

## **COMPENDIO DEL MEDIATORE PROFESSIONISTA NELLE LITI CIVILI E COMMERCIALI**

**Lo scopo di questo breve vademecum è aiutare dal punto di vista pratico il novello Mediatore professionista al fine di apprendere le più semplici tecniche di comunicazione e indirizzarlo nella costruzione di una ipotetica scaletta personale che possa costituire un punto di riferimento nella conduzione del procedimento di mediazione.**

**Il Vademecum analizza i principali punti del decreto Legislativo 28 , la mediazione da un punto di vista psicologico e storico fino ad arrivare all'esame delle tecniche pratiche di mediazione.**

### **PREMESSA ALLA LUCE DEL D.LGS. 28-2010**

Il decreto legislativo sulla Conciliazione n. 28 del 04 marzo 2010 attua la legge 69-2009 che ,a sua volta, è figlia della direttiva Cee 2208-52 che ha imposto agli Stati membri l'introduzione di questa disciplina.

La filosofia del provvedimento è la composizione amichevole delle liti senza passare attraverso i meccanismi del torto e della ragione delle parti.

Il decreto prevede e favorisce la conciliazione facilitativa ma prevede anche quella aggiudicativa. Per aiutare lo smaltimento delle cause giacenti in tribunale il decreto prevede che la Mediazione sia condizione di procedibilità del processo civile e questo per alcune materie previste dalla legge.

Altro fattore interessante previsto è la disciplina delle spese processuali sanzionando la parte che abbia ingiustificatamente rifiutato la mediazione.

La direttiva Europea impone agli Stati membri di diffondere il sistema della conciliazione A.D.R. (prevedendo l'esecutività dell'accordo, la riservatezza del procedimento fermo restando la possibilità di adire all'autorità giudiziaria.

L'avvocato deve informare il Cliente, previa annullabilità del contratto, dei diversi tipi di conciliazione previsti dalla legge Italiana e delle agevolazioni fiscali ; deve anche informare il Cliente quando la mediazione sia **PRODROMICA** al processo civile (l'informazione deve essere chiara ,scritta e allegata all'atto introduttivo del giudizio).

Il contratto non è nullo ma annullabile (il cliente deve proporre una causa per renderlo annullabile e l'annullabilità non riguarda la **PROCURA ALLA LITE** che resta valida.

Importante è conoscere che la Mediazione può riguardare diritti disponibili.

Il decreto 28 prevede la conciliazione obbligatoria per alcune materie: Condominio-diritti reali-divisione-successione-patti famiglia-locazione-comodato-affitto d'azienda-danni veicoli e natanti-responsabilità medica-diffamazione-contratti assicurativi, bancari e finanziari (**QUESTO DA MARZO 2011**)

Quindi per queste materie la Mediazione costituisce:

- condizione di procedibilità al processo civile
- la causa di improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto nel primo atto difensivo depositato e può essere rilevata dal giudice non oltre la prima udienza

- La mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti d'urgenza e cautelari
- l'obbligatorietà della mediazione può derivare anche da apposite clausole inserite nel contratto ,Statuto o Atto costitutivo che impongono lo svolgimento della procedura presso un Organismo di conciliazione indicato nel contratto o scelto dalle parti
- La mediazione produce effetti sulla prescrizione e per una sola volta sulla decadenza

Il decreto prevede inoltre che il giudice ,anche in sede di appello, valutata la natura della causa , può invitare le parti a procedere alla mediazione. In questo caso possiamo parlare di Conciliazione sollecitata dal giudice.

Gli Organismi di conciliazione sono gli unici soggetti abilitati a offrire il servizio di mediazione Potranno essere costituiti da:

- Enti pubblici
- Enti privati
- Ordini Professionali

I nuovi Organismi dovranno essere iscritti in un registro presso il Ministero della Giustizia.

In attesa degli appositi decreti attuativi viene tenuta valida la procedura prevista nel Processo Societario (ora abrogato).

Sono previsti requisiti inoltre sia per i Mediatori stessi che per gli Enti formatori che possono organizzare corsi abilitanti alla nuova professione.

Il decreto prevede anche il lancio della Mediazione **ON:LINE** e precisa che la durata della procedura di mediazione non può eccedere i quattro mesi.

L'assenza delle parti alla mediazione potrà essere valutata negativamente dal giudice( Riconoscere di avere torto).

Viene riconosciuto il segreto professionale a tutta la procedura di mediazione,l'accordo può essere omologato dal Presidente del Tribunale e avere valore di titolo esecutivo ed inoltre sono previste agevolazioni fiscali che prevedono nello specifico :

- 1)tutti gli atti sono esenti da bolli , tasse e diritti
- 2)imposta registro esente fino 51.646 euro
- 3)credito imposta riconosciuto alle parti (massimo 500 euro in caso di accordo e 250 in caso di mancato accordo)

Un punto molto importante riguarda la possibilità per il mediatore di formulare una **proposta Valutativa** anche senza la richiesta delle parti.

Il rifiuto delle proposta del mediatore comporta il pagamento delle spese processuali , anche da parte della parte che risulta vincente , se la sentenza del giudice corrisponde a quella del mediatore: la condanna al pagamento delle spese può essere ordinata dal giudice(anche quando la sentenza non corrisponde alla proposta del mediatore ) per gravi motivi.

Da ricordare inoltre che è esteso alla mediazione l'obbligo antiriciclaggio ovvero l'obbligo della segnalazione alle autorità competenti di operazioni finanziarie sospette (non vi è obbligo di identificazione e registrazione della clientela).

## INTRODUZIONE ALLA MEDIAZIONE PROFESSIONALE

Nella vita di un essere umano ,chi prima o chi dopo,ha sperimentato cosa significhi negoziare qualcosa con qualcun altro.

La negoziazione pervade la vita di ogni essere umano (se vuoi crescere impari a trattare con gli altri).

Si può negoziare in vari ambiti: terroristi, gruppi armati, ribelli,liti commerciali ecc.

La vita di oggi ,secondo avvocati,giudici e psicologi,è molto conflittuale in quanto probabilmente si assiste ad un abbassamento della soglia di tolleranza legata ad una vita più stressante di un tempo e il tutto si trasforma in un aumento delle liti.

Il conflitto può essere visto in due modi:

- 1) da una parte vi sono i sostenitori della tesi che ritiene le liti come una disgrazia ;
- 2) dall'altra parte invece invece abbiamo chi sostiene che le liti e il conflitto sono una espressione sana della società che contribuiscono al suo accrescimento e rinnovamento.

Quello che è certo è che i conflitti assumono ai giorni nostri durate inopportune e dannose.

In questo senso assumono importanza l'utilizzo di tecniche di mediazione per ridurre la conflittualità e accrescere un nuovo modo di pensare per risolvere le liti.

Esistono tre teorie che aiutano a identificare l'esistenza del conflitto:

- il conflitto è dovuto all'egoismo dell'uomo;
- il conflitto non è colpa dell'uomo ma della società civile e del progresso;
- il conflitto è dovuto alla ricerca del potere.

In ogni caso il modo migliore per vincere veramente una controversia non è il farsi la guerra ma impegnarsi insieme per risolvere il problema.

Il conflitto non è sempre negativo e può' essere anche un motivo di apprendimento

Inoltre il conflitto non è mai unilaterale ma di entrambe le parti in causa.

## VARI TIPI DI CONFLITTO

- **EMOTIVO** : dispute che hanno origine dall'interno della relazione in cui i sentimenti ne sono sovente la causa;
- **DATI** : le persone coinvolte non sono in possesso degli stessi dati o informazioni anche a causa di difetti nella comunicazione (codice-messaggio-canale,contesto);
- **INTERESSI**; le parti hanno interessi personali contrastanti ;
- **STRUTTURALI O DI VALORE** : non riguarda tanto le persone coinvolte ma piuttosto il gruppo alle quali esse appartengono.

## – ATTEGGIAMENTO DELLE PARTI NEL CONFLITTO

Si possono distinguere diversi tipi di persone :

- Attaccante-difensore: mentalità aggressiva ,tende a prevaricare gli altri, si presenta sicuro di sé;
- Remissivo:fa di tutto per mantenere la pace ,porge l'altra guancia;
- Sfuggente: non vuole arrivare nemmeno a riconoscere che esiste una lite;
- Congelatore: non sente l'impulso di attaccare l'altra parte ma resta trincerato nel proprio punto di vista . Vuole avere ragione e chiude ogni canale di comunicazione.
- La chiave per affrontare il conflitto è la comprensione dei bisogni che stanno alla base delle posizioni delle parti ; pertanto il mediatore per risolvere il conflitto deve :
- esaminare le posizioni iniziali delle parti;
- passare attraverso i loro filtri cognitivi (modo di vedere la realtà) per arrivare a capire i bisogni e le paure.

N.B. I bisogni compulsivi ( droga ,alcol,tabagismo,gioco) sono falsi bisogni e quindi bisogna sempre verificare se nelle parti esistono questo tipo di bisogni).

Affinché le parti possano assumere un atteggiamento di dialogo devono superare le proprie paure:

- paura della collera delle persone (persone che sono cresciute con persone autoritarie);
- paura di essere rifiutati o derisi;
- paura di ascoltare ( per scoprire i propri errori o debolezze; chi non vuole ascoltare gli altri ha scelto di non ascoltare nemmeno se stesso).

Una delle maggiori espressioni del conflitto è la collera. Spesso comunque le persone sono migliori delle situazioni in cui si trovano.

Uno dei famosi motti Americani A.D.R. recita: **DURI CON I PROBLEMI , GENTILI CON LE PERSONE.**

## **STORIA DELLA MEDIAZIONE**

Spesso il negoziato può entrare in crisi e le parti si trovano in una fase di IMPASSE dove la comunicazione risulta difficile. Per risolvere questo momento di stallo risulta fondamentale la presenza di una figura EQUIPROSSIMA -Il mediatore, con funzioni di assistere le parti nella negoziazione per raggiungere un risultato di WIN-WIN (vincitore-vincitore) contrapposto al WIN-LOSE (vincitore -perdente) più adatto al metodo tradizionale giudiziario per la risoluzione delle liti.

Il Mediatore deve creare tra le parti un alto clima di fiducia per creare cooperazione tra le parti in conflitto.

La storia della conciliazione ha radici molto lontane :

-nelle società patriarcali i membri di spicco di ogni clan venivano interpellati per dirimere controversie;

- nella cultura orientale (Giappone) la lite veniva risolta dal capo villaggio. Questa cultura spiega ancora oggi il perché in Giappone esiste il minor numero di giudici e avvocati rispetto ad altri paesi;
- anche in Cina viene privilegiata la cultura della persuasione pacifica ( Confucio) ed ancora oggi vi sono i Comitati dei cittadini e degli agricoltori per gestire la composizione delle liti

- minori;
- Anche all'epoca dei Romani esisteva la conciliazione e le parti dopo averla raggiunta confermano l'accordo davanti al pretore;
- Molto importante fu anche l'operato della Chiesa (il parroco per le liti tra parrocchiani e il Papa per quelle tra gli Stati).

Si arriva così alla mediazione moderna (ADR) tipica dei sistemi anglosassoni di Common-law che ha visto negli anni '70 l'avverarsi del fenomeno della litigation - explosion e quindi la necessità di essere praticata per aiutare il collasso del sistema giudiziario .

Anche in Italia, sebbene in tempi più recenti , la mediazione ha iniziato a trovare applicazione anche , ma non solo, a scopo deflattivo della giustizia ordinaria.

Si potrebbe anche sostenere che Il mediatore professionista rappresenti la nascita di una nuova professione e non solo uno strumento acquisibili da parte di altri professionisti(avvocati,magistrati,consulenti ecc.).

In effetti esistendo una pratica operativa del mediatore che può essere insegnata è possibile identificare la figura del Mediatore come il rappresentante di una nuova Professione.

## **VARI TIPI DI CONCILIAZIONE O MEDIAZIONE ESISTENTI IN ITALIA**

Le Conciliazioni disciplinate dal codice di procedura civile

L'ordinamento italiano conosce da tempo l'istituto della conciliazione .

La prima figura essenziale è quella del giudice di pace che oltre al suo compito prettamente giurisdizionale esercita una funzione conciliativa riconosciuta dal codice di procedura civile :

- art. 320 cpc. (il giudice ,nello svolgimento delle sue funzioni giudiziali,interroga liberamente le parti e tenta la conciliazione);
- art.322 cpc. (consente ai privati di rivolgersi direttamente al giudice di pace anche in forma verbale e senza dar vita a un vero e proprio processo per cercare di trovare una soluzione bonaria alla lite);

-In seguito troviamo la Conciliazione davanti al giudice togato :

prima del 2006 il giudice era tenuto a esperire il tentativo di conciliazione ,a in seguito la riscrittura dell'art.183-185 cpc. ha eliminato questo obbligo e ha rimesso tutto alla volontà di entrambe le parti di chiedere al giudice la conciliazione. Questo ha provocato la fine del tentativo di conciliazione nei Tribunali;

-Conciliazione nella separazione dei coniugi: ai sensi dell'art.706 e seguenti cpc : (il giudice sente i coniugi e tenta la conciliazione);

-Conciliazione giudiziale ai sensi degli art.199 -200 - 696 cpc. ossia conciliazione affidata dal giudice ad un soggetto di fiducia e da egli stesso nominato (es. consulente tecnico d'ufficio);

- Conciliazione nelle controversie di lavoro: Tentativo extragiudiziale obbligatorio ai sensi dell'art. 409-410 cpc. con la possibilità di ricorrere in sede amministrativa ( Direzione Provinciale del lavoro) o in sede sindacale come condizione di procedibilità della causa.

Il risultato di questi tentativi di conciliazione previsti dal codice di procedura civile è stato totalmente deficitario per la mancanza di preparazione dei giudici togati alle tecniche di mediazione, per motivi di cultura e probabilmente anche per l'assenza di una figura neutrale come quella del conciliatore.

## **LE CONCILIAZIONI IN CAMERA DI COMMERCIO**

Le camere di Commercio rivestono nel panorama italiano della conciliazione un ruolo di estremo rilievo .

In linea generale non possono essere trattate presso le Camere liti in materia di diritti indisponibili.

Le Conciliazioni principali interessano i seguenti settori:

- Telecomunicazioni : Trattasi di conciliazione Obbligatoria prima della causa (in alternativa può essere fatta presso I CORECOM); **IL VERBALE HA VALORE DI TITOLO ESECUTIVO;**
  
- Subfornitura nelle attività produttive: tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Camera di commercio nel cui territorio ha sede il sub-fornitore; questa legge ,visto il numero esiguo di conciliazioni fatte, si può' dire abbia fallito le aspettative;
  
- Conciliazione tra consumatori ,imprese,e in tema di turismo: Conciliazione facoltativa che consente anche alle associazioni di consumatori di promuovere il tentativo di conciliazione .In questo caso il verbale per avere valore esecutivo deve essere omologato dal Presidente del Tribunale;
  
- Conciliazione in materia di franchising: Facoltà inserita in un contratto di esperire un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio . Quando previsto deve essere per forza svolta la mediazione ed anche in questo caso il verbale omologato costituisce titolo esecutivo;

## **ELEMENTI FONDAMENTALI DELLA MEDIAZIONE**

La mediazione è un procedimento volontario di negoziazione che si svolge con l'aiuto del Mediatore al fine di raggiungere un accordo che soddisfi entrambe le parti mantenendo i rapporti stabili e duraturi anche per il futuro. Il Mediatore usa un linguaggio neutrale ,utilizza i caucus con le parti (**incontri singoli**) , crea un clima di fiducia al fine di aiutarle a risolvere la controversia.

Il Mediatore deve frequentare appositi corsi di formazione in ADR e attenersi alle norme deontologiche dell'UIA Unione Internazionale degli Avvocati . Deve anche obbligatoriamente rimanere aggiornato pena l'esclusione dagli elenchi e deve essere imparziale,neutrale ,trasparente e riservato.

Le regole strategiche per aiutare le parti in lite sono basate sull'esperienza dell' HARWARD LAW UNIVERSITY impegnata da oltre un ventennio nello studio e nella diffusione delle tecniche per la gestione dei conflitti.(**PROGRAM OF NEGOTIATION LAW SCHOOL HARWARD**).

**I PUNTI FONDAMENTALI SONO:**

- evitare la contrattazione per posizioni: le parti prendono in considerazione le proprie pretese creando una chiusura con la controparte che diventa un nemico e non un alleato ;bisogna quindi scindere le posizioni di principio dai reali interessi o bisogni sottostanti;
- Separare le persone dai problemi: le emozioni delle persone non devono turbare la trattativa,in conciliazione si va per risolvere il problema comune non le persone;
- Concentrarsi sugli interessi: far calare le parti a vestire i panni dell'altro ,rinunciare alle questioni di principio , trovare gli interessi comuni che soddisfano entrambe;
- inventare soluzioni vantaggiose : il mediatore deve trovare le soluzioni più fantasiose da proporre alle parti al fine di allargare la torta negoziale per meglio dividerla;
- insistere sui criteri oggettivi: concentrarsi sul problema oggettivo per salvare i rapporti personali delle parti .

**LISTA DEL MEDIATORE (da usare come scaletta per impostare il procedimento di mediazione):**

- posizioni di principio: conoscere le posizioni di partenza delle parti
- interessi e bisogni : portare in superficie i propri interessi fondamentali
- Alternativa : **BATNA O MAAN / WATNA O PAAN** ovvero prendere atto della miglior o peggior alternativa possibile all'accordo negoziato anche al di fuori del contesto conciliativo
- Punti forti e punti deboli: capire i punti forti e deboli delle parti ai fini della forza negoziale
- Referenti: il mediatore deve capire il ruolo dei consulenti/avvocati o familiari delle parti nel tentativo di mediazione e permettere loro di consultarsi prima di qualsiasi decisione
- Emozioni: aiutare le parti a capire le proprie emozioni al fine di alleggerire il clima e rendere più agevole la fase di mediazione
- Parametri oggettivi: tutto ciò che è oggettivamente constatabile (contratto,norma. denaro ecc.) deve poter influenzare la mediazione
- verifica della comprensione: verificare il grado di comprensione comunicativa tra le parti per migliorare la loro relazione
- Opzioni/Alternative : Attraverso il Do ut des , il Brainstorming,(TEMPESTA CEREBRALE)il problem solving ecc. le parti devono tendere a risolvere la controversia e a soddisfare i reciproci interessi e bisogni.
- Specifiche dell'accordo raggiunto: termini e modi di esecuzione ,previsioni in caso di inadempimento, clausole che prevedono ,in caso di futura lite, una nuova conciliazione , un arbitrato o il ricorso ad altro metodo A.D.R.

Nella Mediazione la comunicazione tra le parti è molto importante , nel processo di mediazioni non si vince ma ci si con-vince; non esiste un vincente o un perdente , non è una procedura avversariale .

Il mediatore favorisce la comunicazione mettendo le parti a proprio agio ,creando un clima di fiducia attraverso un ascolto attivo delle parti ed essendo garante della riservatezza.

Le parti restano gli attori e i registi della procedura con forti responsabilità e ruoli nella gestione della mediazione.

**A differenza del giudizio ordinario** che affidando la gestione del conflitto al giudice non fa ravvicinare le parti e non ristabilisce una comunicazione tra le stesse , la mediazione offre una possibilità di confronto con la **controparte e ristabilisce i rapporti visti anche in ottica futura.**

La mediazione offre la possibilità di allargare la torta negoziale trovando soluzioni fantasiose e disparate per aiutare le parti nella risoluzione *della lite* (cosa non ammissibile in un processo ordinario).

## **PRINCIPALI TECNICHE DI COMUNICAZIONE DEL MEDIATORE PROFESSIONISTA**

La comunicazione è l'arma fondamentale del mediatore.

Rassegna delle tecniche verbali e non verbali utilizzabili per il processo di Mediazione:

**-Ascoltare attivamente:** dimostrare di ascoltare in modo attivo permette al mediatore di comunicare alle parti che sono ascoltate e ne guadagna la loro fiducia. L'ascolto è inoltre fondamentale per la raccolta delle informazioni per poi gestire il processo di mediazione (in un conflitto ascoltare risulta difficile in quanto si tende a interpretare le parole con pregiudizio e si trovano argomenti sui quali non si è d'accordo piuttosto che punti di interesse comune); Il mediatore ascolta in maniera neutrale e oggettiva. Deve aiutare le parti ad ascoltarsi (separando le loro eventuali emozioni dai problemi oggetto della mediazione). Le parti devono sentirsi ascoltate e il mediatore deve dimostrare che sta ascoltando attivamente anche attraverso il comportamento non verbale (cenni del capo, assenti, sguardi ecc.);

**Parafrasare:** Significa ripetere con le proprie parole ciò che è stato detto da un altro senza cambiarne il contenuto. Il mediatore può parafrasare in prima persona o chiedere alle parti di farlo. La parafrasi serve per verificare che quanto detto sia chiaro per entrambe le parti.

Es. domande per parafrasi: dalle sue parole ho capito che... , è corretto?  
Lei crede che.....?

**-Riassumere:** Il riassunto prevede la selezione di alcune informazioni rispetto al tutto.  
Serve per chiarire alcuni punti e consente di presentare i problemi da differenti punti di vista.  
Attraverso questa tecnica si possono enfatizzare gli interessi comuni.

Esempio: Ho riassunto la questione in modo corretto? ?  
Siete d'accordo sul fatto che.....?

- **Riflettere:** serve a mettere in risalto posizioni o argomenti. Aiuta entrambe le parti a capire il punto di vista della parte avversa. Il mediatore può indurre a riflettere per chiarire fatti, dichiarazioni, sentimenti o emozioni.
  - Dare eco al contenuto: significa mettere in evidenza , guardare una questione attraverso una lente di ingrandimento .
  - Si può dare eco ai sentimenti od emozioni; ai progressi fatti durante la mediazione

Esempio : si sente molto preoccupato per questa lite?

**-Ricontestualizzare :** significa gestire la comunicazione presentandola da diversi punti di vista. Aiuta a vedere le cose da altri punti di vista .Serve per invogliare le parti a discutere su una questione per individuare degli interessi comuni.

Si può ricontestualizzare in un sentimento per poi discutere di questo;  
in un interesse ; in un criterio oggettivo .

Esempio domanda: che consiglio darebbe al suo miglior amico se fosse al suo posto?

- **Linguaggio Neutrale** : il mediatore deve sottolineare il suo essere super- partes. Quando vi sono domande delle parti che potrebbero mettere in difficoltà il mediatore ci si può comportare in questo modo:

Risposte: non pensa che se le rispondessi metterei a repentaglio la mia neutralità?  
Quello che penso io non conta...

**-Distinguere il contenuto dalla relazione** : Significa chiarire il motivo del conflitto separando i contenuti dagli aspetti emotivi e relazionali tra le parti (ovvero separare le persone dai problemi)

**-Meta – Comunicazione** : questa tecnica spiega l'intenzione celata nelle parole. Il Mediatore osserva nelle parti il contenuto delle parole e il modo di pronunciarle allo scopo di cogliere delle incongruenze (esempio: frasi dette usando un tono non convincente)

- **Saper domandare** : le domande servono per ottenere informazioni dalle parti ed evidenziare alcune questioni.

Possiamo avere:

**-domande chiuse**: danno origine a risposte brevi – si o no es. il conto corrente è intestato ad entrambi?

**-domande dirette** : sono volte ad ottenere informazioni necessarie per valutare una situazione.  
es. da quanti anni lavorate insieme?

**-Domande chiarificatrici** : si usano per chiarire dichiarazioni ambigue o vaghe.  
es. potrebbe raccontarmi in modo più' dettagliato.....?

**-Domande aperte**: forniscono molte informazioni.

es. Mi può dire cosa pensa della lite?

**-Domande relazionali**: Mirano a capire le relazioni tra le parti.  
es. Quando è iniziato il Vs. rapporto di lavoro? Cosa non è andato per il verso giusto???

All'interno del gruppo delle domande relazionali abbiamo inoltre:

1) **Domande circolari**: domande che creano un collegamento tra le parti .  
Es. viene chiesto ad A : cosa dovrebbe fare B per poter risolvere la lite??  
in seguito viene chiesto a B: cosa sarebbe disposto ad offrire ad A???

2) **Domande reciproche**: Sono come le circolari ma vengono poste ad una sola parte.

3) **Domande speculari o domande specchio**: Propongono uno scambio di ruoli per far calare le parti nei panni dell'altra es. cosa farebbe al posto di ??

- **Domande mirate:** vanno diritte al nocciolo della questione al fine di chiarire gli interessi delle parti.

es. Come mai per lei questo fatto è molto importante????

- **Domande di confronto:** Portano le parti ad un confronto diretto e a discutere determinate questioni.

es. Lei dice che il giudice le darà ragione. E' proprio sicuro visto che anche la sua controparte sostiene la stessa tesi???

es. Quante probabilità di vincere ritiene di avere???

**Domande strategiche :** Servono per raccogliere informazioni. Si usano per dare rilievo a qualcosa, per verificare di aver comprese bene alcune problematiche e per far guardare le cose da posizioni diverse.

es. Da quanto tempo dura il vostro rapporto di lavoro??

    Mi dica se ho capito bene il problema:::::

    Lei vorrebbe davvero fare questa cosa?

N.B. Le domande andrebbero fatte senza inserire dati specifici al fine di evitare il fenomeno dell'Ancoraggio che come sostiene la psicologia sociale influenza le risposte delle parti.

- **Domande per testare la realtà:** servono per portare le parti a sondare le proprie posizioni al fine di risolvere la lite.

Si può testare la realtà :

-attraverso l'analisi dei punti di vista delle parti es. lei sostiene che.... mala sua controparte dice che..... come reagirebbe se la controparte le proponesse la stessa proposta??

- attraverso ipotesi future:

es. se questo accadesse come..... Provi a immaginare che la controparte....

- attraverso l'analisi dei rischi:

es. e se fosse la controparte a vincere la causa ???

    Quali sarebbero le conseguenze di una sconfitta???

- **Generare Alternative:** proporre opzioni per arrivare a soluzioni che tengano conto degli interessi delle parti ( bisogna stimolare la creatività delle parti per es. con il brainstorming)

- **Criteri Oggettivi:** I criteri oggettivi ( contratto, valore di mercato ecc.) devono poter contare in una lite e pertanto quando le parti non trovano l'accordo su criteri oggettivi la controversia può essere raggiunta attraverso :

1)parere di un esperto

2)reciproche concessioni tra le parti

3)Consiglio del Mediatore( se sono le parti a chiederlo e se il mediatore si sente in grado di darlo)

In queste situazioni è bene evitare il fenomeno della **Svalutazione Reattiva** ovvero di scartare proposte ragionevoli perché fatte da persone di cui non ci si fida.

- **Minimizzare le perdite:** Secondo la psicologia ,pur se a nessuno piace perdere un possibile guadagno, la tendenza ad evitare una perdita è maggiore a quella di assicurarsi un guadagno.

Quindi il mediatore può usare questa tecnica per ricontestualizzare una proposta che minimizzi una possibile perdita.

- **Comportamento non verbale:** chiarisce l'interazione tra le parti. Il mediatore deve osservare il comportamento non verbale e precisamente:
  - **Linguaggio del corpo:** cenni di assenso, corrugare la fronte, distogliere lo sguardo
  - **Azioni inconsce:** giocherellare con un anello, grattarsi il naso, mettersi e togliersi gli occhiali.
- Sono segni che una parte è contrariata.
- **Prosemica:** Contatto fisico tra le persone. Se sono sedute vicine sono in confidenza, la lontananza invece indica contrarietà

-**Il silenzio delle parti** : potrebbe essere segno di imbarazzo, insicurezza e confusione di una parte.

- **Procedura del testo unico:** Si usa quando la negoziazione non ha luogo direttamente tra le parti. Il mediatore, durante le sessioni private, analizza gli interessi delle parti e le opzioni possibili per risolvere la lite.  
Per far questo prepara un documento da sottoporre alle parti chiedendo loro di cambiarlo o integrarlo al fine di stilare un documento condiviso da entrambe le parti e che risolva la controversia.

### **LA VALUTAZIONE DEL MEDIATORE PROFESSIONISTA (come previsto dal decreto legislativo 28-2010)**

Alcuni studiosi sostengono che il mediatore dovrebbe limitarsi alla negoziazione facilitativa tra le parti proprio per lo spirito purista della procedura conciliativa. Altri invece ritengono possibile una Proposta del Mediatore condizionata dalla richiesta di entrambe le parti senza per questo far perdere il ruolo di terzo neutrale al Mediatore stesso.

Sicuramente un uso responsabile della Valutazione è auspicabile e coerente con le finalità della procedura di mediazione.

In effetti i vantaggi massimi della mediazione si hanno quando sono le parti a raggiungere un accordo.

In molti casi però il Mediatore si rende conto che l'ostacolo principale alla soluzione della lite è dato dalla diversità di opinioni circa il probabile esito della causa in un possibile Giudizio, dalla difficoltà di riconoscere la debolezza giuridica delle proprie argomentazioni, da richieste danni stratosferiche oppure dalla difficoltà di trovare gli interessi comuni delle parti. In queste situazioni la proposta valutativa del mediatore può aiutare a trovare un accordo equilibrato. Non è nemmeno impossibile che il mediatore possa conferire l'incarico di valutazione ad un esperto dietro il consenso di entrambe le parti per non mettere a repentaglio la sua fiducia con le parti e la sua posizione di Terzo Neutrale.

In una Mediazione valutativa il Mediatore potrebbe essere visto dalle parti più come un giudice o un arbitro.

Pertanto è auspicabile ricorrere alla valutazione il più tardi possibile e comunque giunto il momento:

- discutere di questo con le parti;
- chiedere la loro autorizzazione;
- presentare la valutazione in sessione privata:
- incoraggiare le parti a presentare una proposta propria;
- analizzare gli aspetti di una possibile causa giudiziaria: costo,tempo,beni per esecuzione,stress ecc.
- riconoscere i propri limiti e competenze(anche il giudice non è detto che sia più competente del mediatore)
- Sostenere la propria neutralità ( es. la mia proposta non risente di coinvolgimenti con nessuna parte e non è dettata da interessi alcuni)
- Presentazione della valutazione: Preferibile la forma scritta (tra l'altro anche il D.Lgs. 28-2010 prevede questa forma e le parti devono darne risposta scritta al mediatore entro 7 gg.).

**N.B. Il mediatore può anche esimersi ,fatta salva la volontà delle parti,di fornire la valutazione evitando di innescare conseguenze per il Processo futuro.**

### **IMPORTANTE:**

- dopo la valutazione il mediatore può far presente alle parti la sua disponibilità a continuare a lavorare per trovare un accordo.

### **CONCLUSIONE**

Sarebbe auspicabile un impegno da parte di tutti per sostenere questo nuovo metodo di risoluzione delle controversie e sensibilizzare tutti gli attori alla problematica in virtù di una crescita civile e sociale di tutte le parti in gioco verso una cultura conciliativa collettiva.

Pertanto promuovere la cultura della mediazione è una necessità che il dlgs 28/2010 fa trasparire chiaramente, perché,come già detto da Marzo 2011 quasi tutte le controversie che oggi sono solite nascere dovranno passare obbligatoriamente presso il ministero del mediatore, dal risarcimento danni da circolazione per veicoli e natanti (forse è arrivato il momento di alleggerire il contenzioso presso il giudice di pace e i Tribunali), passando per i contratti bancari e finanziari, fino alla questioni in materia di locazione, responsabilità medica, condominio, diritti reali, divisioni.

Le parti dovranno mantenere un atteggiamento collaborativo, comunicando tra loro e non fermandosi sulle proprie soluzioni. Alla fine, deve prevalere la migliore alternativa che non deve essere sempre la soluzione imposta dal sistema giustizia ordinario!

In effetti citando una frase di **Albert Einstein** “ La pace non può essere mantenuta con la forza,ma può essere solo raggiunta con la comprensione” .

Vivenzi Celeste

Consulente del lavoro

Conciliatore Societario

## **PIANETA A.D.R.- IL CONSULENTE DI PARTE NELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE**

**La riforma contenuta nel Decreto Legislativo 28-2010 estende la mediazione obbligatoria a far data dal 20 Marzo 2011 alle seguenti materie:**

**CONDOMINIO, DIRITTI REALI, DIVISIONE, SUCCESSIONI EREDITARIE, PATTI DI FAMIGLIA, LOCAZIONE, COMODATO, AFFITTO D'AZIENDA, RISARCIMENTO DEL DANNO DERIVANTE DALLA CIRCOLAZIONE DI VEICOLI E NATANTI, DA RESPONSABILITÀ MEDICA E DA DIFFAMAZIONE CON IL MEZZO DELLA STAMPA O ALTRI MEZZI DI PUBBLICITÀ, CONTRATTI ASSICURATIVI, BANCARI E FINANZIARI.**

In qualche modo questa nuova condizione di procedibilità obbligatoria prima della causa davanti al Tribunale avrà come impatto la nascita di una nuova figura ,quella del **Consulente di parte**,ovvero del professionista che assisterà il cliente davanti all'Organismo di Mediazione iscritto presso il Ministero di Giustizia.

Tale figura ,pur prevalentemente rappresentata dalla categoria professionale degli Avvocati, potrà essere svolta anche da altre categorie di Professionisti(commercialisti,consulenti del lavoro, Ingegneri ecc.) pur rimanendo possibile per le parti andare in Mediazione senza nessun Assistente .

In sintesi il Consulente di parte dovrà contribuire alla soluzione del conflitto attraverso la conoscenza degli interessi e dei bisogni del Cliente .

La composizione del conflitto avrà fonte esclusivamente contrattuale -negoziale perché è solo attraverso in Contratto che possono realizzarsi gli interessi e i bisogni delle parti a differenza del Giudice che decidendo secondo Diritto impone allo stesso di essere assolutamente indifferente a questo tipo di aspetto.

Le prime domande che il Consulente di parte rivolgerà al suo Cliente potranno essere:

- **DIMMI COSA VUOI VERAMENTE ;**

- **CHE COSA TI INTERESSA DAVVERO;**

Riassumendo, nel portare davanti all'Organismo di Mediazione il Cliente, il Consulente di parte cercherà la soluzione della lite attraverso l'uso degli strumenti contrattuali a scapito della soluzione secondo Diritto.

In effetti, in particolar modo per gli Avvocati, cambierà radicalmente il modo di approcciarsi al procedimento di Mediazione rispetto a quello davanti al Giudice Ordinario( **Mediation advocacy**)

Da qui la necessità per i **Consulenti di parte** di entrare in possesso degli strumenti tecnici di mediazione, comunicazione e relazionali specifici per la Procedura di Mediazione.

Si rende necessaria una rassegna dei punti fondamentali richiesti al Difensore di parte durante la Mediazione:

- **Assistenza per la scelta dell'Organismo di Mediazione:**

trattasi di aspetto molto importante in quanto, ai sensi di Legge, è lo stesso Organismo che in base al proprio regolamento stabilisce la nomina del Mediatore e lo svolgimento della procedura stessa ( ovviamente caratteristiche di serietà dell'Organismo stesso e preparazione dei suoi Mediatori possono costituire elementi preferenziali per la scelta) .

la Legge prevede inoltre che la scelta del' Organismo competente sia effettuata dalla parte che per prima deposita l'istanza ,in questo caso per evitare di subirne l'imposizione il Consulente di parte dovrà consigliare la clientela affinché inserisca preventivamente nei contratti il nome dell'Organismo ritenuto più idoneo alla risoluzione dell'eventuale causa futura .

- Assistenza per identificare le persone informate sui fatti e in possesso del potere decisionale:**

Il consulente di Parte deve attivarsi al fine di garantire che la sessione di Mediazione possa svolgersi in presenza delle persone che abbiano il potere di transigere o il potere di rappresentanza in caso di società e che siano senza dubbio informate sui fatti della lite.

- **Verificare e chiarire eventuali problematiche di neutralità del Mediatore nell'interesse del Cliente**

Far presente eventuali situazioni anomale che possano configurare situazioni inerenti alla neutralità e contribuire con tutte le parti a risolverle.

– **Collaborazione con il Mediatore:**

Sottoporre al Mediatore possibili soluzioni transattive nell'interesse del proprio Cliente.

– **raccogliere informazioni al fine di elaborare proposte da discutere:**

nelle sessioni individuali(**Caucus**) o nelle sessioni congiunte, valutare con il proprio cliente le dichiarazioni e le eventuali confidenze da fare al Mediatore al fine, per esempio , di evitare dichiarazioni compromettenti per l'esito della lite.

– **Preparare delle memorie per tutelare l'assistito:**

Prima dell'incontro di Mediazione il Consulente di parte deve cercare di fornire al Mediatore un quadro completo della posizione del proprio Cliente , cominciare ad instaurare un rapporto di fiducia con tutti gli attori in gioco per sbloccare i canali della comunicazione tra le parti;

-**Preparazione alla fase iniziale della Procedura di mediazione:**

Contrariamente al giudizio, dove solitamente il Cliente è assente al fine di evitare il contatto con l'altra parte o addirittura con il Giudice, nella Mediazione questa fase è fondamentale.

Le parti infatti si incontrano,hanno occasione di dare sfogo alle proprie emozioni e frustrazioni e per questi motivi il Consulente di parte deve preparare molto bene il Cliente per affrontare la sessione iniziale.

– **Analizzare il rischio di un possibile Giudizio in Tribunale:**

Il mediatore sovente ,durante la procedura, porta le parti alla valutazione di possibili sbocchi giudiziali della lite in caso di mancato accordo facendo presente tempi, costi, stress, ecc. che le parti dovrebbero eventualmente sostenere .

Il Consulente di parte deve pertanto essere preparato all'analisi di tutte le alternative , delle motivazioni giuridiche e tecniche al fine di valutare

la miglior soluzione possibile alla controversia (**MAAN**).

**-Verificare soluzioni creative nell'interesse del Cliente:**

Essere disposto a vagliare soluzioni creative(anche le più disparate) per cercare di trovare quelle più idonee a perseguire gli interessi e i bisogni del proprio assistito ( deve pertanto apprendere le tecniche di brainstorming , problem solving ecc.).

**-Redazione dell'Accordo di Mediazione:**

In caso di accordo durante la Mediazione è lo stesso Mediatore che redige il Verbale ma spetta alle parti (e quindi ai loro Consulenti ) **IL COMPITO DI PERFEZIONARLO** attraverso l'inserimento di apposite clausole a tutela dell'adempimento e verificando che il contenuto non sia contrario a normative di legge.

**-Garantire l'assistenza per la verifica dell'adempimento del Verbale di accordo:**

Come dettato dalla legge il verbale di accordo (previa omologa del Presidente del Tribunale competente) avrà efficacia esecutiva.

**In questo caso il consulente di parte dovrà farsi carico dell'obbligo di assistere la parte affinché l'accordo venga correttamente adempiuto dall'altra parte.**

## **CONCLUSIONI**

Seppur ad oggi la Mediazione è ancora in una fase “ embrionale” in quanto deve radicarsi sul territorio una vera e propria cultura dell'ADR ( acronimo anglosassone che significa Strumenti alternativi per la risoluzione delle liti) il Decreto Legislativo 28-2010 dovrebbe costituire una sorta di rampa di lancio della stessa con lo scopo di aiutare il sistema giustizia ordinario nello smaltimento delle cause e he con lo scopo di offrire uno strumento (**appunto alternativo e non sostitutivo alla giustizia ordinaria**) che possa risolvere le controversie considerando gli interessi,le necessità e i bisogni delle parti.

Per non affossare, questo strumento ancora prima del decollo, ci sono dei punti di fondamentale importanza sui quali bisogna insistere contando sull'apporto di tutte le parti attrici ovvero :

- Serietà ed organizzazione degli Organismi di Mediazione :

- Formazione dei Mediatori:
- Formazione alle tecniche di mediazione da parte dei Consulenti di Parte;

Mediatori e Consulenti di parte non ci si può improvvisare e bisognerebbe pertanto cominciare con l'apprendimento delle Teorie ,tattiche e tecniche di Mediazione, partendo dall'inserimento di appositi corsi Universitari di ADR. e prevedendo anche appositi percorsi per le stesse categorie Professionali (ad esempio inserire l'A.D.R nel praticantato professionale) sullo stile di quanto già fanno nei paesi di common law ma anche in alcuni Stati Europei.

In effetti, secondo gli Studiosi, uno dei motivi dell'insuccesso della procedura di Mediazione nel campo del Lavoro( quella per intenderci davanti all'Ufficio Provinciale del Lavoro ) è dovuto ,non all'obbligatorietà della procedura ,ma all' assoluta inadeguatezza dei funzionari a svolgere il ruolo di Mediatori .

**Vivenzi Celeste**

**Consulente del lavoro**

**Mediatore Professionista**