoscere le proprie responsabilità e ad avvertire la necessità di lenire l'altrui sofferenza.

Oggi, all'interno di questo quadro, la giustizia e la mediazione devono rimanere strettamente collegati in nome di quei fondamenti che sono comuni allo spirito di entrambi gli istituti vale a dire promuovere la pace, la saggezza, l'empatia, l'umanità e l'armonia; l'aspetto educativo è indissociabile da questa visione, poiché, per promuovere qualcosa bisogna comunicarlo, insegnarlo.

Il riconoscimento della colpa è un elemento essenziale della mediazione, non solo penale, per entrambi le parti, è la riparazione necessaria affinché il dolore possa essere superato.

Ma se la mediazione persegue il fine supremo della giustizia, i suoi mezzi differiscono da quest'ultima.

La mediazione è complementare alla giustizia, all'educazione, alle strutture sociali, pur mantenendo una propria identità.

La genesi della mediazione va piuttosto ricercata in una progressiva diversificazione del trattamento del responsabile del reato.

In linea con la mediazione si sono sviluppate, soprattutto in Nuova Zelanda, Australia, Asia, Sud Africa, Nord America ed anche in Europa, varie forme di sessioni allargate di mediazione (*community conferencing*), a partecipare alle quali sono invitati non solo l'autore e la vittima ma anche familiari e persone di fiducia dell'uno e dell'altra

parte. È soprattutto la Polizia a far ricorso alla *conference* come alternativa all'arresto e all'immediata comunicazione del reato alla autorità giudiziaria.

Il modello di riferimento è quello proposto da John Braithwaite, del cosiddetto "biasimo integrativo" attraverso il quale si cerca di stimolare appunto il senso di vergogna affinché si realizzi un concreto sforzo per la riparazione del danno e, contemporaneamente, si fa però leva sulla disponibilità della comunità a "raccoliere" il responsabile del reato.

f) Mediazione comunitaria

Tratta conflitti che, in quanto derivanti dalle relazioni di convivenza fra i membri della comunità, sono difficilmente regolati attraverso modalità sanzionatorie poiché in molti casi nessuno degli attori coinvolti ha commesso un reato e quindi è punibile.

Le origini della mediazione a livello di comunità locale si perdono nella notte dei tempi ma, per limitarci agli aspetti che qui interessano, si può dire comparsa per la prima volta negli Usa all'inizio degli anni '70, prima in ambito lavorativo-sindacale, quindi familiare e poi in un gran numero di altri campi, per diffondersi presto in Inghilterra.

La mediazione di comunità viene avviata a partire dall'accordo che le parti disputanti si impegnino a risolvere il loro conflitto in un ambiente non coercitivo e con l'assistenza di un facilitatore imparziale e familiare alle dinamiche della comunità, in modo da trovare una soluzione che sia benefica per entrambi.

Esperienze sicuramente meritevoli di menzione sono quelle del Centro internazionale di risoluzione dei conflitti e di mediazione (C.I.R.C.M.) presente in Canada, Belgio e Francia, delle *Boutiques de droit* di Lione, del Punto d'accordo di Modena, degli organismi di giustizia alternativa di Rojac facenti parte del Centro Mariebourg in Quebec, del Community Board Programme di San Francisco, del Centre

for dispute resolution inglese (Cedr), della Casa dei conflitti di Torino, del progetto "Roma città sicura".

La mediazione di comunità può, in tal senso, esercitare un ruolo fondamentale ancor più ai giorni nostri dov'è sempre maggiore la presenza di società globalizzate e multiculturali le quali si accingono, più o meno intenzionalmente, a trasformarsi in società interculturali.

La mediazione sociale, seppur poco conosciuta, è una procedura di risoluzione o gestione dei conflitti interindividuali, sociali o anche internazionali; una sorta di rivoluzione culturale in quanto presuppone una nuova concezione delle relazioni sociali nell'ottica di una moderna visione del benessere comunitario. Alcune volte rappresenta l'unica possibilità di ristabilire una comunicazione divenuta impossibile ed è il tipo di mediazione con la maggioranza di esiti positivi e con costi più ridotti.

In linea generale tutti i modelli di mediazione sociale o di comunità paiono mettere in evidenza l'attuale e particolare fragilità dei legami sociali ed il necessario impegno per rinsaldare e promuovere buone relazioni all'interno delle comunità.

Nella mediazione sociale rientrano tutte quelle pratiche di intervento che mirano alla riappropriazione da parte dei membri di una comunità della loro capacità di agire, per risolvere i loro conflitti, ristabilire le relazioni e promuovere il benessere della collettività. La mediazione comunitaria può essere percepita, prima di tutto, come un modo di abilitare la comunità nella gestione dei conflitti sociali e di capacitare i suoi membri a riappropriarsi di un potere sulla propria vita sviluppando una più grande coesione comunitaria [Bonafè-Schmitt 1999].

Si tratta di tutti quegli interventi di mediazione che hanno l'obiettivo di consentire ai soggetti di governare i conflitti come eventi ineludibili all'interno dei rapporti umani, attraverso l'elaborazione creativa, nelle situazioni concrete, di accordi adeguati ai bisogni delle parti in gioco, le quali hanno la necessità di mantenere nel tempo il legame.

Da questa impostazione segue l'interesse prevalente per le situazioni micro-conflittuali, legate all'esperienza di ciascuno all'interno della vita quotidiana: i conflitti di condominio, di vicinato, di quartiere che rovinano la convivenza e, nel tempo, tendono a minare la possibilità delle relazioni stesse portando quindi all'estraneità, al vero e proprio rancore e odio per l'altro, spesso all'origine di gravi episodi di intolleranza e di violenza.

L'esperienza della mediazione diviene educativa, un processo di ricostruzione di interazioni positive ed una modalità di gestione delle controversie.

Se si riconosce alla mediazione la possibilità di esprimere tutta la sua potenzialità, le si concedono i mezzi necessari al suo funzionamento, essa può svolgere nei quartieri il ruolo di regolatore sociale, di promozione e di rinsaldo degli attuali fragili legami; essa è un rivelatore di problemi e, allo stesso tempo, un farmaco. L'identificazione precoce delle fonti del conflitto ha un ruolo preventivo vitale, a condizione di proporre un'azione per porvi rimedio. Per fare ciò è certamente molto importante un riconoscimento ufficiale da parte dei pubblici poteri.

In Italia si tratta di una forma di intervento ancora scarsamente praticata a differenza di Paesi come Gran Bretagna, Stati Uniti e Canada dove l'esperienza è decisamente più ricca e consolidata e nei quali le pratiche di mediazione hanno conosciuto un enorme sviluppo, specie negli ultimi trent'anni; in Europa la mediazione sociale è prevalentemente basata su collaborazioni tra organismi pubblici e privati, associazioni di volontariato e cooperative sociali per dare vita a progetti che mirino a ristabilire e a promuovere la convivenza tra gruppi e cittadini nei differenti contesti.

g) Mediazione inter-culturale

Il nostro Paese sta affrontando oramai da diversi decenni il tema della presenza di persone straniere che arrivano dalle più diverse località del mondo.

La mediazione inter-culturale è chiamata non ad un mero ruolo di assistenza ma a creare legami, a facilitare il dialogo, la comprensione delle rispettive identità, la conoscenza e gli scambi a più livelli, l'incontro tra culture e, soprattutto, a prevenire e gestire i conflitti costituendosi come un vero e proprio cuscinetto o ammortizzatore sociale, riducendo le distanze socio-culturali tra i diversi soggetti al fine di rendere più efficaci i progetti di inclusione ed integrazione degli immigrati per produrre valore sociale e civile; i mediatori culturali debbono farsi promotori di attività volte ad intervenire sul disagio sociale nel quale versano gli stranieri, relativamente alla rimozione di quei fattori in grado di relegarli sullo sfondo di un contesto sociale capace di trasformare il loro disagio in qualcosa di più pericoloso e spesso irreversibile.

Per poter individuare metodologie efficaci di accoglienza e riduzione delle incomprensioni e per essere realmente utile in un'ottica bilaterale, alla mediazione culturale occorre mettere in moto una serie di cambiamenti a livello operativo; prima di tutto conoscere a fondo gli aspetti peculiari e distintivi di ordine culturale e sociale dei "nuovi arrivati", le loro necessità, l'evoluzione dei flussi migratori, nonché analizzare le carenze e i punti di forza delle precedenti legislazioni adottate.

La mediazione culturale risulta essere un'azione volta a colmare la condizione di svantaggio della popolazione immigrata nella fruizione delle opportunità di accesso al sistema delle tutele e di garanzie dei diritti di cittadinanza.

Sono riscontrabili recenti tentativi di utilizzo della mediazione culturale anche da parte di alcuni enti locali (questure, tribunali, carceri, servizi di rieducazione per minori, servizi comunali di assistenza sociale, associazioni di volontariato, polizia di prossimità).

h) Mediazione civile e commerciale

In questa fase si pongono in evidenza solo le tipologie di controversie riguardanti tale mediazione.

Il tutto, visto la modifiche normative introdotte negli ultimi due/tre anni, verrà trattato in un capitolo a parte.

La mediazione civile e commerciale si occupa, in particolare, di dirimere le controversie di natura civile tra privati.

Si individuano quattro tipologie di materie sottoponibili a mediazione, tutti riguardanti diritti disponibili.

La prima prevede quattordici tematiche obbligatorie: condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto d'aziende, contratti assicurativi, contratti bancari, contratti finanziari, responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, altra natura.

La seconda fattispecie riguarda i conflitti fra i soggetti che hanno inserito la clausola di mediazione nei contratti, statuti o atti costitutivi (obbligatorio).

La terza tipologia riguarda i conflitti diversi dalle prime due fattispecie. In questo caso il procedimento di mediazione è facoltativo (volontario).

La quarta tipologia concerne il procedimento di mediazione correlato all'azione di classe (presuppone l'adesione di tutti gli aderenti alla classe).

3. Principi, tecniche e forme di negoziazione

Le pratiche di mediazione si propongono esclusivamente quali interventi puntuali per provare a far evolvere positivamente gli effetti distruttivi di determinate situazioni contingenti di conflitto.

Il mediatore interviene nelle situazioni dove i normali processi di dialogo sono interrotti, bloccati, problematici, conflittuali ed incapaci di far avanzare il conflitto, in ambiti sostanzialmente differenti; per questo deve essere un professionista.

Il mediatore è essenzialmente un catalizzatore, un agente di trasformazione, un terzo esterno al conflitto il quale è scelto per ristabilire l'ordine.

Le tecniche e le metodologie di mediazione sono definibili come l'insieme di attività operative utilizzate dal mediatore nello svolgimento del proprio compito di aiuto agli attori del conflitto, finalizzato a facilitare il raggiungimento di un accordo amichevole fra i presenti.

La gestione dei conflitti è riuscita ad esperti, anziani, sciamani, ambasciatori, monaci, legati pontifici, ecclesiastici, autorità morali e spirituali, persone che, per il loro ruolo che assumevano nella comunità o per l'autorevolezza guadagnata con il loro agire o pensare, godevano della fiducia di altri uomini al punto tale da poter essere considerati terzi neutrali.

I principi che informano gli approcci della gestione pacifica dei conflitti, e cioè le regole generali con cui il terzo neutrale aiuta e facilita il lavoro degli attori del conflitto al fine di raggiungere l'accordo possono essere individuati nel metodo del "negoziato di principi" sviluppato nel corso dello Harvard Negotiation Project (progetto di ricerca presso la Harvard University, facoltà di legge, che si occupa di problemi del negoziato e sviluppa e diffonde metodi perfezionati di negoziazione e mediazione).

Il primo di tali principi è quello di *scindere le persone* dal problema; deve interpretarsi come l'importanza della separazione del rapporto tra gli attori ed il problema che ha generato o alimenta il conflitto.

È il problema che va affrontato, le persone invece sono le risorse per la ricerca delle soluzioni. Proprio per questo motivo se per qualsiasi ragione viene immessa nel dialogo aggressività verbale o provocazione nei confronti del mediatore o degli altri attori occorre evitare di alimentare un tono che rischierebbe di riguardare le persone e non quello che le stesse hanno da dirsi.

Il secondo principio, il quale attiene ai presupposti che debbono informare le dinamiche negoziali, racchiude la doppia dimensione messa in campo dagli attori del conflitto: *concentrarsi sugli interessi ed i bisogni* di entrambi le parti (ciò che l'attore vuole davvero) e non sulle posizioni (ciò che l'attore enuncia).

La parte determinante del lavoro del mediatore sta proprio nell'aiutare gli attori a mettere a fuoco, esplorare e ricercare gli interessi sottostanti alle posizioni espresse, individuarli, elencarli, quantificarli nella loro concretezza, comprendere la loro legittimità, valutando la compatibilità e la complementarietà.

Il terzo principio, *generare opzioni alternative*, esprime il possibile effetto prodotto dal secondo; gli attori possono giungere a coinvolgere nelle valutazioni e nelle trattative temi che non riguardano necessariamente l'oggetto della controversia. Il mediatore deve prendere in seria considerazione l'utilità di opzioni più creative con l'intento di ottenere reciproca soddisfazione.

La pragmaticità resa possibile dalla libertà di forme e di schemi ipotizzabili in mediazione emerge normalmente nei colloqui separati.

Il quarto ed ultimo principio, che conferma il carattere pragmatico delle attività di mediazione, è costituito dalla *misurazione dei risultati della trattativa con criteri oggettivi*.

Il negoziato è un fatto della vita; la gente negozia anche quando non ci pensa per ottenere dagli altri ciò che desidera, è una comunicazione a doppio senso intesa a raggiungere un accordo quando le parti hanno alcuni interessi in comune ed altri in contrasto.

La negoziazione può essere *diretta*, quando le parti gestiscono il conflitto in modo autonomo ed informale, o "*con intermediario*" (generalmente un mediatore) o "*con intermediari*" quando c'è la presenza anche degli avvocati.

Tre sono le tipologie di negoziazione che si possono incontrare: quella *competitiva* (dura), quella *cooperativa* (morbida) e quella del *negoziato di principi* (dura col problema e morbida con le persone).

La *negoziazione competitiva* è affrontata da chi ritiene di dover negoziare e non di poter negoziare. È quindi sostanzialmente distributiva quando gli attori negoziali, utilizzandola esclusivamente come fase nella quale decidere di una questione o di un problema, diventano competitivi in quanto circostanziano le trattative tra loro intercorrenti cercando l'accordo su una questione e/o su un problema.

La negoziazione competitiva è intesa come uno strumento per massimizzare le utilità; nella valutazione preparatoria la parte valuta l'esistenza concreta di alternative e, se non vi sono o non sono ritenute sufficienti o soddisfacenti, cerca d'individuare da che punto inizia ad essere conveniente negoziare e fino a quando continuare a farlo.

La conoscenza da parte del mediatore, o della controparte, delle alternative delle quali sopra, possono chiaramente modificare in maniera significativa l'andamento della mediazione.

La *negoziazione cooperativa* è quell'attività svolta da uno o più attori negoziali che interagiscono al fine di conseguire uno o più reciproci obiettivi. È tesa a condurre ad un accordo o a migliorare una relazione. Le diverse tipologie di conflitto implicano una differente modalità di negoziazione che dovrà tenere conto di obiettivi prevalenti diversi: riequilibrare, riparare, creare, ridistribuire, connettere e riconnettere.

Il *negoziato di principi*, sviluppato nel corso dell'Harvard Negotiation Project, rappresenta l'equilibrio tra i tipi di negoziazione visti sopra, consentendo di produrre generalmente accordi ragionevolmente amichevoli, e con efficienza, anche in termini di rapporti umani, perché permette di giungere a soluzioni basate sui meriti delle parti piuttosto che attraverso un processo di "tira-e-molla" concentrato su ciò che ciascuna parte dice di volere o non voler fare.

La fase della preparazione è la più delicata in quanto è capace di rendere concreta la differenza tra gli attori negoziali e svelare gli argomenti e gli strumenti che caratterizzano la mediazione: una buona preparazione, assolutamente essenziale per le negoziazioni più complesse o in presenza di una pluralità di negoziatori, richiede uno sforzo di oggettiva razionalità in quanto ciascun attore deve individuare dei dati relativi al contenuto della questione, quali le molteplici opzioni previste dall'attore negoziale, i criteri, gli indici, i parametri e le prassi che oggettivizzano l'argomentare, i fatti e le informazioni capaci di supportare le tesi dell'altro attore, le proposte utili e necessarie che potrebbero essere ritenute soddisfacenti dalla controparte.

Per quanto riguarda il procedimento vero e proprio sarà oggetto di approfondimento nel capitolo riguardante la mediazione civile.

Il mediatore deve cercare di evitare che il confronto tra le parti avvenga sulle posizioni di principio perché questo, mettendo in conflitto il rapporto e l'oggetto, crea inefficienza nel procedimento rendendo difficoltoso produrre buoni accordi che possano durare nel tempo e, anzi, danneggiando il futuro delle relazioni (aspetto amplificato nel caso di mediazione multiparte).

Scindere necessariamente le persone dal problema, il quale non è altro che il loro modo di pensare, evitando l'eccessiva bontà o il caricare la procedura di una percentuale troppa elevata riguardante l'aspetto umano.

Il mediatore deve avere la capacità di accrescere la torta prima di distribuirla; ecco allora che nel suo patrimonio professionale non può mancare la tecnica di inventare soluzioni vantaggiose per ambo le parti.

Non meno importanti sono le tecniche che insistono su criteri e standard oggettivi ed equi piuttosto che sulle questioni soggettive.

Qualunque tecnica non avrà alcuna speranza di successo se non inescandibilmente interconnessa a comportamenti e sensibilità del mediatore, quali:

- **l'autorevolezza**: intesa come "stima, credito, fiducia che si impongono in quanto fondati sulla personalità di chi ne gode", è un insieme di reputazione, empatia, capacità di ispirare fiducia, esperienza, rispetto e stima professionale.

- **l'indipendenza**: dichiarata dal mediatore per iscritto prima dell'inizio dell'incarico deve perdurare per tutta la durata dello svolgimento del medesimo, e consiste nell'essere esente da rapporti che implicino il riconoscimento o l'accettazione di motivi più o meno ufficiali di subordinazione o da qualsiasi relazione personale o di affari con uno degli attori nonché da qualunque interesse finanziario diretto o indiretto in conseguenza della mediazione;

- **la terzietà**: riguarda il modo di essere, stare ed apparire del mediatore che rassicura gli attori quando è coerente con i quotidiani comportamenti; infatti il mediatore è al servizio di ciascuno e di entrambi al tempo stesso e alterna confidenzialità ed equidistanza e conosce notizie assolutamente riservate che anche in presenza di accordo potranno non emergere;

- **la neutralità**: definibile anche come *equi-prossimità*, intesa come la capacità di essere profondamente interessato alla vicenda senza lasciarsi coinvolgere nei particolari; si evidenzia come il mediatore debba mettere in conto una rilevante capacità di "presidiare" l'intero processo attraverso un'attenzione alle ragioni analiticamente esplicitate di tutte le parti.

III. LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

1. La diffusione della mediazione

L'origine della diffusione moderna dei metodi ADR (Alternative Dispute Resolution) va ricercata negli Stati Uniti dei primi anni '70 del secolo scorso legata, soprattutto all'inizio, al fenomeno della "litigation explosion" e della conseguente insoddisfazione nei confronti della giurisdizione.

L'imponente movimento per l'introduzione di nuovi modelli di giustizia informale ebbe come protagonisti filosofi interessati all'idea platonica della giustizia co-esistenziale.

Nel contesto internazionale è importantissimo il ruolo svolto dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), composta da rappresentanti di 60 Stati, al servizio dello sviluppo concreto di norme, approcci e strumenti, creata con risoluzione n.2205 del 17 dicembre 1966 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite al fine di promuovere la progressiva armonizzazione ed unificazione del diritto commerciale internazionale attraverso il ricorso a tre strumenti: le convenzioni, i modelli di legge e le raccolte di sentenze e decisioni arbitrali che abbiano visto l'applicazione di testi UNICTRAL.

L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, inoltre, con propria risoluzione del 19 novembre 2002, ha approvato il modello di legge uniforme sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali.

Anche il Consiglio d'Europa, con 60 anni di esperienza, 47 Paesi membri ed il suo principale scopo volto alla creazione di uno spazio giuridico comune in Europa, ha manifestato e dimostrato tangibilmente grande sensibilità ai temi della gestione pacifica dei conflitti, adottando

ben 4 Raccomandazioni: la R1-98 sulla mediazione familiare, la R19-99 sulla mediazione in materia penale, la R9-01 sulle modalità alternative al litigio tra autorità amministrative e parti private e la R10-02 riguardante la mediazione in materia civile.

Inoltre già la Commissione Europea, con il libro verde sull'ADR presentato a Bruxelles nell'aprile 2002, con il codice europeo di condotta per conciliatori del luglio 2004 e con la proposta di direttiva comunitaria del 22 ottobre 2004, aveva sviluppato la sua riflessione sulla necessità che questa metodologia di risoluzione dei contrasti venisse adottata da tutti gli Stati membri.

Infine, l'Unione Internazionale degli avvocati, organizzazione non governativa creata nel 1927, che raggruppa più di 200 ordini, federazioni ed associazioni oltre ad alcune migliaia di associati di oltre 110 Paesi e che contribuisce a stabilire un ordinamento giuridico internazionale basato sul principio della giustizia fra le nazioni attraverso il diritto e collabora alle attività di altri organismi nazionali ed internazionali, ispirandosi al codice deontologico il 24 e 25 gennaio 2003 ha aggiornato le norme di comportamento per i conciliatori, messe a punto in prima stesura il 2 aprile 2002.

Tale documento, proprio perché ispirato a regole deontologiche, contribuisce a delineare un profilo più nitido della figura del mediatore il quale deve avere un'adeguata formazione e mantenere e migliorare la propria preparazione e pratica nella conciliazione, deve essere diligente e mantenere per tutta la durata dell'incarico i requisiti di indipendenza, riservatezza, imparzialità (attitudine soggettiva a non favorire una parte a discapito dell'altra) e neutralità (non dovrà avere interessi diretti sull'esito del procedimento), deve accertarsi che le parti abbiano compreso la procedura le sue specificità, i ruoli di ciascuno, gli obblighi di riservatezza, la finalità nonché il compenso del mediatore e li abbiano esplicitamente accettati, non deve esercitare pressioni.

Nel contesto dell'area di riferimento di *Common law*, la scelta di fondo sembra essere quella della mediazione endoprocedurale.

L'ordinamento inglese è attualmente attrezzato per impedire l'eccesso di processi; a conferma di ciò basti pensare che esistono istituti quali i "pre action protocols" che facilitano notevolmente i contatti diretti fra le parti, gli avvocati e le loro prerogative transattive e l'incoraggiamento a procedure quali la valutazione preventiva o l'inchiesta imparziale.

Inoltre esistono reti organizzative per gestire controversie tra imprese, tra lavoratori e datori di lavoro, tra privati e tra gli stessi e le autorità ed i professionisti ed organizzazioni quali *l'Advisory Conciliation and Arbitration Services* (A.C.A.S., istituto indipendente ed imparziale sostenuto da fondi pubblici che fornisce un servizio per prevenire e risolvere i conflitti tra datore di lavoro e lavoratori), il *Centre for effective dispute resolution* (C.E.D.R., il maggior organizzatore di corsi di formazione per conciliatori accreditati) ed il *Civil mediation council* (network che consente ai mediatori di aggiornarsi, crescere professionalmente, confrontarsi, conoscere le pubblicazioni specifiche ed accedere a linee guida).

In relazione alle procedure conciliative in senso stretto, è osservabile come la conciliazione giudiziale sia interpretata dai giudici come una loro prerogativa ad informare ed indicare la via della mediazione e le sue diverse possibilità applicative, come la conciliazione stragiudiziale extraprocedurale la quale, preliminare al processo, istituzionalizzata, spesso obbligatoria e da tempo radicata nella società, coinvolge un notevole numero di soggetti professionalizzati in diversi settori e come la conciliazione stragiudiziale endoprocedurale (facoltativa o obbligatoria), di più recente sviluppo, che prevede procedure gestite da terzi privati facilitate dal giudice il quale può anche disporre la sospensione del procedimento.

Gli ordinamenti che fanno riferimento all'area giuridica di *Civil law* evidenziano un maggior numero di campi ed esperienze applicative.

L'ordinamento francese è caratterizzato dalla coesistenza di due modi alternativi di risoluzione delle controversie: *mediation* e *conciliation*.

Entrambe le procedure sono facoltative, alternative al processo e finalizzate alla risoluzione stragiudiziale dei conflitti.

La *mediation* è definita come il tentativo del mediatore di avvicinare le parti e di aiutarle a trovare una soluzione alla controversia che le vede contrapposte.

Può avvenire in via stragiudiziale o nel corso di un procedimento giudiziario.

Se avviene fuori dal procedimento giudiziario non è regolamentata.

Se, al contrario, si esplica nel corso del procedimento si svolge con la supervisione di un giudice che sulla base dell'accordo delle parti indirizza alla mediazione, la quale non può avere durata oltre i tre mesi, designa un mediatore terzo imparziale ed indipendente e ne stabilisce anche il compenso a carico delle parti versato in due tranches, una all'inizio della procedura e l'altra al termine della medesima.

La conciliazione, diretta a comporre una controversia con una risoluzione negoziata accettata dagli intervenuti, è l'accordo al quale giungono le parti, con la supervisione di un giudice, o attraverso una trattativa tra esse o con l'intervento di un terzo: il conciliatore.

Se la controversia riguarda diritti disponibili e contenuti transattivi, si può ricorrere ad una conciliazione al di fuori di qualsiasi procedimento giudiziario.

Le parti possono avvalersi dell'assistenza di un legale e, se lo chiedono al giudice, il loro accordo può acquisire efficacia esecutiva.

Il giudice di istanza o quello di prossimità può ingiungere alle parti d'incontrare un conciliatore per essere informate sulla pratica

conciliativa e, con l'accordo reciproco, esse possono designare un conciliatore di giustizia (ausiliario iscritto ad un apposito elenco).

A questo punto si avrà o il tentativo preventivo dinanzi al tribunale d'istanza o al giudice di prossimità oppure la conciliazione disposta, con l'accordo delle parti, nel corso del processo.

Nel primo caso a seguito di richiesta di una parte il giudice tenta la conciliazione che, se riesce, con la firma del giudice, del cancelliere e delle parti ha efficacia esecutiva.

Nel secondo caso il giudice d'istanza o il giudice di prossimità con il consenso delle parti può designare un conciliatore. Il tempo inizialmente concesso è pari ad un mese con possibilità di rinnovo.

Nel caso la conciliazione riesca l'accordo viene sottoposto all'omologa, in caso fallisca il giudizio riprende il suo corso.

Le procedure che si concludono con una transazione possono ottenere l'esecutività da parte del Presidente del tribunale di grande istanza ed hanno la stessa forza di una sentenza.

Nel Paese sono organizzate reti per gestire la mediazione in materia di assicurazione, familiare, bancaria, nelle controversie tra lavoratore e datore di lavoro, per i conflitti tra locatori e conduttori.

L'ordinamento spagnolo, come quello francese, conosce la coesistenza di mediazione e conciliazione.

La mediazione è una procedura per mezzo della quale un terzo neutrale ed indipendente riunisce le parti e cerca di aiutarle ad affrontare, ed eventualmente a risolvere, la controversia, mentre la conciliazione è una procedura che pone al centro i confliggenti che con la partecipazione di un terzo neutrale ed indipendente ricercano una soluzione condivisa.

La mediazione si è estesa nei settori del lavoro, dei conflitti familiari, della scuola, del diritto penale, della medicina, del consumo, delle assicurazioni e delle banche, della proprietà intellettuale, della

pubblicità, delle telecomunicazioni, a sostegno della cultura della pace nonché nel diritto amministrativo.

Sviluppata in maniera particolare è la mediazione in materia di cooperative nella regione dell'Extremadura. I conflitti che sorgono tra i diversi soci o associati e la Società cooperativa cui appartengono, quelli tra diverse cooperative, tra le Società cooperative e la federazione cui appartengono, tra le federazioni stesse, possono essere sottoposte al Consiglio superiore del Cooperativismo dell'Extremadura che lo affronterà con la mediazione o la conciliazione o l'arbitrato.

La conciliazione regolata nel contesto delle leggi di procedura civile è di tipo giudiziaria preventiva ed endoprocessuale; è stata anche prevista una conciliazione extragiudiziaria ove il terzo non sia un giudice.

In *Germania* si evidenzia una scelta netta a favore della mediazione giudiziale, chiaramente incentivata (minori spese di giustizia in caso di conciliazione, maggiori compensi per l'avvocato che concilia e previsione di un'apposita udienza finalizzata alla conciliazione) e pragmaticamente regolata.

Le previsioni procedurali indicano che è un tentativo preventivo ed obbligatorio svolto dal giudice della controversia anche in fasi del processo diverse da quella iniziale. In tale contesto egli può formulare una sua proposta e sottoporla alla valutazione delle parti o, in alternativa, può delegarla ad un altro giudice del proprio o di altro ufficio giudiziario o indicare alle parti la facoltà di un procedimento stragiudiziale di risoluzione della controversia e per renderlo possibile può sospendere il giudizio in corso.

In tutti i casi l'accordo eventualmente raggiunto può valere come titolo per l'esecuzione forzata.

Per quanto riguarda la conciliazione stragiudiziale, la cui natura è facoltativa ma endoprocessuale, è presente nel settore penale, in quello familiare, tra pari, in materia ambientale e di lavoro, secondo

una consolidata tradizione (si realizza attraverso un tentativo informale effettuato dal giudice con un seguito se necessario presso centri e/o organismi di conciliazione finanziati da associazioni di categoria o ordini professionali).

L'ordinamento austriaco ha tradizioni più recenti nella gestione pacifica dei conflitti; nonostante ciò ne sta facilitando l'espansione in diversi campi applicativi, anche con interventi normativi specifici, quali il settore penale, soprattutto minorile, in materia di conflitti familiari, nel settore ambientale (primo Paese dell'UE ad emanare provvedimenti in tale direzione).

Nel settore della conciliazione commerciale si stanno consolidando organizzazioni professionali abilitate composte di notai, avvocati, tributaristi ed altri professionisti.

Gli standard di formazione sono elevati ed i corsi hanno durata non inferiore alle 200 ore.

L'ordinamento belga ha recentemente costruito un vero e proprio sistema relativo alla gestione pacifica dei conflitti sul quale vigila un'apposita commissione mista istituita presso il Ministero di Giustizia.

Il sistema prevede la mediazione volontaria (scelta spontaneamente dalle parti anche in assenza di un contenzioso giudiziario) e la mediazione giudiziale endoprocessuale (richiesta dal giudice, deve essere accettata dalle parti ed è realizzata da un mediatore che comunicherà al giudice il solo risultato finale del tentativo di mediazione).

È importante sottolineare la previsione secondo la quale l'accordo eventualmente emergente dalla mediazione volontaria possa non ricevere l'omologazione del giudice laddove venga ritenuto contrario all'ordine pubblico o, in caso di mediazione familiare, contrario all'interesse dei figli minori.

In *Olanda*, anche su impulso della società civile organizzata, nel 1993 è nato l'Istituto olandese di conciliazione (I.O.C.) finalizzato

principalmente ad informare i cittadini e a stimolare e diffondere la pratica della conciliazione.

I settori in cui la cultura e la pratica conciliativa sta crescendo riguardano le controversie familiari, quelle di lavoro, con la specificità della Commissione di consulenza ed arbitrato che assiste i sindacati e i datori di lavoro nelle controversie collettive e, nel settore amministrativo, importante e peculiare è l'esempio della Fondazione per la conciliazione nelle controversie ambientali e di pianificazione che favorisce invece la mediazione nei conflitti insorgenti a fronte di pianificazioni di nuove opere o interventi pubblici.

Nell'ordinamento giuridico danese il cammino della gestione pacifica dei conflitti, con origini molto lontane nel tempo, è giunto fino ad oggi senza una disciplina uniforme ma con varie regolamentazioni riguardanti singole aree di applicazione.

Il Danish Institute of arbitration, organizzazione non profit fondata nel 1981 su impulso delle principali associazioni professionali ed imprenditoriali del Paese, oltre ad aver adottato una serie di linee guida sulla *mediation* offre sistematicamente servizi di mediazione.

Inoltre le principali facoltà di giurisprudenza offrono corsi di formazione per conciliatori.

Il diritto dell'Unione europea

L'Europa, in quanto "corpo unico", deve sottostare in ogni ambito operativo, e dunque anche per quanto riguarda la mediazione civile, ai principi del diritto comunitario (fonti di secondo grado) fatte salve le basi istitutive dei singoli Stati (fonti di primo grado).

L'ordinamento comunitario, proprio perché originariamente sovranazionale, organizza l'insieme del proprio diritto in un sistema gerarchico di fonti influenzato da questo suo essere; è completamente autonomo, integrato ed interdipendente con ciascun ordinamento

nazionale ed è caratterizzato dal principio del primato del diritto che ne scaturisce (si ritengono valide le regole interpretative della Corte di giustizia e non quelle nazionali).

Gli atti del diritto comunitario derivato hanno effetto diretto all'interno dei singoli Paesi e sono, i regolamenti (hanno portata generale, sono obbligatori e direttamente applicabili), le direttive (indirizzate ai singoli Stati vincolano i destinatari soltanto riguardo al risultato e non ai mezzi per raggiungerlo), le decisioni, le raccomandazioni ed i pareri; queste ultime due non sono vincolanti per i loro destinatari.

Per i giudici nazionali quindi dovrebbe discendere un'interpretazione delle norme nazionali in prospettiva comunitaria e conformi alle prescrizioni stesse.

A tal proposito è bene sottolineare che nel Trattato istitutivo della Comunità europea all'articolo 251 comma 4 è allocata una procedura conciliativa finalizzata al superamento dell'impasse in sede di formazione degli atti comunitari con due specificità: la forma collegiale del terzo neutrale e la forma pluridimensionale e paritetica delle rappresentanze degli organi comunitari in conflitto.

In Europa negli ultimi 40 anni il fenomeno della mediazione ha avuto le seguenti fasi: una fase preparatoria di conoscenza e consapevolezza del fenomeno (1975-2001), una fase di consultazione con studiosi, esperti, addetti ai lavori e più in generale con la società civile (2002-2004), una fase delle deliberazioni (2004-2008), ed una fase di prefigurazione del futuro (2009-2012) con l'elaborazione definitiva, tra l'altro, del Codice europeo di condotta per mediatori e la probabile incentivazione, visti la facilità di accesso alle tecnologie informatiche ed il loro basso costo, delle O.D.R. (online dispute resolution) e dei sistemi alternativi di risoluzione collettiva delle controversie.

2. L'evoluzione storica della mediazione in Italia

Circa sei milioni di cause civili pendenti (per due terzi di valore inferiore a 5.000 euro) con durata media nell'anno 2010 di 1066 giorni; questi sono i dati di un'emergenza che, purtroppo, per l'Italia ha assunto i connotati di un problema endemico: il processo, principale strumento di gestione della conflittualità e delle patologie sociali, è divenuto esso stesso un fenomeno patologico.

I motivi che spingono alla ricerca di alternative sono paradossalmente al tempo stesso il principale ostacolo al loro possibile affermarsi; non a caso nei luoghi dove i sistemi di soluzione alternativa dei conflitti si sono affermati, questo è potuto accadere in quanto il processo funziona in modi e tempi civili.

Già nel Codice di procedura civile del 1865 era presente un Titolo preliminare "Della Conciliazione e del Compromesso" e, nella presentazione dello stesso, il Guardasigilli Giuseppe Vacca affermava di aver voluto dare riconoscimento e valorizzazione alla conciliazione, in quanto strumento di soluzione delle controversie, la cui presenza era tradizionalmente consolidata in molti ordinamenti

Preunitari, specialmente nel sud Italia.

La trasformazione culturale, da una concezione della soluzione delle controversie anche come servizio ad una nozione di ordine di tipo imposto la quale finisce per snaturare la funzione dei sistemi informali quando presenti, avvenuta in quel periodo, è evidente anche dall'edizione del *Digesto Italiano* del 1896 nel quale Scamozzi scrive un vero e proprio trattato di oltre 340 colonne dedicato agli aspetti storici, culturali e comparativi dell'istituto e dall'edizione 1938 del *Nuovo Digesto Italiano* (il nuovo Codice era alle porte) nel quale Ricca-Barberis liquida in 4 pagine la conciliazione ritenendola sostanzialmente inutile se non addirittura dannosa.

Prima della riforma delle Camere di commercio e delle Raccomandazioni della Commissione Europea (1998 e 2001) nonostante il crescente interesse del diritto dei consumatori, l'ordinamento nazionale conosceva soltanto la figura del giudice il quale deteneva la facoltà di svolgere anche funzioni di conciliatore.

Il giudice conciliatore presente in ogni Comune aveva due principali funzioni: appunto quella conciliativa, se richiesta, in nome della quale doveva esortare i suoi concittadini alla pace ed alla concordia per prevenire o spegnere le liti, e quella giurisdizionale.

Ed anche l'istituzione nel 1991 del giudice di pace, considerato l'erede del giudice conciliatore, fece emergere quel consolidato paradigma culturale.

Riassumendo, le funzioni di conciliatore potevano riguardare, i giudici ordinari, i giudici di pace e quelli minorili.

I primi due erano incaricati di effettuare direttamente il tentativo di conciliazione (per i giudici di pace in materia penale, solo dal 2000), mentre i giudici minorili dovevano delegare a terzi sospendendo il processo per il tempo necessario all'effettuazione del tentativo tramite la prerogativa dell'attivazione dell'istituto della "messa alla prova".

L'ulteriore conferma del favor legis all'opzione conciliativa era ravvisabile nella previsione del tentativo obbligatorio previsto dall'articolo 140, e seguenti, del c.p.c. in relazione a controversie individuali di lavoro.

Con la riforma del sistema nazionale delle Camere di commercio realizzata con la legge 29 dicembre 1993 n.580, il legislatore, nelle attribuzioni alle singole Camere, tra l'altro, prevede la promozione volta alla costituzione di commissioni di arbitrato e mediazione per la risoluzione dei conflitti tra imprese e tra queste e i consumatori/utenti.

Questa intuizione efficace, in quanto coinvolse una rete di strutture apparentemente unitaria dotata di una presenza capillare sul territorio

nazionale, determinò, seppur con lentezza, una forte spinta all'organizzazione dei servizi di conciliazione.

Negli anni a venire il legislatore individuò in più occasioni materie e settori ove era possibile fare ricorso alla gestione extragiudiziale dei conflitti e coerentemente indicò le Camere di commercio come preposte alla gestione di tali controversie.

Sul fronte del riordino di norme processuali e sostanziali vide la luce la legge 3 ottobre 2001 n.366 nella quale, all'art. 12, si introducevano norme processuali relative ad un rito speciale in tema di diritto societario che avrebbe dovuto contenere un tentativo preliminare di conciliazione, un più ampio e articolato ricorso negli statuti commerciali a clausole compromissorie e la previsione di forme di mediazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati che dessero garanzie di serietà ed efficienza e risultassero iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero di giustizia (D.Lgs 17 gennaio 2003 n.5 artt. 38, 39 e 40).

La conciliazione e la mediazione ebbero importanti riconoscimenti che prefigurarono un loro sviluppo spesso distinto dalle aule di giustizia e gettarono le basi per il primo intervento organico in materia all'interno della riforma del diritto societario entrato in vigore nel gennaio del 2004.

L'evoluzione storica della mediazione si avviò a compimento con l'articolo 696 bis del c.p.c. (tentativo di conciliazione da parte del c.t.u.), il D.Lgs 19 agosto 2005 n.190 (procedure stragiudiziali di reclamo e di ricorso per la composizione di controversie riguardanti i consumatori), il D.Lgs 6 settembre 2005 n.206 (assegnazione ad organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo), la Legge 28 dicembre 2005 n.262 (mediazione bancaria), la Legge 8 febbraio 2006 n.54 (mediazione familiare), la Legge 14 febbraio 2006 n.55 ("patto di famiglia"), la Legge 22 febbraio 2006 n.84 (commissioni conciliative presso le Camere di commercio

per il settore delle tinte lavanderie), il Decreto dirigenziale 24 luglio 2006 (corsi per conciliatori) ed il D.Lgs 8 ottobre 2007 n.179 (mediazione finanziaria).

Nell'ambito della legge 18 giugno 2009 n.69, all'articolo 60, il Governo è stato delegato ad adottare entro sei mesi uno o più decreti legislativi in materia di mediazione in ambito civile e commerciale.

Per mettere mano alle suddette norme ai sensi dell'art.76 della Costituzione, al Governo sono stati indicati 17 principi e criteri direttivi i quali hanno portato all'emanazione del D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 e, nel 2011, a successive direttive interpretative, anche a livello europeo, sulle "competenze".

Nella relazione di accompagnamento, oltre a delimitare la mediazione rispetto a fenomeni contigui quali la conciliazione giudiziale e l'arbitrato, il legislatore chiarisce come per mediazione si debba intendere il procedimento e come conciliazione il risultato.

Ad oggi, dunque, dal punto di vista sistematico, l'attività di mediazione, come prevista e disciplinata dal nostro ordinamento, rimane classificabile in quattordici fattispecie civili differenti (le tredici specificate nel decreto e le rimanenti ricomprese sotto la categoria "altra natura della controversia") ed è effettuabile presso le Direzioni provinciali del lavoro, l'Ispettorato provinciale dell'agricoltura in materia di contratti agrari, il giudice nel contesto di un procedimento giudiziario anche minorile, il giudice di pace per reati perseguibili a querela di parte o ai sensi dell'art.322 c.p.c., il consulente tecnico d'ufficio delegato dal giudice, la Camera di conciliazione ed arbitrato per lo sport per controversie sportive, il CO.RE.COM competente per territorio, la commissione di conciliazione in caso di controversie relative ai diritti d'autore o a diritti connessi alle Società dell'informazione, le Camere di commercio per i tipi di controversie già analizzate in precedenza, il Comitato di conciliazione dell'AGEA (Agenzia per le erogazioni in agricoltura), la Camera di conciliazione e

arbitrato presso la CONSOB oppure, anche in via telematica, presso organismi pubblici o privati abilitati per conflitti relativi al commercio elettronico, oppure realizzabile nel sistema bancario su proposta della Banca d'Italia per controversie con la clientela regolata.

In seguito all'entrata in vigore del D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 si individuano quattro tipologie di materie sottoponibili a mediazione, tutte riguardanti, tassativamente, diritti disponibili.

La prima tipologia è la più corposa ed è costituita dalle tredici tematiche per le quali la legge stabilisce in modo tassativo che chiunque intende esercitare un'azione in giudizio deve preliminarmente esperire un procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (la sentenza della Corte Costituzionale, del 23 ottobre 2012, aveva cancellato l'obbligatorietà per eccesso di delega, poi reinserita mediante il cosiddetto "Decreto del fare" a far data dal 20 settembre 2013 ad eccezione della materia del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli o natanti).

Le suddette fattispecie possono essere idealmente divise in tre aree: delle relazioni (condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione e comodato), dei contratti (affitto d'aziende, contratti assicurativi, bancari e finanziari) e delle responsabilità (risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, e da diffamazione a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità).

La seconda tipologia si riferisce alla previsione generalista di sottoporre alla mediazione i conflitti relativi a diritti disponibili che, a prescindere dalle materie, riguardino i soggetti che hanno collocato la clausola di mediazione o conciliazione nei contratti, statuti o atti costitutivi.

La terza tipologia riguarda tutte le tematiche diverse dalle tredici fattispecie descritte sopra e da quelle derivanti dalla presenza di

clausole di mediazione o di conciliazione appena viste, per le quali il procedimento di mediazione è sempre rimasto facoltativo, quindi esclusivamente volontario.

L'ultimo gruppo concerne il procedimento di mediazione correlato all'azione di classe, certamente concepibile avendo ben chiaro però che ciò non costituisce mai condizione di procedibilità, che esso non sarà distinguibile da una normale mediazione individuale facente stato tra le sole parti del procedimento e che solo e soltanto il procedimento stesso, intervenuto dopo la scadenza del termine per l'adesione degli altri appartenenti alla classe medesima, è idoneo a coinvolgere tutti gli aderenti alla classe; ma anche in questo caso l'estensione non è automatica. Infatti, le rinunce e le transazioni intervenute nell'ambito dell'azione di classe non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito.

Non è previsto che debba essere preliminarmente esperita la mediazione nelle controversie affrontate con l'azione inibitoria di cui all'art.37 del D.Lgs 6 settembre 2005 n.206, con le azioni atte ad inibire gli atti ed i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti di cui all'art.140 del medesimo Decreto e con l'azione di classe di cui all'art.140 bis dello stesso.

Sono, al contrario, da attivare i processi di mediazione, pena l'improcedibilità della domanda giudiziale, nei casi di procedimenti avanti alla Camera di Conciliazione e Arbitrato presso la Consob e/o presso organismi anche diversi dalla medesima, designati di cui agli artt.2 e 4 del D.Lgs 8 ottobre 2007 n.179 e di procedimenti ai sensi dell'articolo 128 bis del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.Lgs 1 settembre 1993 n.385 e successive modifiche.

Nel primo caso l'investitore è l'unico legittimato attivo ad avviare il procedimento di conciliazione e la presentazione della domanda è subordinata alla condizione di aver sporto reclamo all'intermediario

oppure che siano decorsi 90 giorni dalla sua presentazione senza che lo stesso abbia comunicato all'investitore le proprie determinazioni.

3. Le procedure e le fasi del procedimento di mediazione

La mediazione, come si è visto, è un processo attraverso il quale due o più parti, spinte da una ricerca di equità, legalità o per mera convenienza, si rivolgono liberamente a un terzo neutrale per ridurre gli effetti indesiderati di un conflitto più o meno percepito come grave, mirando a ristabilire il dialogo tra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di riorganizzazione delle relazioni che risulti il più possibile soddisfacente per tutti.

L'obiettivo finale si realizza una volta che le parti si siano creativamente riappropriate, nell'interesse proprio e di tutti i soggetti coinvolti, della propria attiva e responsabile capacità decisionale, secondo una visione sintetica del conflitto (*responsabilità capacità*).

In sostanza il raggiungimento di un accordo condiviso e non la costrizione dell'accettazione di una decisione del giudice, nel caso del giudizio ordinario, o di un'altra figura che imponga la propria sentenza in merito all'oggetto del contendere (*responsabilità soggezione*).

Tutte le procedure di mediazione sono basate sugli *interessi* e rivolte alla loro soluzione, su *diritti*, su rapporti di *forza/potere* o su *valori identitari* (i più difficili da mediare); non è facile trattare questi aspetti per conciliarli in quanto tutto ciò implica confrontarsi con pregiudizi e convinzioni profondamente radicati o con obiettivi celati, escogitare soluzioni creative e predisporre un'ampia gamma di offerte e concessioni.

Il dialogo, le domande e gli incontri sono i principali strumenti a disposizione del mediatore, la ricerca del punto di equilibrio ruota intorno alla composizione degli interessi, la procedura coesiste con l'informalità, le soluzioni cercano di essere creative ed equilibrate.

Il vero punto di forza di strumenti come la mediazione non sta tanto nella loro presunta capacità deflattiva, ma nella reale alternativa che si sostanzia in una minore invasività sociale e psicologica, in una maggiore economicità, in una vicinanza più alle forme di equità (interessi) che non a quelle della legittimità (diritti).

Autonomia, efficacia, flessibilità, neutralità, rapidità ed economicità, riservatezza a garanzia della relazione fiduciaria tra le parti ed il mediatore, prevenzione della conflittualità e conservazione delle relazioni sociali a fronte di un sostanziale basso rischio assoluto: sono queste le qualità fondamentali della mediazione.

Nonostante quanto appena esposto, è comunque utile ricordare come i mutamenti culturali, anche quando stimolati, fanno inevitabilmente i conti con la storia, la cultura ed il costume di un Paese, ma soprattutto con i tempi, solitamente non brevi, d'assimilazione ed apprendimento di opzioni comportamentali da parte di un gran numero di cittadini con ruoli, funzioni ed estrazioni culturali e sociali differenti.

Il legislatore nazionale per molti anni ha indicato senza troppa convinzione la possibilità di ricorrere ad opportunità conciliative. Ma solo di recente il legislatore italiano ha costruito contesti meno improvvisati e, per quanto possibile, organici (vedi la riforma del diritto societario e il D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 sulla mediazione civile e commerciale) e, quindi, certamente adatti a supportare ed a far funzionare stabilmente l'opportunità extragiudiziale della gestione dei conflitti.

La Corte Costituzionale ha purtroppo interrotto, sia pure temporaneamente, questo innovativo processo, con la già menzionata sentenza del 23 ottobre 2012, poi ripristinato con il "Decreto del fare" a far data dal 20 settembre 2013.

È stato previsto e confermato il Ministero della giustizia, in taluni casi di concerto con il Ministero dello sviluppo economico, quale soggetto

che autorizza le attività degli enti preposti alla formazione e delle organizzazioni che garantiscono la gestione delle controversie e che esercitano la continuativa vigilanza sugli atti e sulle attività dei soggetti medesimi.

Sono state dettate norme generali e di dettaglio per gli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori, per l'elenco dei formatori per la mediazione, per il registro dei mediatori (per accedere al quale sono previste caratteristiche e requisiti soggettivi e oggettivi), per gli organismi di conciliazione, individuando luoghi e soggetti preposti al loro funzionamento, per le durate e i programmi minimi per la formazione dei mediatori, per un'esplicita qualificazione giuridica del verbale di conciliazione, per gli effetti processuali certi, per un'importante dotazione di agevolazioni fiscali sia sul fronte delle imposte dirette che su quello delle imposte indirette, per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per l'esperimento della mediazione e per apposite campagne pubblicitarie (in particolare via internet), seppur ancora ampiamente insufficienti.

a) Le procedure

L'articolo 5 comma 1 del D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 prevede come procedimenti di mediazione le seguenti fattispecie:

- 1- controversie insorte fra i risparmiatori o gli investitori esclusi quelli professionali e le banche o gli altri intermediari finanziari
- 2- controversie riguardanti banche ed intermediari finanziari aderenti al sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela
- 3- controversie diverse da quelle ai punti 1 e 2 il cui esperimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale oppure è stato volontariamente avviato dalle parti.

L'articolo 6 del Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n.28 afferma che il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi ed

indica che tale periodo decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione all'organismo prescelto oppure, nel caso di mediazione demandata dal giudice, dal termine fissato dallo stesso per il deposito della domanda.

In caso di mediazione "volontaria", sarà possibile attivare l'istituto della sospensione prevista dall'art.296 del Codice di procedura civile (c.p.c.); in tal modo le parti che vogliono andare volontariamente in mediazione potranno usufruire, anche se solo per una volta, del periodo di sospensione del processo della durata massima di 3 mesi.

Il procedimento di mediazione (art.8) si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo prescelto o nel luogo indicato dal regolamento di procedura ed ha come obiettivo il raggiungimento di un accordo amichevole di definizione della controversia.

Esso prende avvio (art.4) con il deposito di un'istanza ad uno degli organismi di mediazione iscritti nel Registro istituito presso il Ministero della giustizia e, in caso di più domande relative alla stessa controversia, si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la domanda ricevuta per prima.

L'istanza di avvio della mediazione può contenere una pluralità di dati ma deve essenzialmente riportare l'indicazione dell'organismo a cui è rivolta, le generalità delle parti della controversia, l'oggetto della stessa e le ragioni della pretesa della parte istante.

La domanda di mediazione (art.5, comma 6) dal momento della comunicazione alle parti produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale ed essendo stata scelta dal legislatore la via del differimento del processo, e non già la sua sospensione, impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'art. 11 presso la segreteria dell'organismo.

Al ricevimento della domanda di mediazione il responsabile dell'organismo prescelto designa un mediatore e, nel caso di controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, uno o più mediatori ausiliari e fissa il primo incontro comunicando all'altra parte la data attraverso qualunque mezzo idoneo.

Il mediatore, o i mediatori prescelti, dopo aver sottoscritto e rilasciato la dichiarazione d'imparzialità, aver formalmente accettato l'incarico ed essersi impegnati ad informare l'organismo e le parti di qualunque ragione di possibile sopravvenuto pregiudizio all'imparzialità, si trovano ad affrontare la prima importantissima responsabilità.

A procedimento avviato il segretario ed i collaboratori dell'organismo, il mediatore principale e l'eventuale co-mediatore, nonché gli esperti, se coinvolti, sono tenuti ciascuno per il ruolo e la funzione svolta fino alla fine del procedimento, ed anche successivamente, agli obblighi di riservatezza esterni ed interni.

Difatti, essi non possono rendere note le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

I mediatori sono tenuti alla riservatezza anche sulle dichiarazioni rese e sulle informazioni acquisite nel corso delle eventuali sessioni separate, salvo consenso della parte dichiarante.

Il procedimento di mediazione si dipana tra la seduta comune iniziale (consigliabile non superiore alle due ore), sedute separate, pause di riflessione, eventuali coinvolgimenti degli esperti e/o dei consulenti ed avvocati delle parti, sedute comuni successive di contenuto generico o a tema specifico, al fine di giungere, nel minor tempo possibile e quando paiono essersi realizzate le condizioni relazionali e contenutistiche favorevoli, alla composizione della controversia con l'individuazione di uno o più punti di equilibrio, condivisi e/o condivisibili.

Una seduta comune finale alla presenza di consulenti, esperti ed avvocati può sancire, generalmente, la conclusione del tentativo di conciliazione.

Sono comunque possibili, e talvolta necessarie, sospensioni o soluzioni intermedie apparentemente interlocutorie ma in realtà preparatorie di un probabile successivo accordo.

Tutto è molto più articolato, complesso e lento allorché gli attori del conflitto siano in numero superiore a due (mediazioni multiparte).

Il procedimento di mediazione si può concludere con la mancata partecipazione al procedimento di una delle parti (di solito, per ovvi motivi, della parte chiamata), con l'abbandono di una parte del procedimento di mediazione già avviato, con il mancato raggiungimento dell'accordo o con l'accordo stesso.

Nel caso in cui, in seguito a deposito di istanza di mediazione, la parte convocata comunichi verbalmente o per iscritto di non voler partecipare al procedimento o non si presenti al primo incontro, il mediatore redige il processo verbale con il quale constata la mancata adesione della parte chiamata impedendo in tal modo che inizi il tentativo di mediazione.

In caso in cui la parte convocata comunichi, al contrario, di voler partecipare l'organismo, nel rispetto della legge e del proprio regolamento, procede all'individuazione ed alla nomina del mediatore il quale dovrà sottoscrivere la dichiarazione di imparzialità, salvo situazioni che ne precludano tale stato, ed effettuare il tentativo di conciliazione.

Se il tentativo non porterà ad un accordo il mediatore dovrà sincerarsi che gli attori abbiano ben compreso i motivi del mancato accordo, registrare l'abbandono della procedura da parte di una delle parti, indicare i motivi adottati, informare gli attori delle possibili implicazioni sul fronte processuale, formulare o eventualmente far formulare da altro mediatore, se richiesto da entrambe le parti, una

proposta scritta ed attenderne risposta per un tempo di almeno sette giorni (salvo che la risposta positiva o negativa di entrambi le parti giunga prima), redigere il verbale di mancata conciliazione, indicando la risposta delle parti all'eventuale proposta, procedendo con cura alla propria sottoscrizione ed a quella delle parti delle quali può certificarne l'autografia ed, infine, consegnare a ciascuna idonea scheda di valutazione del servizio di mediazione.

In caso di avvenuto accordo, raggiunto direttamente dalle parti o con condivisione della proposta facoltativa od obbligatoria effettuata dal mediatore (od eventualmente formulata da diverso mediatore), egli è chiamato a registrarlo sincerandosi che le parti abbiano ben compreso i contenuti e le conseguenze del medesimo con particolare attenzione al fatto che lo stesso contenga atti o contratti soggetti a trascrizione, ai sensi degli artt.2643 e seguenti del c.c., i quali determinano l'obbligo del perfezionamento dell'accordo mediante l'autentica delle sottoscrizioni da parte di pubblico ufficiale.

Il verbale di avvenuta conciliazione, sempre sottoscritto come già descritto precedentemente, deve avere allegato il testo o i testi degli accordi raggiunti e deve riportare l'indicazione esatta dei termini della proposta eventualmente formulata e delle modifiche, se apportate.

In tutti i casi di determinazione del procedimento il processo verbale dovrà essere depositato presso la segreteria dell'organismo che rilascerà copia alle parti che lo richiederanno, previo saldo delle competenze.

Il mediatore ha l'obbligo di segnalare in maniera anonima, ma non identificare e registrare i dati, all'Ufficio italiano dei cambi, operazioni che facciano sospettare una violazione della normativa antiriciclaggio (la legge prevede venga garantito il segreto d'ufficio).

b) Le modalità di superamento degli ostacoli

Gli ostacoli alla riuscita del tentativo di conciliazione possono essere di tantissime tipologie ed è ovviamente complesso prevederle tutte; tuttavia è possibile suddividerle in almeno tre macro categorie.

Ci si può trovare nella situazione di chi considera la mediazione come strumento non risolutivo delle controversie (l'assenza di un notaio o di un giudice precluderebbe un accordo valido e duraturo), di chi partecipa senza reale interesse ad avvalersi della mediazione, di chi partecipa con l'unico scopo di evitare che questa azione possa nuocergli alla reputazione, oppure di chi affronta il tentativo di conciliazione con atteggiamento ostile e competitivo alla stregua di un negoziato o con tensione e/o disperazione.

Con questo tipo di attori, il mediatore deve presentare ancor più in maniera completa, oltre che corretta, la procedura e continuare semplicemente a fare quello che sa fare rimarcando, se la procedura lo consente, le specificità della mediazione vale a dire la capacità di generare alternative, creatività e di ampliare l'orizzonte negoziale.

Il mediatore dovrà essere altrettanto chiaro nell'elencare gli effetti giuridici certi prodotti dalle norme vigenti sia nel caso di abbandono del tavolo sia in caso di riuscita della conciliazione.

La partecipazione alla mediazione senza reale interesse riguarda normalmente l'attore del conflitto che è invitato alla procedura da un organismo su richiesta dell'altro attore.

Gli ostacoli di natura psicologica si possono manifestare in forma strettamente emotiva (rancore covato da lungo tempo), legati a questioni simboliche oppure alla presenza di riserve mentali.

Altro tipo di ostacolo che il mediatore può trovare nello svolgimento di una mediazione, anche ben avviata e che procede verso una soluzione condivisa, è quello di assistere a battute di arresto del dialogo e/o della negoziazione, più semplicemente "momenti di impasse negoziali" generati talvolta da incomprensioni, fraintendimenti e/o

divergenze di opinioni o di prospettive tra gli attori del conflitto oppure da una profonda differenza di carattere, di stile o di linguaggio con conseguente fastidio per ciò che ciascuno potrebbe ritenere diverso o incomprensibile, se non addirittura controproducente o scorretto.

Quando si è di fronte all'indisponibilità a trattare o a concedere qualcosa all'avversario, nella maggioranza dei casi la mediazione non ha seguito in quanto chi la sceglie tendenzialmente conosce o comunque ha appreso dalla presentazione del mediatore alcune caratteristiche.

c) Le fasi del procedimento di mediazione

Secondo Bonafè-Schmitt il processo di mediazione si divide in cinque fasi o sottofasi.

La prima è la *fase di pre-mediazione*; essa costituisce un momento importante in quanto vengono verificati la disponibilità a partecipare, generalmente tramite una breve conversazione telefonica, dopo aver inviato formale richiesta scritta con attestazione di ricevimento, ed il luogo dove svolgere il tentativo di conciliazione.

La fase di mediazione vera e propria si divide in tre sottofasi: iniziale, centrale e finale.

La *fase iniziale o introduttiva*, che in parte si può far rientrare nella pre-mediazione, si apre con la preparazione dell'incontro durante la quale il mediatore, dopo aver presentato se stesso e gli elementi essenziali della procedura, partendo dai pochi elementi di cui può disporre prima dell'inizio della mediazione, derivanti generalmente da quanto riportato ed allegato alla domanda, conosce l'oggetto della controversia (ed il suo relativo valore economico), cercando di prepararne al meglio la gestione, l'esistenza o meno di aspetti tecnici o tecnicistici, il numero e la tipologia degli attori in conflitto, la presenza o l'assenza di avvocati e consulenti delle parti.

È una fase estremamente delicata, specie nei casi di conflitti multi-attori, per valutare l'articolazione della controversia e dei soggetti che compongono l'insieme dell'area del conflitto cogliendo la differenza tra gli attori effettivi della disputa, da coinvolgere ed aiutare nel loro tentativo di composizione amichevole della stessa, ed i soggetti coinvolti i quali, pur non essendo in lite tra loro, sono comunque parti in causa, quali ad esempio le autorità competenti che non hanno facoltà decisorie.

Della medesima fase fa parte la prima sessione congiunta d'incontro da svolgere normalmente in presenza di tutti gli attori e relativi legali e/o esperti, nei confronti dei quali è consigliabile rilevare la capacità di impegnare le parti in conflitto.

Fattivamente, il mediatore, dopo aver provveduto a far accomodare tutte le componenti del procedimento, presenta se stesso e l'organismo o il centro di mediazione per conto del quale agisce; poi espone brevemente le caratteristiche peculiari della figura del mediatore, il quale non è né giudice né arbitro, nonché gli elementi essenziali della procedura, il suo obiettivo e le regole fondamentali.

Inoltre è dovere del mediatore rassicurare le parti circa la sua indipendenza e terzietà, la riservatezza da osservare nella mediazione, l'inutilizzabilità in un eventuale giudizio delle informazioni da lui conosciute, il funzionamento della procedura e la sua caratteristica di volontarietà e gli effetti dei possibili risultati finali della medesima.

Successivamente, dopo essersi assicurato che non vi siano domande, propone di procedere dando voce agli attori ed ai loro avvocati e consulenti, normalmente iniziando dalla parte che ha presentato la domanda di mediazione, ai quali si chiede con la massima libertà possibile di raccontare i fatti, i dati, le informazioni, le proprie posizioni, aspettative e richieste.

Durante l'esposizione è assolutamente necessario da parte del mediatore un ascolto attivo, attento e privo di risposte preconfezionate.

La *fase centrale* comprende gli incontri separati con le singole parti, detti anche "caucus" o "diplomazia della navetta", con o senza assistenti, e gli incontri congiunti successivi al primo.

I *caucus* si possono effettuare sia su richiesta di una parte oppure, in quanto resisi necessari per lo sviluppo della procedura, su esplicito consenso delle parti restie ad incontrarsi.

Gli incontri congiunti successivi al primo e, normalmente, ad uno o più incontri separati, sono altamente probabili nelle negoziazioni più articolate e complesse e quasi inevitabili in conflitti multiparte.

La *fase conclusiva* può talvolta coincidere con la fase iniziale quando un attore scientemente non si presenta alla convocazione di avvio del procedimento di mediazione o risponde esplicitamente in forma verbale o scritta di non essere interessato a partecipare al tentativo di conciliazione. In un tale contesto il mediatore può solo limitarsi a verbalizzare l'avvenuta mancata adesione della parte convocata.

Il mediatore deve essere certamente l'estensore del verbale di avvenuta conciliazione (in caso di soluzione positiva) ma può non essere il compilatore del contenuto dell'accordo in tutte le sue articolazioni, magari in quanto molto complesse da richiedere l'intervento di professionisti preparati nello specifico.

Quando, viceversa, si constata l'effettiva volontà di non raggiungere l'accordo, il mediatore provvede ad illustrare gli effetti e le conseguenze del mancato raggiungimento dello stesso e redige il verbale di mancata conciliazione.

Il suddetto verbale, oltre a contenere gli elementi distintivi dell'organismo di mediazione, degli attori e della controversia oggetto del tentativo di conciliazione, registra il mancato raggiungimento dell'accordo o, nel caso di mancato accordo in seguito a proposta del

mediatore, riporta le posizioni assunte dai singoli attori in riferimento a quanto proposto dal mediatore. È successivamente datato e sottoscritto dalle parti e dal mediatore il quale certifica anche l'autenticità delle firme.

La ricerca dell'accordo può essere "favorita" dal mediatore attraverso piccole astuzie organizzative quali, la preparazione di una check-list contenente i punti generali eventualmente trattabili, la scomposizione del conflitto in tanti piccoli elementi, l'attenzione alla distribuzione delle parole, l'introduzione di nuove possibili soluzioni non evidenziate dalle parti.

Gli incontri separati sono generalmente utilizzati in quanto racchiudono la capacità di miscelare alcune caratteristiche le quali possono risultare molto utili al mediatore per facilitare un avvicinamento delle parti; rappresentano il momento assolutamente centrale in cui si svolge l'attività di aiuto e facilitazione alla ricerca di una soluzione condivisa in conseguenza del fatto che, una volta ripreso l'incontro comune, il mediatore può, senza rivelare ciò che conosce se non autorizzato, proporre soluzioni che sa incontrano i desideri di entrambi.

Durante gli incontri, come in tutta la procedura, sono estremamente importanti le capacità di "ascolto attivo" delle narrazioni da parte del mediatore, ma l'efficacia e la qualità del suo lavoro passano anche attraverso il tipo di domande che vengono poste, in quanto egli ha il compito di sviscerare lealmente sino in fondo l'argomento facendo emergere opinioni discordanti nei confronti della linea che ha preso la mediazione, seppur rischiando di mettere in crisi un equilibrio precario raggiunto attraverso un faticoso lavoro.

L'ultima fase dello schema di Bonafè-Schmitt è la verifica dell'*esecuzione dell'accordo* cioè che le parti portino avanti gli impegni presi in sede di stipulazione dello stesso. È prassi consolidata effettuare tale verifica a distanza di circa quattro mesi.

Da ricordare che un accordo per avere discrete chance di successo nel tempo deve necessariamente utilizzare un linguaggio positivo, chiaro e semplice, non essere generico e vago ma ben dettagliato, anche temporalmente, ed equilibrato; far assumere a tutti lo stesso numero di impegni, in maniera che le azioni previste per una persona non dipendano da quelle di un'altra, e che le parti si impegnino solo per se stesse.

4. Le agevolazioni tributarie

In merito alle imposte indirette, l'art.17 comma 2 del D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 stabilisce che tutti gli atti, documenti o provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura; nel comma 3 si chiarisce che, se il verbale di conciliazione fa emergere una o più obbligazioni del valore complessivo non superiore a 50.000,00 euro, lo stesso è esente dall'imposta di registro mentre nel caso in cui il verbale faccia emergere importi superiori si scontrerà l'imposta dovuta secondo le aliquote di legge per l'importo eccedente tale somma.

Per quanto concerne le imposte dirette, l'art.20 ricorda che il contribuente che corrisponda l'indennità ai soggetti abilitati a svolgere il procedimento presso gli organismi riconosciuti ed iscritti al registro del Ministero della giustizia ha diritto ad un credito d'imposta commisurato all'ammontare delle indennità stesse fino a concorrenza di euro 250,00 se la mediazione non è riuscita e di euro 500,00 in caso di successo.

A decorrere dal primo gennaio 2011, con decreto del Ministero della giustizia, è individuato il credito d'imposta effettivamente spettante in relazione all'importo di ciascuna mediazione in misura proporzionale alle risorse stanziare e comunque nei limiti dell'importo indicato al comma 1 dello stesso decreto.

A tal fine, il Ministero comunica al singolo interessato l'importo del credito d'imposta spettante entro il 30 maggio trasmettendo in via telematica all'Agenzia delle Entrate l'elenco dei beneficiari ed i relativi importi di ciascuno.

Il credito d'imposta, il quale non dà luogo a rimborso, deve essere indicato, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi ed è utilizzabile dai contribuenti interessati a decorrere dal ricevimento della suddetta comunicazione e, se possessori di partita iva, in compensazione anche di altre imposte o contributi dovuti a favore dello Stato mentre le persone fisiche non titolari di reddito d'impresa o di lavoro autonomo in diminuzione delle imposte sui redditi.

5. Gli effetti processuali della mediazione

Il principale effetto processuale prodotto dal decreto del 4 marzo 2010 deriva dall'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Tale obbligatorietà non trovava, però, esplicita giustificazione nei principi e criteri direttivi enunciati nell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009 n.69 (Legge delega).

Questo aspetto ha reso tale specifica norma della legge delegata obiettivamente vulnerabile ad un'eccezione di incostituzionalità per eccesso di delega.

La Corte Costituzionale, con sentenza del 23 ottobre 2012 (depositata il 6 dicembre 2012), ha dichiarato incostituzionale il suddetto articolo 5 abolendo, di fatto, l'obbligatorietà e rendendo esclusivamente volontario il ricorso allo strumento della mediazione civile e commerciale (almeno fino al 20 settembre 2013).

La norma, così com'era concepita, determinava (ed ora determina nuovamente) un obbligo reale di effettuazione del preliminare tentativo di mediazione.

Il favore riconosciuto dal legislatore alla preliminare fase di mediazione si estende anche al secondo grado di giudizio (l'appello) ma solo se il giudice lo ritiene utile valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti.

La seconda questione, strettamente processuale, che genera tuttora diffidenza intorno alla mediazione era quella che considerava l'apposizione della clausola di mediazione non compatibile con l'ottenimento immediato di provvedimenti urgenti e/o cautelari.

Il legislatore ha chiarito che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei procedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

Viene chiarito, inoltre, che la mediazione non opera con effetto esclusivo nei procedimenti per l'ingiunzione inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto fino al mutamento del rito all'art.667 del c.p.c. (in quanto rappresentano forme di accertamento sommario con prevalente funzione esecutiva), nei procedimenti possessori fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art.703 comma 3 del c.p.c. (per motivazioni similari), nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, nei procedimenti in camera di consiglio, in quanto il giudice può provvedere con rapidità e flessibilità, e nell'azione civile esercitata nel processo penale perché la previa mediazione equivarrebbe ad impedire o ad ostacolare fortemente la costituzione di parte civile.

Altro effetto processuale importante derivante dalla domanda di mediazione è quello riguardante la prescrizione; dal momento della comunicazione alle altre parti, difatti, e per una sola volta, al fine di evitare che vengano proposte istanze di mediazione strumentali, gli effetti della domanda giudiziale impediscono la decadenza.

Dunque, se il tentativo di mediazione fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di mancata conciliazione presso la segreteria dell'organismo.

Particolarmente rilevante la facoltà del giudice, derivante dalla norma (articolo 116, comma 2 c.p.c.) che gli riconosce un potere discrezionale collegato alla valutazione del comportamento delle parti nel processo, di desumere argomenti di prova per il successivo giudizio dalla mancata partecipazione alla mediazione di una delle parti, senza giustificato motivo, o dalla mancata accettazione dell'eventuale proposta.

La parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione, infatti, anche se vittoriosa, può vedersi addossare dal giudice che decide sulle spese anche con un provvedimento non emesso contestualmente.

6. Gli Enti, gli organismi abilitati, i professionisti e gli altri soggetti della mediazione

Si passa ora ad analizzare i soggetti protagonisti della mediazione civile.

a) Il Ministero della giustizia

È il soggetto fondamentale al quale è conferita dalla legge l'autorità autorizzativa di vigilanza e di monitoraggio sui soggetti del contesto e in relazione alle attività dai medesimi organizzate e svolte.

Le funzioni specifiche, delle quali si dà adeguata pubblicità attraverso il sito internet del Ministero, si possono sintetizzare nella formazione del registro degli organismi abilitati a svolgere la mediazione e del registro dei formatori per la mediazione, nella valutazione dell'idoneità

dei regolamenti degli enti iscritti, nella determinazione delle indennità e nella tenuta dell'elenco dei formatori.

Per assolvere tali funzioni ha la possibilità di svolgere un'attività iniziale autorizzativa all'iscrizione ai registri, al monitoraggio annuale dei procedimenti di mediazione svolti presso gli organismi medesimi.

I dati raccolti attraverso il monitoraggio presso gli organismi di mediazione e gli uffici giudiziari, per esplicita previsione del decreto attuativo, sono utilizzati anche ai fini della determinazione delle indennità spettanti agli organismi pubblici.

b) Gli enti di formazione

Premesso che la formazione rimane un momento essenziale della mediazione, sia per quanto riguarda ciò che il mediatore deve fare sia per ciò che non deve fare, il D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 all'articolo 16, commi 5 e 6, affronta il tema della formazione dei mediatori prevedendo esclusivamente l'istituzione di un *elenco dei formatori per la mediazione* e la sua tenuta presso il Ministero della giustizia.

Con successivo decreto ministeriale, n. 180 del 18 ottobre 2010, sono stati stabiliti i criteri per l'iscrizione, la sospensione, la cancellazione degli iscritti, lo svolgimento dell'attività di formazione in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori.

L'art.17 prevede l'istituzione dell'*elenco degli enti di formazione* abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori.

Il medesimo articolo prevede anche che tale elenco, come per il registro degli organismi di mediazione, sia tenuto presso il Ministero della giustizia nell'ambito delle risorse umane.

Il suddetto elenco è diviso in due parti: enti pubblici ed enti privati; la prima è a sua volta suddivisa in due sezioni (elenco dei formatori e dei responsabili scientifici) mentre la seconda, oltre alle due sezioni

appena citate, prevede anche quella riguardante l'elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli enti.

Il responsabile dell'elenco cura il continuo aggiornamento dei dati e la gestione avviene con modalità informatiche che assicurano la possibilità di rapida elaborazione dei dati.

Gli elenchi dei formatori e dei responsabili scientifici, come del resto quello dei mediatori, sono pubblici, l'accesso alle altre annotazioni è regolato dalle vigenti disposizioni di legge.

Possono essere iscritti a domanda, nell'elenco degli enti formatori, gli enti di formazione pubblici e privati o che costituiscono autonomi soggetti di diritto pubblico o privato in grado di soddisfare i seguenti requisiti:

- *capacità finanziaria*, con capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata (D.Lgs n.5 del 2003);
- *capacità organizzativa*, vale a dire compatibilità dell'attività di formazione con l'oggetto sociale e lo scopo assicurativo;
- onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti (art.13 D.Lgs 24 febbraio 1998 n.58);
- *trasparenza amministrativa e contabile*, ivi compreso il rapporto giuridico ed economico tra l'organismo e l'ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale;
- disponibilità di un *numero di formatori* non inferiore a cinque che svolgano l'attività di formazione presso l'ente;
- disponibilità di una *sede* con l'indicazione di strutture amministrative e logistiche per lo svolgimento dell'attività didattica;
- previsione ed istituzione di almeno un *percorso formativo di base* ed un distinto *percorso di aggiornamento* la cui esistenza, durata e caratteristiche siano rese note anche mediante la loro pubblicazione sul sito internet dell'ente di formazione;

- individuazione di almeno un *responsabile scientifico* di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie che attesti la completezza e l'adeguatezza del percorso formativo e di aggiornamento.

Il medesimo articolo indica inoltre i requisiti di qualificazione che devono essere posseduti dai docenti disponibili per dimostrare la loro idoneità alla formazione, differenziando i requisiti dei formatori dei corsi teorici da quelli dei corsi pratici.

I formatori dei corsi teorici debbono attestare di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, aver svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere, impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio ed essere in possesso dei requisiti di onorabilità previsti dall'articolo 4 comma 3 lettera c del decreto attuativo.

I formatori dei corsi pratici debbono poter attestare di aver operato in qualità di mediatore presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure, oltre ai punti menzionati sopra (tranne la pubblicazione di contributi scientifici).

Il percorso formativo di base, articolato in corsi teorici e pratici, deve avere durata complessiva non inferiore a 50 ore, un numero massimo di partecipanti di 30 persone.

Le materie previste nel programma della formazione teorica riguardano la normativa nazionale, comunitaria ed internazionale in materia di mediazione e conciliazione, la metodologia delle procedure facilitative ed aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa.

Il percorso d'aggiornamento formativo, invece, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, deve avere una durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali.

Per quanto riguarda la procedura d'iscrizione dell'ente all'elenco presso il Ministero della giustizia, identica anche per gli organismi di mediazione, prevede la redazione del modello di domanda approvata dal responsabile e la sua trasmissione anche in via telematica.

Trascorsi 40 giorni dal ricevimento della domanda il Ministero provvede all'iscrizione.

L'ente di formazione ha l'obbligo di comunicare immediatamente al responsabile tutte le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi recapitati ai fini dell'iscrizione e di conservare copia degli atti relativi ai corsi di formazione per almeno un triennio dalla data della loro conclusione, nonché tutte le possibili variazioni inerenti ai singoli docenti.

Si ritengono, salvo integrazioni da richiedere dopo la verifica del possesso dei requisiti previsti dalla legge ed eventualmente da inviare entro 30 giorni pena decadenza dell'iscrizione, iscritti automaticamente quegli enti di formazione già accreditati ai sensi del Decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004 n.222.

È stato stabilito in sei mesi il tempo entro il quale i formatori già iscritti prima della nuova normativa avrebbero dovuto acquisire o dimostrare di esserne già in possesso, i requisiti di aggiornamento, continuando nel frattempo la loro attività di formazione.

Alla data del primo gennaio 2017 gli enti di formazione nel nostro Paese risultano essere 274.

c) Gli organismi abilitati a svolgere le mediazioni

Gli organismi abilitati a svolgere il procedimento di mediazione sono indubbiamente l'asse portante per mezzo del quale il legislatore

intende promuovere l'organizzazione e la gestione del servizio di mediazione finalizzato alla conciliazione.

Gli organismi di mediazione sono quindi gli unici possibili acquirenti della prestazione professionale di coloro che hanno acquisito a titolo personale, attraverso un corso, la qualificazione di mediatore civile e commerciale.

La legge prevede che possano essere costituiti da enti pubblici o privati in grado di dimostrare capacità finanziaria (capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata), capacità organizzativa (compatibilità dell'attività di mediazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo e attestazione di svolgimento dell'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione anche attraverso accordi con altri organismi anche soltanto per singoli affari di mediazione), una polizza assicurativa di importo non inferiore ad euro 500.000,00 per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione (unico requisito che non si può attestare con autocertificazione), l'esistenza dei requisiti di onorabilità per ciascuno dei soci, associati, amministratori e rappresentanti, la disponibilità a svolgere le funzioni di mediatore da parte di almeno cinque mediatori in possesso dei requisiti di formazione ed aggiornamento acquisito presso gli enti di formazione iscritti al Ministero e che abbiano complessivamente manifestato la loro disponibilità professionale a non più di cinque organismi, l'adozione di un codice etico, di una tabella delle indennità e di un regolamento di procedura conforme alle normative vigenti ed infine le garanzie d'indipendenza, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio.

Gli organismi costituiti anche in forma associata dalle CCIAA e dai Consigli degli ordini professionali sono iscritti su semplice domanda all'esito della verifica della sussistenza del solo requisito della polizza

assicurativa ma per i secondi l'iscrizione è sempre subordinata alla verifica del rilascio dell'autorizzazione da parte del responsabile della tenuta del registro, tranne per l'ordine degli avvocati.

Al fine di dimostrare la disponibilità di almeno cinque mediatori, l'organismo deve allegare alla domanda di iscrizione un elenco per ciascun mediatore contenente la dichiarazione di disponibilità sottoscritta dal mediatore, un curriculum sintetico dal quale risulti esplicitamente l'avvenuta qualificazione vale a dire un titolo di studio non inferiore alla laurea universitaria triennale o, in alternativa, l'iscrizione ad un ordine o collegio professionale, l'indicazione del possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale acquisiti presso gli enti di formazione accreditati e l'attestazione dei requisiti di onorabilità.

Questi ultimi consistono nel non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o pena detentiva non sospesa, nel non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza, nel non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici e nel non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento.

Gli organismi abilitati a svolgere la mediazione possono appartenere, rispetto alle controversie delle quali si occupano, a tre categorie previste dal legislatore: generalisti, specialistici e specialistici per scelta.

I *generalisti* sono iscritti nella sezione ordinaria del registro e possono essere costituiti da enti privati o pubblici come le Camere di commercio e i Consigli degli ordini degli avvocati presso i tribunali.

Gli *specialisti* sono iscritti alla sezione consumo o internazionale oppure alla sezione ordinaria se costituiti dai Consigli degli ordini professionali diversi dagli avvocati, per le materie riservate alla loro competenza; anch'essi devono svolgere la loro attività avvalendosi del proprio personale ed utilizzando locali nella loro disponibilità.

Gli *specialisti per scelta* sono organismi che, con esplicita previsione regolamentare, possono autonomamente e volontariamente decidere che le mediazioni delle quali occuparsi siano limitate a specifiche materie chiaramente individuate.

Inoltre gli organismi hanno alcuni obblighi strettamente legati al ruolo ed alla funzione a loro attribuita con l'autorizzazione ed alcuni obblighi specifici da attuare in relazione alla singola procedura.

Per quanto riguarda i primi sono obblighi e divieti strutturali: quelli di fare menzione del numero di iscrizione al registro negli atti, nella corrispondenza e nelle forme pubblicamente consentite, di istituire un registro degli affari di mediazione con le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo, ai dati identificativi delle parti, all'oggetto della mediazione, al mediatore designato, alla durata del procedimento ed al relativo esito, di conservare copia degli atti dei procedimenti trattati per almeno un triennio, di comunicare immediatamente al responsabile tutte le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell'iscrizione, compreso l'adempimento dell'obbligo di aggiornamento formativo dei mediatori, di trasmettere dal secondo anno di iscrizione entro il 31 marzo di ogni anno successivo il rendiconto della gestione.

Gli obblighi funzionali al singolo affare di mediazione riguardano: non rifiutarsi di svolgere la mediazione se non per giustificato motivo, rilasciare alle parti che ne fanno richiesta il verbale di accordo ai fini dell'istanza di omologazione dello stesso e trasmettere l'eventuale proposta del mediatore, su richiesta del giudice.

La vigilanza su tutti gli organismi di mediazione, da chiunque costituiti, è continuativamente esercitata dal responsabile del registro e, a tal proposito, il legislatore ha regolato l'istituto della sospensione e della cancellazione dal registro.

La sospensione o, nei casi più gravi, la cancellazione di un organismo di mediazione dal registro possono essere determinate dal

sopravvenire o dal risultare di nuovi fatti che ne avrebbero impedito l'iscrizione, dalla violazione degli obblighi di comunicazione, generalmente fissato in trenta giorni dal ricevimento della richiesta, di tutte le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell'iscrizione, nonché dell'avvenuta acquisizione dei requisiti di aggiornamento dei singoli mediatori abilitati a prestare la loro opera presso gli organismi nei modi e nei termini previsti dall'art.20 del decreto del Ministro della Giustizia 18 ottobre 2010 n.180, dalle reiterate violazioni degli obblighi del mediatore e dallo svolgimento di meno di dieci procedimenti in un biennio.

La cancellazione di un organismo impedisce al medesimo di ottenere una nuova iscrizione prima che sia decorso un anno.

Le indennità complessive (spese di avvio del procedimento e spese di mediazione) possono essere rimosse solo dall'organismo di mediazione.

Le spese di avvio del procedimento fissate all'importo di euro quaranta, a valere sull'indennità complessiva, sono dovute da ciascuna parte che partecipa al procedimento; il richiedente deve versarli al momento della presentazione dell'istanza ed il chiamato al momento dell'adesione.

Le spese di mediazione che comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero degli incontri, rimangono fisse.

Per quanto concerne gli organismi costituiti da enti privati sono liberamente determinate nei modi previsti dalle leggi vigenti e dalle regole statutarie mentre per quello che riguarda gli organismi di mediazione costituiti da enti pubblici sono fissate dalla legge nelle seguenti misure:

Valore della lite – Spesa (per ciascuna parte)

fino a € 1.000	€ 65 - € 43
da € 1.000,01 a € 5.000	€ 130 - € 87

da € 5.000,01 a € 10.000	€ 240 - € 160
da € 10.000,01 a € 25.000	€ 360 - € 240
da € 25.000,01 a € 50.000	€ 600 - € 400
da € 50.000,01 a € 250.000	€ 1.000 - € 667
da € 250.000,01 a € 500.000	€ 2.000-€ 1.000
da € 500.000,01 a € 2.500.000	€ 3.800-€ 1.900
da € 2.500.000,01 a € 5.000.000	€ 5.200-€ 2.600
oltre € 5.000.000,01	€ 9.200-€ 4.600

Gli importi della spesa indicati nella prima colonna riguardano le mediazioni facoltative, quelli della seconda colonna le mediazioni su materie obbligatorie previste dall'art. 5 del D. Lgs. n. 28/2010.

L'importo massimo delle spese di mediazione dovute da ciascuna delle parti è determinato individuando lo scaglione della tabella delle indennità corrispondente al valore della lite indicato nella domanda di mediazione a norma del codice di procedura civile.

Le uniche eccezioni sono rappresentate dai casi in cui il valore della lite risulti indeterminato, indeterminabile o vi sia notevole divergenza tra le parti sulla stima; in tali casi l'organismo di mediazione deciderà il valore di riferimento e lo comunicherà alle parti.

Le spese di mediazione indicate dall'organismo sono dovute, in solido, da ciascuna parte che ha aderito al procedimento (quando più soggetti rappresentano un unico centro d'interessi si considerano come unica parte) e debbono essere corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà.

All'inizio del 2017 gli organismi di mediazione iscritti nel Registro del Ministero risultano 787.

d) Il mediatore

Il mediatore è la persona che individualmente o collegialmente svolge la mediazione rimanendo privo del potere di rendere giudizi o

decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo; non è un arbitro e, tanto meno, un giudice, in quanto non decide, non "taglia" il confitto imponendo una decisione alle parti, le quali rimangono gli unici soggetti dotati di potere decisionale.

Secondo l'art.1754 del c.c., è mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza.

La professione di mediatore presuppone un equilibrio ed un'interpretazione che dipendono dalle qualità personali, psicologiche e comunicative, dello stesso mediatore e dal rispetto di rigide regole professionali.

Per fare il mediatore è necessaria una formazione accurata differente per i vari generi (per esempio per la "familiare" 200 ore con annessa attività di supervisione di casi).

Un bravo mediatore deve essere realista, ottimista, flessibile, umile, percettivamente acuto.

Dopo le varie forme che per molti anni hanno previsto il generico ricorso alla conciliazione, la normativa relativa ai contesti societari ha avuto tra gli altri meriti quello di prevedere e collocare stabilmente nell'ordinamento giuridico nazionale la figura del conciliatore.

Le parti da quel momento hanno ottenuto la facoltà di affrontare i conflitti o delegandoli a terzi specialisti oppure in taluni casi decidere di gestirli anche con l'ausilio dei loro avvocati e consulenti, con l'aiuto di un terzo neutrale, formato, imparziale ed indipendente: il mediatore.

Con il D.lgs del 4 marzo 2010 la figura del mediatore assume contorni più nitidi e profili professionali più marcati.

Il mediatore è la persona fisica che, priva della possibilità di rendere giudizi e decisioni vincolanti, esegue personalmente la sua prestazione nell'attività di mediazione finalizzata al risultato della conciliazione.

Il mediatore è una persona fisica di estrazione universitaria (almeno laurea triennale), o iscritta ad un ordine o ad un collegio professionale, che ha ricevuto una specifica formazione iniziale di durata non inferiore a 50 ore ed uno specifico aggiornamento almeno biennale acquisito presso uno degli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori.

Il mediatore svolge la propria attività attraverso una procedura informale e snella, dovendo rispettare l'obbligo di riservatezza esterna (non può divulgare le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante la procedura e neppure che la mediazione è stata effettuata) ed interna (può fornire alla parte solo ciò che l'altra parte l'ha autorizzato a svelare) e, al tempo stesso, non può essere tenuto a deporre sul contenuto del procedimento di mediazione.

Egli usufruisce altresì delle garanzie previste dall'art.103 del c.p.p. (ispezioni, perquisizioni e sequestri debbono essere effettuati personalmente dal giudice o dal pubblico ministero nelle indagini preliminari; non sono sottoponibili ad intercettazioni le conversazioni o le comunicazioni in relazione alla mediazione ed è vietato il sequestro di carte e documenti ed ogni forma di controllo della corrispondenza e dall'art.200 del c.p.p. (non può essere obbligato a deporre su quanto ha conosciuto per ragione della sua attività).

Il mediatore, nello svolgimento della sua attività, ha l'obbligo di sottoscrivere, prima di iniziare qualsiasi attività, una dichiarazione di imparzialità, informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità, formulare le proposte di conciliazione nel rispetto dell'ordine pubblico e delle norme imperative nonché salvaguardare l'eticità dei comportamenti di tutte gli attori del conflitto in essere.

Al mediatore è, al contrario, fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi direttamente o indirettamente con gli affari trattati e percepire compensi direttamente dalle parti, con le quali non deve

avere una relazione personale o di affari né tantomeno qualsiasi interesse finanziario diretto o indiretto in conseguenza della mediazione.

In relazione alla conclusione del procedimento il mediatore deve effettuare determinate operazioni previste dalle normative vigenti.

In caso di mancata partecipazione di una delle parti al procedimento deve redigere processo verbale dando atto della stessa, sottoscrivere il verbale certificando l'autografia della sottoscrizione e depositare il processo verbale presso la segreteria dell'organismo.

Nel caso di mancato accordo, oltre alla redazione del verbale ed al deposito alla segreteria dell'organismo, deve informare le parti delle possibili conseguenze normative e fiscali, segnalare, le operazioni sospette come previsto dal D.Lgs 21 dicembre 2007 n.231 (disciplina antiriciclaggio), formulare volontariamente, se non richiesto, od obbligatoriamente, se richiesto da entrambi le parti, una proposta di conciliazione per iscritto alla quale le parti fanno pervenire entro sette giorni un'accettazione o un rifiuto (la mancata risposta è considerata come rifiuto).

Infine, in caso di accordo raggiunto, oltre alle operazioni citate nei casi precedenti, deve concorrere alla stipula, o comunque renderne possibile la redazione, di un verbale di accordo da allegare al processo verbale di conciliazione e assicurarsi che, se l'accordo contiene atti o contratti soggetti a trascrizione ai sensi dell'art.2657 del c.c., le sottoscrizioni siano autenticate da un pubblico ufficiale.

Compatibilmente con i criteri oggettivi che ciascun organismo di mediazione ha scelto per l'individuazione e la designazione del mediatore, può esserne prevista e regolata la rinuncia ad un incarico che il medesimo non si sente sufficientemente in grado di affrontare e la sua conseguente sostituzione, ad opera dell'organismo, col mediatore successivo in graduatoria.

Il mediatore all'inizio del procedimento presenterà brevemente se stesso e l'organismo, ma soprattutto la procedura di mediazione ed i suoi prevedibili e probabili effetti a seconda dei possibili tipi di conclusioni delle medesima, della loro facoltà di ritirarsi in qualunque momento, all'obbligo di riservatezza, all'eventuale o necessaria formulazione della proposta e le sue implicazioni sulla riservatezza, alle spese processuali ed agli obblighi del mediatore.

Egli procederà poi ad ascoltare le parti presenti ed, eventualmente, i consulenti e gli avvocati nel caso i medesimi richiedano di parlare, congiuntamente o separatamente, di usare la propria abilità dialettica per imporre l'opinione che si sia formato, di effettuare interventi autoritari facendosi coinvolgere nella discussione.

Al termine di questa fase, procederà ad effettuare una restituzione riepilogativa dei dati, dei termini e delle questioni essenziali emerse dalle enunciazioni delle parti e dei loro avvocati o consulenti.

In seguito a tale fase, teoricamente, gli attori del conflitto potrebbero iniziare una negoziazione diretta, pur assistita dal mediatore/facilitatore, anche solo passivamente se la situazione lo consente, per una o più questioni relative alla controversia.

Successivamente, il mediatore può svolgere degli incontri separati continuando a collaborare equamente con le parti nel procedimento di mediazione.

Se il tentativo di mediazione dovesse protrarsi per oltre due ore è consigliabile fissare un nuovo incontro dopo almeno una settimana, nel quale approfondire il problema ed esplorare soluzioni alternative, in quanto superato questo lasso di tempo l'attenzione e la predisposizione alla conciliazione tendono a scemare.

Il mediatore, sia negli incontri congiunti che in quelli separati, dovrà condurre le operazioni in maniera appropriata favorendo adeguate possibilità di coinvolgimento delle parti e/o dei loro consulenti e/o avvocati.

Un bravo mediatore è formato a ciò che deve fare ma deve ben conoscere anche ciò che non deve fare vale a dire dare giudizi o valutazioni, non ascoltare, non lasciare parlare gli attori soprattutto nelle prime fasi, rispondere alle provocazioni verbali, immettere ansia nell'ambiente, non far verificare alle parti le opzioni proposte, inseguire o spingere in direzione di punti d'equilibrio che sono ottimali secondo il suo giudizio.

Dote non indifferente per un mediatore che abbia come obiettivo di svolgere in maniera impeccabile il proprio mandato è quella di saper gestire prontamente le numerose ed imprevedibili variabili in gioco.

Riassumendo ad un mediatore che voglia eseguire la sua missione in modo professionale servono doti esperienziali, immateriali ed operative.

Fanno parte delle prime anche le attitudini naturali di cui il mediatore può essere dotato quali, la pazienza, la capacità di ascoltare e "sentire", di capire quando è il momento di ritirarsi nell'ombra e lasciare spazio alle parti.

A questo va aggiunta la necessaria formazione, prevista dall'ordinamento, per trasmettere le conoscenze di base.

Alla formazione iniziale obbligatoria deve far seguito una formazione permanente di tipo ricorrente da svolgere periodicamente, di natura pluridisciplinare e tesa ad approfondire in particolare gli aspetti normativi, le norme comportamentali di condotta dei mediatori, le tecniche di negoziazione e di mediazione, la psicologia degli attori in conflitto, le tecniche psicologiche della mediazione e di redazione degli accordi.

Fanno parte, invece, di quello che si può definire *kit immateriale* che ogni mediatore sarebbe opportuno sapesse "utilizzare", la capacità di accogliere in mediazione gli attori in conflitto, la presentazione esaustiva di se stesso e delle regole della procedura, la gestione dell'incontro comune iniziale e dei successivi, nonché la capacità di

redazione dei verbali e dei documenti che deriveranno dal procedimento di mediazione.

Gli strumenti operativi che è opportuno siano presenti nello studio del mediatore sono, una check-list della procedura da seguire, un codice delle principali norme giuridiche e fiscali sui contratti e sulla mediazione, e gli strumenti di lavoro (fogli, penne, lavagna, pc e stampante, biglietti da visita comprensivi di tutti i dati identificativi del mediatore e dell'organismo).

Le virtù di un bravo mediatore devono essere il *silenzio*, l'*umiltà*, la *coerenza*, la *pazienza*, il *coraggio di amare*.

e) Gli Avvocati

Gli avvocati, a dimostrazione della loro assoluta centralità nella procedura di mediazione, possono assumere una pluralità di ruoli.

Tutti i legali, nell'esercizio della loro professione, all'atto del conferimento dell'incarico, ai sensi dell'art.4 comma 3 del D.Lgs 4 marzo 2010 n.28, sono tenuti ad informare il proprio assistito dell'esistenza e dell'opportunità del procedimento di mediazione e delle correlative agevolazioni fiscali ai fini delle imposte indirette e dirette, esclusivamente per le materie previste dalla legge.

L'informazione deve essere chiara e formulata per iscritto tanto che il documento informativo firmato dall'assistito deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

A presidio dell'effettiva attuazione delle suddette previsioni è stabilito che, in seguito alla mancata informazione, il contratto tra l'avvocato ed il cliente sia annullabile.

Se si verifica la mancata allegazione del documento informativo, il giudice può sanare l'omissione direttamente informando la parte oppure può assegnare all'avvocato di parte ricorrente il termine di

quindici giorni per la presentazione della domanda all'organismo prescelto.

L'avvocato può rivestire nel procedimento di mediazione anche il ruolo di consulente della parte, assistendola per tutta la durata della stessa; da questa diversa ottica, essi possono contribuire a far sì che il cliente colga attentamente le specificità della procedura, le sue potenzialità ed i suoi limiti, nonché le conseguenze a seconda dell'esito finale.

L'opera di consulenza può riguardare, oltre la decisione di aderire, o meno, al tentativo di conciliazione, la scelta dell'organismo al quale affidarsi, la preparazione al procedimento, il comportamento durante lo svolgimento dello stesso, comprese le opzioni di abbandonare la mediazione o richiedere una proposta definitiva al mediatore.

In caso di esito favorevole della mediazione, il legale è quasi sempre chiamato a concorrere alla redazione dell'accordo eventualmente scaturito.

f) Gli esperti

Il legislatore tra i soggetti coinvolgibili dal procedimento di mediazione civile e commerciale ha previsto ed indicato con chiarezza anche la figura dell'esperto, diversamente dal mediatore e dall'avvocato.

In presenza di controversie che richiedono specifiche competenze tecniche la legge considera essenziali alla riuscita del procedimento la presenza di soggetti particolarmente esperti.

L'organismo di mediazione può nominare uno o più mediatori ausiliari esperti. Se ciò non è possibile, il mediatore potrà avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali.

L'esperto, anche se non nominato mediatore ausiliario, prestando la propria opera nell'ambito del procedimento è tenuto all'obbligo di

riservatezza rispetto alle eventuali dichiarazioni rese ed alle informazioni acquisite durante la mediazione, non può assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati e non può percepire compensi direttamente dalle parti.

g) Il giudice

Il D.Lgs 4 marzo 2010 n.28 fra le componenti coinvolte nell'applicazione della normativa chiama in causa anche il giudice.

Il primo ruolo del magistrato si manifesta in una vera e propria funzione di *custode dell'effettività* dalla fase informativa; egli, difatti, sia pure in assenza di obbligatorietà del tentativo di conciliazione, è chiamato a rilevare la presenza o meno del documento informativo allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio.

Infatti, se la mediazione non è ancora iniziata, potrebbe decidere suppletivamente di informare la parte della facoltà di usufruirne; se la mediazione, su volontà delle parti, è già iniziata ma non è conclusa, fissa la successiva udienza dopo almeno tre mesi; se la mediazione è appena finita senza esito positivo provvede a fissare la prima udienza.

Altra importante funzione del giudice è quella di *custode dello svolgimento del rito*: in tale direzione, egli può concedere anche durante lo svolgersi della mediazione provvedimenti urgenti e cautelari o trascrizioni della domanda giudiziale.

Inoltre può consentire la prosecuzione dei procedimenti per l'ingiunzione inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, dei procedimenti di convalida di licenza o sfratto, dei procedimenti possessori.

La norma prevede che il giudice può invitarle a procedere alla mediazione, anche in sede di giudizio di appello, prima dell'udienza di

precisazione delle conclusioni oppure prima della discussione della causa.

Se le parti aderiscono all'invito, il giudice assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione, nel caso la stessa non sia stata avviata, mentre fissa la successiva eventuale udienza almeno tre mesi dopo, se la mediazione è già stata avviata.

Nella fase giudicante, quando deve mettere a punto i provvedimenti che definiscono il giudizio su controversie che sono state precedute o attraversate dalla mediazione, è prerogativa del giudice raccordare i risultati ed i comportamenti in mediazione con i provvedimenti definitivi dei conflitti medesimi.

A tal proposito, acquisiti i verbali di mancata conciliazione e conosciuti i contenuti della proposta o delle proposte del mediatore, il giudice può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso eventualmente dovuto all'esperto o agli esperti, se il suo provvedimento non corrisponde interamente al contenuto della proposta del mediatore; diversamente può escludere la ripetizione delle spese sostenute, condannare al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente e al versamento di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato, alle spese per l'indennità corrisposte al mediatore nonché all'eventuale compenso dovuto all'esperto, se il suo provvedimento corrisponde, invece, interamente al contenuto della proposta del mediatore.

Ultima funzione, ma non per questo meno importante, è quella di *accertamento della regolarità formale* nonché della non contrarietà del contenuto all'ordine pubblico e a norme imperative.

Se il giudice ritiene, a seguito di questa attività di verifica, di dover negare l'omologa, trasmette copia del provvedimento di diniego all'organismo competente.

Se, viceversa, ritiene che l'omologa possa essere concessa, procede per le controversie interne, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo nel quale è stata realizzata la conciliazione.

Con l'omologazione il verbale assume lo status di titolo esecutivo capace di consentire l'ottenimento dell'espropriazione forzata, dell'esecuzione in forma specifica e dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

h) Le parti

Tra gli elementi portanti del paradigma culturale della mediazione si colloca la centralità delle parti, le quali mantengono il controllo e la disponibilità della gestione del loro conflitto decidendo di farsi aiutare da un terzo neutrale autorevole.

Appropriarsi o riappropriarsi del proprio conflitto e decidere di gestirlo facendosi aiutare richiede uno sforzo maggiore che delegarlo a terzi.

La centralità delle parti si declina con importanti modalità; due delle quali prima dell'avvio della mediazione.

Nella prima, le parti hanno il diritto di collocare in qualsiasi contratto o statuto di società una clausola la quale preveda che in caso di controversie, relative a diritti disponibili, le stesse siano preliminarmente sottoposte al procedimento di mediazione finalizzato al raggiungimento di una conciliazione presso uno specifico ed individuato organismo di mediazione regolarmente iscritto al registro del Ministero di Giustizia oppure indicando genericamente un organismo di mediazione iscritto al suddetto registro.

Nella seconda modalità, le parti che decidano di collocare una clausola di mediazione che individua specificatamente un organismo di mediazione anche successivamente alla sottoscrizione del contratto o

all'approvazione dello statuto possono individuare di comune accordo un diverso organismo purché iscritto al registro del Ministero.

Le parti hanno diritto di essere informate preventivamente dai loro legali circa l'esistenza anche delle facoltà extragiudiziali di gestione del conflitto.

Successivamente all'avvio della mediazione, le parti decidono dove gestire il tentativo di conciliazione e da quale figura farsi aiutare. Inoltre debbono conoscere l'organismo ed il mediatore che cercherà di mediare, con quale procedura ed a quale prezzo, essere certe che il mediatore sia formato, preparato e che mantenga per tutto il periodo di svolgimento della procedura le caratteristiche di imparzialità.

Le parti, inoltre, hanno il diritto di essere assistite dal loro avvocato ed affiancate da tutti gli esperti ed i consulenti di cui ritengono di avere necessità, di aver la certezza che il mediatore è tenuto alla riservatezza interna ed a quella esterna, di godere delle prerogative di inutilizzabilità in giudizio delle informazioni da lui acquisite durante la procedura di mediazione.

Gli stessi confliggenti debbono avere anche la certezza di poter essere ascoltate, esprimere opinioni, idee e valutazioni.

Un'altra certezza che le parti debbono fare propria riguarda la costante informazione relativa alla fattibilità e compatibilità con l'ordinamento vigente delle scelte che stanno emergendo.

È facoltà delle parti ritirarsi in qualunque momento dalla procedura conciliativa o richiedere una transazione sulla base degli accordi che siano eventualmente emersi.

Pure la sola singola parte può chiedere la sostituzione del mediatore.

Gli attori debbono essere coscienti di poter ricevere una proposta anche non richiesta, da parte del mediatore, o, se d'accordo con l'altra parte, debbono ottenerla obbligatoriamente riservandosi di poter accettare o rifiutare.

Infine, le parti hanno diritto ad un accordo che, con l'aiuto del mediatore e dei loro consulenti, non sia contrario all'ordine pubblico ed a norme imperative possa assumere lo status e gli effetti del titolo esecutivo e, nel rispetto delle specifiche previsioni di legge, debbono poter ottenere l'effetto traslativo di beni mobili ed immobili iscritti in pubblici registri che eventualmente emerga nel contesto di un verbale di conciliazione.

IV. FASI E METODI DI RICERCA

1. Le fasi della ricerca

Dal punto di vista metodologico la ricerca si articola in tre fasi distinte nelle quali gli aspetti qualitativi e quantitativi si intrecciano.

Il primo step, di tipo qualitativo, riguarda l'analisi di sfondo finalizzata alla definizione del fenomeno.

I metodi qualitativi, tipici delle fasi iniziali della ricerca, portano ad una maggiore comprensione dei problemi dal loro interno; lo scopo è quello di favorire la scoperta di nessi tra fenomeni, di ipotesi di causa-effetto e, perciò, anche se soggettivi, si rivelano molto utili in quello che viene definito come il contesto della scoperta; *i metodi quantitativi*, invece, dovrebbero dare una visione più oggettiva e servire a confortare o negare le intuizioni avute nelle fasi precedenti: si parla in questo caso di contesto della giustificazione.

In questa prima fase teorica sono state individuate quali unità far rientrare nel campione oggetto d'indagine e delimitare gli aspetti sui quali focalizzare l'attenzione dello studio.

Seguendo una logica deduttiva, partendo dalle premesse di natura teorica derivanti dalla prima fase dello studio, il secondo step, decisamente di tipo quantitativo, ha riguardato la raccolta di dati già disponibili prevalentemente numerici (ricerca di secondo livello) validi ed attendibili, concernente l'oggetto della ricerca: la mediazione civile.

Il percorso che l'informazione deve compiere per diventare un dato legittimato al contesto della scienza è costituito dalla *costituzione delle informazioni elementari*, dal trattamento ed elaborazione delle informazioni, dall'interpretazione dei dati e dalla diffusione e spendibilità dei risultati raggiunti.

Le motivazioni delle scelte effettuate sono determinate dalla possibilità di poter entrare in possesso di un campione di informazioni omogenee e molto cospicuo riferite ad un lasso di tempo relativamente lungo.

A tal proposito ci si è avvalsi di fonti statistiche scritte del Ministero di Giustizia, che raccoglie e pubblica a cadenza trimestrale i dati nazionali sulla mediazione.

Il riferimento temporale è compreso dall'anno 2012 fino a tutto l'anno 2015.

I dati desunti attraverso la fonte ministeriale sono inerenti alle mediazioni iscritte nei registri degli affari di mediazione ed alla loro differenziazione geografica, ai flussi per materia, all'esito della mediazione in riferimento al valore della lite, alla categoria della stessa, alla facoltà di avvalersi dell'assistenza legale, alla durata della procedura ed al confronto con i tempi della giustizia ordinaria.

Il terzo, e conclusivo step, è stato quello di analizzare i soggetti della mediazione (enti, organismi, mediatori, avvocati, consulenti, giudici, parti) per individuare le criticità e i punti di forza della mediazione, sulle motivazioni che spingono tali soggetti ad essere protagonisti fattivi del tentativo di mediazione oppure a non aderirvi, sull'efficacia della stessa anche in riferimento all'obbligatorietà/facoltatività del tentativo, sulla preparazione del mediatore e delle altre componenti, e sugli elementi strutturali.

2. L'analisi dei dati di secondo livello

L'analisi di secondo livello (denominata anche analisi secondaria) ha portato a rivalutare il ruolo della soggettività nel riordinare dati già disponibili ed elaborati, e consiste, appunto, nella raccolta e rianalisi di dati preesistenti che sono stati originariamente costruiti anche per altri

scopi o motivazioni rispetto a quelli della specifica ricerca, derivanti da una o più fonti statistiche, storiche, foto-cartografiche o d'archivio.

Questa tecnica utilizza dati già disponibili provenienti da una pluralità di fonti diverse; questo ha il grande vantaggio di economizzare incredibilmente i tempi fornendo in brevissimo tempo un'innumerabile quantità di informazioni e si concilia bene ai contesti di ricerca di stampo realista in cui il distacco dell'osservatore dall'oggetto diviene un prerequisito fondamentale; il "problema" del ricercatore è quello di decidere se raccogliere tutti i dati disponibili fino a che non diventino ripetitivi oppure effettuare qualche tipo di campionamento.

Nella ricerca basata sulle fonti, che rientra appieno in quella tipicamente denominata realista, l'oggetto si lascia osservare non opponendo alcuna resistenza ma anzi fornendo esso stesso, su richiesta ben argomentata, la chiave interpretativa della realtà.

Nell'analisi secondaria si rielabora un oggetto che è autonomo e indipendente dall'osservatore e lo sforzo del ricercatore consiste nel non influenzare tale realtà pur studiandola ed interpretandola.

Dimostrazione che l'analisi di dati statistici esistenti, per lo studio di fenomeni sociali, è un modo di ricerca estremamente produttivo viene messo in evidenza dalla più nota indagine sociologica degli anni '70 "Il suicidio" di Durkheim (1969) che, per la parte empirica, si basa essenzialmente su dati statistici disponibili a tutti poiché registrati dalla pubblica amministrazione.

Le fonti dalle quali ricavare i dati necessari alla ricerca possono essere istituzionali o private a seconda che le statistiche siano gestite secondo norme di legge o meno.

Le caratteristiche dei dati da valutare per decidere circa la loro qualità ed il conseguente impiego sono, *l'accuratezza, la rilevanza, la validità, la sensibilità, l'attendibilità, la fedeltà, l'adeguatezza, la comparabilità, la ripetitività, la semplicità e la qualificazione di chi li ha redatti.*

Quando si vuole mettere a confronto la frequenza di un fenomeno in tempi successivi si possono utilizzare le serie storiche così da mettere in evidenza in modo semplice ed immediato il suo andamento.

Lo si può fare altresì tramite *indici semplici*, vale a dire numeri interi (di più facile lettura ma non ponderati) o percentuali.

Il vantaggio principale derivante dall'uso delle fonti nella ricerca sociale è quello di evitare la fase di raccolta dati che spesso richiede molte risorse in termini economici e di tempo.

Naturalmente vi sono anche degli svantaggi: i rischi ai quali è bene prestare attenzione sono rappresentati dalla possibile inadeguatezza delle informazioni e/o del contenuto e l'eventuale disomogeneità dei dati.

V. I RISULTATI DELLA RICERCA

1. La mediazione in Italia nel 2012

La mediazione nel nostro Paese ha avuto una vita piuttosto tribolata soprattutto per l'ostilità dell'Avvocatura e di una parte della Magistratura che, fin dall'emanazione del D.Lgs 28/2010, hanno posto in essere alcuni ricorsi al Tar del Lazio ed alla Corte Costituzionale perché fosse abolita l'obbligatorietà, riuscendo nell'intento attraverso la sentenza dell'Alta Corte n. 272 del 06 dicembre 2012, pubblicata in G.U. il 12/12/2012.

Inoltre, una campagna d'informazione spesso scarna ed imprecisa ha contribuito a non far decollare definitivamente uno strumento innovativo e deflattivo come la media-conciliazione, più volte incentivato dall'Europa, con il risultato della permanenza in uno stato di totale cancrenizzazione del sistema giudiziario italiano.

L'obbligatorietà fu poi ripristinata, con alcune modifiche, dal D.L. 21 giugno 2013 n. 69 (Decreto del fare), convertito in legge 09 agosto 2013 n. 98 (entrata in vigore il 20 settembre 2013).

Premesso ciò, si riportano i risultati della ricerca ponendo in risalto gli aspetti più interessanti, anche a livello sociologico, che da essa scaturiscono.

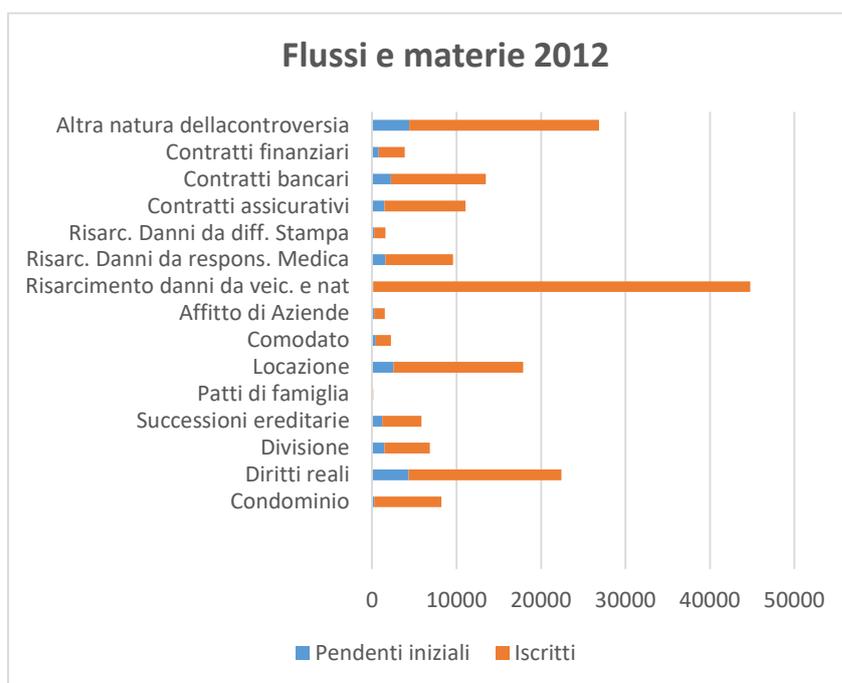
In tal senso sono stati presi in considerazione, nell'ottica nazionale, i dati pubblicati dal Ministero di giustizia fino alla data del 31 dicembre 2012.

Nel corso del 2012, secondo i dati del Ministero di giustizia, le iscrizioni delle domande di mediazione in Italia sono risultate 154.879 con un incremento pressoché costante nel corso dei mesi, fatto salvo, per fisiologici motivi, il periodo estivo.

Tra le fattispecie indicate dalla normativa come obbligatorie, il D.Lgs. 28/2010 poi modificato nel marzo del 2012 con l'introduzione del risarcimento danni da veicoli e natanti e del condominio, al fine della procedibilità della domanda giudiziale, quella con il maggior numero di iscrizioni è stata una delle new entry e cioè il risarcimento danni da circolazione veicoli e natanti con 44.569 iscrizioni pari al 20,5% del totale, seguita da "diritti reali" (14%), "locazione" (11%) e "contratti bancari" (7,5%).

Da notare che per molti mesi i procedimenti sorti a seguito di conflitti derivanti da responsabilità medica hanno fatto registrare numeri simili alle fattispecie richiamate sopra, per poi attenuarsi nella parte finale dell'anno attestandosi intorno al 6,1%. Quasi nulle, intorno allo 0,1%, le mediazioni in tema di "patti di famiglia", mentre "risarcimento danni per diffamazione a mezzo stampa", "affitto d'azienda" e "comodato" si attestano tra l'1% e il 2%. (Grafico 1 - Tab. 1)

Grafico 1 – Flussi per materia



Tab. 1 – Flussi per materie

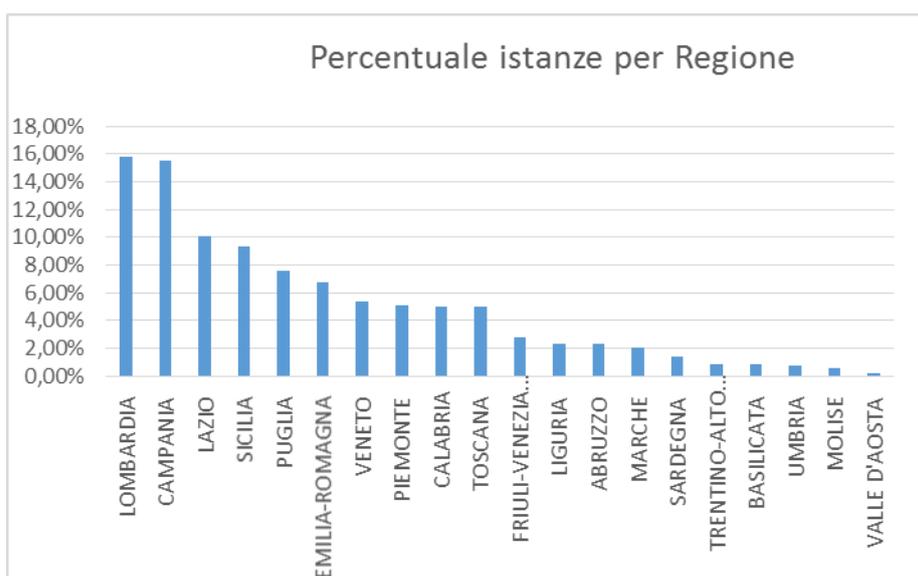
Flussi e materie 2012	2012 1 gennaio -31 dicembre			
	Pendenti iniziali	Iscritti	Definiti	Pendenti finali
Condominio	248	7.979	7.304	923
Diritti reali	4.334	18.063	18.450	3.948
Divisione	1.469	5.366	5528	1.307
Successioni ereditarie	1.195	4.648	4.823	1.020
Patti di famiglia	18	132	86	64
Locazione	2.531	15.344	15.593	2.282
Comodato	449	1.775	1.896	327
Affitto di Aziende	265	1.227	1.236	256
Risarcimento danni da veic. e nat	127	44.659	42.926	1.860
Risarc. Danni da respons. Medica	1.592	7.978	8.306	1.264
Risarc. Danni da diff. Stampa	267	1.301	1.313	256
Contratti assicurativi	1.484	9.584	9.665	1.403
Contratti bancari	2.235	11.249	11.051	2.433
Contratti finanziari	772	3.106	3.209	669
Altra natura della controversia	4.404	22.468	21.246	5.625
Totali	21.390	154.879	152.631	23.638

L'analisi geografica, in maniera inevitabile fortemente condizionata dalla densità abitativa, mette in evidenza come la Lombardia sia la regione con la percentuale maggiore di iscrizioni (15,8%), seguita a brevissima distanza dalla Campania (15,5%), poi dal Lazio (10,1%) e dalla Sicilia (9,3%); viceversa fanalino di coda risulta la Valle D'Aosta (0,2%) e appena sopra si trovano il Molise (0,6%), l'Umbria (0,8%) e la Basilicata (0,9%). (Tab. 2 – Grafico 2)

Tab. 2 – Analisi per regione

ANALISI PER REGIONE	
Regioni %	%
LOMBARDIA	15,80%
CAMPANIA	15,50%
LAZIO	10,10%
SICILIA	9,30%
PUGLIA	7,60%
EMILIA-ROMAGNA	6,80%
VENETO	5,40%
PIEMONTE	5,10%
CALABRIA	5,00%
TOSCANA	5,00%
FRIULI-VENEZIA GIULIA	2,80%
LIGURIA	2,30%
ABRUZZO	2,30%
MARCHE	2,10%
SARDEGNA	1,40%
TRENTINO-ALTO ADIGE	0,90%
BASILICATA	0,90%
UMBRIA	0,80%
MOLISE	0,60%
VALLE D'AOSTA	0,20%
Totale complessivo	100,00%

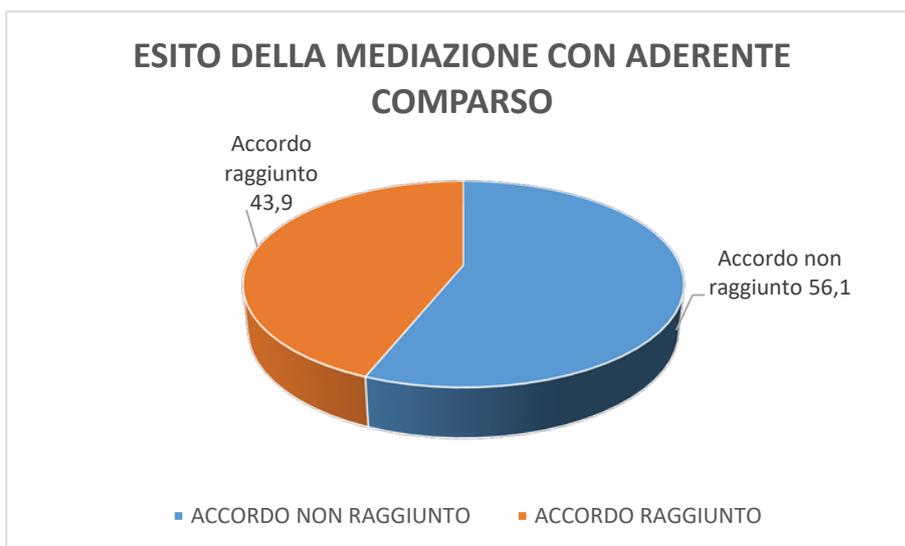
Grafico 2 – Analisi per regione



I soggetti chiamati in mediazione che hanno accettato di concedersi al tentativo di conciliazione è aumentata in maniera considerevole in quanto passata dal 25,8%, al 30-06-2011, al 32,7% alla fine di dicembre 2012.

Per quanto concerne l'esito della conciliazione, nel momento in cui l'aderente compare, l'accordo è stato raggiunto nel 43,9% dei casi.

Grafico 3 – Esito mediaz.



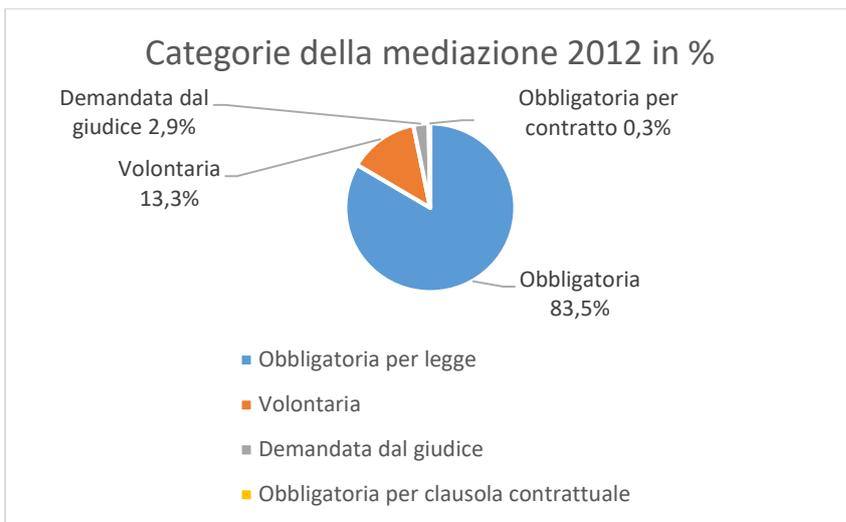
Quanto appena esposto, vale a dire la mancata proporzionalità diretta tra accettazione della domanda di mediazione ed esito conciliativo, dimostra come non sia fondamentale la partecipazione al procedimento di mediazione se questa non è accompagnata dalla conoscenza dello strumento stesso e dalla consapevolezza che esso possa davvero essere efficace per ricucire il conflitto in atto e mantenere la relazione, seppur inficiata dalla controversia che si è creata, viva e passibile di ulteriori sviluppi positivi.

La mediazione volontaria si attesta al 13,3% del totale, mentre le materie obbligatorie rappresentano il 83,5% del volume complessivo con trend opposto rispetto alle facoltative; il restante 3,2% è suddiviso tra quelle promosse attraverso clausole contrattuali o demandate dal giudice. (Tab. 3 – Grafico 4)

Tab. 3 – Categorie mediazione

CATEGORIE DELLA MEDIAZIONE Anno 2012	%
Obbligatoria per legge	83,5
Volontaria	13,3
Demandata dal giudice	2,9
Obbligatoria per clausola contrattuale	0,3

Grafico 4 – Categorie mediazione



Un aspetto molto significativo, anche alla luce delle recriminazioni più volte sollevate dall'Avvocatura, sfociate nel ricorso al Tar del Lazio ed alla successiva abolizione dell'obbligatorietà, circa il rischio di esclusione nei procedimenti di mediazione dei legali, riguarda la presenza degli stessi in qualità di consulenti delle parti durante il tentativo di conciliazione, in molte situazioni incentivata dagli stessi organismi di mediazione i quali mettono a disposizione delle parti un elenco di avvocati qualificati.

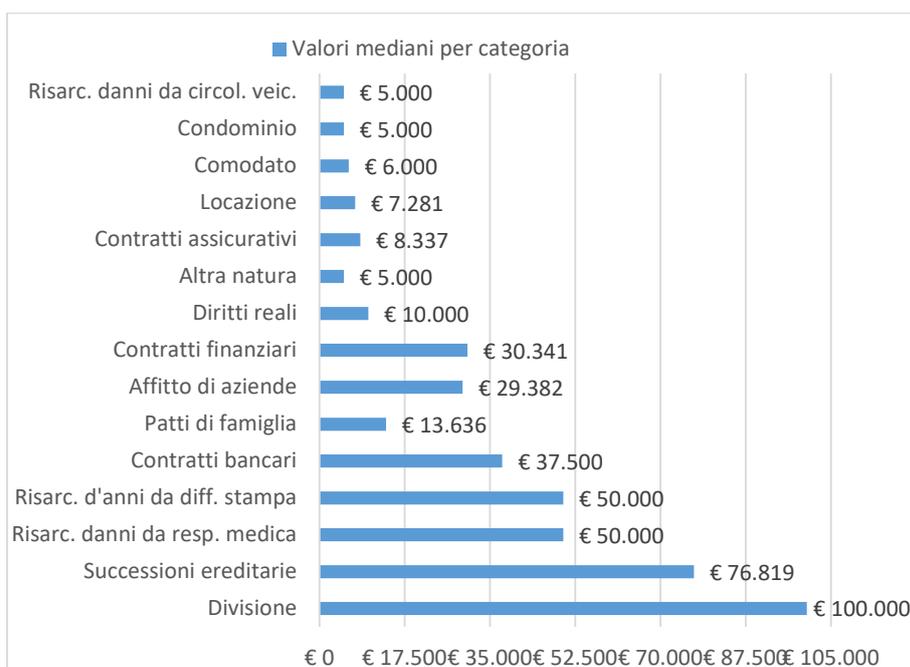
A tal proposito è opportuno rilevare che alla fine di dicembre 2012, sempre secondo i dati forniti dal Ministero di giustizia, i proponenti assistiti da un avvocato sono stati l'80,6%.

Numeri che sottolineano ancora una volta l'ingiustificato timore manifestato dalle associazioni forensi i cui iscritti, da una parte sono sommersi da montagne di fascicoli e vittime dell'inefficienza della

macchina giudiziaria italiana oramai da anni relegata a posizioni di retroguardia in tutte le rilevazioni della qualità della giustizia nel mondo, e dall'altra ostacolano in modo irresponsabile uno dei pochi strumenti, se non l'unico, in grado di alleviare questo stato di arretratezza e contribuire alla modernizzazione del nostro Paese.

Il valore mediano della lite si attesta, per quanto riguarda il periodo marzo 2011- dicembre 2012, a 10.000,00 euro; sotto questo punto di vista le uniche materie che superano la soglia media di valore di 50.000,00 euro sono *la divisione*, le *successioni ereditarie*, i *risarcimenti danni da responsabilità medica* e i *risarcimenti da diffamazione a mezzo stampa* mentre, al contrario, restano al di sotto del valore di 50.000,00 euro le *controversie contratti bancari*, *contratti finanziari* e *affitto d'azienda*. Sono addirittura sotto i 10.000,00 euro i *diritti reali*, i contratti assicurativi, di *locazione*, condominio, *comodato*, *risarcimento danni da circolazione di veicoli* e, in generale, quelle di *altra natura*. (Grafico 5)

Grafico 5 – Valori mediани per categoria 2012

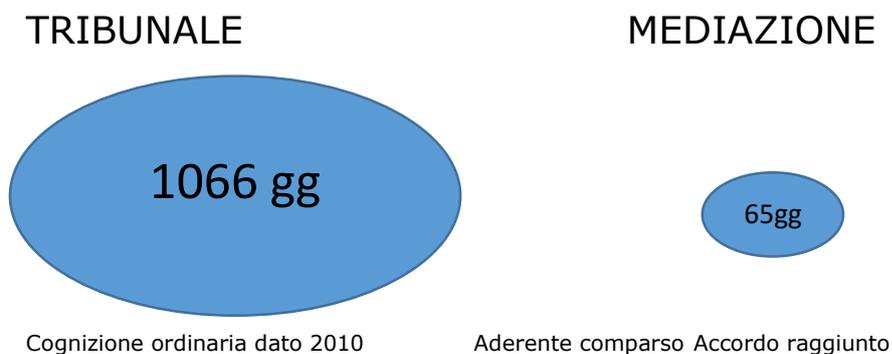


Il valore mediano è di € 10.000.

Qui la riflessione sostanziale sta nel rilevare come le fattispecie numericamente più consistenti sono, in genere, quelle di minor valore e, viceversa, le materie con minori iscrizioni siano economicamente importanti.

Le motivazioni si possono ricercare lungo due direzionalità: per un verso le liti con valori più alti riguardano campi della vita sociale molto delicati quali i capitali, la salute e la dignità personale, per cui è inevitabile che invasioni in tali sfere provochino facilmente balzi repentini delle cifre in ballo, d'altra parte è intuibile come, sia per le disponibilità finanziarie delle parti protagoniste di queste controversie, solitamente cospicue, sia per la loro maggiore inclinazione ad accettare tempi più lunghi e costi più elevati (alcune volte anche a scopi ostruzionistici), uniti alle motivazioni generali, prima fra tutte l'assenza di un'informazione adeguata, le parti, attori di questo tipo di conflitti, abbiano maggior propensione ed interesse a scegliere la strada del giudizio ordinario piuttosto che quella della mediazione civile e commerciale, nonostante le ultime rilevazioni ufficiali del Ministero riferite al 2010 stabiliscano in 1066 giorni la durata media di una cognizione ordinaria di primo grado in tribunale paragonata ai 77 giorni per le mediazioni nelle quali non si raggiunge un accordo ed ai 65 giorni se l'accordo viene trovato (dato 31 dicembre 2012). **(Grafico 6)**

Grafico 6 - Durata delle procedure e confronto con la giustizia ordinaria 2012



Inoltre, dalla introduzione della mediazione obbligatoria (marzo 2011) fino al 31 dicembre 2012, le fasce tabellari che hanno registrato il maggior numero di procedimenti andati a buon fine sono state quelle meno consistenti dal punto di vista economico e cioè da 0 a 1.000 (59%) e da 1.001,00 a 5.000,00 euro (54%) pur riscontrando, nel corso del medesimo periodo, un incremento maggiore, in termini percentuali, delle fasce medio-alte rispetto alle basse. Dati, questi ultimi, che segnalano un avvicinamento alla mediazione, proporzionale alla conoscenza della stessa, non solo da parte di soggetti alle prese con conflitti bagatellari ma soprattutto di persone protagoniste di liti di non modesta entità e lesive di valori costituzionali.

Consideriamo altri due aspetti significativi ovvero, il tasso di definizione a seconda della natura dell'organismo e l'esito della mediazione per tipologia di procedimento.

Per quanto riguarda il primo punto, individuando quattro tipicità di organismi di mediazione e precisamente privati, operanti presso le Camere di commercio, gli Ordini degli avvocati e altri Ordini professionali, il tasso di definizione con accordo raggiunto con l'aderente che compare almeno solo al primo incontro, cioè il rapporto tra il numero di procedimenti conclusi con accordo e il numero totale dei procedimenti in cui l'aderente compare almeno al primo incontro, la percentuale maggiore è a vantaggio delle Camere di commercio con il 34,4%, altri Ordini 28,6%, poi ordine degli avvocati 26,2% e organismi privati 25,4%,. Diversi sono i tassi di definizione positiva se l'aderente compare e prosegue oltre il primo incontro, cioè il rapporto tra il numero di procedimenti conclusi con accordo ed il numero totale dei tentativi di conciliazione con aderente che prosegue oltre il primo incontro: in questo al primo posto troviamo le Camere di commercio con tasso di definizione al 48,6%, organismi privati (46,4%), altri Ordini professionali (36,3%) e Ordini degli avvocati (33,6%). **(Tab. 4 – Grafico 7)**

Tab. 4 – Tasso di definizione per organismo

Tipologia Organismi di conciliazione	Organismi al 31/12/2012	Definiti	% aderenti comparsi	Tasso di definizione con accordo raggiunto se l'aderente compare
CAMERA DI COMMERCIO	87	31.480	34,40%	48,60%
ORGANISMI PRIVATI	686	108.397	25,40%	46,40%
ALTRI ORDINI PROFESS.	80	1094	28,60%	36,30%
ORDINE AVVOCATI	115	51.821	26,20%	33,60%
Totale complessivo	968	192.793	27,00%	43,90%

Tasso di definizione con accordo raggiunto se l'aderente compare (2012)

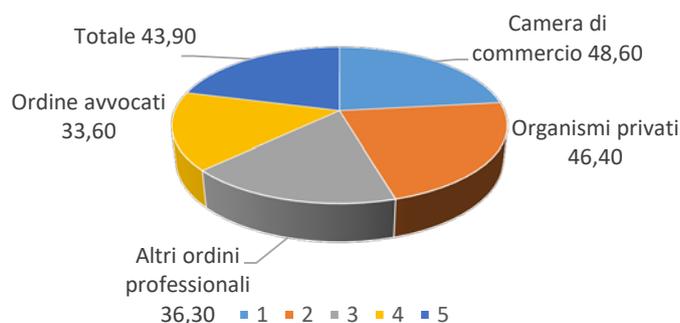


Grafico 7 – Tasso di definizione per organismo

Tale ultima rilevazione evidenzia una maggiore percentuale di definizione positiva presso gli organismi delle Camere di commercio e presso gli organismi privati.

Tale risultato può essere letto come un approccio differente dei mediatori i quali è presumibile che in un ente privato affrontino il ruolo di facilitatore come una missione e, di conseguenza, emotivamente con una partecipazione più sensibile ad aspetti delicati ma, allo stesso tempo, fondamentali per la risoluzione dell'impasse relazionale, rispetto a figure abituate a relazioni lavorative particolarmente tecniciste e quindi meno affini a scendere sul piano della flessibilità ed elasticità mentale, doti importanti quando si è chiamati a facilitare un accordo tra soggetti in conflitto.

Sondando gli esiti delle procedure conciliative rispetto alle tipologie dei procedimenti, si riscontra come tra le mediazioni demandate dal giudice si raggiunge l'accordo nel 29% dei casi, fra le volontarie nel 62% dei casi e nelle obbligatorie nel 43% dei tentativi eseguiti quando le parti accettano di incontrarsi.

2. La mediazione in Italia nel 2015 e raffronto con il 2012

Si analizzano ora i dati forniti dal Ministero della Giustizia a dicembre 2015 raffrontandoli con quelli già esaminati nel capitolo precedente.

Alla partecipazione statistica ha partecipato in media il 55% degli organismi accreditati presso il Ministero, pertanto, proiezione può considerarsi attendibile.

Dai dati è stato escluso un organismo outlier (in statistica un valore al di fuori dall'intervallo) che presenta un valore anormale e aberrante di iscrizioni alla mediazione quasi tutte nella materia dei contratti assicurativi (fra l'altro quasi tutte concluse con la mancata partecipazione dell'aderente).

Al 31 dicembre 2015 il numero di iscrizioni con proiezione nazionale è giunto alla cifra di 196.247 con un incremento di 16.660 mediazioni, pari al 9,28%, rispetto al 31 dicembre 2014 e di 41.368, pari al 26,71%, rispetto al dicembre 2012.

Dal punto di vista delle singole materie del contendere, si sono rilevati scostamenti apprezzabili, circa le percentuali di procedimenti iscritti, tra dicembre 2015 e il periodo marzo 2011/dicembre 2012.

In particolare si può mettere in risalto, oltre al forte incremento della materia liti condominiali, entrata in regime di obbligatorietà solo dal marzo 2012, il dato dei procedimenti riguardanti controversie derivanti dalla circolazione stradale e marittima che mentre nel mese di dicembre 2012 rappresentavano il 20,50% del totale assoluto delle mediazioni (più alto di oltre 15.000 domande rispetto alla materia dei

diritti reali), oggi, non essendo materia più obbligatoria (da settembre 2013), il dato è solo residuale. (Tab. 5)

Tab. 5 - Flussi e materie 2012-2015

	2012		2015 1 gennaio - 31 dicembre			
	Iscritti 2012	Definiti 2012	Pendenti iniziali	Iscritti 2015	Definiti	Pendenti finali
Condominio	7.979	7.304	6.212	23.368	21.522	8.057
Diritti reali	18.063	18.450	9.342	26.934	24.717	11.559
Divisione	5.366	5528	3.469	9.429	8.486	4.413
Successioni ereditarie	4.648	4.823	2.791	8.210	7.508	3.493
Patti di famiglia	132	86	104	74	85	93
Locazione	15.344	15.593	6.486	23.492	22.680	7.298
Comodato	1.775	1.896	775	2.450	2.331	894
Affitto di Aziende	1.227	1.236	724	1.668	1.588	804
Risarcimento danni da veic. e nat	44.659	42.926	1103	657	624	1.136
Risarc. Danni da respons. Medica	7.978	8.306	3.799	13.019	12.347	4.472
Risarc. Danni da diff. Stampa	1.301	1.313	477	1.419	1.359	537
Contratti assicurativi	9.584	9.665	3.450	11.811	11.345	3.917
Contratti bancari	11.249	11.051	12.696	46.094	44.911	13.878
Contratti finanziari	3.106	3.209	2064	6.170	5.923	2.311
Altra natura della controversia	22.468	21.246	11.001	21.452	20.321	12.133
Totali	154.879	152.631	64.493	196.247	185.745	74.995

L'incremento più consistente di iscrizione si è avuto nei contratti bancari, passati da 11.249 a 46.094 (23,5% del totale), che detiene il primato di questa speciale classifica.

In seconda posizione di questa classifica si collocano i diritti reali con 26.934 iscrizioni (13,7%), seguita da locazione (12%) e condominio (11,9%). Percentuali al di sotto del 2% per comodato, affitto di aziende, diffamazione a mezzo stampa e patti di famiglia.

L'analisi geografica delle iscrizioni permette di confermare come la Lombardia (16,6%) sia sempre la regione che primeggia per tentativi di mediazioni; il Lazio (10,7%) sale in seconda posizione a scapito della Campania (10,1%) che scende in terza; la Sicilia è sempre in quarta

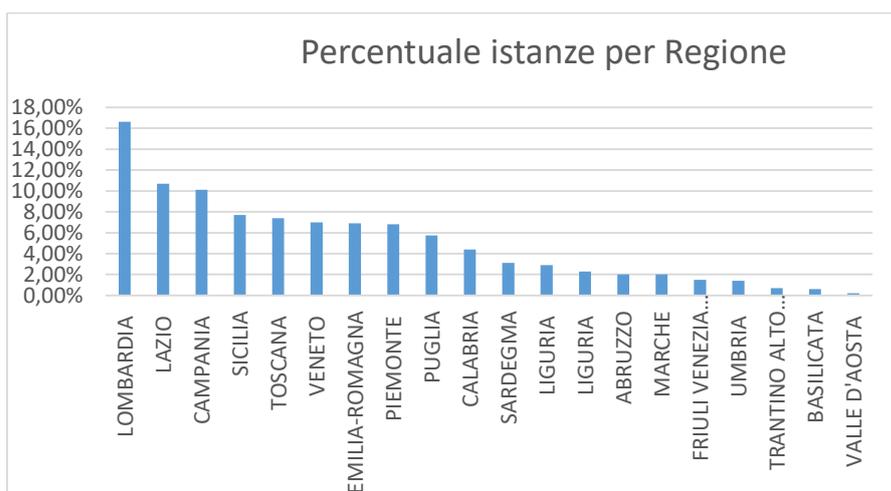
posizione (7,7%); Toscana quinta (7,4%), Veneto sesta (7%), poi Emilia Romagna (6,9%) e così via. La Valle D'Aosta (0,2%) mantiene l'ultimo posto con Basilicata (0,6%) e Molise (0,6%) che la precedono. **(Tab. 6)**

L'area centro-Italia si fissa al 22% delle mediazioni iscritte, il nord al 44% circa, il sud al 24% e le isole intorno al 11%, con un incremento al nord e nelle isole, confermando un'apparente litigiosità in proporzione equamente suddivisa sul territorio nazionale, pur se sotto questo aspetto probabilmente le implicazioni da sottoporre a valutazione per un'accurata analisi sarebbero numerosissime e particolarmente impegnative anche in termini di tempo e spazio tanto da consigliare di affrontare la tematica in un eventuale lavoro successivo.

Tab. 6 – Analisi per regione

ANALISI PER REGIONE 2015	
Regioni	%
LOMBARDIA	16,60%
LAZIO	10,70%
CAMPANIA	10,10%
SICILIA	7,70%
TOSCANA	7,40%
VENETO	7,00%
EMILIA-ROMAGNA	6,90%
PIEMONTE	6,80%
PUGLIA	5,75%
CALABRIA	4,40%
SARDEGMA	3,10%
LIGURIA	2,90%
LIGURIA	2,30%
ABRUZZO	2,00%
MARCHE	2,00%
FRIULI VENEZIA GIULIA	1,50%
UMBRIA	1,40%
TRANTINO ALTO ADIGE	0,70%
BASILICATA	0,60%
VALLE D'AOSTA	0,20%
Totale complessivo	100,00%

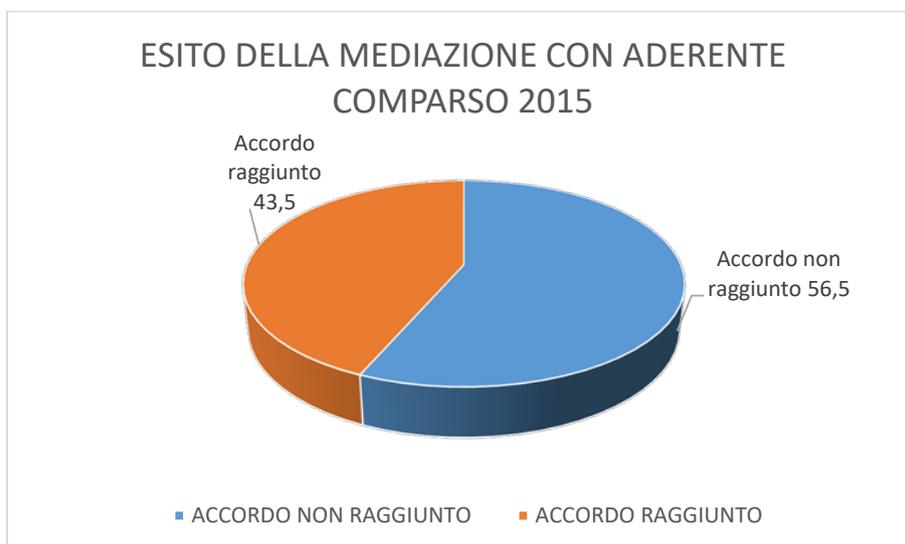
Grafico 8 – Analisi per regione



Crescono notevolmente le percentuali di aderenti comparsi in mediazione dal 32,7% del 2012 al 47,3% del 2015, anche se gli esiti positivi con aderente comparso scendono al 23%. Il tasso di successo,

però, sale al 43,5% se si escludono le mediazioni in cui gli aderenti hanno partecipato solo al promo incontro conciliativo. **(Grafico 9)**

Grafico 9– Esito della mediazione con aderente comparso

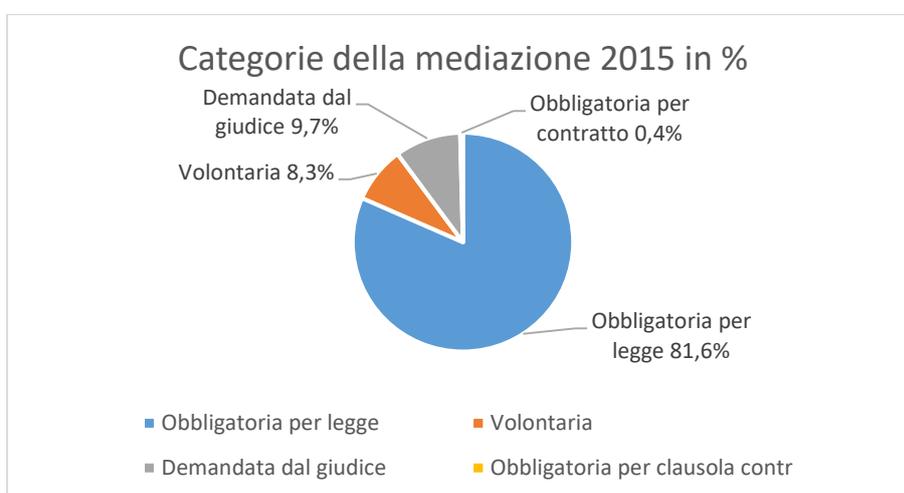


Con riferimento alle categorie della mediazione lo scostamento più importante riguarda le mediazioni delegate dai giudici che passano da 4.965 del 2012 (3,3%) a 18.062 nel 2015 (9,7%) con un incremento di oltre 6 punti percentuali. Le altre categorie presentano una lieve riduzione rispetto al 2012 tranne quella obbligatoria prevista da clausola contrattuale. In particolare le controversie con mediazione volontaria, cosiddette facoltative, si attestano ad una soglia intorno al 8,3% (11,6% nel 2012), le obbligatorie in quanto previste da clausole contrattuali allo 0,4% (0,3% nel 2012); si attestano al 81,6% le mediazioni definite obbligatorie in quanto condizione di procedibilità ai sensi di legge (84,9% nel 2012). **(Tab. 7 – Grafico 10)**

Tab. 7 – Categorie della mediazione 2015

CATEGORIE DELLA MEDIAZIONE 2015		%
Obbligatoria per legge		81,6
Volontaria		8,3
Demandata dal giudice		9,7
Obbligatoria per clausola contrattuale		0,4

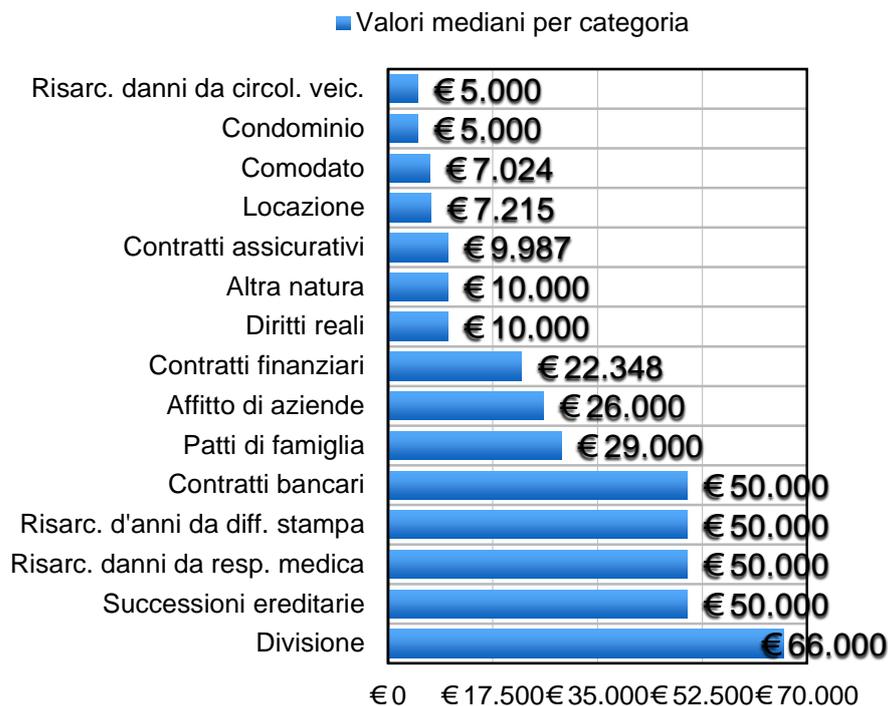
Grafico 10 – Categorie della mediazione 2015



In calo le percentuali di proponenti assistiti da avvocati che risultano il 52% (81,3% nel 2012), mentre gli aderenti comparsi insieme ad un legale salgono all'83% (80,6% nel 2012).

Il valore mediano della lite viene fissato a 19.929,00 euro, dunque in deciso aumento rispetto all'anno 2012; sono sempre divisione, successioni ereditarie, risarcimento danni da responsabilità medica e risarcimento danni da diffamazione mezzo stampa, alle quali si aggiungono i contratti bancari, le fattispecie nelle quali si registrano gli importi più alti, tra i 50.000,00 e i 70.000,00 euro. **(Grafico 11)**

Grafico 11 – Valori mediани per categoria

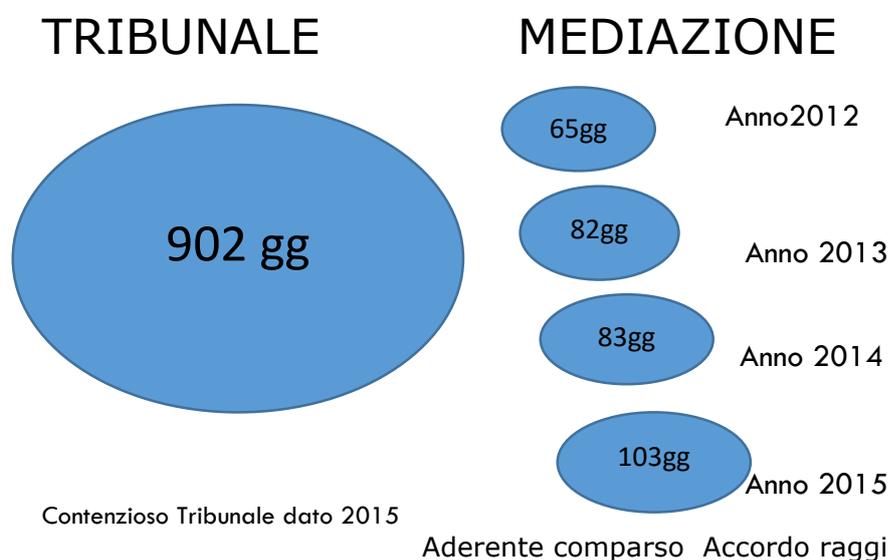


Il valore mediano complessivo è di € 19.929

È bene chiarire, da un lato che tali cifre sono presunte in quanto, nella maggioranza delle mediazioni, non corrispondono evidentemente alla reale quantificazione economica che determina l'eventuale accordo, dall'altro che lo scostamento risulta comunque irrilevante ai fini statistici, anche perché trasversale a tutte le tipologie di materie.

La durata delle procedure è di 103 giorni (+38 rapportato al 2012) quando l'accordo viene raggiunto; un incremento accettabile che non sposta il divario siderale dato dal confronto con i tempi della giustizia ordinaria (1066 giorni nel 2010 e 902 giorni nel 2015) e tuttavia da imputare all'aumento dei volumi che inevitabilmente rallenta i tempi di convocazione delle parti, seppur si possa affermare, senza rischio di smentita, in modo irrilevante ai fini sia statistici ma soprattutto di efficacia qualitativa del servizio offerto. **(Grafico 12)**

Grafico 12 - Durata delle procedure e confronto con la giustizia ordinaria 2015



Passando all'analisi dell'esito per classe di valore della controversia in presenza dell'aderente, si nota come la percentuale di accordi raggiunti sia inversamente proporzionale all'aumento del valore della lite; le parti risolvono il conflitto, infatti, quando il valore della lite è sotto i 1.000,00 euro nel 46% dei casi, tra 1.001 e 5.000,00 euro nel 55% dei casi, tra i 5.001 e 10.000,00 euro nel 51% dei casi. Tale percentuale si abbassa costantemente all'accrescere dell'ammontare economico della mediazione fino a giungere il 23% nella fascia 2.500.001 – 5.000.000,00.

Discorso a parte va fatto per la soglia più alta (oltre 5.000.000,00 euro) la quale fa registrare alla fine dell'anno 2015 una percentuale di successo del 37% di ben quattro punti superiore al 2012. È probabile che tutto ciò sia connesso all'aumento di mediazioni in tema di divisione e successioni ed alla propensione degli attori di questi generi di conflitto a trovare un accordo tramite lo strumento della conciliazione.

Volgendo alla conclusione in riferimento ai dati del Ministero, consideriamo gli ultimi due aspetti significativi ovvero, il tasso di

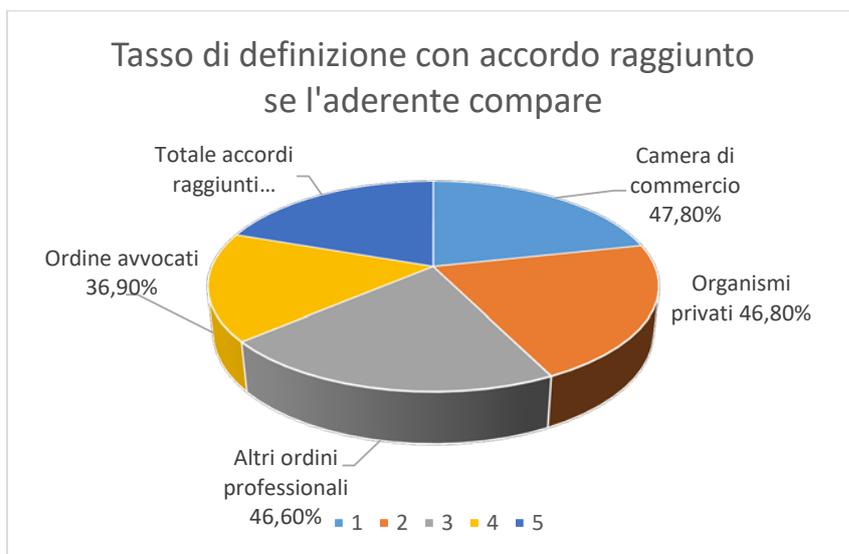
definizione a seconda della natura dell'organismo e l'esito della mediazione per tipologia di procedimento.

Per quanto riguarda il primo punto, individuando quattro tipicità di organismi di mediazione e precisamente privati, operanti presso le Camere di commercio, gli Ordini degli avvocati e altri Ordini professionali, il tasso di definizione con accordo raggiunto con l'aderente che compare almeno solo al primo incontro, cioè il rapporto tra il numero di procedimenti conclusi con accordo e il numero totale dei procedimenti in cui l'aderente compare almeno al primo incontro, la percentuale maggiore è a vantaggio degli altri Ordini 32,6%, poi organismi privati 25,9%, Camere di commercio 21,8% e ordine degli avvocati 18,9%. Diversi sono i tassi di definizione positiva se l'aderente compare e prosegue oltre il primo incontro, cioè il rapporto tra il numero di procedimenti conclusi con accordo ed il numero totale dei tentativi di conciliazione con aderente che prosegue oltre il primo incontro: in questo caso le Camere di commercio restano al primo posto con tasso di definizione al 47,8%, organismi privati (46,8%), altri Ordini professionali (46,6%) e Ordini degli avvocati(36,9%).(Tab.8-Graf.13)

Tab. 8 – Tasso di definizione per organismo 2015

Tipologia Organismi di conciliazione	Organismi al 31/12/2015	Definiti	% aderenti comparsi	Tasso di definizione e con accordo raggiunto se l'aderente compare
CAMERA DI COMMERCIO	88	20.361	21,80%	47,80%
ORGANISMI PRIVATI	611	98.415	25,90%	46,80%
ALTRI ORDINI PROFESS.	88	1571	32,60%	46,60%
ORDINE AVVOCATI	107	65.398	18,90%	36,90%
Totale complessivo	894	185.745	22,60%	43,50%

Grafico 13 – tasso di definizione per organismo 2015



Tali risultati confermano sempre una maggiore percentuale di definizione positiva presso gli organismi delle Camere di commercio e presso gli organismi privati, ai quali si allineano gli organismi degli altri ordini professionali che hanno avuto un balzo in avanti di oltre 30 punti percentuali nella definizione positiva delle mediazioni con aderente che prosegue oltre il primo incontro.

Per quanto riguarda gli esiti delle procedure conciliative rispetto alle tipologie dei procedimenti, si riscontra come tra le mediazioni demandate dal giudice, si raggiunge l'accordo nel 31% dei casi, fra le volontarie si è trovata una soluzione in media 62 volte su 100 e per quanto attiene alle "obbligatorie" nel 43% dei tentativi eseguiti. Risultati praticamente identici a quelli del 2012 con un paio di punti percentuali in più per le mediazioni demandate dal giudice.

3. Riflessioni e analisi

A conclusione facciamo alcune riflessioni su alcuni elementi fondamentali del presente lavoro: il conflitto e la sua gestione, lo strumento della mediazione civile e la sua eventuale efficacia, il procedimento, la formazione del mediatore e le considerazioni di stampo sociologico sul tema.

A proposito del *conflitto e la sua gestione*, è stato evidenziato come si sia in presenza di una società globalizzata nella quale sono in aumento costante gli atteggiamenti di pura cattiveria, specie nei rapporti di vicinato, ed i micro-conflitti, i quali però, è importante vengano gestiti in maniera tale da poterli trasformare in risorsa.

Le motivazioni di questo stato sociale sono individuate in alcuni aspetti generalizzati che si possono riscontrare nella quotidianità e cioè, una minor capacità di ascolto, amore e buona volontà nei confronti del prossimo e, allo stesso tempo, un aumento di superficialità e presunzione nella gestione delle relazioni interpersonali; diviene estremamente facile giudicare e molto impegnativo perdonare nel senso di capire l'altro, il quale è considerato spesso un nemico da combattere e vincere per le ambizioni personali e professionali anziché un amico, un compagno di viaggio o, al massimo, un avversario con il quale competere lealmente per la reciproca crescita.

La migliore strada per la gestione del conflitto si ritiene possa essere rappresentata da forme di auto-controllo del medesimo, vale a dire soluzioni attraverso le quali la negoziazione rimanga nell'autonomia delle parti e non delegata a terzi; in tal senso la mediazione appare consona ai dettami appena esposti e la sua divulgazione nelle scuole, luoghi di formazione delle nuove generazioni, assolutamente auspicabile e da incentivare fortemente.

Per quanto riguarda la *mediazione e la sua presunta efficacia*, esplorando i pro e i contro si giunge ad evidenziare le seguenti conclusioni: gli elementi che appaiono positivi sono riconosciuti nell'importanza della figura neutra (il mediatore) che non giudica ma facilita il raggiungimento di una soluzione condivisa cercando di far allargare e "lievitare la torta" delle possibili alternative, dell'accordo (quando fattibile) frutto del dialogo tra le parti che genera quasi sempre una tenuta nel tempo dei patti ai quali si giunge a conclusione del procedimento, dell'informalità e della riservatezza (vedi incontri separati) che permettono alle parti di essere più aperte e disponibili a immettere nella mediazione situazioni ed elementi anche particolarmente delicati e personali al servizio della buona riuscita dell'incontro.

Viceversa, la negatività può individuarsi in una mancanza strutturale, forse anche per la giovane età, dell'apparato che ruota intorno alla mediazione civile, dovuta in parte alla mentalità poco incline ai cambiamenti culturali degli italiani a differenza dei cittadini di altri Stati esteri di ben altra propensione, e non solo anglosassoni, ed in parte al legislatore che non sempre ha disposto quanto necessario per divulgare questo istituto.

Per quanto riguarda, il *procedimento*, si può affermare che sia particolarmente migliorabile, al fine di renderlo più efficace e meno complesso, sostanzialmente sotto l'aspetto dell'agilità e scorrevolezza delle varie fasi previste.

Il legislatore pare aver avuto, nel determinare le modalità procedurali, troppa preoccupazione per gli aspetti tipicamente burocratici, ad esempio in riferimento alla verbalizzazione dei vari incontri, rendendo il tentativo di mediazione una prassi più che una vera opportunità di incontro dei reciproci interessi lesi da conflitto.

Sul grado di accessibilità alla mediazione un ruolo fondamentale deve essere svolto da quei professionisti (in primis avvocati ed amministratori di condominio) ai quali si rivolgono in prima istanza le persone in conflitto per ottenere un consiglio sul da farsi; diviene, dunque, fondamentale la sensibilità, la formazione e la vicinanza mentale al paradigma culturale della mediazione da parte delle suddette figure e di altre eventualmente nelle medesime condizioni.

Ma, essendo una tale "evoluzione mentale" lungi dal compimento, è sicuramente necessaria una capillare campagna divulgativa promossa dagli operatori della mediazione nella società civile ed in particolare nelle scuole ed università dove si concentrano coloro che potranno rappresentare in futuro i fautori della imprescindibile, ma allo stesso tempo agognata, rivoluzione epocale sui temi della gestione alternativa dei conflitti.

Per quanto concerne la *formazione generale dei mediatori*, si può affermare che tale figura dovrebbe avere un'adeguata preparazione giuridico-normativo sulle materie del contendere ed essere un buon ascoltatore ed esperto di tecniche di comunicazione.

Gli attuali mediatori, invece, sembra siano più attrezzati dal punto di vista giuridico nella conoscenza delle materie per cui bisogna promuovere un percorso formativo finalizzato a far acquisire loro la competenza in tema di relazioni sociali.

Infine, focalizziamo l'attenzione sulla deficitaria cultura della mediazione in Italia e sulle cose da fare per il prossimo futuro.

E' evidente che l'ostruzionismo dell'Avvocatura unito alla mancanza di una continua campagna pubblicitaria rivolta alla gente comune e alla

massa sono sicuramente le cause del mancato sviluppo culturale fra la gente della risorsa mediazione per la gestione dei conflitti.

La strada da percorrere in futuro dovrà essere, quindi, quella di promuovere sempre più la mediazione con una più capillare informazione e con provvedimenti pratici, come quelli di aumentare i vantaggi derivanti dal credito d'imposta per chi utilizza la mediazione, accollare allo Stato una parte più considerevole dei costi da sostenere e agevolare, snellendo le procedure, il lavoro degli organismi di mediazione.

VI. CONCLUSIONI

La mediazione è una cultura della convivenza ed è la soluzione migliore quando si tratta di salvaguardare un rapporto tra parti in lite; va, però, ripensata non come semplice tecnica ma come un *progetto di società nuova* all'interno del quale possa essere una forma di legame sociale in grado di aiutare a passare dall'ordine antico pensato come sottomissione del cittadino alle istanze superiori ad un ordine innovativo, in sintonia con l'epoca di "apertura" che dovrà essere il terzo millennio, basato sulla partecipazione reale ed attiva del singolo alla gestione della vita quotidiana collettiva e del divenire del mondo, quale individuo libero e solidale all'interno di una società meno conflittuale ed avversariale in cui non ci sia più bisogno di utilizzare i vecchi sistemi giudiziari che mettono le parti l'una contro l'altra per un lungo periodo di tempo, con un enorme dispendio di denaro e grande ansia e pressione psicologica attraverso un iter rigido e formale nel quale il riconoscimento della parte si ottiene mediante una decisione imperativa di ragione o torto.

Con la mediazione l'aspetto emotivo litigioso viene sostituito dal tentativo, facilitato dal mediatore, di consentire a ciascuna parte di ambire ad un obiettivo positivo conforme ai suoi interessi ed alle sue aspettative valutati con soggettiva equità sul piano della convenienza e della rapidità anziché della mera applicazione della legge.

La pacificazione assicurata dal diritto si è dimostrata carente per l'effettiva soluzione del conflitto, con attriti e tempi che si prolungano in media per più di mille giorni e con costi rilevanti.

La mediazione civile e commerciale, come nuova forma democratica del "fare giustizia" nei conflitti sociali, è sicuramente utile per il contenimento dei tempi, dei costi, del formalismo e della rigidità del giudizio ordinario e allo stesso tempo attua una giustizia psicologica vicina agli individui.

La mediazione, fra l'altro, non è una semplice tecnica per risolvere conflitti ma può considerarsi come un progetto di società nuova che permette e permetterà di passare dall'ordine antico pensato come sottomissione del cittadino alle istanze superiori ad un ordine innovativo, da utilizzare nel terzo millennio, basato sulla partecipazione reale ed attiva del singolo alla gestione della vita quotidiana collettiva.

L'utilizzo crescente di questo istituto sta portando e porterà sempre di più ad un cambiamento di mentalità nell'approccio al contenzioso nell'ottica del raggiungimento di un accordo amichevole, frutto del dialogo nella gestione dei conflitti, con notevoli vantaggi psico-sociali, di tempo ed economici per le parti in conflitto.

Il confronto dei dati statistici fra il 2012 ed il 2015, forniti dal Ministero della Giustizia, evidenziano che, con il crescente ricorso all'istituto della mediazione, sono diminuite le cause presentate nei Tribunali italiani di circa il 15% negli ultimi 4 anni, si sono ridotti i tempi nel dirimere i conflitti civili in tempi brevissimi (dai 60 ai 100 giorni circa), sono diminuiti i tempi stessi della giustizia ordinaria da 1160 giorni circa nel 2010 a poco più di 900 giorni nel 2015, sono diminuiti i costi di giustizia, anche in conseguenza di una serie di agevolazioni che la legge ha previsto per chi utilizza la mediazione. Da notare anche la maggiore soddisfazione delle parti sociali perché non sottostanno ad un ordine imposto ma raggiungono consensualmente un accordo molto più vicino ai propri interessi.

L'analisi effettuata in questo lavoro non fa altro che avallare, pertanto, il fatto che la mediazione è un nuovo istituto che consente di migliorare la gestione dei conflitti civili e che passo dopo passo porterà a risolvere la maggior parte dei conflitti al di fuori delle aule dei Tribunali, i quali, di conseguenza, miglioreranno la loro efficienza anche per il minor numero di cause pendenti.

Con la mediazione, quindi, si eviterà sicuramente l'intasamento di giudizi civili nelle aule dei Tribunali arrivati oggi a 6 milioni (nei tre gradi di giudizio).

In questo lavoro, inoltre, si è cercato di situare la mediazione nel suo ampio contesto ed è stato dimostrato che essa può essere un agente attivo del nostro divenire; il *saper fare* ed, al tempo stesso, il *saper essere* della mediazione potrebbero diventare l'anello di congiunzione tra la giustizia ed il sociale facendoli funzionare in maniera complementare.

Un'innovazione fondamentale, insostituibile e rivoluzionaria sulla via della modernizzazione del nostro sistema in termini di *efficacia*, *efficienza* e *coesione sociale*, con possibili ricadute anche sull'economia.

La strada da percorrere in futuro dovrà essere, quindi, quella di promuovere sempre più la mediazione con una più capillare informazione e con provvedimenti pratici, come quelli di aumentare i vantaggi derivanti dal credito d'imposta per chi utilizza la mediazione, accollare allo Stato una parte più considerevole dei costi da sostenere e agevolare, snellendo le procedure, il lavoro degli organismi di mediazione.

La mediazione civile e commerciale, sotto l'aspetto psico-sociologico e giuridico, è una nuova forma democratica di risoluzione dei conflitti sociali che, come ipotizzato, ha consentito di diminuire gli attriti e gli scontri nella società moderna, cioè è un istituto basato sulla partecipazione reale ed attiva del singolo alla gestione della vita quotidiana collettiva, è una procedura libera senza vincitori né vinti, attua una giustizia psicologica vicina agli individui ed ha diversi vantaggi quale la riduzione dei tempi, la riduzione dei costi, la sostituzione del formalismo e della rigidità della giustizia ordinaria.

Un cambiamento di mentalità nell'approccio al contenzioso e di cultura del conflitto nell'ottica del raggiungimento di un accordo amichevole e frutto del dialogo.

Con la mediazione l'aspetto emotivo litigioso viene sostituito dal tentativo, facilitato dal mediatore, di consentire a ciascuna parte di ambire ad un obiettivo positivo conforme ai suoi interessi ed alle sue aspettative.

Le strada da percorrere in futuro dovrà essere quindi quella di affiancare ad una più capillare informazione provvedimenti pratici come quelli di aumentare i vantaggi derivanti dal credito d'imposta per chi utilizza la mediazione, accollare allo Stato una parte più considerevole dei costi da sostenere e agevolare, snellendo le procedure, il lavoro degli organismi di mediazione. Continuando su questa linea la mediazione è certamente un cardine indissolubile per poter fare quel salto di qualità alla gestione dei conflitti. La globalizzazione ci costringerà ad andare nella direzione dove altri sono già da decenni pena l'esclusione dal mondo che conta o la "morte" definitiva di ogni ambizione nazionale; una spinta che se non arriverà dalla politica (molto scetticismo) giungerà obbligatoriamente dagli individui, dai privati, dalle aziende.

In questo lavoro si è cercato di situare la mediazione nel suo ampio contesto ed è stato dimostrato che essa può essere un agente attivo del nostro divenire che funge da anello di congiunzione tra la giustizia ed il sociale facendoli funzionare in maniera complementare.

Un'innovazione fondamentale, insostituibile e rivoluzionaria sulla via della modernizzazione del nostro sistema in termini di efficacia, efficienza e coesione sociale, con possibili ricadute anche sull'economia.

BIBLIOGRAFIA

- Arielli E., Scotto G.**, *Conflitti e mediazione*, Bruno Mondadori, Milano, 2003;
- Campanati E., Orlandi F., Savio D.**, *Tecniche di procedura della nuova mediazione*, Maggioli Editore, Santarcangelo di R. (RN), 2011;
- Castagnola A., Delfini F.**, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Wolters Kluwer Italia, Milanofiori Assago (MI), 2010;
- Coser L.A.**, *Le funzioni del conflitto sociale*, Feltrinelli, Milano, 1967;
- Cosi G.**, *La mediazione dei conflitti : teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, Torino, 2010;
- Dahrendorf R.**, *Il conflitto sociale nella modernità: saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Bari, 1989
- Di Pentina M.G., Iorlano G., Mazzoli E., Papa S., Pari M., Piacenza S., Ravenna D., Savio D., Silla A., Spedicati S., Staiano R.**, *Il mediatore professionista, vantaggi economici, riservatezza, responsabilità*, Maggioli Editore, Santarcangelo di R. (RN), 2011;
- Donati P.**, *Teoria relazionale della società*, FrancoAngeli, Milano, 1991;
- Gallino L.**, voce *Teoria del campo*, in *Dizionario di Sociologia*, UTET, Torino, 1978;
- Julini M.**, *Il codice della mediazione e della conciliazione*, Experta, Forlì, 2011;
- Luhmann N.**, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996;
- Mauro E.**, *Manuale della nuova conciliazione stragiudiziale: la giustizia facilitata: strumenti per i cittadini e per gli operatori*, Flaccovio, Palermo, 2010;
- Mazzoli E.**, *Mediazione nei diritti reali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di R. (RN), 2011;
- Mistò P.G., (a cura di)**, *La nuova conciliazione civile e ecommerciale. D. Lgs. 4-3-2010 n.28*, Flaccovio, Palermo, 2010;
- Nigro B., Nigro L.**, *Formulario commentato della mediazione obbligatoria*, Maggioli Editore, Santarcangelo di R. (RN), 2011;
- Pecoraro G.**, *Guida pratica alla mediazione civile e commerciale. Con schemi e formulari*, Nuova giuridica, Macerata, 2011;
- Pellegrini A., Russo M. T.**, *Il conflitto: dimensioni storiche, letterarie e linguistiche*, Flaccovio, Palermo, 2005;

Ruvolo M., *Mediazione obbligatoria. Casi e questioni*, Giuffrè, Busto Arsizio, 2011;

Simmel G., *Sociologia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1989;

Tarrow s., Tilly C., *La politica del conflitto*, B. Mondadori, Milano, 2008;

Tiscini R., *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2011;

Zurla P., *Società moderna e discorso sociologico*, FrancoAngeli, Milano, 2003.