

**CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE
SCUOLA SUPERIORE DELL'AVVOCATURA**

SEMINARIO

**MEDIAZIONE: L'AVVOCATO NELLA PROCEDURA
ASPETTI NORMATIVI E OPERATIVI
ROMA, 11 DICEMBRE 2010**

**DINAMICHE DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE E IL RUOLO
DELL'AVVOCATO**

AVV. ANA UZQUEDA

Schema di lavoro

1. Introduzione
2. Un approccio diverso
3. L'importanza della formazione degli avvocati
4. L'organizzazione degli studi professionali per accogliere la mediazione e gli altri sistemi ADR.
5. Il ruolo dei professionisti prima, durante e dopo la mediazione
6. Il professionista mediatore
7. Alcuni parametri per la scelta del metodo di risoluzione dei conflitti più appropriato
8. La formazione dei mediatori
9. I possibili ambiti di attuazione della mediazione

1. Introduzione

L'interesse dimostrato da parte delle aziende e dei professionisti verso la mediazione non è occasionale. Non si tratta di una moda, non è soltanto una risposta ad eventuali carenze del sistema giudiziario. Rappresenta più che altro una risposta alla necessità di un cambio di paradigma che rivalorizza la libertà di autodeterminazione degli attori sociali e la continuità dei rapporti tra le parti .

A volte, la soluzione ottimale per due parti in litigio non è rappresentata da una sentenza giudiziale, a prescindere dall'efficienza del sistema.

Il processo è finalizzato a verificare i fatti e ad applicare la norma legale che contempla la soluzione; l'accertamento della verità incontra così innumerevoli limitazioni e si riduce ai "fatti provati" in corso di causa. Non è compito degli organi giurisdizionali verificare che la sentenza soddisfi gli interessi-motivazioni delle parti. Tuttavia i conflitti di solito hanno una struttura complessa, sono formati da diversi elementi, alcuni oggettivi (inadempimenti contrattuali, danneggiamenti ...) e altri soggettivi (percezioni parziali, comunicazioni inefficaci, malintesi, diffidenze, aspettative mancate ...). I magistrati e gli avvocati svolgono la loro attività selezionando gli elementi della controversia che permettono di inquadrare il caso in una delle categorie giuridiche esistenti, senza valutare altri aspetti come, ad esempio, il modo in cui ogni parte percepisce il conflitto, le conseguenze per i futuri rapporti tra le parti e la possibilità di prendere in considerazione un'alternativa più favorevole, quale il raggiungimento di un accordo.

Nella mediazione non c'è un terzo giudicante che deve essere convinto dai confliggenti per vedere riconosciuta le proprie ragioni, è necessario quindi che gli avvocati che assistono le parti siano altresì preparati ad intervenire con un approccio adeguato alla dinamica negoziale che anima la procedura di mediazione.

La mediazione presuppone:

- che le parti abbiano posizioni che sono (o che le parti percepiscono) come contrapposte e reciprocamente escludenti.
- che il mediatore non abbia il potere di imporre una soluzione.
- che il mediatore assista le parti per aiutarle a raggiungere un accordo di reciproca soddisfazione.

Il mediatore non svolge il proprio ruolo lavorando sulle pretese delle parti (in genere opposte e reciprocamente escludenti), bensì sugli interessi e le motivazioni sottostanti tali pretese, che possono essere opposti, ma che spesso sono comuni o anche differenti.

Il mediatore deve individuare i veri obiettivi e le reali esigenze delle parti per aiutarle a soddisfare la maggior quantità di interessi possibili, senza ricorrere necessariamente alla transazione, ma tentando, ove possibile di allargare la base negoziale.

Il mediatore deve riuscire a identificare gli elementi oggettivi e soggettivi del conflitto, capire la sua dinamica e gli atteggiamenti assunti dalle parti, capire le loro percezioni, aiutarli a cambiare prospettiva, a operare un'analisi razionale, a sfogare l'emotività e a confrontare le alternative sorte nel tavolo negoziale con le alternative che ogni parte avrebbe a disposizione qualora non fosse possibile raggiungere un accordo.

Il mediatore deve aiutare ogni parte a valutare le conseguenze delle loro decisioni, a confrontarsi con aspetti oggettivi e facilitare la comunicazione tra le parti per aiutarle ad essere in grado di assumere conclusioni consapevoli.

Per poter svolgere il ruolo del mediatore, è dunque fondamentale la formazione.

Le competenze richieste al mediatore sono rappresentate:

-dalle conoscenze teoriche

(aspetti giuridici, processuali, conoscenza sostanziale della questione oggetto della controversia, aspetti relativi alla teoria dei conflitti, la comunicazione, la negoziazione e la presa di decisioni).

-dalle abilità o capacità

(capacità di condurre una negoziazione integrativa, individuare le motivazioni e gli interessi sottostanti le posizioni delle parti, capire le percezioni che ogni parte ha in relazione al conflitto, promuovere la comunicazione tra le parti, superare i punti di stallo, assistere le parti per valutare le alternative alla mancata risoluzione della controversia)

-dalle attitudini

(quali, ad esempio, riuscire a rimanere imparziali, saper creare un clima di fiducia e di collaborazione, saper mantenere la conduzione della procedura).

2. Un approccio diverso

Di fronte a una controversia, di solito vengono considerati i seguenti presupposti:

-che le parti sono avversarie, quindi se una vince, l'altra deve necessariamente perdere. Si tratta di uno schema vincente- sconfitto nel quale ogni parte dovrà enfatizzare le proprie posizioni dinanzi al terzo giudicante.

-che i conflitti debbono essere risolti applicando una regola generale di diritto da parte di un terzo imparziale.

Queste ipotesi sono completamente diverse da quelle sui quali poggia la mediazione, che ipotizza:

- che tutte le parti possono avvantaggiarsi con l'individuazione di una soluzione creativa.
- che ogni conflitto è differente e non deve necessariamente essere risolto tramite l'applicazione di un principio generale di diritto o l'attività di aggiudicazione svolta da un terzo imparziale.

L'analisi del conflitto dalla prospettiva avversariale può escludere l'utilizzo della mediazione e degli altri metodi con base negoziale. Dalle ricerche svolte, è emerso che alcuni degli ostacoli che impediscono l'adeguata partecipazione dei professionisti alle procedure consensuali di risoluzione dei conflitti sono:

- la scarsa familiarità con questi metodi, che può indurre una inadeguata considerazione della loro utilità;
- il timore di perdere il controllo sulla gestione della situazione
- la formazione prevalentemente avversariale da parte degli avvocati che assistono le parti, che impedisce loro di adottare un atteggiamento conciliativo anche nelle situazioni che sarebbero più adatte.

Le esperienze internazionali dimostrano che questi timori sono infondati. In realtà il campo di intervento dei professionisti non si restringe ma si allarga:

- come gestori dei conflitti che orientano i clienti nell'individuazione del sistema più conveniente per la specifica controversia;
- nei processi alternativi non avversariali, agendo come negoziatori, e nelle mediazioni intervenendo come consulenti di parte ;
- come terzi imparziali: mediatori e facilitatori.

3. L'importanza della formazione degli avvocati

Questo implica la necessità che i professionisti acquisiscano le conoscenze necessarie sulle tecniche di mediazione e negoziazione e siano pronti a svolgere il ruolo di "gestori dei conflitti", di "clinici" abili nella diagnosi della situazione e nella prescrizione del trattamento adeguato (mediazione, facilitazione, arbitrato, negoziazione, processo giudiziario). In altri paesi, la risoluzione non avversariale delle dispute tramite la mediazione, da anni costituisce parte dell'attività normale e di routine degli avvocati, tanto quanto la difesa in giudizio.

4. L'organizzazione degli studi professionali per accogliere la mediazione e gli altri sistemi ADR.

Nei paesi in cui l'istituto ha avuto un forte sviluppo, alcuni studi professionali si sono organizzati offrendo la prestazione di servizi giuridici orientati all'assistenza di clienti e imprese in sede di mediazione.

A seconda delle dimensioni degli studi, della specializzazione dei professionisti e della loro clientela, è possibile identificare due sistemi:

- a) la creazione di un dipartimento specializzato nei sistemi stragiudiziali di composizione dei conflitti;
- b) la formazione di tutti i componenti dello studio per essere in grado di fornire una consulenza mirata in relazione al ricorso alla mediazione.

5. Il ruolo dei professionisti prima, durante e dopo la mediazione

Per assistere in forma efficace il cliente, i professionisti possono svolgere diverse funzioni:

1- Consulenza prima della mediazione

- a) Scelta del sistema più adeguato (mediazione, arbitrato, causa giudiziaria)
- b) Valutazione dei vantaggi e degli svantaggi di ogni metodo nel caso specifico: criteri oggettivi applicabili, costi, tempi, conseguenze.
- c) Scelta dell'organismo più adeguato (e studio del relativo regolamento)
- d) Identificazione delle alternative possibili nel caso di mancato accordo in sede conciliativa¹
- d) Gestione dell'emotività del cliente.
- e) Manifestazione di fiducia nel metodo scelto e spiegazione della diversità di approccio del cliente e del professionista in ogni sistema.
- f) Preparazione (identificazione degli interessi del cliente, della strategia negoziale, delle alternative)

Per valutare i vantaggi e gli svantaggi, derivanti dal ricorso alla mediazione in un caso specifico, bisognerà analizzare il risultato possibile nel caso di risoluzione giudiziaria. Allo scopo di fare un'analisi del rischio della causa, occorrerà considerare:

- I punti forti e deboli del caso del proprio cliente e della controparte (prove, giurisprudenza, normative applicabili).

¹ Questo concetto, introdotto da Roger Fisher e William Ury¹ e conosciuto in inglese con l'acronimo BATNA (Best Alternative to Negotiated Agreement) e in italiano come MAAN (Migliore Alternativa all'Accordo Negoziato), consiste nella migliore alternativa che ogni parte avrebbe a disposizione al di fuori della mediazione nel caso di mancato accordo con l'altra parte. Costituisce un parametro con il quale paragonare le diverse ipotesi di accordo prospettate all'interno delle negoziazioni in sede conciliativa.

- Analisi dei costi probabili del litigio (produzione di prove, spese processuali, costi di opportunità).
- Analisi della durata media di una causa simile, includendo eventuali appelli.
- Identificazione del migliore e del peggiore risultato prevedibile in una causa giudiziaria.

2- **Durante la mediazione**

Il modo migliore di partecipare è istruire il proprio cliente sulle conseguenze nel caso di mancato accordo, sulle alternative possibili (esterne alla mediazione) e fornire alcune tecniche di negoziazione da concordare con i clienti, lasciando loro il ruolo di protagonisti. In alcuni casi il professionista potrebbe decidere di partecipare più attivamente ma senza mai sostituirsi al cliente.

- a) Inquadramento e valutazione giuridica della posizione del cliente o dell'azienda.
- b) Consulenza sui parametri oggettivi durante la mediazione
- c) Controllo dell'imparzialità e della riservatezza del mediatore
- d) Co-definitore della MAAN della parte e dell'altra parte
- e) Co-disegnatore della strategia di negoziazione
- f) Co-estensore dell'accordo

Dopo la mediazione:

- a) Monitorare l'adempimento degli accordi.
- .
- b) Gestire, quando prevista e necessaria, l'omologazione degli accordi raggiunti

Nei paesi in cui la mediazione si è sviluppata, si è verificata una maggior fiducia del cliente verso il proprio avvocato e una maggior predisposizione degli avvocati verso la mediazione.

7. Alcuni parametri per la scelta del metodo di risoluzione dei conflitti più appropriato

Esistono alcuni criteri che possono essere utili per la valutazione del sistema più adeguato di un caso specifico.

Alcuni dei casi in cui è preferibile scegliere un sistema negoziale (negoziazione, mediazione, facilitazione):

1- Conflitti policentrici: 2 si tratta di conflitti che contengono diversi punti di tensione, con una forte interdipendenza tra di loro. In questo tipo di conflitti, una decisione impostata sulla base di un criterio binario o meramente quantitativo, propria dei metodi aggiudicativi, non sarà in grado di individuare la soluzione ottimale.

2-Necessità di preservare i rapporti

3-Rilevanza della riservatezza e della rapidità ed economicità nella risoluzione del conflitto

4-Questioni in cui la ricostruzione e l'accertamento dei fatti appaiono molto complessi, con ulteriore aggravamento di costi e tempi processuali

8. La formazione dei mediatori

Il buon esito di un programma di mediazione dipende, oltre che, come abbiamo visto dal grado di conoscenza e di accettazione da parte degli utenti del servizio (parti e professionisti) dalla formazione dei mediatori e dal rispetto dei principi deontologici

Tanto si è già detto sul punto, ma ritengo giusto richiamare ancora una volta l'attenzione sulla possibile differente attività del mediatore a seconda del modello seguito

Nella **mediazione facilitativa** il mediatore è definito come un terzo imparziale che assiste le parti in conflitto facilitandone la comunicazione, guidando la loro negoziazione, facendone affiorare gli interessi e orientandole verso la ricerca di un accordo di reciproca soddisfazione.

Gli elementi sui quali si fonda la procedura facilitativa sono:

- la volontà delle parti sul modo di risolvere la controversia
- gli elementi oggettivi e soggettivi del conflitto
- la reciproca soddisfazione degli interessi delle parti
- i diritti delle parti
- la facilitazione della comunicazione e della negoziazione collaborativa tra le parti
- la decisione consapevole e razionale delle parti una volta analizzati tutti gli elementi del conflitto e le possibilità che ognuna delle parti avrebbe nel caso di mancato raggiungimento di un accordo.

² Caivano, R.J. Gobbi, M., Padilla, R.E. ob. cit. nota 9; Fuller, Lon” The forms and limits of adjudication”. Harvard Law Review, N.92, 1978.

Il modello di mediazione facilitativo presuppone dunque a maggior ragione una formazione specifica per gli avvocati-mediatori, poiché essi non possono suggerire né imporre una soluzione basata sul diritto, ma dovranno essere in grado di guidare le parti affinché loro stesse possano adottare autonomamente una decisione che soddisfi i loro interessi.

La formazione non può limitarsi allo studio della teoria e dei principi applicabili ed i mediatori devono diventare esperti gestori dei conflitti e non meri conoscitori delle normative.

9. I possibili ambiti di attuazione della mediazione

Numerosi sono in fine, i possibili settori di attuazione della mediazione al di fuori del d.lgs.28, ed essi sono in continuo sviluppo: controversie urbanistiche, in materia di edilizia pubblica e privata, sanitaria, sociale, familiare, ambientale, organizzativa (mediazione all'interno delle organizzazioni), per fare solo alcuni esempi.

Si tratta di scenari che presuppongono un approccio interdisciplinare, in cui la figura dell'avvocato sarà molto importante, e che richiedono necessariamente un orientamento in termini negoziali e non conflittuali.

Ana Uzqueda