

Giovanni Giangreco Marotta

con

Michele Gorga, Claudio Carcereri de Prati, Carlo Recchia,
Luca Tantalo, Paolo F. Cuzzola, Cira Di Feo, Mario Tocci,
Valentina Siclari, Maria Cristina Biolchini, Alessandro Bruni,
Gian Luigi Pepa, Massimiliano Nisati, Paola Martinelli,
Pier Antonio Ceschi, Anna Laura Tocco, Leonardo D'Urso

Atti del 1° Meeting Nazionale della Mediazione Civile

organizzato dall'Associazione Primavera Forense
20 settembre 2013 - Casa Bonus Pastor - Roma

pe primiceri
editore

LA MEDIATION ADVOCACY: COME L'AVVOCATO DOVREBBE ASSISTERE IL PROPRIO CLIENTE IN MEDIAZIONE

di Avv. Alessandro Bruni¹

Introduzione

La mediazione civile e commerciale, gestita da soggetti pubblici (es.: Camere di Commercio) o privati si è recentemente ulteriormente affermata anche nel nostro Paese come modalità alternativa di soluzione delle controversie civili e commerciali, introducendo il ricorso ad una modalità di soluzione delle controversie in cui, sebbene con l'ausilio di un mediatore professionista, la decisione, ovvero l'accordo che compone la lite, discende dalle stesse parti le quali, per raggiungere tale risultato, si avvalgono sempre più della competenza e consulenza di un professionista che le assiste.

E' fondamentale che questo istituto nuovo, ma antico allo stesso tempo, venga valutato positivamente dai professionisti che dovranno assistere le parti nei procedimenti di mediazione civile e commerciale. A tal proposito è imprescindibile che i professionisti stessi che accompagnano i propri clienti in mediazione, siano preparati alla c.d. "*mediation advocacy*", che è l'arte di condurre un procedimento di mediazione a favore del proprio cliente.

¹ Uno dei primi due italiani ad ottenere il prestigioso accredito internazionale IMI CERTIFIED MEDIATOR. Avvocato. Fondatore e Consigliere di CONCILIA srl, dal 1999 provider nazionale ed internazionale di servizi di ADR e di formazione in ADR; Presidente di *Mediators Beyond Borders International- Italy Professional Chapter*; Vice-Presidente della Camera Arbitrale della Camera di Commercio di Viterbo; Docente di "Mediazione e Conciliazione", "Gestione Strategica delle Risorse Umane" e "Comunicazione Interpersonale e Conflittualità" nell'Accademia Internazionale delle Scienze della Pace di Roma; Docente di "*Mediation Techniques*" al Corso Post-Universitario "*European Mediation Training for Practitioner of Justice – EMTJP*", presso l'Università di Bruxelles *T'Serclaes/Hermes/Erasmus*. E' Arbitro e Mediatore professionista in Italia ed all'Estero. Già Membro fondatore della "Commissione ADR" del Cons. dell'Ordine degli Avvocati di Roma e Membro del Consiglio Direttivo della Società Italiana per la Mediazione delle Controversie - S.I.MED., Roma. E' Socio fondatore e già Membro del Comitato Esecutivo del Raggruppamento Europeo dei Magistrati per la Mediazione (Gemme), Sez. Italia. E' Responsabile del Comitato ADR di *Avocats Sans Frontières, Italy Chapter*. E' Autore di numerosi articoli, saggi, libri in materia di Mediazione, Conciliazione, A.D.R., Diritto Internazionale Privato, Diritto Comunitario, tra cui il Manuale "La Mediazione Conviene", Maggioli 2012.

Un'efficace attività di rappresentanza dei clienti in una procedura di mediazione civile o commerciale richiede agli avvocati di ogni singola parte lo stesso livello di preparazione che si richiede in un eventuale procedimento giudiziario. Soprattutto ora che la nuova normativa sulla mediazione ha introdotto l'obbligo dell'assistenza degli avvocati di parte durante tutto il corso della procedura², a partire dal primo incontro di programmazione sino all'incontro conclusivo in cui si redige e sottoscrive (anche da parte degli avvocati presenti) l'accordo conciliativo affinché quest'ultimo possa acquisire forza di legge, *la mediation advocacy* risulta essere argomento di particolare importanza.

Ma andiamo in ordine.

** Il presente articolo costituisce un estratto ragionato dell'articolo "Mediation Advocacy", pubblicato da CONCILIA.*

Qual è il significato del termine *advocacy*?

Il termine "*advocacy*" sta a significare un insieme di azioni il cui obiettivo principale da parte di chi le pone in essere è quello di sensibilizzare il più possibile gli interlocutori, al fine di influenzare le decisioni in merito ad una causa o ad una politica in una direzione ben definita e sapientemente preparata. Ciò è fatto attraverso arringhe o argomentazioni che vadano in favore di qualcosa o qualcuno. L'*advocacy* opera sul presupposto di un insieme collettivo di valori e beni comuni, per conto di un altro soggetto, che debbono essere portati a conoscenza degli interlocutori di quel soggetto.

Esistono vari tipi di *advocacy*, alcuni contro comportamenti socialmente deprecabili come la violenza sulle donne e sui minori, le mine giocattolo, i bambini soldato, ecc.; altri in favore di comunità più ristrette di persone e più definite, sino ad arrivare alla *cd advocacy ad personam* che può concretizzarsi in difese personali (più o meno ad oltranza e più o meno elaborate in contesti controllati e regolati) da parte di professionisti: anche la difesa in giudizio dell'avvocato è considerata attività di *advocacy*.

² Si veda la formulazione degli artt. 8, co. 1, e 12, co. 1, D. Lgs. 28/2010, così come modificati ed integrati dal Decreto del Fare (DL n. 69/2013 convertito dalla legge n. 98/2013).

Con il termine “*mediation advocacy*” o “*advocacy in mediation*” si identificano e riassumono quelle serie di attività, tecniche e tattiche (soprattutto negoziali, relazionali, psicologiche e sociali) con cui l’assistente (avvocato e/o altro consulente) della parte in mediazione partecipa al procedimento, sostenendo, in modo “non-avversariale”, le posizioni, i bisogni e gli interessi del proprio cliente. Durante la mediazione, infatti, le tradizionali tecniche di tipo “avversariale”, che di solito sono utilizzate dagli avvocati nel procedimento contenzioso, non rappresentano sempre la scelta migliore.

L’esito di una procedura di mediazione dipende, in larga misura, dalla *performance* degli assistenti di parte, e dal loro “comportamento negoziale”.

Una delle caratteristiche principali della mediazione è quella di attribuire alle parti un ruolo per così dire strategico e “chiave” nell’assunzione delle decisioni, mentre il mediatore e gli assistenti dovrebbero assicurarsi di agevolare il processo negoziale, senza possibilmente interferire grandemente.

Considerando la predetta previsione normativa che implica la necessaria presenza degli avvocati di parte durante tutte le fasi della mediazione, si parlerà di *mediation advocacy* riferendosi agli avvocati che assistono i proprio clienti in mediazione, avendo ben chiaro, però, che tutte le indicazioni che verranno fornite in questa relazione sono assolutamente valide per l’attività di assistenza del cliente operata da ogni e qualsiasi altro professionista che affianchi il proprio cliente (sia esso commercialista, tecnico, ecc...).

Il ruolo degli assistenti di parte, quindi, è fondamentale per il procedimento di mediazione, ma anche nelle fasi precedenti l’inizio della mediazione (c.d. fasi di preparazione del cliente alla mediazione e di preparazione della mediazione) e successivamente alla stesura e sottoscrizione dell’accordo finale conciliativo (c.d. fasi di controllo del rispetto dell’accordo).

Ciò detto è di buon auspicio, in un’ottica di mediazione per così dire *de iure condendo* (considerando le nuove normative in vigore dal 20 del mese di settembre), che gli assistenti delle parti sviluppino competenze nel campo della mediazione come parte integrante del loro bagaglio di competenze necessarie, per assistere a 360 gradi i propri clienti nel momento in cui siano chiamati ad affiancarli in mediazione.

Di seguito alcune importanti tattiche per assistere al meglio il proprio cliente in mediazione.

1) Stabilire quando la disputa risulta essere "matura" per la mediazione.

Ho avuto modo più volte in questi anni di discutere con colleghi avvocati circa il momento migliore per depositare una istanza di mediazione in rappresentanza di un cliente; in buona sostanza quando la disputa possa essere considerata matura per essere portata in mediazione.

Da parte di alcuni colleghi si pensa che il momento migliore per depositare l'istanza di mediazione sia quello immediatamente antecedente la data fissata per l'udienza del processo già istaurato (naturalmente in caso di mediazione volontaria).

Ho sempre mostrato il mio disaccordo a tale approccio in quanto è evidente che prima la disputa può dirsi risolta (auspicabilmente) con una mediazione, maggiori sono le possibilità che i rapporti tra le parti possano essere ripristinati e/o addirittura migliorati. Questo aspetto risulta essere di fondamentale importanza soprattutto quando le parti hanno stipulato diversi rapporti contrattuali per così dire *in itinere* rispetto a quello oggetto della disputa, e magari contratti di durata che non possano essere bruscamente interrotti, ma la cui gestione dipende direttamente o indirettamente dalla sorte del contratto oggetto della mediazione.

Ovviamente non può stabilirsi aprioristicamente e in generale quale sia il tempo migliore per depositare un'istanza di mediazione rispetto ad una qualsiasi disputa insorta, sebbene possa considerarsi giusto l'approccio di chi indichi come il momento giusto per mediare sia quando l'avvocato ed il suo cliente dispongano di informazioni sufficienti per valutare adeguatamente la vicenda occorsa e la strada da seguire.

2) Scegliere l'organismo ed il mediatore

Sia per la scelta dell'organismo che per quella del mediatore, il primo requisito è sicuramente la qualità.

L'organismo deve essere qualitativamente in grado di condurre la mediazione supportato da uno *staff* di segreteria ben preparato e

veloce, da case-manager professionali e da un regolamento di mediazione che sia chiaro, preciso ed intellegibile.

Per quanto concerne il mediatore, considerando la possibilità che lo stesso possa essere nominato dall'organismo su scelta comune delle parti, l'avvocato di parte potrebbe scegliere insieme al cliente una rosa di mediatori che più si confanno al caso concreto (mediante la richiesta all'organismo di invio dei rispettivi c.v.) e, successivamente, discuterne con il collega di controparte, cercando di convincerlo della bontà di una scelta mutua e concordata del mediatore, indicando che in caso contrario sarà l'organismo a provvedere alla nomina.

Un requisito per la migliore scelta del mediatore, soprattutto in casi complessi, oltre alla sua esperienza professionale nella materia oggetto del contendere, è assolutamente quello di una buona dose di esperienza in qualità di mediatore. Certe capacità ed attitudini di mediazione non possono essere insegnate con un semplice corso di formazione di poche decine di ore e, quindi, si acquisiscono solo nel tempo, mediando.

Sarebbe anche bene poter scegliere il mediatore in base ad alcuni tratti personali da lui posseduti che sono difficili da definire, e praticamente impossibili da imparare, ma che possono fare la differenza, come ad esempio: flessibilità, creatività, pazienza, perseveranza, empatia.

Da ultimo, ma non per ultimo, è bene che il mediatore abbia una sostanziale conoscenza giuridica (almeno) dell'area del diritto direttamente interessata dalla controversia portata in mediazione.

In caso contrario, infatti, oltre a poter potenzialmente perdere alcuni passaggi logico-giuridici ineludibili, il mediatore potrebbe richiedere più tempo per capire i problemi che sono sottesi a quel particolare ambito giuridico, allungando i tempi di (possibile) soluzione della controversia e potenzialmente esasperando gli animi degli assistenti legali di parte che sentirebbero di non parlare lo stesso linguaggio. Ad es.: se la disputa verte su un contratto di *interest rate swap*, è necessario ed imprescindibile che il mediatore sia competente e conosca gli strumenti finanziari derivati come previsto dall'articolo 1, comma 3, del Testo Unico della Finanza (T.U.F.). Ciò detto, però, considerando tutte le caratteristiche della mediazione e le sue finalità, è bene ricordare che ove l'avvocato ed il proprio cliente

dovessero scegliere tra un mediatore con molta esperienza in materia di *interest rate swap* (per continuare con l'esempio appena riferito), ma senza un'adeguata formazione ed esperienza in tecniche di mediazione, ed un mediatore con nessuna esperienza nella materia finanziaria di cui in precedenza, ma con una forte formazione ed esperienza in mediazione, sarebbe bene che gli stessi scegliessero quest'ultimo.

3) Preparare la mediazione.

L'attività di preparazione per la successiva partecipazione ad una mediazione è estremamente importante, come del resto dovrebbe essere in una qualsiasi attività di assistenza in giudizio espletata dagli avvocati.

Tranne casi particolarmente complessi ed intricati, la mediazione non ha generalmente bisogno della stessa mole di preparazione, come per un processo, ma il sottovalutare la preparazione di una mediazione può rivelarsi un macroscopico errore, a svantaggio del cliente che si rappresenta o affianca.

La mediazione, come si sa, è una "negoziazione assistita" e la conoscenza del procedimento in ogni suo aspetto è sicuramente un *plus* per l'assistente e per la parte che lui assiste. In buona sostanza, se l'avvocato di parte ed il suo assistito hanno già riflettuto su ciò che andranno a fare con il mediatore e su quali saranno i vari passaggi logici e temporali di cui è composta una mediazione, e se i medesimi suddetti soggetti sono ben preparati in merito a cosa li aspetta e sugli atteggiamenti da tenere e sulle richieste che verranno loro fatte, senza dubbio sembrerà alle stesse parti di possedere maggiormente e migliormente l'intero procedimento di mediazione.

Anche la preparazione di un *modus* comportamentale aperto all'ascolto dell'altro e del mediatore è di fondamentale importanza per parlare il linguaggio della mediazione e del mediatore. Mentre il mediatore riferisce a ciascuna parte e al proprio consulente i punti di forza e di debolezza della propria posizione nel caso specifico portato alla sua attenzione, l'avvocato di parte dovrebbe ascoltare bene tutto con attenzione, sia che il mediatore risulti o meno sintonico con la visione del legale e del suo cliente. Lo stesso dovrebbe succedere quando è la parte avversa a parlare o il suo avvocato.

I migliori negoziatori conoscono molto bene ed applicano costantemente la tecnica dell'ascolto e dell'ascolto attivo e preferiscono parlare dopo la loro controparte, se gli è permesso. La regola è: prima ascoltare, poi parlare e rispondere. Ricordiamo Plutarco da Cheronea, filosofo ed educatore greco, che, nel 90 d.c. nel suo testo "L'arte di ascoltare" scriveva che "*la natura ha dato a ciascuno di noi due orecchie ma una lingua sola perché siamo tenuti più ad ascoltare che a parlare*".

Inoltre, se non si è preparati si corre il rischio di apparire deboli per il proprio cliente, il mediatore e l'altra parte.

Una delle chiavi del successo nella mediazione è per l'avvocato di parte quella di aiutare il mediatore al fine di presentare al meglio il caso del proprio cliente all'altra parte. In tal caso si arginano grandemente gli effetti di un fattore psicologico che va sotto il nome di "svalutazione reattiva", cioè la tendenza che ha una parte in lite di farsi un'idea negativa delle dichiarazioni della controparte. Se infatti è il mediatore a traghettare un'idea o un concetto (rispetto alla mia controparte) io sono più propenso ad accettare quanto comunicatomi o, quantomeno, ad ascoltare e riflettere.

Per fare questo l'avvocato di parte (soprattutto negli incontri riservati, i *caucus*) dovrebbe prepararsi a presentare - senza filtro alcuno - i fatti occorsi al mediatore ed indicare la sua ragionevole valutazione dei risultati di un possibile procedimento giudiziario, sulla base dei fatti e del diritto. Non produce alcun risultato il *bluff*, in quanto un tale atteggiamento causerebbe la riduzione di credibilità verso tutti i partecipanti alla mediazione, compreso il proprio cliente. E' bene che l'avvocato di parte tenga sempre presente che in ogni fase della mediazione non ci sono regole scritte, ma sono implicite regole comportamentali: il procedimento è totalmente informale, sebbene siano da rispettare alcune regole di deontologia, e sebbene sia necessario non andare *contra legem* (ciò detto, però, non implica che si debba per forza andare *propter legem*).

Durante la preparazione personale *ante*-mediazione il professionista avvocato farà bene a conoscere la funzione di tutti i passaggi e delle fasi di cui è composta una mediazione. Per non parlare poi dell'attenzione che l'avvocato di parte dovrebbe usare nella preparazione del primo incontro di programmazione, soprattutto quando la controparte dovesse essere assistita da un avvocato che

non ha la minima idea di cosa sia la mediazione, dei suoi vantaggi o, a maggior ragione, quando il proprio collega di controparte dovesse mostrarsi avverso alle procedure di mediazione. In quest'ultimo caso, infatti, per non far perdere al proprio cliente le opportunità solutorie derivanti da una mediazione (che, ricordiamo, non è ancora iniziata in quanto – a parere di chi scrive – non può considerarsi incluso nelle fasi della mediazione il primo incontro di programmazione, che ha il solo scopo di chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, affinché le parti stesse possano esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procedere con lo svolgimento). E' sufficiente, in realtà, un atteggiamento reattivo e non proattivo a far saltare le trattative³. Ecco allora che il buon assistente di parte non dovrà perdere la strada maestra, tanto faticosamente discussa e concordata con il proprio cliente.

La propria preparazione alla mediazione confermerà all'avvocato di parte se sia opportuno o meno un'ulteriore attività di implementazione di tale preparazione, ciò al fine di massimizzare il potenziale di risoluzione della controversia del proprio cliente.

4) Preparare bene il proprio cliente alla mediazione.

La prima fase della preparazione sostanziale dovrà soffermarsi sull'**analisi dei fatti occorsi e delle questioni giuridiche sottostanti** e sulla **collazione dei principali documenti** che si ritiene aiuteranno a sostenere le posizioni del proprio cliente. Questo lavoro permette all'avvocato di capire quali siano le informazioni che gli mancano, determinando il modo di ottenerle.

³ Per “reattivo” si intende un comportamento che reagisce agli eventi che capitano (es.: per l'avvocato di una parte potrebbe significare il rispondere a tono al collega di controparte che cerca di svilire e ridicolizzare il procedimento di mediazione). Invece il comportamento “proattivo” è un modo di reagire agli eventi in maniera tale da non lasciarsi travolgere da ciò che accade. Il termine proattivo viene usato anche per indicare la capacità di prevedere e gestire i problemi futuri, non rimanendo in balia degli eventi che possono accadere durante la mediazione (es.: il collega che mi infastidisce perché, non avendo compreso alcunché della mediazione, ciò nonostante ne denigra le potenzialità e sminuisce il suo significato per il suo cliente e per il mio), e che rischiano di non far rispettare all'avvocato gli obiettivi che si è prefissato (es.: il risultato di soddisfazione in termini di interessi e bisogni (almeno primari) del proprio cliente).

Il proprio cliente deve avere una conoscenza generale (ma approfondita) del procedimento di mediazione e deve sapere anche quale sarà il suo **ruolo specifico nel procedimento** stesso, che è molto diverso rispetto al ruolo di una parte offesa o di un teste in un giudizio di tribunale.

Nonostante non si richiedano capacità da psicologo all'avvocato di parte, quest'ultimo dovrebbe analizzare il più possibile quali possano essere i c.d. "**filtri percettivi**" propri e del proprio cliente, sviluppando, quindi, un'analisi più obiettiva degli elementi della controversia. Sapere come il cliente viva il dramma della propria controversia, quale eventuale grado di colpa si senta addosso e che tipo di responsabilità personale accampi nell'evento conflittuale in corso, può essere un buon metodo di indagine per rafforzare successivamente le istanze del cliente e renderlo più efficace e consapevole in mediazione.

La consapevolezza di questi filtri percettivi, inoltre, può risultare molto importante durante gli incontri di preparazione tra avvocato e cliente, allo scopo della ricerca di quali possano essere le reali esigenze del cliente, individuando le questioni rilevanti da trattare in mediazione e le posizioni da assumere al di là delle questioni di principio.

Produrre *a priori* una scaletta di punti di problema da affrontare successivamente in mediazione con la controparte, può essere molto utile a non rischiare di sottovalutare con il proprio cliente alcuna sua istanza.

A volte, infatti, non vi è che un solo problema da affrontare, ma più spesso di quanto ci si possa immaginare, invece, ci sono molteplici problematiche (spesso collegate tra loro, a volte autonome) da affrontare in una specifica controversia. Sarà necessario, quindi, che l'avvocato analizzi con il proprio cliente quali siano i problemi da affrontare e le posizioni che verranno assunte (ipotizzando anche quali atteggiamenti potrà assumere la controparte e che tipo di reazioni potrà avere alle richieste formulate dal proprio cliente).

Durante tale fase della preparazione preventiva con il proprio cliente, è anche bene che l'avvocato vada per così dire "**oltre**" **la propria valutazione giuridica del caso**, ragionando con il proprio cliente anche su elementi quali "punti di forza e di debolezza negoziale" (propri ed altrui), "migliori alternative possibili

all'accordo conciliativo – BATNA” (proprie ed altrui), “ipotesi di accordo conciliativo da sviluppare e condividere insieme alle altre parti”, “interessi e bisogni da vedere soddisfatti” (propri ed altrui), “concessioni possibili” (del proprio cliente e di controparte), ecc... L'avvocato, cioè, deve avere presente e ragionare con il proprio cliente non solo sulle questioni legali che sono sottese alla disputa oggetto di mediazione, ma anche sugli interessi di tipo “sostanziale”, sui bisogni ed interessi (a volte non espressi) del cliente e sulle sue relazioni nel conflitto.

In particolare, stabilire con il proprio cliente quali siano le proprie BATNA (*best alternative to a negotiated agreement* – migliore alternativa all'accordo negoziato) significa capire le condizioni alle quali non sia più assolutamente conveniente per il proprio cliente continuare a negoziare in mediazione, in quanto qualunque alternativa si presentasse all'accordo negoziato (cioè ad un possibile accordo raggiunto durante la mediazione), essa sarebbe assolutamente più vantaggiosa rispetto a quest'ultimo.

Ovviamente, se ci sono alternative molto interessanti a disposizione del proprio cliente al di fuori della mediazione, il cliente stesso e l'avvocato che lo assiste saranno meno inclini a fare concessioni in mediazione. Ove, invece, al di fuori dell'accordo potenzialmente (e sperabilmente, in questo caso) ricercabile in mediazione il proprio cliente non abbia alternative favorevoli (o più favorevoli), ossia abbia quindi solo WATNA (*worst alternative to a negotiated agreement* – peggiore alternativa all'accordo negoziato), l'avvocato ed il proprio cliente dovranno cercare nella mediazione un'ancora di salvezza e, quindi, saranno (anche con gli atteggiamenti) propensi a fare concessioni e a riflettere sull'accoglimento di richieste altrui.

In altre parole, se l'accordo finale che si può ipotizzare in mediazione risulti meno attraente rispetto all'alternativa che la parte, con il proprio avvocato, ha identificato (la BATNA del cliente), essa sarà assolutamente più propensa a seguire la via prospettata dall'alternativa che ha analizzato come attuabile fuori dalla mediazione, oppure saprà che in mediazione potrebbe essere conveniente aumentare a proprio vantaggio le proprie richieste alla controparte, diminuendo le concessioni. Al contrario, se l'accordo che si prospettasse (sempre con un giudizio *a priori*) in mediazione fosse per la parte più attraente dell'alternativa che la parte stessa

valuti di avere fuori dall'ambito negoziale, l'avvocato di quella parte farà bene a consigliarle di accettare l'accordo conciliativo.

La stessa situazione si otterrebbe per la BATNA e WATNA della controparte.

Ecco perché sarebbe bene affrontare con il proprio cliente un'indagine "prognostica" sulle possibili verosimili BATNA/WATNA della controparte.

Tale valutazione di BATNA/WATNA della controparte, inoltre, è fondamentale anche perché, dopo aver individuato nel miglior modo possibile quali verosimilmente possano essere le alternative valide per l'altra parte (le sue BATNA), l'avvocato ed il cliente sapranno cosa possono offrire in concessione alla stessa, in modo da risultare "più attraenti" delle sue BATNA.

Nel proporre al proprio assistito l'indagine sulle BATNA/WATNA (proprie ed altrui), l'avvocato di parte deve tenere bene in mente che, spesse volte, le alternative da analizzare possono includere possibilità per così dire "fuori dagli schemi" giuridici classici (le classiche alternative del proporre una causa o resistere ad una causa introdotta da controparte), come, ad es., come ottenere maggiore pubblicità a vantaggio proprio e a svantaggio altrui, come reperire nuove commesse in capo a nuovi clienti in maniera tale da sopperire al minor introito che deriverebbe dalla mancanza di richiesta di commesse ad opera della controparte, ecc...

E' anche importante **descrivere e mappare il conflitto**, individuando quali sono tutti gli attori che vi prendono parte: ci sono le parti direttamente interessate dal e coinvolte nel conflitto, ci sono i loro rappresentanti e ci sono i legali. Ciascuno di loro ha potenzialmente interessi differenti e azioni e reazioni diverse, potendo influenzare in modo differente l'esito della lite. Tutte queste tipologie di relazioni dovrebbero poter essere identificate e discusse *a priori* dall'avvocato di parte insieme al suo cliente, preliminarmente al primo incontro di mediazione. Tale attività di verifica andrebbe fatta in modo tale da poter delineare e chiarire i possibili contrasti fra tutti gli attori della controversia.

Insomma, ogni valutazione che possa attagliarsi alle esigenze del proprio cliente e che non sia squisitamente giuridica, ma che tocchi altri aspetti tra cui il relazionale ed il personale, è necessaria nella preparazione di una buona mediazione.

Tale indagine valutativa, infatti, verrà condotta successivamente dal mediatore con ogni singola parte (e non necessariamente sempre alla presenza del proprio legale, si ricordi la possibilità di *caucus* anche solo tra mediatore e parte), ed è bene che l'avvocato prepari ad arte il proprio cliente a riflettere e a ragionare (anche) su questi punti e non solo sulla comparazione tra ciò che è occorso e ciò che potranno essere i risvolti giuridici della vicenda.

La preparazione su tali punti rende anche più sicuro il proprio cliente che affronterà la mediazione con meno timori e più conoscenza. Risulta essere alquanto imbarazzante per il cliente, infatti, ascoltare il proprio avvocato e il mediatore discutere di questi temi (che, si ricorda, sono personali e rispondono ad esigenze di parte e non di terzi), quando il cliente stesso non ha la minima idea di quali siano le motivazioni che hanno spinto il mediatore a chiedere di riflettere su tali punti e quando, oltretutto, egli non viene interpellato.

A tal fine la preparazione del proprio cliente a parlare direttamente ed a rispondere direttamente alle domande del mediatore risulta essere imprescindibile.

Un'adeguata preparazione del cliente *a priori* evita oltretutto la necessità di spiegazioni di fronte al mediatore nel corso di un *caucus* privato o, evenienza ancora più improduttiva, dinanzi alla controparte.

Un simile, ma differente problema, è quello relativo alla comunicazione preventiva al proprio cliente in merito alle **spese legali** e all'esposizione a possibili costi futuri. Il mediatore potrebbe porre domande su tale argomento alle parti dinanzi ai propri rispettivi avvocati ed è più grave se le parti stesse affrontino tale discussione per la prima volta durante il procedimento di mediazione. Onde evitare imbarazzanti e spiacevoli situazioni, quindi, è bene affrontare preventivamente anche le questioni monetarie.

Preparare il proprio cliente a partecipare alla mediazione significa anche discutere con lui circa le **tattiche negoziali da adottare**.

Una buona tattica per l'avvocato potrebbe essere quella di lasciare che il mediatore e, soprattutto, l'altra parte possano pensare seriamente che il proprio cliente sarebbe comunque disposto ad instaurare (o a resistere in) un procedimento giudiziario se la

mediazione (almeno) non venisse presa con la dovuta serietà, e se non fossero esplorate tutte le possibili vie di soluzione conciliativa.

Anche se la controparte fosse generalmente favorevole a risolvere la disputa in via conciliativa, una delle chiavi di volta dell'avvocato per ottenere una soluzione ragionevole in mediazione è sovente quella di rendere chiaro (sebbene la verità sia diversa) che lui stesso ed il suo cliente sono disposti ad andare in giudizio se non si riesce a raggiungere un risultato migliore in mediazione. Sebbene, infatti, la regola aurea che produce risultati sia quella di partecipare alla mediazione in buona fede (e mai assumendo comportamenti predeterminati e rigidi e di demolizione della controparte) e senza *bluff*, ci sono casi, non troppi per la verità, in cui una posizione per così dire di "sperimentazione" possa portare ad una celere ed indolore risoluzione del caso! Sarà bene che l'avvocato di parte che agisca in tal maniera si assicuri, comunque, che il proprio cliente sappia che non è necessariamente un errore del suo legale il fatto che, alla fine, non si è riusciti a risolvere la disputa in mediazione con l'altra parte.

Durante l'incontro di preparazione alla mediazione tra l'avvocato e il suo cliente è bene anche che l'avvocato:

- illustri il procedimento di mediazione in tutte le sue (possibili) fasi;
- sottolinei l'esigenza che in mediazione si partecipi con un alto grado di flessibilità e disponibilità al compromesso.
- incoraggi la partecipazione attiva dello stesso cliente al procedimento di mediazione (e, ove possibile, preparandolo come se dovesse preparare un testimone per una deposizione o per prova).
- sottolinei il fatto che la decisione finale spetta al cliente, e non all'avvocato.

5) Ottenere i necessari poteri (procura) atti a risolvere la controversia.

Uno dei più gravi e peggiori errori in mediazione risulta essere quello di raggiungere un accordo, e poi scoprire che la soluzione deve essere approvata da un'altra persona che non è presente alla procedura.

Talvolta, specialmente quando le parti direttamente interessate dal conflitto non sono intervenute in mediazione, è possibile che la decisione non possa essere ratificata dagli avvocati (invece) presenti, in quanto gli stessi non sono dotati di tutti i poteri atti a concludere l'accordo.

In tal caso, tale atteggiamento rischia di irritare grandemente la controparte che invece volesse siglare immediatamente l'accordo trovato. Una tale situazione, infatti, oltre a far potenzialmente perdere fiducia e stima nella parte negligente, esporrebbe la parte diligente al pericolo di un secondo ciclo di negoziati, con il rischio conseguente di essere costretti a fare ulteriori concessioni. Ciò risulta il più delle volte inaccettabile per la parte diligente.

Nel tentativo di evitare questa assolutamente spiacevole situazione, salvando la faccia (e potenzialmente l'accordo) può essere molto utile per l'avvocato presente non munito della debita delega a transigere, proporre alla parte diligente l'accettazione dell'accordo così come è stato delineato, e quindi rassicurando tale parte che non vi saranno trattative ulteriori perché l'accordo si intende su base "prendere o lasciare", e quindi potrà essere solo ratificato o meno.

E' bene comunque non arrivare a tali risultati. La mancanza dei necessari poteri, ove si verificasse, dovrebbe essere resa nota ai partecipanti in anticipo rispetto all'accordo o, meglio ancora, all'inizio della sessione, se non addirittura prima che inizi la mediazione!

6) Preparare una dichiarazione di apertura.

Una volta che il procedimento si è istaurato, dopo il discorso introduttivo del mediatore, la maggior parte di essi chiede preliminarmente a ciascuna delle parti di rendere dichiarazioni di apertura.

Questo momento di richiesta risulta essere una grande opportunità che l'avvocato di parte ed il proprio cliente hanno di introdurre loro stessi, i fatti occorsi e vissuti dal proprio punto di vista; potendo anche essere un momento adatto per iniziare ad aprirsi all'altra parte, ai fini di una soluzione conciliativa mutua, pacifica e negoziata.

Vista la delicatezza del momento in cui tutte le parti ed i rispettivi avvocati sono per così dire sul "chi va là", e considerando che, per dirla con Oscar Wilde, "solo le persone superficiali non giudicano

dalle apparenze”⁴, sarà bene (sia per l’avvocato che per il suo cliente) non presentare le proprie dichiarazioni di apertura in modo aggressivo, rischiando oltre tutto di infiammare l’animo delle controparti che ascoltano.

Spesso, quando si sente che ci si sta per infervorare, è meglio non dire nulla (riscoprendo il potere del silenzio) e convincersi che, nonostante si senta fortemente la correttezza della posizione del proprio cliente, egli stesso e la sua controparte sono qui per negoziare in buona fede.

All’inizio della procedura e, comunque, anche per tutto il resto della mediazione è meglio utilizzare un atteggiamento di tipo “cooperativo” e farlo utilizzare tra le parti, al fine di una soluzione che sia pacifica, mutua e condivisa in pieno, sapendo che tutto quello che le parti diranno o non diranno, faranno o non faranno in mediazione è e rimane estremamente riservato e confidenziale e non potrà essere portato all’esterno. Le tattiche che sono rivolte ad “inchiodare” e disorientare l’avversario non sono utili in mediazione, perché rischiano di ritorcersi contro la parte che le utilizza.

E’ sempre comunque meglio cercare di portare la controparte su un piano di collaborazione e non di scontro, in modo tale che la parte avversa sia sempre di più “con-parte” che “contro-parte”, in un ottica di “noi due insieme contro il problema” e non “io contro di te”.

In alcuni casi la collaborazione tra le parti porta a considerare alcune soluzioni più velocemente, salvaguardando buoni rapporti con la controparte, consentendo di non perdere la faccia nei confronti dell’altra parte e di terzi, e spesso portando alla risoluzione di altre controversie per così dire “satelliti”. In mediazione, infatti, sovente si inizia a discutere di un problema e, nel prosieguo, se ne risolvono anche altri “n”, collegati al principale direttamente o indirettamente.

Inoltre, comunque, è sempre meglio lasciar parlare per primo il proprio cliente e, successivamente, aggiungere particolari che il medesimo potrebbe aver dimenticato di riferire.

⁴ Tratto da “*The Picture of Dorian Gray*”, 1891.

7) Durante la mediazione.

E' necessario ricordarsi che le parti principali della mediazione sono il proprio cliente ed il cliente-controparte del collega.

Una volta stabilito quindi l'ordine naturale di importanza dei presenti in mediazione, sarà anche più facile gestire i propri tempi, comprimendoli a favore dei tempi del cliente.

E' saggio evitare di prevaricarlo e di parlare al suo posto (tranne in casi particolari, come ad es. nel caso in cui sia necessario e richiesto dal cliente stesso che non vuole/riesce a sostenere il discorso con la controparte), mentre costituisce una buona tecnica lo spronare il proprio cliente a parlare direttamente al mediatore e alla parte avversa, senza filtri e timori (sebbene in base ad una scaletta predeterminata e, magari, debitamente preparata in precedenza insieme). Successivamente il mediatore fornirà all'avvocato tutto il tempo necessario per integrare ed aggiungere ciò che egli crede opportuno ai discorsi del proprio cliente.

Durante tutta la procedura, poi, è sempre bene mantenere un atteggiamento pacato e rilassato, sebbene vigile e di tutela dei *desiderata* (intesi come bisogni, interessi, possibilità, richieste, etc...) del proprio cliente.

Non è bene mettersi in polemica con il mediatore. E' fondamentale che l'avvocato ricordi sempre che il mediatore nominato, infatti, non ha la minima intenzione di prevaricare le funzioni degli assistenti di parte che, anzi, in molti contesti potranno dallo stesso mediatore essere considerati come una sorta (anche) di suoi assistenti.

Ove il collega di controparte reagisse in maniera inappropriata o ponesse in essere atteggiamenti non consoni ad un procedimento di mediazione, in cui il rispetto delle parti e delle loro necessità è fondamentale, è bene che l'avvocato si rivolga direttamente al mediatore e lasci che sia proprio il mediatore a, per così dire, redarguire l'assistente di controparte per il suo "eccesso di zelo". Si lasci cioè al mediatore il ruolo di filtro, soprattutto quando l'atteggiamento che si sta seguendo appare in linea con le regole (non scritte) della partecipazione alla mediazione.

Altro aspetto importante è quello di mantenere (*in primis* con il proprio cliente) un atteggiamento costante di benevolenza verso un possibile ed auspicabile accordo, senza però tralasciare come *estrema ratio* la possibilità di fornire un *ultimatum* alla controparte

(una sorta di prendere o lasciare) qualora l'accordo sembrasse allontanarsi o sfumare.

8) Durante la stesura dell'accordo.

E' bene che siano direttamente gli avvocati di parte e controparte a tradurre (anche) in termini giuridici l'accordo raggiunto, facendo comunque sempre riferimento alle volontà dei propri clienti ed agli accordi negoziali raggiunti.

E' auspicabile richiedere che gli accordi raggiunti vengano redatti per iscritto quanto prima, se possibile è bene redigere l'accordo di conciliazione nella stessa sessione, senza rinviare tale attività a data successiva. Mai come in questo momento, infatti, l'antico brocardo "il ferro si piega meglio quando è caldo" risulta attuale ed efficace.

Il funzionario dell'organismo di mediazione presente alla procedura, infatti, sebbene possa essere un giurista esperto, non dovrebbe rendere ausilio e consulenza in questa fase.

E' consigliabile non chiedere nemmeno al mediatore cosa sia meglio inserire nell'accordo finale di conciliazione e cosa tralasciare, oppure quali – secondo lui – potrebbero essere le migliori clausole da indicare in accordo.

Tale richiesta, infatti, produrrebbe anche un potenziale svilimento della figura dell'avvocato nei confronti del proprio cliente.

Si ricordi, inoltre, che il mediatore dovrebbe considerare terminato il suo ruolo nel momento in cui le parti hanno raggiunto un accordo di massima, da formalizzare poi in un atto scritto che, comunque, vedrà le parti e i loro legali come unici soggetti a cui è ascrivibile la paternità del documento conclusivo redatto e sottoscritto.

Il compito di redigere l'accordo di mediazione, pertanto, è lasciato direttamente ed esclusivamente alla sapiente professionalità degli avvocati ed altri assistenti di parte che, comunque, potranno servirsi del funzionario di cui sopra al fine materiale della redazione degli atti e relativa correzione e stampa.

9) Dopo l'accordo conciliativo.

L'avvocato dovrebbe continuare a sincerarsi che il proprio cliente benefici delle "conseguenze positive" dell'accordo nel periodo che segue l'avvenuta redazione e sottoscrizione del verbale di conciliazione e dell'accordo ad esso allegato. Soprattutto quando gli

impegni presi in un accordo di conciliazione abbiano ad oggetto comportamenti futuri (es.: pagamenti in tranche, commesse future, scontistiche da applicare a commesse future, concessioni future, ecc...) è fondamentale che l'avvocato che abbia assistito il cliente in mediazione prosegua nella sua opera di consulenza "post-mediativa" a vantaggio della soddisfazione del proprio cliente e al fine di monitorare – con il cliente medesimo – che gli impegni presi dalla controparte vengano onorati.

Si ricordi anche in questa sede che l'art. 12, co. 1, del D. Lgs. 28/2010, nella nuova formulazione, stabilisce a partire dal 20 settembre 2013 che *“ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico”*. Viene fornito quindi all'avvocato di parte un compito altamente professionale e estremamente importante, la certificazione della conformità dell'accordo conciliativo alle norme imperative e al buon costume, e la possibilità che, per il tramite della sottoscrizione del legale di parte, l'accordo conciliativo acquisti efficacia di titolo esecutivo.

Il testo raccoglie gli interventi degli autorevoli relatori ospiti del Primo Meeting Nazionale della Mediazione Civile, svoltosi a Roma il 20 settembre 2013 e organizzato dall'Associazione Primavera Forense.

Euro 8,00

