

## [Il “nuovo” mediatore civile e commerciale] Sociogenesi di una professione

*Title:* The “New” Mediator in Civil and Commercial Matters. Sociogenesis of a Profession

*Abstract:* This article aims to analyze the process of institutionalization of civil and commercial mediation, and in particular to understand how the relationship between mediators and lawyers is configured. What we propose is to frame this process within a dialectic between established and outsiders, but without restricting to (and falling in line with) a search of winners and losers. Our greater interest and our purpose, indeed, is trying to identify the possible configurations assumed by the relations between professions, as a result of the introduction of mandatory mediation in civil justice.

*Keywords:* Figurational approach, Mediation, Sociology of professions, Lawyers

### *Un approccio processuale e dinamico allo studio della mediazione come professione*

Lo sviluppo di una professione, così come di altre istituzioni, tende ad apparire, soprattutto se analizzato con sguardo retrospettivo, come un progresso uniforme e costante che si inserisce all'interno di una funzionale e organica divisione del lavoro<sup>1</sup>. E' partendo da una critica a questa immagine spesso apologetica delle professioni (Tawney 1921), quella stessa che emergeva già dalle prime ricostruzioni storiche condotte nella scia di un approccio funzionalista (Carr Saunders e Wilson 1933), che Elias elabora il suo contributo intorno alla nascita della professione navale (Elias 2010)<sup>2</sup>. A dire il vero, anch'egli, in questo scritto, si pone nella prospettiva di una ricostruzione storica ma non lo fa sposando un assunto evoluzionista quanto piuttosto adottando quella logica processuale relazionale e dinamica, che è quella che contraddistingue la sua intera opera (Perulli 2013).

La premessa da cui parte l'Autore è che solo visualizzando le istituzioni-professioni come parti di una più vasta rete di relazioni umane, riportando alla luce le difficoltà e i conflitti con cui si misurano le persone che si trovano nella sua orbita e che combattono all'interno di questa rete, sia possibile comprenderne la forma assunta nel tempo (Elias 2010)<sup>3</sup>. Elias parla di una *sociogenesi*, vale a dire di una crescita da uno stadio in cui il conflitto

1 L'idea che sia rintracciabile una sequenza comune di fasi o stadi attraverso cui si sviluppano le professioni, già presente nella teoria delle professioni di Parsons (Parsons 1939) viene verificata empiricamente da Harold Wilensky. In particolare, secondo Wilensky il processo di professionalizzazione è formato da una successione di cinque fasi: comparsa di una certa attività lavorativa come occupazione a tempo pieno, istituzione di scuole di formazione specialistica, nascita di associazioni professionali, ottenimento dell'appoggio dello Stato a protezione dell'attività professionale (per lo più una qualche forma di monopolio dell'attività o di protezione del titolo occupazionale), elaborazione di un codice etico formale (Wilensky 1964; tr. it.: 119).

2 Si fa qui riferimento all'articolo pubblicato da Elias nel 1950 sul *British Journal of Sociology* nella sua versione recentemente edita a cura di R. Moelker e S. Mennel *The Genesis of Naval Profession*, Dublin, University College Dublin Press, 2007 trad. it. *Marinaio e gentiluomo. La genesi della professione navale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

3 Per Elias il termine *professione* denota occupazioni che richiedono conoscenze altamente specializzate e abilità acquisite, almeno in parte, attraverso corsi di natura più o meno teorica, e non solo attraverso la pratica, controllati da forme di esami presso università,

iniziale tra gruppi o fazioni - o loro rappresentanti - è abbastanza aperto; in cui la relazione - così come la divisione dei compiti - è vaga nelle strutture e indifferenziata. Le professioni si sviluppano quindi attraverso errori e forme sperimentali in una precisa forma di relazioni più chiaramente stabile con una divisione maggiore o meglio regolata dei compiti dei doveri e delle responsabilità. Quello descritto da Elias viene considerato un modello semplice utilizzabile per analizzare altre lotte e conflitti<sup>4</sup>.

Questo percorso di conoscenza già in parte esplorato da Vicarelli (2012) assume, a nostro avviso, un significato del tutto particolare se applicato allo studio di una professione allo stadio nascente: l'impossibilità di valutare a pieno gli esiti di un processo in corso è, infatti, in questo caso, largamente compensata dall'opportunità che viene offerta di osservare, per così dire in situazione, le forze in gioco e le dinamiche di relazione che le interessano.

Da questo punto di vista l'ambito della mediazione civile e commerciale costituisce un campo di analisi particolarmente stimolante. Per quanto sia sempre esistita una figura di terzo imparziale, chiamato a svolgere una funzione conciliativa tra parti contrapposte, è soltanto oggi che si è giunti ad una sua piena definizione sul piano istituzionale.

La necessità avvertita oggi dal legislatore di fornire una veste nuova e formale a questa pratica risponde all'emergere di bisogno nuovo di mediazione presente all'interno della nostra società: è sempre Elias che, nel collocare la nascita della professione navale all'interno della competizione tra potenze militari, ci ricorda come la storia di una professione sia parte della storia economica e sociale del suo paese<sup>5</sup>. La genesi della mediazione in quanto professione deve essere dunque collocata all'interno della società e dei suoi bisogni.

In un contesto sociale caratterizzato dalla crescita dell'individualismo e dalla crisi dei sistemi regolativi tradizionali si sviluppano nuove e molteplici occasioni di contenzioso mentre emerge, al contempo, una necessità crescente di risolvere il conflitto attraverso modalità più partecipate, e rapide, di amministrazione della giustizia. Tuttavia, tornando a Elias, le professioni non possono essere considerate semplicemente come funzioni sociali specializzate messe in essere da alcune persone in risposta a bisogni specializzati di altre (Elias 2010). Esse sono, almeno nella forma pienamente sviluppata, insiemi istituzionalizzati di relazioni umane. La genesi istituzionale di una nuova occupazione non è, quindi, dovuta tanto e solo all'emergere di nuovi bisogni o di nuove tecniche atte a risolverli, ma all'interazione tra questi due aspetti; si tratta di «un processo per tentativi e fallimenti in cui le persone cercano di far corrispondere tecniche o istituzioni occupazionali ai bisogni umani».

Dunque, alle origini di una nuova professione si collocherebbe una discrepanza tra istituzione e bisogni da essa soddisfatti ma anche, e soprattutto, la tensione, ed eventualmente il conflitto, tra i vari gruppi e fazioni diversamente capaci di fornire risposte ai bisogni emergenti. Una professione nasce, infatti, sulla base di un bisogno insoddisfatto, ma anche di un disaccordo, di una discrepanza, di difetti o «cattivi adattamenti» delle istituzioni preesistenti che «ponendo il problema, hanno reso necessaria la ricerca di una soluzione» (Elias 2010: p.39). Le istituzioni sarebbero, dunque, il precipitato di lotte passate, di rivalità e dissensi e, in quanto tali, possono rappresentarsi tanto come il frutto di un compromesso che come la sconfitta di uno dei due contendenti. Le professioni, dunque, non sarebbero, secondo Elias, niente di più che forme stabili di relazioni tra vari gruppi di persone e, in senso più stretto, forme di relazioni sostenute dalla legge e dal potere che sta dietro di essa. Per poterle comprendere è dunque necessario indagare la natura dei dissensi, dei cattivi adattamenti e dei conflitti sociali soggiacenti e che sono stati la spinta propulsiva per il loro sviluppo. In questa prospettiva, dunque, l'istituzionalizzazione della figura del mediatore non andrebbe interpretata esclusivamente come la risposta a un bisogno emergente nella società,

---

oppure altre istituzioni autorizzate e che trasmettono alle persone che le possiedono una considerevole autorità rispetto al "cliente". A ciò si aggiunge l'importante funzione che nel rafforzare tale autorità viene svolta dalle associazioni professionali che si autoregolano e che stabiliscono le norme di ingresso nella professione, gli standard di conoscenza e di remunerazione. Si rimanda al testo di Elias "Profession", in J.Gould e W.L.Kolb (1964, a cura di), *A Dictionary of Social Science*, New York: Free Press.

4 I conflitti per Elias, e ciò in aperta opposizione al pensiero durkheimiano, sarebbero un portato inevitabile del processo di specializzazione che poi, grazie ad un processo che per l'Autore è luogo di aggiustamento ai mutamenti di condizioni può portare a forme, più o meno spontanee o istituzionalizzate di cooperazioni regolate. Nella teoria generale della genesi delle istituzioni il conflitto è una delle caratteristiche fondamentali di un'istituzione nascente (Elias 2010, p.59).

5 L'importanza accordata da Elias nella sua analisi al contesto economico, politico e sociale è stata rilevata e sottolineata anche da Marco Santoro (Santoro 2009).

ma anche come il precipitato di una dinamica di relazione tra diversi interessi e forze in campo, e, soprattutto tra le altre professioni già esistenti. Il nuovo modello istituzionale considerato da Elias, quello dell'ufficiale di marina, emergerebbe dalla risoluzione di un conflitto che ha lungamente contrapposto marinai e gentiluomini; gli uni depositari di competenze specifiche ma connotati da un basso status sociale e gli altri, soldati di nobile lignaggio ma di scarse competenze marinaresche. In ugual modo, ci sembra, la nuova figura di mediatore civile e commerciale, che emerge dal d.lgs. 28/2010, così come modificato dal d.l. 69/2013 convertito nella l. 89/2013, non possa essere a pieno compresa, e spiegata, se non collocandola all'interno del rapporto, anche conflittuale, che si è andato strutturando tra mediatori e altre figure professionali ad essa vicine ed in particolar modo quella di avvocato. Il contesto nel quale si colloca il processo di istituzionalizzazione della mediazione non va caratterizzato, dunque, solo in relazione al venir meno dei sistemi regolativi tradizionali, ma anche alla profonda crisi che interessa il mondo delle professioni tradizionali ed in special modo quelle forensi. Una parziale liberalizzazione del mercato professionale legale attraverso la rimozione degli elementi che limitano la concorrenza e garantiscono le rendite di posizione (Bellini 2014); baumento esponenziale del numero degli avvocati registrato nell'ultimo decennio; il profondo cambiamento della struttura sociale della professione, sono altrettanti elementi che, contribuendo a modificare gli equilibri interni ed esterni all'avvocatura, incoraggiano il sociologo a seguire la prospettiva di analisi suggerita da Elias.

Obiettivo di questo articolo sarà dunque quello di analizzare il processo di istituzionalizzazione della mediazione alla luce del modo in cui, anche all'interno dell'iter normativo che l'ha definita, si configura il rapporto tra mediatori e avvocati. La tentazione potrebbe essere quella di adottare una chiave di lettura che, ponendosi in antagonismo con quella funzionalista, concepisca il professionalismo come un fenomeno di potere (o di controllo occupazionale) storicamente contingente nel corso del quale i produttori di certi servizi riescono a imporre il proprio controllo sull'occupazione. In questa prospettiva gli interessi particolaristici della classe forense si sarebbero imposti rispetto alla configurazione del ruolo e delle prerogative da attribuire alla mediazione.

Non è questa la nostra intenzione; se elementi riconducibili ad un rapporto dominante dell'avvocatura possono essere riscontrati attraverso l'analisi del processo considerato, questi devono, a nostro avviso, essere inquadrati, come ci invita di nuovo a fare Elias, più all'interno di una dialettica tra *radicati* ed *esterni*, che non nell'ambito di meri rapporti di potere. Allo stesso modo sembra riduttivo ricondurre la complessità di una relazione processuale e dinamica tra gruppi professionali (mediatori e avvocati) al mero meccanismo di chiusura con il quale Weber definisce il processo mediante il quale i concorrenti, per determinate opportunità economiche, formano una "comunità di interessi" nei confronti dell'esterno e riescono a regolare a loro favore le condizioni di mercato restringendo l'accesso dal lato dell'offerta.

Quanto rilevato nel corso di un'attività di ricerca condotta per conto dell'Ordine degli avvocati di Firenze<sup>6</sup>, in merito al modo di gestire la pratica professionale, consente d'altronde di mettere bene in evidenza come, aldilà di quanto si può ricavare dall'interpretazione del dettato normativo, le pratiche sociali messe in atto dagli attori, tanto avvocati che mediatori, rispondano a logiche ed interpretazioni tutt'altro che univoche. Se, inoltre, come intendiamo proporre nel paragrafo conclusivo dell'articolo, l'analisi si sposta dal piano istituzionale - quello che definisce i ruoli reciproci - a quello delle interazioni - dove tali ruoli sono concretamente giocati dagli attori

6 Si fa qui riferimento ad un progetto di ricerca finanziato dall'Ordine degli avvocati di Firenze realizzato, tra la fine del 2012 e la fine del 2013 insieme a Franca Alacevich e Andrea Bellini e condotto sugli iscritti all'albo. Scopo primario della ricerca è stato quello di delineare un profilo sociale aggiornato dell'avvocatura. L'ipotesi guida del percorso di indagine è stato che alla dinamica espansiva si sia associata una crescente stratificazione (o, forse, una polarizzazione) interna della professione, che in contrasto con una rappresentazione sociale statica e univoca, legata a un'idea di status elevato e successo personale, ha comportato una differenziazione delle concrete esperienze di lavoro e di vita. La scelta di studiare gli avvocati ha trovato una motivazione ulteriore nei toni accesi che la comunità professionale ha imposto al dibattito sulla riforma delle professioni, nel cui ambito ha portato una rivendicazione di specificità. La decisione di circoscrivere l'analisi alla realtà ordinistica fiorentina è invece giustificata dalle sue caratteristiche di medie dimensioni, tali da renderla un terreno ideale di indagine e sperimentazione. Il progetto si è articolato in tre fasi: realizzazione di focus group che hanno coinvolto 16 associazioni forensi per un totale di 57 professionisti; la realizzazione di 30 interviste semistrutturate; una survey che ha portato alla raccolta di oltre 900 questionari. L'esperienza di ricerca ha determinato l'acquisizione di informazioni che forse risulteranno implicite nel corso dell'articolo; trattandosi di dati al momento quasi completamente inediti (Bellini 2014) ci limiteremo in questa sede a qualche breve e generico accenno.

coinvolti - emerge come nell'affollamento che viene a crearsi all'interno del *setting* della mediazione, all'avvocato, che diventa accompagnatore, vengano richieste prestazioni e modi di stare in relazione che rappresentano, almeno in via potenziale, una sfida all'uso delle sue competenze tradizionali che chiedono di essere integrate dalla capacità di rendere il proprio cliente collaborativo. Nel presente contributo che, inevitabilmente, va a toccare una pluralità di temi spesso oggetto di un confronto acceso nell'ambito delle rispettive comunità scientifiche, non ci si propone di fornire nessuna interpretazione esaustiva. L'ambizione è piuttosto quella di proporre una prospettiva di analisi utile per inquadrare in modo "laico" e possibilmente fecondo una questione di grande attualità e rilevanza non solo per il mondo giuridico ma anche per quello sociologico. La riflessione condotta, che si inserisce all'interno di uno scambio intrattenuto negli ultimi anni con il mondo della mediazione, si pone proprio la finalità di evidenziare le potenzialità e l'interesse per un campo di ricerca ancora tutto da esplorare e i cui risultati potrebbero contribuire ad alimentare quel processo di riflessività indispensabile al mediatore così come alla diffusione di una cultura della mediazione nel nostro Paese.

### *L'affermarsi di un nuovo bisogno di mediazione*

La mediazione come modalità di risoluzione dei conflitti attraverso l'intervento di un soggetto terzo, imparziale, indipendente e sprovvisto di potere, è sempre esistita ma è senz'altro a partire dagli anni '70, e soprattutto in alcuni Paesi come quelli anglosassoni o la Francia, che è andata affermandosi all'interno di numerosi ambiti: la famiglia, gli istituti scolastici, le periferie delle grandi città. Ormai si parla di mediazione per ogni intervento di un terzo nella gestione delle relazioni sociali sia che si tratti di attività tradizionali come quelle di negoziatori, conciliatori, mediatori veri e propri ma anche di funzioni nuove come quella di facilitatori, comunicatori, persone che svolgono, in generale, un lavoro di raccordo o di facilitazione nell'accesso a delle risorse. Questo fenomeno crescente e plurale non può essere ridotto ad una semplice tecnica di risoluzione veloce ed economica dei conflitti ma si iscrive all'interno di una crisi generalizzata delle tradizionali strutture di regolazione e di socializzazione come la giustizia, la famiglia e la scuola. All'interno di una società individualizzata, come quella contemporanea, si assiste, tra le altre cose, al prodursi di cambiamenti normativi importanti che danno sempre più spazio e margine di manovra ai singoli che sentono di poter di agire indipendentemente dai legami collettivi.

La libertà individuale di scegliere sarebbe l'espressione di questo individualismo positivo le cui parole chiave sono: scelta, autodeterminazione e contratto. In questa prospettiva si assiste ad un trasferimento di responsabilità verso l'individuo sollecitato a fare lui stesso ciò che ha meno bisogno di delegare alla società: aumenta lo spazio per l'autoregolazione (Dubet 2010). A ciò va aggiunto che il processo di individualizzazione, mentre da un lato contribuisce a promuovere il desiderio di uguaglianza, dall'altro non garantisce la sussistenza delle condizioni che ne rendono possibile il realizzarsi: «questo cambiamento esisterebbe più nella coscienza delle persone e sulla carta che nei comportamenti e nelle condizioni sociali» (Beck 2002, p. 203). Sarebbe questa coesistenza di una nuova coscienza e di vecchie condizioni a rendere più acute nello spirito delle persone le disuguaglianze persistenti e crescenti. Dunque, riprendendo un'idea cara a Toqueville, più si afferma l'uguaglianza fondamentale degli individui, più gli ostacoli al suo raggiungimento sono percepiti come un'ingiustizia o una discriminazione. Allo stesso tempo, il contratto sociale si individualizza poiché, «ciascuno di noi è sempre più solo in un modello basato sulla coesione e sulle pari opportunità» (Dubet 2010: 55). Questa maggiore sensibilità per le disuguaglianze e per le promesse non mantenute, starebbe, per altro, alla base della crescente diffusione del rancore nella nostra contemporaneità (Tomelleri 2007: 89). Il disagio della civiltà non dipenderebbe più dal controllo sociale esercitato dalla civilizzazione, come aveva immaginato Freud (1929), ma, al contrario, proprio da una competizione estrema che influenza in modo profondo le traiettorie biografiche. Ciò non significa che i privilegi dell'autonomia individuale conducano ad una libertà senza principi. Al contrario. Più tutto è possibile, più ognuno è libero e legittimato ad accampare «le proprie buone ragioni» (Rizzi 2007) e più viene al contempo avvertita la necessità di controllarsi (Dubet 2010: 44), nel duplice senso di porre un limite alle proprie pretese e tutelarsi rispetto alle pretese dell'altro. E' senz'altro a questa esigenza regolativa affermata al livello individuale che, almeno in parte, risponderebbe l'affermarsi della mediazione come modalità alternativa di risoluzione dei conflitti.

In particolare, con la globalizzazione, la regolazione sociale vede indebolirsi tutti i processi e i criteri tradizionali e soprattutto viene colpito il grande produttore moderno dell'istituzionalizzazione: lo Stato.

Nella società delle pari opportunità anche la regolazione sociale deve potersi declinare su scala individuale<sup>7</sup>. Se la logica dell'individualismo, dunque, porta ad una richiesta nuova e crescente di regolazione individualizzata, il ricorso alla mediazione, risponderebbe tanto a un bisogno di carattere pratico e utilitaristico che alla rinnovata necessità di una soluzione privata del conflitto (Cosi 2003).

La mediazione, valorizzando il legame con l'altro, permette di entrare in contatto con la sua razionalità senza necessariamente accettarne le premesse e le conseguenze, imponendo così l'alterità radicale come esperienza del vivere insieme. In questo contesto la mediazione, aldilà delle sue diverse e molteplici applicazioni, assume i connotati di un metodo, ma forse potremo meglio dire di un'etica pratica, il cui valore e la cui rinnovata modernità risiedono proprio nel proporre una nuova forma di regolazione sociale fondata su questa capacità riflessiva, vale a dire sul riconoscimento delle reciproche differenze e sull'assunzione di responsabilità delle parti. Se la risoluzione del conflitto rappresenta l'obiettivo della mediazione, è tuttavia la possibilità che questa pratica offre di sperimentare lo stare in relazione delle parti, e dunque di evidenziare la permanenza del legame sociale, che costituisce l'elemento certamente più significativo di questo approccio<sup>8</sup>. La mediazione non può dunque essere ridotta a dei metodi o a delle tecniche, nella misura in cui ciò che ne sta al fondamento è, o dovrebbe essere, l'aspirazione ad una trasformazione umanista del sociale attraverso la co-produzione riattualizzata di configurazioni relazionali etiche (Volponi 2004). Se la mediazione deve essere letta come un fenomeno plurale, che si iscrive all'interno di una profonda crisi dei sistemi di regolazione sociale tradizionali, non possiamo limitarci a considerarla come una semplice risposta alle disfunzioni del sistema giudiziario, quanto piuttosto come una modalità di regolazione delle controversie basata sulla decentralizzazione, la de-professionalizzazione e l'attribuzione di responsabilità (Bonafé-Schmitt 1992).

Accanto alla crisi di un modello regolativo tradizionale è cresciuto, grazie all'istruzione, la cittadinanza e l'individualizzazione, un potenziale regolativo che è la capacità riflessiva, cioè la capacità di riflettere sulla propria condizione e di scegliere. Si aprono, però nuove opportunità di radicamento sociale, di legittimazione, di partecipazione che, possono alimentare una capacità riflessiva in grado di colmare l'inefficacia dei vecchi processi d'istituzionalizzazione (Fantozzi 2006). D'altra parte lo stesso Dubet ci ricorda come, mentre l'integrazione s'impone dall'alto, la coesione proviene dal basso, come effetto di pratiche "virtuose" proprio perché in grado di produrre coesione (Dubet 2010: 42). E' proprio dalla società civile che, in alcuni contesti, sorge la mediazione,

7 Nel tentativo di dar conto dell'erosione del capitale sociale Robert Putnam, (Putnam 2002) prende in considerazione la massiccia espansione delle professioni legali e delle attività legate alla sicurezza. Non si tratta di un'osservazione del tutto nuova, o valida solo nel caso degli Stati Uniti. Altri autori, più vicini al tema della mediazione (Cosi 2003; 2007) hanno ampiamente ricordato come l'introduzione e l'affermazione dei metodi ADR negli Stati Uniti, ma anche altrove (Alexander 2006), si collochi sullo sfondo di un incremento esponenziale del contenzioso riconducibile, oltre che a una proliferazione della legificazione statale in materie prima lasciate alla regolazione delle parti, all'aumento "esagerato" del numero dei professionisti legali. Putnam è convinto che l'incremento dal lato della domanda di prestazioni legali riguardi prevalentemente quelle che vengono definite attività di carattere preventivo: "coniugi, vicini, soci d'affari e aspiranti soci, genitori e figli, parroci e parrocchiani, donatori e riceventi – tutti abbiamo cominciato a chiedere di mettere per iscritto" (Putnam 2000, p.182). Nel momento in cui ognuno è legittimato e spinto a perseguire il proprio benessere reclamando una parità di opportunità, nasce l'esigenza di stipulare una forma preventiva di accordo che tuteli rispetto alle legittime pretese altrui: nella società delle pari opportunità tende a venir meno il contratto sociale per lasciar spazio a forme molteplici e sempre più complesse di contratto individualizzato. Nel bene e nel male, continua ancora Putnam, facciamo sempre più affidamento – e siamo obbligati a farlo – sulle istituzioni formali e soprattutto sulla legge al fine di realizzare ciò che eravamo soliti conseguire attraverso reti informali rafforzate dalla reciprocità generalizzata, ossia grazie al capitale sociale.

8 A questo proposito è interessante quanto rileva Lucarelli con riferimento alla sperimentazione del Laboratorio Un Altro Modo dell'Università degli Studi di Firenze, nell'ambito del progetto Nausicaa dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile. "Non è un caso che a fare il passo nell'impiego sapiente della mediazione demandata, per primi nel Tribunale di Firenze siano stati proprio i giudici del Tribunale delle Imprese, i quali, consapevoli dell'importanza per l'impresa di sfruttare tutte le potenzialità delle relazioni con i partners, i consumatori o investitori, evitando la rottura dei rapporti commerciali ancora vitali o cogliendo il modo meno gravoso possibile di scioglierli, hanno selezionato il contenzioso valutandone con attenzione la mediabilità, hanno restituito alle parti il potere di risolvere il conflitto sul piano che maggiormente soddisfa i loro interessi, richiamando parti e avvocati ai principi di effettività e responsabilità nello svolgimento del tentativo di mediazione" (Lucarelli 2014).

e di questa esprime la vitalità e creatività; nella nozione di mediazione c'è, come ricorda Guillaume-Hofnung (2005), una dinamica di *governance* condivisa che chiede di essere valorizzata. Enormi sono dunque le potenzialità insite nello strumento della mediazione non solo in termini di risoluzione veloce del conflitto, ma anche di mutamento, in una logica partecipativa, delle forme di regolazione sociale. Se questo appare evidente sul piano teorico è chiaro come esistano dei rischi di distorsione nel momento in cui si passi al piano dell'applicazione concreta del modello. Numerose sono in proposito, anche tra i fautori di questo approccio, le voci che si sono levate a ricordare limiti e rischi insiti nella pratica di mediazione (Guillaume-Hofnung 2005). Essi rinviano, non in ultimo, alla forma istituzionalizzata che la pratica della mediazione assume nei diversi contesti sociali.

*Da un approccio conservativo a una professionalizzazione fluida: le forme possibili di istituzionalizzazione della mediazione*

Di fronte alla diffusa e differenziata fenomenologia assunta dalla mediazione - familiare, sociale, culturale, scolastica, ambientale, civile e commerciale - la questione della sua definizione in termini professionali si pone in modo evidente: per affrontare e gestire i conflitti si richiede al mediatore qualcosa di più che il semplice buon senso. L'emergere del mediatore come attore chiave nel campo della gestione dei conflitti e della regolazione sociale suscita innumerevoli interrogativi riguardo alla sua identità ed al riconoscimento giuridico di questa professione. A tali domande è, nel caso dell'Italia, difficile trovare risposte. Per quanto il tema della mediazione sia stato lungamente e vivacemente discusso nel corso degli ultimissimi anni anche nel nostro Paese, tale discussione si è tendenzialmente collocata ad un livello tale da escludere ogni seria riflessione sulla professionalizzazione della figura del mediatore nella sua forma sostantiva e non solo formale<sup>9</sup>. Forse non si tratta di un caso visto la dinamica relazionale esistente con le altre professioni in gioco. Certo è che lo scarso sviluppo di una sociologia delle professioni all'interno del dibattito scientifico italiano ha contribuito a determinare questo vulnus. Nell'attesa che una seria attività di ricerca vada a colmare tale lacuna, può essere utile mutuare qualche elemento che emerge su questo tema dal dibattito scientifico internazionale. La professionalizzazione di questa attività passa certo attraverso la formazione e l'istituzionalizzazione ma entrambi questi passaggi avvengono sulla base di percorsi e producono esiti tutt'altro che univoci: quale è la misura e la natura di questa formazione capace di ricondurre le esperienze di mediazione ad un minimo comun denominatore professionale (Martello 2014)? Quale livello di istituzionalizzazione può essere considerato come sufficientemente formale ma non eccessivamente rigido per consentire alla mediazione di mantenere le sue caratteristiche di duttilità e per porsi, in certo qual modo come alternativa alle professioni codificate? (Demazière 2004; Demazière Pelage 2001; Divay 2005). Ma soprattutto, di quale forma di istituzionalizzazione è conveniente parlare in riferimento alla mediazione? Per gli autori che si pongono in una prospettiva critica rispetto al funzionalismo (Champlly 2102) la professionalizzazione non sarebbe un processo lineare di costruzione di attributi (formazione, deontologia, organismi di regolazione) al termine del quale un'attività non professionalizzata (*an occupation*) può rivendicare lo status di professione autonoma (Wilensky 1964). Non solo. Dal momento che la mediazione nascerebbe anche dalla necessità di creare un'alternativa alle professioni giuridiche consolidate, la sua istituzionalizzazione rischierebbe di mettere in discussione le ragioni stesse della sua esistenza. La dinamica della relazione passerebbe dalla possibile complementarità rispetto alle professioni tradizionali, a una concorrenza nella quale la mediazione uscirebbe inevitabilmente perdente (Barthélémy 2009).

Più corretto nei riguardi della mediazione potrebbe apparire il percorso proposto dai così detti sociologi dei gruppi professionali (Demazière, Gadea 2009) che vedono la professionalizzazione come la capacità di pervenire ad una sussistenza economica e ad un livello di riconoscimento istituzionale e simbolico che permette di occupare una posizione all'interno del processo di divisione del lavoro (Divay 2005). In altre parole il luogo privilegiato dell'azione sociale che conferisce forma alla professione, non sarebbero né lo Stato né il sistema politico, ma i

<sup>9</sup> Il dibattito, peraltro ricco ed acceso, riguardo alla necessità/opportunità di istituzionalizzare la figura del mediatore ha, infatti, coinvolto in modo quasi esclusivo il mondo dell'avvocatura che si è fermamente contrapposto, almeno in alcune sue componenti, alle iniziative promosse dagli Organismi di mediazione volte ad introdurre la mediazione come forma obbligatoria di risoluzione di alcune fattispecie di contenzioso. Ritorneremo in modo più esteso sul punto nei paragrafi successivi di questo scritto.

mercati del lavoro specifici. La formazione di competenze si giova più della pratica che delle istituzioni scolastiche, le barriere all'ingresso non sono formali ma informali (Luciano, 1989).

Tale schema definitorio si mostrerebbe sufficientemente ampio e duttile da poter ricomprendere anche l'attività dei mediatori. Questi, secondo la lettura che ne offre Demazière (2006), ricercerebbero una forma di autonomia professionale tale da preservarli da un rapporto di dipendenza, di controllo e di dominazione nei confronti di altri gruppi (Divay 2005). Sicuramente questo approccio meglio si presta all'analisi di una fenomenologia del lavoro e delle prestazioni professionali mutevole e mutata rispetto a quella a cui fa riferimento la sociologia di stampo anglosassone. Esso appare anche più attento alla dimensione delle pratiche sociali e delle interazioni interne al gruppo e tra i gruppi. Nonostante si mostri più fecondo nelle opportunità che apre sul piano dell'analisi e dell'interpretazione, esso riposa su un assunto di base tutt'altro che verificato e cioè che l'obiettivo di ogni occupazione sia quello di acquisire uno status professionale e di far valere la propria professionalizzazione. Ogni fallimento in questa direzione viene imputato all'ambito delle possibilità (in termini di legittimità, di potere, di capacità di lobbying, di antagonismo con altre figure professionali, etc.).

Una visione alternativa, proposta recentemente da Fabienne Barthélémy rinvia, invece il mancato raggiungimento di una definizione professionale all'ordine della volontà. I mediatori non avrebbero come obiettivo quello di costituirsi come gruppo professionale anche se ne avessero le possibilità. Al contrario, esse hanno tutto l'interesse ad ancorarsi attraverso legami di dipendenza con altri professionisti che delegherebbero loro alcune specifiche funzioni/mansioni. Si tratta di una stabilizzazione non fondata sulla ricerca di un'autonomia professionale ma di carattere interstiziale: è rendendosi malleabili che i mediatori acquisiscono una forma di stabilità (Barthélémy 2009: 290). Facendo riferimento alla teoria delle forme sociali di Simmel e in particolar modo alle pagine in cui vengono trattate le strategie di conservazione dei gruppi sociali, l'autrice offre una pista di ricerca interessante, soprattutto se collocata all'interno delle premesse poste nel primo paragrafo, per analizzare le modalità di relazione tra professioni legali e sociali da un lato e mediatori dall'altra, in una dialettica che passa dalla contrapposizione alla cooperazione. In questa prospettiva più che il gruppo professionale diventano interessanti le logiche di azione reciproca che consentono ai mediatori di garantirsi l'afflusso di risorse utili alla propria sopravvivenza<sup>10</sup>. Saremmo, secondo l'autrice, di fronte ad un radicale mutamento di prospettiva. Mentre la stabilizzazione attraverso la professionalizzazione e la creazione di attributi professionali ha a lungo predominato all'interno del lavoro sociale, emerge oggi anche con la mediazione, l'evidenza di dinamiche di stabilizzazione attraverso una strategia della malleabilità che arricchisce il dibattito sui meccanismi attraverso i quali un gruppo professionale tende a mantenersi in vita.

#### *L'istituzionalizzazione della mediazione civile e commerciale in Italia*

Secondo Abbott il processo di professionalizzazione si sviluppa su tre arene: sistema giuridico, opinione pubblica, luogo di lavoro (Abbott 1988). L'istituzionalizzata di quella specifica forma di mediazione, rappresentata dalla mediazione civile e commerciale, sembra essersi giocata, nel nostro Paese, in modo preponderante all'interno dell'ambito giuridico.

*La norma* - Nel disciplinare un fenomeno dell'esperienza, una pratica sociale diffusa e già perseguita, seppur senza rilevanza processuale, nell'ambito della gestione delle controversie, il decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28 (pubblicato nella G.U. n.53 del 5 marzo 2010) regola il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie vertenti su diritti disponibili ad opera delle parti, attuando, al contempo, la direttiva dell'Unione europea n. 52 del 2008. Inoltre, il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (decreto "del fare", convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98) ha ripristinato il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle materie elencate dall'articolo 5, comma 1 del d.lgs. 28/2010. In tal modo sono state riportate in vigore le disposizioni dichiarate incostituzionali con sentenza n. 272/2012 della Corte costituzionale. La

<sup>10</sup> Si tratta di una prospettiva di ricerca e di analisi tanto più interessante nella misura in cui andrebbe ad intercettare aspetti che diventano cruciali in un contesto di attualità caratterizzato da un profondo mutamento, per esempio, in seno alle professioni forensi, ma più in generale di tutte le professioni liberali.

mediazione viene così a configurarsi come l'attività svolta da un professionista con requisiti di terzietà, finalizzata alla ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della lite<sup>11</sup>. Dal punto di vista del metodo e dei rapporti con il processo, il decreto legislativo distingue due tipi di mediazione: facoltativa, cioè scelta dalle parti; obbligatoria (ex lege o per ordine del giudice), quando per poter procedere davanti al giudice, le parti debbono aver tentato senza successo la mediazione.

La mediazione, rispetto ad alcune materie elencate nell'articolo 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, si pone come condizione di procedibilità per l'avvio del processo (tuttavia occorre sottolineare che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza). Si tratta, usualmente, dei casi in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione della singola controversia, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale. La mediazione torna obbligatoria per 4 anni (cioè fino al 2017) in alcune materie<sup>12</sup>. In questi casi, la parte che intende agire in giudizio ha l'onere di tentare la mediazione, con l'assistenza di un avvocato, che deve, chiaramente e per iscritto, informare il proprio assistito, sia della possibilità di procedere alla mediazione e delle relative agevolazioni fiscali che dei casi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Il giudice, qualora rilevi la mancata allegazione del documento all'atto introduttivo del giudizio, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione. In ogni altra materia la mediazione potrà essere avviata dalle parti su base volontaria, sia prima che durante il processo. La mediazione disposta dal giudice è prevista anche dalla direttiva comunitaria 2008/52/Ce, e si affianca senza sostituirla alla conciliazione giudiziale.

Dal punto di vista dell'istituzionalizzazione la norma in materia di mediazione civile e commerciale si presenta, come appare evidente, solo in minima parte orientata a definire e caratterizzare l'attività di mediazione in sé mentre assai più attenta si dimostra a disciplinare le possibili interferenze tra questa e il processo: è pensata, scritta, disciplinata conosciuta in quanto procedimento (Lucarelli 2011), piuttosto che come esperienza che coinvolge in modo specifico l'autonomia e la volontarietà delle parti.

*Gli organismi di mediazione* - Di fronte al nuovo scenario di mercato che si apre con l'introduzione dell'obbligatorietà della mediazione in alcuni ambiti del contenzioso, nasce per il legislatore la necessità di regolare i meccanismi di accesso alla professione. Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28 stabilisce così che la mediazione debba svolgersi obbligatoriamente presso enti pubblici o privati, che siano iscritti nel registro tenuto presso il Ministero della Giustizia e che erogano il servizio di mediazione nel rispetto della legge, del regolamento ministeriale e del regolamento interno di cui sono dotati, approvato dal Ministero della Giustizia. L'intento è evidentemente quello di salvaguardare l'indipendenza e, soprattutto la professionalità, del mediatore ma anche introducendo quel criterio di "riconoscimento dell'esclusività delle competenze" che, secondo i funzionalisti, rappresenta uno dei passaggi obbligati verso la professionalizzazione. La presenza in campo di più forze, tutte - seppur diversamente - interessate a introdurre criteri regolativi, appare evidente nel fatto che siano distinguibili 3 tipologie di enti o organismi di mediazione, divisi in base alla loro provenienza e alla loro struttura: gli ordini professionali; le camere commercio ed enti pubblici; gli organismi privati. Mentre i primi due vantano un diritto automatico all'accreditamento i terzi sono soggetti a criteri più stringenti per ottenere

11 In sintesi, nelle materie elencate dall'articolo 5, comma 1 del d.lgs. 28/2010 (mediazione obbligatoria): Chi vuole iniziare una causa civile deve prima contattare un organismo iscritto nel registro tenuto dal Ministero della giustizia; è fissato un primo incontro di programmazione con un mediatore e le parti; all'esito dell'incontro le parti decidono se concludere la mediazione con un accordo, oppure proseguire la mediazione o ancora, in caso di mancato accordo, terminare la procedura di mediazione e andare in giudizio (senza pagare le indennità della mediazione); il mediatore redige un verbale che attesta l'esito della procedura; il mediatore, in caso di mancato accordo, può formulare una proposta di conciliazione; a carico della parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione, sono previste gravi conseguenze in punto di spese del giudizio nel caso in cui il giudice emetta una sentenza con contenuto corrispondente a quello della proposta; il verbale di accordo, alle condizioni di legge, costituisce titolo esecutivo.

12 Vale a dire in materia di: condominio; diritti reali; divisione; successioni ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di aziende; risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari

il riconoscimento ministeriale: l'organismo deve avere, oltre ai requisiti validi anche per camere di commercio ed ordini professionali, la propria sede almeno in due regioni diverse o in due differenti province della stessa regione, e deve inoltre dimostrare una stabilità economica e organizzativa al pari delle altre due realtà. Tutti devono contare su un numero minimo (5) di mediatori che prestano la loro opera intellettuale per non più di 5 enti di mediazione. Nel Registro presente sul sito del Ministero risultano al momento iscritti - alcuni in forma provvisoria - ben 3.048 Organismi di Mediazione. Si tratta di un numero decisamente molto consistente ma soprattutto differentemente distribuito a livello nazionale. Allo stesso tempo, un rapido spoglio delle schede di iscrizione presentate basta a delineare un quadro di grande eterogeneità. Guardando a tali aspetti sorge spontaneo l'interrogativo rispetto a quali siano state le logiche che hanno spinto un numero così elevato di soggetti, i più vari, a richiedere accreditamento e, soprattutto, se queste logiche abbiano a che fare con il funzionamento del sistema giustizia (numerosità del contenzioso, tempi delle cause, etc.) con la diffusione di una cultura della mediazione ovvero con le caratteristiche socio-economiche dei territori sui quali insistono<sup>13</sup>. Si tratta di un terreno di ricerca interessantissimo, ancora tutto da esplorare ma fondamentale per arrivare a dare una compiuta interpretazione del processo di istituzionalizzazione professionale che ha interessato la mediazione. Ugualmente, in questa prospettiva, sarà fondamentale poter rilevare quali siano i criteri adottati per individuare il mediatore. Se, per esempio gli ordini professionali accettino, o meno, come mediatori solo i propri iscritti (notai, avvocati, eccetera), o se, invece, gli altri organismi tenderanno, anche in virtù della loro diversa natura, a diversificare, arruolando tra i propri mediatori diverse figure professionali; se questo porterà, come appare probabile, ad accentuare quegli elementi di segmentazione interna ormai riconosciuti propri ad ogni professione (Larson 1988). Infine, ma legato a questo tema, se e come gli Organismi potranno contribuire a ridefinire, e in che modo, le logiche di concorrenza interprofessionale (Abbott 1988).

*La formazione* - Il possesso di una formazione specifica e riconosciuta è da sempre considerato come uno degli elementi che permettono di definire l'appartenenza ad una professione. Quale è questa formazione? Il dibattito su chi debba fare il mediatore e di conseguenza su quale competenza debba avere è molto vivace nella maggior parte dei paesi del mondo: per taluni sarebbe indispensabile la laurea in legge che per possedere un'adeguata conoscenza delle norme processuali; per altri il mediatore dovrebbe essere uno psicologo visto che gli si chiede una capacità di ascolto e di aiutare le parti a cooperare; altri ancora ritengono che sia più importante una formazione culturale di carattere generale<sup>14</sup>. Ai sensi del decreto legislativo 28/2010, mediatore è la persona o le persone fisiche che, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo. Secondo l'art. 4 D.M. 180/2010, i mediatori devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale mentre, secondo quanto previsto dell'art. 18 dello stesso Decreto, il percorso formativo per i mediatori, predisposto da enti di formazione accreditati presso il Ministero della Giustizia - deve avere una durata complessiva non inferiore a 50 ore, - deve essere articolato in corsi teorici e pratici e prevedere una prova finale di valutazione. E' inoltre previsto un percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, deve essere articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione; i corsi di aggiornamento devono avere per oggetto le materie di cui sopra.

13 Da un banale esercizio, che è consistito nel rapportare il numero di Organismi alla popolazione residente per ogni Provincia con il fine di calcolare una sorta di grossolano indicatore di incidenza, è emerso che nel primo quartile (quello corrispondente ad un numero elevato di organismi rispetto alla popolazione) si posizionano tutte province del Sud mentre nell'ultimo quartile (incidenza più bassa) sono soltanto province del Nord. Per quanto grezzo, e solo indicativo, questo dato non può non spingere a pensare che, almeno in una prima fase, la mediazione sia stata vista come una "ghiotta" opportunità per creare occasioni lavorative soprattutto là dove il mercato del lavoro risulta più penalizzante, in specie per le componenti più giovani ed istruite della popolazione.

14 Emblematica, in proposito, la diversa attitudine tra mediatori puri e mediatori che provengono da uno specifico background professionale che è stata messa in evidenza da molti contributi statunitensi (Lande 2000; Relis 2009). In particolare, categorie professionali - avvocati, psicologi, sociologi - che giungono alla mediazione a partire da un background di competenze e di prassi consolidate tendono più spiccatamente a presentare una tendenza all'*evaluation* piuttosto che alla *facilitation*. A differenza dei mediatori "puri", sarebbero inoltre soggetti a un maggiore rischio di assumere comportamenti direttivi e ad esercitare pressioni sulle parti per portarle, anche a discapito della loro stessa autonomia decisionale, ad una veloce risoluzione del conflitto.

Il significato di tale prescrizione può essere a pieno compreso soltanto se lo si inquadra all'interno di un confronto di carattere internazionale. La tabella nella quale vengono riportati gli obblighi formativi previsti per l'esercizio della professione di mediatore in alcuni paesi europei offre un'indicazione piuttosto esplicita del peso che nel nostro ordinamento viene attribuito all'acquisizione di specifiche competenze.

Tabella 1<sup>15</sup>

| Fattispecie per paese                   | Ore di formazione obbligatoria |
|-----------------------------------------|--------------------------------|
| Mediatore avvocato di diritto in Italia | 15                             |
| Mediatore avvocato e non in Scozia      | 30                             |
| Mediatore avvocato e non in Inghilterra | 40                             |
| Mediatore avvocato e non in Grecia      | 40                             |
| Mediatore avvocato e non in Svezia      | 50                             |
| Mediatore non avvocato in Italia        | 50                             |
| Mediatore avvocato e non in Ungheria    | 60                             |
| Mediatore avvocato e non in Belgio      | 60                             |
| Mediatore avvocato e non in Spagna      | 100                            |
| Mediatore avvocato e non in Portogallo  | 100-200                        |
| Mediatore avvocato e non in Germania    | 120                            |
| Mediatore avvocato e non in Francia     | 130                            |
| Mediatore avvocato e non Austria        | 200-400                        |
| Mediatore avvocato e non Russia         | 432                            |

Fonte: Calcagno 2014

I dati riportati nella tabella consentono tuttavia di porre in evidenza un ulteriore altro aspetto particolarmente rilevante per la nostra analisi. Nella nuova definizione che il d.lgs. 28/2010, modificato dal d.l. 69/2013, convertito nella l. 89/2013, offre della professione del mediatore, con l'introduzione del comma 4-bis all'art. 16 si stabilisce che gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori e che, in quanto tali, devono essere adeguatamente formati e aggiornati. Come viene valutata tale adeguatezza? A cosa corrisponde sul piano quantitativo e qualitativo? Quali sono i presupposti in base ai quali si prevede un doppio binario di accesso - per avvocati e per non avvocati - all'esercizio della mediazione? In virtù di quale interpretazione del ruolo del mediatore questa accezione è prevista solo per la professione legale e non per altre? Si tratta di tutti quesiti che, insieme ad altri aspetti che analizzeremo nel prossimo paragrafo, contribuiscono a rendere ancora vivace il dibattito intorno alla forma assunta dalla nuova mediazione. Certo è che, almeno a un osservatore esterno, molte delle soluzioni attualmente individuate sembrano comprensibili proprio sulla base di quella logica di relazione e di interesse tra gruppi sulla quale si fonda, secondo Elias, il processo di istituzionalizzazione di una professione.

15 La nuova definizione che il d.lgs. 28/2010, modificato dal d.l. 69/2013, convertito nella l. 89/2013 parla di formazione "adeguata" senza ulteriori specificazioni; tuttavia, il Consiglio Nazionale Forense, in una sua circolare, ha individuato in 15 le ore necessarie all'avvocato per diventare mediatore. Aldilà dell'entità delle ore di formazione previste per diventare mediatore, resta aperta e poco esplorata, se si fa eccezione per il volume di Maria Martello (2014), la questione su quale sia la formazione necessaria per acquisire competenze specifiche utili per svolgere la professione del mediatore e per assicurare uniformità e standard qualitativi adeguati delle prestazioni professionali.

*I mediatori non erano avvocati e gli avvocati non erano mediatori*<sup>16</sup>. Ora, invece, sì

Come ricorda Lucarelli, il Parlamento italiano, nel varare la nuova norma che regola la mediazione civile e commerciale “ha confezionato un regalo straordinario per gli avvocati” che diventano mediatori di diritto (Lucarelli 2013: II). Per comprendere quale sia il significato assunto da tale elargizione è necessario ripercorrere alcuni dei passaggi salienti del d.lgs. 28/2010, modificato dal d.l. 69/2013, convertito nella l. 89/2013. Nella ricostruzione storica dell’istituzionalizzazione della figura del mediatore all’interno del nostro ordinamento, Carlo Alberto Calcagno (2014) pone in evidenza come, contrariamente a quanto avvenuto in altri paesi - e non soltanto in quelli di *common law* - l’avvocatura italiana abbia svolto quello che l’Autore chiama un non-ruolo in merito agli strumenti di composizione negoziata. Il conciliatore, una figura che avrà un qualche ruolo a partire dal XVIII secolo e che pure poteva essere nominato tra gli avvocati (insieme ad altre categorie come : notai, farmacisti, laureati di qualunque disciplina, ex soldati, maestri elementari, coloro che avessero ottenuto la licenza di maturità, ex deputati e senatori, ex dipendenti pubblici, ex sindaci, consiglieri provinciali, e i contribuenti sufficientemente facoltosi) difficilmente veniva scelto nell’ambito di questa categoria professionale. Avvocati e procuratori risultavano, infatti, figure particolarmente avversate dal legislatore: “sia per le loro abitudini naturalmente avverse alla conciliazione, sia per quel certo sospetto che nasce dal trovarsi quei professionisti eventualmente conciliatori o giudici davanti ai loro clienti dell’oggi e del domani”<sup>17</sup>. Se si esclude il diritto del lavoro, dove la conciliazione è ormai pratica corrente, nel nostro ordinamento è soltanto grazie d.lgs. 28/2010, modificato dal d.l. 69/2013, convertito nella l. 89/2013, che l’avvocato fa, di diritto, il suo ingresso nella procedura di mediazione. Si tratta di un ingresso forte e che si sostanzia in due aspetti: l’avvocato è mediatore di diritto; l’assistenza legale delle parti nel corso della procedura di mediazione è obbligatoria. Affronteremo separatamente questi due aspetti ma ci sembra utile ai fini dell’analisi condotta, riportare una considerazione generale proposta sempre da Calcagno (2014). Come si è detto gli avvocati italiani hanno avuto scarse occasioni – o hanno scarsamente colto quelle esistenti - di familiarizzarsi tanto con la pratica che con la cultura della mediazione. Ciò, secondo l’Autore, avrebbe senz’altro influito a rendere la nostra classe forense meno segmentata e più chiusa nella difesa delle proprie prerogative di quanto non sia avvenuto altrove. Sarebbe, sempre secondo Calcagno, proprio questa scarsa familiarità che meglio consentirebbe di inquadrare l’iniziale, forte e granitica opposizione con la quale gli organismi forensi hanno accolto la mediazione. Essa sarebbe da interpretare, né più né meno, come una forma di chiusura operata sulla base di un’esigenza di conservazione. In ciò si rivelerebbe una modalità di reazione tipica del gruppo sociale esposto a sollecitazioni di cambiamento che vengono dall’esterno<sup>18</sup>. E’ sempre in virtù di questa stessa logica che sarebbe più chiaramente comprensibile l’apparente paradosso per cui, come ricorda nuovamente Calcagno, è stata l’assunzione delle “norme etiche confezionate dai giuristi a porre le basi per la conciliazione nostrana più recente” (Calcagno 2014: 33): in altre parole, il fatto che la regolamentazione della mediazione è stata operata più guardando al ruolo dell’avvocato e al modo in cui essa si sarebbe posta in relazione al processo, che non al mediatore e alle sue specifiche competenze.

Secondo il legislatore esisterebbero dei motivi sostanziali - ma come vedremo non neutri, e non privi di conseguenze tanto per l’istituto della mediazione che per la configurazione assunta dalle relazioni tra i diversi attori nel corso del suo svolgimento pratico - che giustificano la scelta di attribuire all’avvocato italiano, e come abbiamo visto soltanto ad esso, questa specifica prerogativa. Tali motivi rinvierebbero a una particolare interpretazione del ruolo del mediatore che paiono tuttavia poco congruenti con quella funzione sociale di facilitatore della relazione

<sup>16</sup> Il titolo di questo paragrafo conclusivo dell’articolo parafrasa quello usato da Elias «I marinai non erano gentiluomini e i gentiluomini non erano marinai» (Elias 2010: 59) e che a sua volta l’Autore mutua da un testo di Thomas Babington Macaulay *The History of England*, X ed. London, Longman, Brown, Green & Longmans, 1985. rilevante.

<sup>17</sup> Brano tratto dalla Tornata senatoria del 6 aprile 1982 e riportato da Calcagno p.47.

<sup>18</sup> Simmel distingue, in proposito, due diversi processi: l’uno è puramente conservativo l’altro, invece, plastico e duttile. Nel primo caso il gruppo si mantiene conservando più fermamente possibile le proprie forme in modo tale da opporre una resistenza quasi fisica ai pericoli che lo minacciano; di fronte al mutare delle circostanze, grazie a questa capacità difensiva, il gruppo è in grado di mantenere la stessa costituzione interna. Nel secondo caso viene manifestata, al contrario una plasticità, una elasticità che, sicuramente lo porta a cedere alla minima pressione ma che permette poi di riacquisire una sua propria forma (Simmel 1998, p.427 e ss.).

precedentemente descritta. In base a questa nuova accezione verrebbe a definirsi una figura (avvocato di diritto mediatore) “professionale e di qualità”<sup>19</sup>, capace di individuare i punti salienti del conflitto e di condurre le parti verso la ricerca di un accordo frutto di adeguate soluzioni giuridiche. E’ per questo che al “nuovo mediatore” (avvocato) sarebbe sufficiente apprendere poche e minime nozioni di tecnica di mediazione (15 ore) dal momento che il resto della capacità, non verrebbe tanto dal possesso di tali tecniche (che giocano sugli interessi delle parti) ma dalla sua autorevolezza professionale e dalla capacità di saper condurre le parti ad un accordo che sia l’effettiva applicazione della norma di diritto applicabile al caso concreto<sup>20</sup>. Considerare l’avvocato di per sé un mediatore rischia di far diventare il mediatore semplicemente colui che prospetta ed informa sulle ragioni di diritto, le conseguenze e le reali incertezze della lite. In questo modello *norm advocating* il ruolo del professionista diventerebbe quello di ottenere l’effettiva applicazione della norma di diritto al caso concreto: svolgere, cioè, il ruolo classico dell’avvocato, ma in posizione di terzietà. Si tratta dunque di una prospettiva piuttosto distante da quella funzione sociale della mediazione, rispondente a nuove esigenze di responsabilizzazione delle parti, che è stata ricordata nei paragrafi precedenti. Il rischio maggiore che può celarsi nell’attribuzione di una prerogativa di diritto è quello di attribuire, anche implicitamente, all’avvocato mediatore l’obiettivo di guidare le parti alla meta delle norme giuridiche, trascurando il conflitto, le ragioni che lo hanno determinato, gli interessi, la comunicazione efficiente fra le stesse, l’ascolto delle differenze, il bisogno che ha la loro relazione di essere trasformata per divenire frutto di nuovi accordi (Lucarelli 2013).

Tra i molti interrogativi che si aprono a partire dall’introduzione di questo nuovo articolo che definisce l’avvocato mediatore di diritto, ci preme richiamare un aspetto che rischia di rimanere fuori dal pur ricco dibattito che si è ingenerato tra addetti ai lavori intorno al significato e alle implicazioni che possono derivare dall’introduzione di questa norma<sup>21</sup>. Tale interpretazione introduce, a nostro avviso, rispetto alla connotazione della professione di mediatore, una matrice funzionalista che, come abbiamo avuto modo di illustrare ampiamente, non le sarebbe propria o, almeno, non lo è nella declinazione che questa pratica ha assunto negli altri paesi. La mediazione operata sulla base di un principio di *norm advocating* diventerebbe un’occupazione orientata al servizio, che applica un corpo sistematico di conoscenze — che diventano in primis quelle dell’avvocato — a problemi che sono altamente rilevanti per i valori centrali della società. Come per le altre professioni intellettuali, il fatto che sia richiesto una specifica competenza per esercitare la professione, solleva un problema speciale per il funzionamento equilibrato della società: il cliente non è in grado di giudicare la qualità della prestazione del professionista, e spesso non è nemmeno in grado di fissare obiettivi precisi e concreti al lavoro che gli richiede. Al contrario, la mediazione nella sua accezione più propria avrebbe, almeno in linea di principio, la capacità, e il compito, di ridurre questa

19 Si tratta qui di un’interpretazione che, nel volume di Calcagno, viene attribuita all’Onorevole Ferranti. Mancando tuttavia un riferimento bibliografico specifico non possiamo che limitarci a riportarla *de relato*. Ci risulta, invece che la posizione dell’On. Ferranti, pubblicata sul suo sito alla pagina: <http://www.donatellaFerranti.it/Documents.asp?DocumentID=12179> faccia riferimento ad un articolo dal titolo *Il nuovo mediatore, professionista legale di qualità*, a firma dell’Avv. Antonio Rosa, Presidente dell’Unione Triveneta dei Consigli dell’Ordine degli Avvocati e pubblicato sul sito del Sole 24ore il 19 Luglio 2013: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/civile/civile/primiPiani/2013/07/il-nuovo-mediatore-professionista-legale-di-qualita.php>

20 A questo proposito, va sottolineato che mentre per la Commissione Europea i mediatori devono essere competenti e conoscere a fondo il procedimento di mediazione che comprende una formazione adeguata ed un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione, avuto riguardo alle norme pertinenti ed ai sistemi di accesso alla professione, per il Consiglio Nazionale Forense le competenze che qualificano il mediatore sono quelle processual-giuridiche in aggiunta alla conoscenza di tecniche di mediazione. Mentre, dunque, parlando di mediazione in Europa si guarda alle competenze del mediatore in Italia si insiste su quelle dell’avvocato.

21 Queste hanno, per esempio, a che fare con aspetti deontologici (a quale codice etico risponde il mediatore che è anche avvocato?); con il rispetto delle regole concorrenziali; con il bagaglio formativo acquisito (L’avvocato sarebbe formato/socializzato al comportamento assertivo/competitivo inutile, anzi dannoso, nel contesto della mediazione); con la difficoltà di tenere distinti i ruoli. D’altronde lo stesso Ministero della Giustizia con la Circolare 27 novembre 2013 evidenzia come: “Più in generale, la contemporanea qualifica di mediatore e di avvocato, l’obbligatorietà dell’assistenza legale nella c.d. mediazione obbligatoria, la necessità comunque dell’assistenza legale nella mediazione facoltativa per addivenire alla formazione immediata del titolo esecutivo il regime di autonomia in materia di formazione e aggiornamento riconosciuto agli avvocati, costituiscono indici normativi che — nel delineare un regime speciale riservato dal legislatore all’avvocato— mediatore — pongono l’esigenza di alcune indicazioni, funzionali ad evitare profili di sovrapposizione tra l’esercizio della professione forense e lo svolgimento dell’attività di mediatore.

asimmetria perché il cliente (parte) è protagonista e consapevole. Allo stesso modo, la professionalità del mediatore non consisterebbe tanto nel proporre soluzioni individuate sulla base di competenze esclusive, quanto piuttosto di operare professionalmente per favorire il buon funzionamento della relazione tra le parti. Chi obietta a questa all'idea della mediazione lo fa a partire dalla convinzione che, nel confezionare la proposta conciliativa e ancor prima nell'accreditarla, il mediatore deve offrire e garantire alle parti una completezza degli elementi di valutazione che non ometta l'informazione su alcunché di ciò che nel prosieguo potrebbe essere suscettibile di essere evocato in giudizio. In questo il mediatore/avvocato possederebbe effettivamente maggiori competenze di un mediatore non avvocato. Tuttavia si tratta di un'argomentazione che perde valore là dove si preveda, come nel caso d.lgs. 28/2010, modificato dal d.l. 69/2013, convertito nella l. 89/2013, l'assistenza legale obbligatoria delle parti in mediazione.

### *Nuova professione o nuove relazioni tra professionisti? Qualche osservazione conclusiva*

L'avvocato entra nel processo di mediazione anche, e soprattutto, in virtù del fatto che viene introdotta l'assistenza legale obbligatoria delle parti in lite. Tale scelta, anch'essa per alcuni fortemente ispirata e fermamente voluta dall'avvocatura (Tocci 2013), si legittima con il fatto che, per quanto la procedura si collochi al di fuori del processo civile, si pone comunque nell'ambito della tutela dei diritti e degli interessi dei consociati dell'ordinamento giuridico<sup>22</sup>. La presenza dell'avvocato diventa dunque una forma di garanzia per le parti così come anche per il mediatore. Essa comporta, tuttavia, alcune importanti conseguenze. Tralasciando le molte che sono state individuate e analizzate dai commentatori - tanto giuristi che mediatori - ci interessa qui portare battente sul fatto che la presenza dei legali delle parti - a volte dei soli avvocati che possono essere delegati dai clienti a comparire nel tentativo di mediazione - può, anzi, sicuramente cambiare la dinamica dell'interazione. Per Simmel è la sola presenza di un soggetto terzo e imparziale che di per sé consentirebbe la composizione tra due parti in conflitto<sup>23</sup>. Nella sua proposta, l'aspetto formale assunto dalla relazione triadica, considerata come nucleo sociale elementare, rappresenta un elemento cruciale e imprescindibile. E' invece evidente la complessità dell'interazione che viene a determinarsi con l'obbligatoria presenza dei legali. La relazione si frammenta e allo stesso tempo si moltiplica e complessifica: tra le parti, fra queste e il mediatore, fra avvocati e parti, fra mediatore e avvocati, eventualmente fra mediatore e co-mediatore ed eventualmente fra questo e tutti gli altri.

Chi è il soggetto terzo all'interno di questa complicata dinamica? Tra chi si trova a dover mediare? Non si tratta semplicemente di una maggiore difficoltà a gestire le molteplici sequenze di interazione che vengono a determinarsi. Ognuno degli attori presenti è portatore di una sua specificità, di suoi interessi ma, anche, di un suo modo di intendere la mediazione.

Da una ricerca condotta da Tamara Relis sulle percezioni in mediazione (Relis 2009) emerge come tutti i soggetti della relazione maturino, in riferimento alla loro specificità - di genere, professionale, di ruolo - percezioni profondamente diverse riguardo a ciò che sia giusto e possibile, nonché al diverso grado di consapevolezza di quanto effettivamente si sta verificando durante il ricorso alla mediazione. Mediatore e avvocato, per esempio, sono socializzati a svolgere un mestiere diverso e in assoluto contrasto: per il primo vige il principio di imparzialità, per il secondo l'interesse della parte che a lui si affida. È dunque difficile che si instauri a priori un rapporto di tipo collaborativo per la risoluzione della questione. Ciò è spesso indipendente dalla volontà o dalla buona fede reciproca, ma rinvia piuttosto al tipo di competenze che sono state acquisite e interiorizzate e al modo in cui il professionista si legittima nella relazione con il cliente. Nel corso di un lavoro di ricerca sul mondo delle professioni legali, Milburn (Milburn 2002), analizzando le sequenze di interazione tra avvocati e mediatori da una parte e i

22 Infatti: il suo esperimento costituisce condizione di procedibilità dell'esperimento dell'azione giurisdizionale in alcune controversie tipologicamente predeterminate, ex art. 5 comma 1 *bis* del Decreto Legislativo 28/2010; la mancata ingiustificata partecipazione delle parti evocate comporta sanzioni processuali ed economiche, ex art. 8 comma 4 *bis* del Decreto Legislativo 28/2010; la proposta del mediatore ha precisi effetti, ex art. 13 del Decreto Legislativo 28/2010; il verbale di conciliazione è suscettibile di diventare titolo esecutivo, ex art. 12 del Decreto Legislativo 28/2010.

23 Simmel tratta di questo tema all'interno in riferimento alla determinazione quantitativa del gruppo (Simmel 1998, p.89 e ss).

loro reciproci clienti dall'altra, ha mostrato come la fiducia e l'autorità professionale siano negoziate e non date per scontate. Un ruolo cruciale nel favorire la legittimazione sarebbe così rivestito dalle competenze relazionali del professionista. In questa prospettiva ci sarebbe, secondo Milburn, nel ruolo di avvocato qualcosa che, rispetto al mediatore, lo facilita nell'acquisizione di autorità nei confronti al cliente. Egli viene infatti percepito in modo più immediato come colui che è depositario di risorse preziose (la conoscenza del diritto) che lo ricongiungono direttamente con l'autorità ultima che è chiamata a giudicare. Ciò non avviene o avviene in misura minore nel caso del mediatore. Tuttavia, mentre l'avvocato è abituato a stare in una relazione singolare e univoca con la parte – e ogni avvocato con la propria – è proprio del mediatore stabilire relazioni con entrambe le parti - e con i reciproci difensori – e favorire al contempo l'instaurarsi di relazioni tra di esse. Per far ciò ricorre a codici comunicativi differenziati e a competenze relazionali forse meno evidenti ma certo altamente specializzate. Queste hanno poco o niente a che fare con la conoscenza di codici e procedure e difficilmente possono essere acquisite attraverso una formazione di qualche ora.

Sarebbe dunque riduttivo pensare che la nuova norma che regola la mediazione determini, *de plano*, un assoggettamento del mediatore all'avvocato tanto per quanto riguarda la cornice istituzionale che va a inquadrare la figura del mediatore<sup>24</sup>, che per ciò che attiene le dinamiche di relazione che si determinano nel corso della mediazione stessa. Imparare a districarsi nell'accompagnamento alla procedura non diventa infatti solo una prerogativa ma anche una nuova e inevitabile sfida per l'avvocatura. Aldilà dei criteri di competenza individuati dal legislatore, la consulenza per uno strumento di negoziato, si dimostra, nella pratica, una vera e propria arte; un insieme di compiti non sempre scritti che implicano anche conoscenze non giuridiche e competenze slegate dal diritto processuale e sostanziale. Il modo in cui l'avvocato/mediatore, o l'avvocato accompagnatore delle parti in mediazione decide di rispondere a tela nuova sfida potranno essere le più varie. Aldilà di ciò che la legge prevede (formazione adeguata) e il Consiglio Nazionale Forense stabilisce (15 ore) potrà essere lo stesso professionista a percepire la necessità di intraprendere processi formativi adeguati per diventare un mediatore e, forse, un legale capace di gestire in modo diverso la relazione con il cliente. Ugualmente, può darsi che in mancanza di competenza in merito sia lo stesso legale a scegliere di rivolgersi allo specialista in accompagnamento delle parti. Si apre così lo spazio per nuove e più flessibili configurazioni del rapporto tra queste due professioni (Barthélémy 2009). In questa prospettiva diventerà un terreno di particolare interesse, per la riflessione sulla professionalizzazione della mediazione, l'analisi delle dinamiche di interazione reciproca che verranno configurandosi tra i diversi attori dentro e fuori la procedura mediativa. In particolare si tratta di far risaltare, accanto ad aspetti più tipici della riflessione sulle professioni (i metodi di remunerazione, il reclutamento e l'addestramento, i tipi di carriera, i conflitti di ruolo, le relazioni interpersonali sul lavoro, l'immagine pubblica delle professioni, e la distribuzione del potere e del prestigio nel loro ambito), l'eventuale sperimentazione di forme di associazione e cooperazione nelle quali mediatori e avvocati si possono ancorare reciprocamente attraverso relazioni di scambio e cooperazione; quale ruolo verranno a attori e ruoli di intermediazione e coordinamento, quale peso avrà il fattore istituzionalizzazione.

Dal processo analizzato in questo contributo sembrano, inoltre, emergere due nuove figure di avvocato - l'avvocato mediatore e l'avvocato accompagnatore - che andranno ad accentuare, almeno in via potenziale il carattere segmentato che va sempre più assumendo la professione forense. Allo stesso tempo, come si è voluto enfatizzare nello scegliere il titolo dell'ultimo paragrafo, pur nascendo come professioni distinte, il mediatore e l'avvocato si trovano oggi, almeno in parte, a convivere all'interno di uno stesso guscio istituzionale. Se ed eventualmente in che modo, da ciò possa generarsi, come nel caso descritto da Elias una nuova figura professionale, lo potremo verificare solo con il tempo. In questa prospettiva, il contributo che verrà della ricerca e della riflessione nell'ambito della sociologia delle professioni potrà sicuramente fornire un contributo importante per favorire lo sviluppo di riflessività indispensabile per il lavoro del mediatore ma forse, oggi più che in passato, utile anche per l'avvocato.

24 Si tratta di una possibilità reale che potrebbe essere ulteriormente rafforzata dall'interesse, paventato da alcuni, a disciplinare due nuovi istituti, la negoziazione assistita dagli avvocati e il trasferimento agli avvocati/arbitri dei processi pendenti, che spingono ulteriormente verso questa direzione.

## Riferimenti bibliografici

- Abbott A. (1988), *The System of Professions. An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago: University of Chicago Press.
- Bellini A. (2014), *Gli avvocati e i paradossi della regolazione delle professioni: un esercizio autoriflessivo*, in «Sociologia del Lavoro», 135 (in corso di stampa).
- Barthélemy F. (2009), *Mediateur social, une profession émergente?*, in «Revue Française de Sociologie», 2(50).
- Beck U., Beck-Gernsheim E. (2002), *Individualization: Institutionalized Individualism and its Social and Political Consequences*, London: Sage.
- Bonafè-Schmitt J.P. (1992), *La médiation, une justice douce*, Paris: Syms Alternatives.
- Bucher R., Strauss A. (1961), *Professions in process*, in «American journal of sociology», LXVI: 325-334.
- Calcagno C.A. (2014), *Il legale e il mediatore*, Roma: Aracne editore.
- Carr Saunders A.M., Wilson P.A. (1933), *The Professions*, London: Oxford University Press.
- Champy F. (2012), *La sociologie des professions*, Paris: PUF.
- Cosi G., Fodai M. A. (2003), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Sassari, Milano: Giuffrè.
- Cosi G. (2007), *Invece di giudicare: scritti sulla mediazione*, Milano: Giuffrè.
- Demaziere D. (2004), *Médiation et médiateurs sociaux: entre nomination et professionnalisation*, in «Formation emploi», 86: 11-23.
- Demaziere D., Gadea C. (2009, sous dir.), *Sociologie des groupes professionnels. Acquis récents et nouveaux défis*, Paris: La découverte.
- Dubet F. (2010), *Integrazione, coesione e diseguaglianze sociali*, in «Stato e Mercato», 1:35-58.
- Elias N. (2010), *Marinaio e gentiluomo. La genesi della professione navale*, Bologna: Il Mulino.
- Guillaume Hofnung M. (2005), *La médiation*, Paris: PUF.
- Lande J. (2000), *Toward More Sophisticated Mediation Theory*, in «Journal of Dispute Resolution», 321(2).
- Larson Sarfatti M. (2009), *The Rise of Professionalism*, Berkeley.
- Lucarelli P. (2011), *Procedimento di mediazione e questioni di senso*, «Il Foro Italiano», VI(2):1-6.
- Lucarelli P. (2014), *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in «Judicium».
- Luciano A. (1989, a cura di), *Arti maggiori. Comunità professionali nel terziario avanzato*, Roma: Carocci.
- Milburn P. (2002), *La compétence relationnelle: maîtrise de l'interaction et légitimité professionnelle. Avocats et médiateurs*, «Revue française de sociologie», 43(1): 47-72.
- Parsons T. (1968), *Professions*, in D.L. Sills (1968, ed.), *International Encyclopedia of the Social Sciences* New York: Mcmillan; trad. it.: *Professioni*, in W. Tousijn (1979, a cura di), *Sociologia delle professioni*, Bologna.
- Perulli A. (2013), *Processi e parole di sociologia*, Roma: Carocci.
- Putnam R. (2000), *Capitale sociale e individualismo*, Bologna: Il Mulino.
- Relis T. (2009), *Perceptions in Litigation and Mediation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Rizzi R. (2007, a cura di), *Itinerari del rancore*, Milano: Bollati Boringhieri.
- Santoro M. (2009), *Norbert Elias, The Genesis of the Naval Profession*, in «Sociologica», 1.
- Simmel G. (1998), *Sociologia*, Milano: Comunità.
- Tawney R.H. (1921), *The Acquisitive Society*, London: G.Bell and Son; trad. it. *La società acquisitiva*, in *Opere*, Torino: UTET, 1975.
- Tomelleri P. (2007), *Presupposti antropologici e sociologici del rancore*, in R. Rizzi (2007, a cura di), *Itinerari del rancore*, Milano: Bollati Boringhieri.
- Vicarelli G. (2012), *Medici e manager. Verso un nuovo professionalismo?*, in «Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali», Anno II, Numero 3/Giugno.
- Volponi A.F. (2004), *La démarche de recherche comme médiation: point de vue sociologue*, in «Esprit Critique», Eté, 6(3).
- Wilensky H. (1964), *The Professionalization of Everyone?*, in «American Sociological Review», LXX; trad. it. parziale: *La professionalizzazione di tutti?*, in *Sociologia delle professioni*, W. Tousijn (1979, a cura di), Bologna.

