



MEDIATION ADVOCACY

Il ruolo dell'avvocato nella mediazione

Di Dwight Golann

Traduzione a cura di Paola Conversano e Rachele Gabellini

Il progetto è finanziato dall'Unione europea



DAL PROGETTO AL LIBRO

Questo e-book, scritto dal Professor Dwight Golann per ADR Center, viene pubblicato nel contesto del progetto “Lawyers in ADR”, finanziato dall’Unione europea e implementato da ADR Center in cooperazione con l’Università di Utrecht (Paesi Bassi), l’Università di Deusto (Spagna), UEAPME (Belgio), ACB Group B.V. (Paesi Bassi) ed ECLA (Belgio) al fine di promuovere la mediazione negli Stati Membri dell’Unione europea.

“Lawyers in ADR”, che è parte del programma specifico “Giustizia Civile” 2007-2013, è il nome di tre progetti finanziati dall’Unione europea, che hanno come obiettivo comune la promozione della conoscenza e dell’utilizzo della Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Più in generale, il Programma mira a promuovere la cooperazione giudiziaria tra i 27 Stati Membri dell’Unione. Le attività finanziate da questo programma intendono contribuire alla creazione di uno spazio europeo della giustizia in materia civile; eliminare gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili transfrontalieri negli Stati Membri; migliorare la vita dei cittadini e delle imprese consentendo loro di poter affermare i propri diritti ovunque all’interno dell’Unione, in particolare agevolando l’accesso alla giustizia; e migliorare lo scambio di informazioni tra le autorità giudiziarie e amministrative e le professioni legali. Ulteriori informazioni sui progetti di ADR Center racchiusi nel Programma “Giustizia Civile” sono disponibili all’indirizzo www.adrcenter.com/civil-justice.

In particolare, il progetto “Lawyers in ADR” mira a rimuovere gli ostacoli che impediscono agli avvocati dell’Unione di ricorrere alla mediazione, contribuire a creare standard comuni europei sulla mediazione, specialmente nelle controversie intra-comunitarie, e a facilitare la cooperazione e la condivisione di conoscenze tra gli avvocati dei paesi dell’Unione in materia di risoluzione alternativa delle controversie (ADR).

Questo e-book si rivolge agli avvocati che vogliono rappresentare efficacemente i propri clienti nella mediazione e cerca di spiegare loro come sfruttare al meglio tutti i vantaggi e le potenzialità della mediazione. Il messaggio essenziale è che un avvocato dovrebbe partecipare attivamente al procedimento promuovendo gli interessi del cliente e allo stesso tempo utilizzando a pieno le capacità e il ruolo del mediatore.

Oltre alla pubblicazione di questo e-book, che si concentra sulle regole che un avvocato dovrebbe seguire al tavolo della mediazione, ADR Center ha realizzato un’ampia serie di attività in materia di ADR: corsi di formazione sul tema della mediazione civile e commerciale per avvocati in tutta Europa; un video che spiega il funzionamento della mediazione transfrontaliera tradotto nelle 23 lingue ufficiali dell’Unione; una ricerca con l’obiettivo di quantificare il costo del mancato ricorso alla mediazione; un sito internet contenente i risultati dei suddetti progetti e molte altre risorse sulla risoluzione alternativa delle controversie.

ADR Center desidera ringraziare la Commissione europea per il continuo sostegno alla mediazione come efficace strumento di risoluzione alternativa delle controversie e per il supporto in tutte le attività volte alla promozione della sua conoscenza e del suo utilizzo

ADR CENTER SpA

Via del Babuino, 114
00187 – Rome (Italy)
Tel +39 06 6938.0004 – Fax +39 06 6919.0408

Via Festa del Perdono, 10
20122 Milano
tel. 02 58431939 – fax. 02 58307720

www.adrcenter.com

INDICE

INTRODUZIONE	6
1. DECISIONI PRELIMINARI	7
a. Quando è opportuno instaurare una procedura di mediazione.....	7
b. Supponendo che la mediazione sia appropriata, qual è il momento opportuno per instaurarla?	7
2. COME INSTAURARE LA MEDIATIONE	8
a. Convincere i clienti o le controparti a mediare	8
b. Formulare una proposta di mediazione efficace.....	9
(1) <i>Accordi di mediazione su controversie in atto</i>	10
(2) <i>Accordi di mediazione per controversie future</i>	10
c. Come trattare gli obblighi derivanti dal diritto o da un'ingiunzione del tribunale.....	11
3. COME DARE FORMA AL PROCEDIMENTO	12
a. Scegliere il mediatore	12
(1) <i>Identificare la persona migliore</i>	12
(2) <i>Negoziare la propria scelta</i>	13
(3) <i>Scegliere un mediatore o un organismo di mediazione?</i>	13
b. Preparare il procedimento	13
(1) <i>Garantire la presenza dei partecipanti</i>	13
(2) <i>Concordare la procedura</i>	15
(3) <i>Imporre o trattare le precondizioni</i>	16
c. Istruire il mediatore e le parti	16
(1) <i>Istruire il soggetto imparziale</i>	16
(2) <i>Scambio di informazioni</i>	17
(3) <i>Incontri privati</i>	19
d. Pianificare la strategia e orientare il cliente	19
4. FASI DELLA MEDIAZIONE	20
a. La Sessione d'apertura.....	20
(1) <i>Le peculiarità della sessione d'apertura</i>	20
(2) <i>Come strutturare la sessione d'apertura per ottenere il massimo effetto</i>	21
b. Caucus	24

(1) <i>Caucus nella prima fase del procedimento</i>	25
(2) <i>Caucus nella fase successiva del procedimento</i>	26
(3) <i>Incontri in piccoli gruppi</i>	26
5. INFLUENZARE IL PROCEDIMENTO	28
a. <i>Come gestire il flusso delle informazioni</i>	28
(1) <i>Concentrare la discussione su aspetti specifici</i>	28
(2) <i>Raccogliere e trasmettere le informazioni</i>	30
(3) <i>Sondare la disposizione d'animo della parte avversa</i>	31
(4) <i>L'utilizzo della riservatezza per gestire il flusso di dati</i>	31
b. <i>Influenzare il procedimento di conciliazione</i>	33
(1) <i>Sostenere una strategia di contrattazione competitiva</i>	33
(2) <i>Analizzare aspetti reconditi e opzioni creative</i>	34
(3) <i>Ottenere consigli sulle trattative</i>	35
(4) <i>Come valorizzare le offerte dell'avvocato</i>	36
(5) <i>Trarre vantaggio dalla flessibilità del mediatore</i>	37
c. <i>Come superare le impasse</i>	38
(1) <i>Far ripartire la trattativa</i>	39
(2) <i>Istruire la controparte o un cliente non realistico</i>	40
(3) <i>Stimolare una decisione</i>	43
(4) <i>Richiedere azioni ulteriori</i>	44
<i>In conclusione</i>	45

INTRODUZIONE

Questo libro si rivolge agli avvocati che rappresentano le parti nel processo di mediazione e illustra come possono usare la struttura di questo procedimento e quali siano i poteri specifici dei mediatori per raggiungere gli obiettivi di conciliazione.

Gli avvocati in genere considerano la mediazione come un metodo per facilitare tattiche di trattativa vincenti. In quest'ottica, il ruolo primario del mediatore è far conoscere e presentare le diverse offerte e smussare l'aggressività tra le parti. Poi, se la trattativa si interrompe, ha il compito di riportarle alla realtà, esponendo la propria opinione sugli aspetti legali e avanzando una proposta di accordo. Molti avvocati vedono con favore questo approccio, sebbene non esaurisca l'effettivo potere del mediatore.

Tra i poteri dei mediatori non vi è quello di obbligare le parti a raggiungere un accordo. Ma possono offrire il loro sostegno durante la trattativa e i legali devono essere così abili da sfruttare questa possibilità. "Mi ha guidato come una pedina degli scacchi!", ha esclamato ammirato un mediatore a proposito di un avvocato. È proprio così: i bravi mediatori sono come alfieri sulla scacchiera; hanno molte possibilità e un bravo avvocato sfrutta le loro capacità a vantaggio delle proprie strategie di contrattazione.

Il mediatore può accrescere l'abilità negoziale di un legale in molti modi. Ad esempio, può migliorare la comunicazione tra le parti trasmettendo le informazioni o spiegando i termini della proposta ("Dica loro che siamo a 25.000 euro, ma siamo pronti a proseguire la trattativa se rinunciano alle richieste sugli utili a venire"). Può dare informazioni circa l'atteggiamento della controparte ("La parte lesa si è tranquillizzata dopo l'incontro di questa mattina") e organizzare incontri informali ("Penso possa essere utile fissare una riunione privata tra i due direttori finanziari").

Gli avvocati possono sfruttare la mediazione per perseguire strategie negoziali di cooperazione o di scontro: ad esempio presentando una proposta molto più aperta e con minori rischi di quanto non farebbe in una trattativa diretta, perché può fare affidamento sul mediatore per ammortizzarne l'impatto. Oppure utilizzare la mediazione a sostegno di approcci creativi, ad esempio avanzando una richiesta economica ma chiedendo in privato al mediatore se l'altra parte è disposta a riassumere il lavoratore.

In particolare verso la conclusione del procedimento di mediazione, è possibile che il legale si trovi a negoziare su tre fronti: con il proprio cliente, la parte avversa e il mediatore. Ad esempio con il mediatore per indurlo a utilizzare una tecnica specifica ("Prima di esporre la sua visione circa la responsabilità, le sarei grato se lasciasse che le parti presentino un'ultima proposta"), per suggerirgli di utilizzare una strategia ("Perché non propone alle parti di...?). Non può aspettarsi che si schieri a favore o contro una parte, ma se la strategia è neutra, il mediatore può accettare il suggerimento dell'avvocato.

È indispensabile imparare a utilizzare la mediazione in modo attivo per promuovere gli interessi dei propri clienti, ovvero come "prendere a prestito" i poteri dei mediatori per raggiungere una conciliazione vantaggiosa.

1. DECISIONI PRELIMINARI

a. Quando è opportuno instaurare una procedura di mediazione

Il legale può raccomandare la mediazione a un cliente quando:

- ci sono buone probabilità che possa ottenere un migliore risultato che non in giudizio, tenendo conto dei rischi e dei costi legati a un procedimento ordinario;
- alcuni impedimenti rendono difficile o impossibile la trattativa diretta fra le parti;
- la mediazione potrebbe aiutare la parti a superare tali ostacoli.

Tra gli impedimenti potenziali alla risoluzione della controversia rientrano:

- questioni di procedimento, come l'assenza della persona in grado di prendere le decisioni o l'uso di strategie troppo aggressive;
- questioni emotive che distorcono il giudizio di una o entrambe le parti;
- mancanza di informazioni che impediscono alle parti di valutare in modo accurato gli aspetti legali della vertenza.

Motivi per non mediare. In alcune situazioni la mediazione non è appropriata.

Ad esempio quando una parte:

- necessita di una pronuncia giudiziale che valga nei confronti dei terzi ("fa stato");
- ha il timore che la conciliazione possa indurre altre rivendicazioni "in copia";
- richiede una pronuncia giudiziaria per controllare il comportamento della controparte;
- utilizza il ricorso in giudizio per accertare delle situazioni.

La mediazione può anche essere inutile se:

- un avente causa principale si rifiuta di partecipare al procedimento;
- una parte trae vantaggio dall'esistenza della controversia, ad esempio per danneggiare la concorrenza (sebbene non sia un atteggiamento eticamente corretto);
- una delle parti non è in grado di prendere decisioni perché priva della capacità giuridica (ad esempio interdetto, inabilitato o minore).

b. Supponendo che la mediazione sia appropriata, qual è il momento opportuno per instaurarla?

Talvolta non è una scelta personale perché il cliente è tenuto alla mediazione da una clausola contrattuale o da una sentenza del tribunale. Tuttavia, in caso di scelta, le tempistiche dipendono dai risultati che si vogliono ottenere. Se l'obiettivo primario è la soluzione di un problema o il ripristino dei rapporti fra le parti, è opportuno avviare rapidamente la mediazione. In caso contrario, le parti tenderanno a irrigidire le proprie posizioni e una potrebbe crearsi nuovi rapporti, rendendo molto più difficile la composizione della controversia.

Se la priorità del cliente è quella di ottenere il migliore risultato economico possibile, la questione della tempistica è più complessa. Ritardando la mediazione, l'avvocato potrebbe

migliorare la posizione negoziale del proprio cliente, ad esempio ottenendo una sentenza favorevole del tribunale. Tuttavia i procedimenti legali sono costosi e la controparte può adottare la stessa strategia, facendo lievitare le spese e rendendo più difficile la transazione.

Le parti in causa tendono ad avviare la mediazione legale in momenti particolari, spesso quando temono di affrontare un aumento dei costi o un rischio evidente di sconfitta.] Solitamente si decide di cercare una conciliazione prima di intentare l'azione legale formale, dopo la fase di indagine oppure in vista della decisione della corte o della sentenza.

- *Prima dell'instaurazione dell'azione legale.* Le parti possono decidere di mediare prima di avviare una causa. Nel farlo accettano un compromesso: da un lato meno informazioni dall'altro meno spese e meno stress per ottenere un risultato. Le parti in causa optano sempre più per la mediazione prima dell'instaurazione della causa.
- *Dopo la fase preliminare del procedimento.* Le parti possono presentare l'istanza e avviare le procedure necessarie per proteggere la propria posizione, raccogliere informazioni e inquadrare in modo chiaro i problemi. Dopo questa fase, tuttavia, accettano di mediare seguendo la cosiddetta regola dell'80-20: l'80 per cento delle informazioni pertinenti si ottengono solitamente nel primo 20 per cento di tempo e denaro speso, mentre per garantire il restante 20 per cento di dati si spende circa l'80 per cento dell'intero ammontare. Se così è, gli avvocati possono decidere di avviare quanto necessario per stimare il valore della causa e quindi instaurare la mediazione per tentare di giungere alla conciliazione.
- *In vista della decisione del tribunale.* Gli avvocati solitamente attendono il momento che precede qualche evento significativo del procedimento per avviare trattative di conciliazione. Questo perché con l'avvicinarsi del processo devono prepararsi intensamente, con spese considerevoli sia per loro che per i clienti. Il processo rappresenta l'evento win-or-lose fondamentale, con notevoli rischi per entrambe le parti. Infine, in alcuni ordinamenti giuridici, il periodo di tempo prima del processo è considerato il momento "buono" per parlare di conciliazione senza che sia considerato un segno di "debolezza".

2. COME INSTAURARE LA MEDIATIONE

a. Convincere i clienti o le controparti a mediare

Il maggiore ostacolo all'instaurazione della mediazione è la preoccupazione delle parti e dei loro legali che le controparti interpretino quest'azione come un segnale di debolezza (non si crede nella fondatezza del caso giuridico). Per evitare o limitare tale preoccupazione, si può procedere in diversi modi. Vediamoli.

- *Puntualizzare che le discussioni circa la conciliazione sono inevitabili.* Si può sostenere che la professione dell'avvocato comporti la gestione delle controversie, ma poiché pochi casi vanno in giudizio, è probabile che le parti trovino un accordo in un qualche momento. Perché non avviare un'attività esplorativa e risparmiare a tutti tempo e denaro?
- *Fare affidamento su linee guida.* La società o lo studio legale decide in linea di principio di vagliare le possibilità di conciliazione fin dalle prime fasi di qualsiasi disputa. Gli avvocati possono avvalersi di questo principio ed evitare il pregiudizio che l'iniziativa venga presa solo quando la posizione giuridica è debole.
- *Chiedere a un'organizzazione terza di prendere l'iniziativa.* Chiedere a un mediatore o a un'organizzazione esterna di suggerire la mediazione alla parte avversa. La controparte sa da chi è partita la richiesta, ma l'utilizzo di un terzo permette di evitare di dover "vendere" il ricorso alla mediazione.
- *Citare una regola.* Alcuni tribunali richiedono che gli avvocati svolgano negoziati o si rivolgano alla mediazione prima di intentare una causa o andare in giudizio. In tal caso l'avvocato può suggerire alle parti di prevedere uno svolgimento autonomo della mediazione piuttosto che utilizzare un programma rigido. Anche se un tribunale non lo impone, l'avvocato può chiedere privatamente al giudice di prospettare la mediazione alle parti.

Questi suggerimenti presuppongono che la sfida consista nel persuadere la controparte a mediare. Spesso, tuttavia, l'ostacolo è rappresentato proprio dal cliente dell'avvocato. Spiega un legale:

Non ci sono regole chiare e semplici su quale sia il momento ideale per avviare la mediazione, ma un punto è chiaro. Prima di cominciare, occorre riconoscere che il primo ostacolo per avviare il dialogo può essere proprio il cliente, in particolare se è una persona con la quale non si è mai lavorato. Il cliente potrebbe chiedersi se l'avvocato non ha fiducia in se stesso o nella causa, qualora proponga da subito la mediazione. D'altra parte, se non la si menziona, alcuni clienti potrebbero domandarsi se non si stia cercando di trarre il maggior vantaggio personale da una causa che forse non andrà mai in giudizio. È bene rivolgersi alla controparte solo dopo aver raggiunto un accordo con il proprio cliente sulla procedura. (Stern, 1998)

b. Formulare una proposta di mediazione efficace

Sono due le situazioni di base con cui si confronta il legale in tema di mediazione:

- esiste una controversia e le parti hanno deciso di mediare, ma desiderano concordare come verrà gestito il procedimento;

- le parti non hanno controversie in atto, ma intendono ricorrere alla mediazione per eventuali controversie future.

(1) Accordi di mediazione su controversie in atto

Se le parti hanno concordato la mediazione di una controversia in atto, possono trarre vantaggio da un accordo sui seguenti temi:

- Quali regole di riservatezza si applicano?
 - Una dichiarazione o un documento usato nella mediazione può essere prodotto in giudizio?
 - Le dichiarazioni o i documenti possono essere rivelati a estranei e al di fuori delle aule giudiziarie?
 - In caso di controversia circa i termini di un accordo o su ciò che è successo durante il procedimento, il tribunale può acquisire come testimonianza ciò che è stato detto durante la mediazione?
- Chi paga le spese della mediazione?
- Come può una parte porre fine alla propria partecipazione?
- Quali regole si applicano al procedimento? Ad esempio, il mediatore può esprimere le sue opinioni sul merito legale?
- Mentre è in corso la mediazione, la causa in tribunale permane e vengono richieste le relative spese legali?

Molti organismi di mediazione hanno documenti standard che trattano questi temi e gli avvocati generalmente vi si attengono senza apportare modifiche. In Appendice è riportato un esempio di accordo di mediazione.

Il principale motivo di disaccordo circa i termini della mediazione concerne la ripartizione delle spese del procedimento. Se, ad esempio la parte lesa cita in giudizio tre società collegate fra loro rappresentate da un unico studio legale, deve sostenere metà delle spese e i tre convenuti si accollano l'altra metà, oppure il totale sarà ripartito in quattro? I mediatori sono generalmente riluttanti a occuparsi di tali questioni, ma disposti a facilitare una discussione in proposito se non si mette in discussione l'importo totale dell'onorario.

(2) Accordi di mediazione per controversie future

Le parti, al momento della stipula di un contratto, vi includono clausole che impegnano a mediare qualora insorgano controversie. È quanto avviene ad esempio nel caso di accordi con compagnie estere: trovandosi di fronte a condizioni operative diverse, con conseguenti disaccordi, si trae beneficio da procedure atte a risolvere i problemi rapidamente e in modo amichevole. In appendice sono riportati esempi di clausole di mediazione e una clausola a più fasi che preveda il negoziato seguito dalla mediazione e quindi dall'arbitrato.

Nel caso in cui insorga una disputa, è possibile che solo una delle parti voglia la mediazione. Chi è a favore della mediazione può decidere di non obbligare l'altra parte a

mediare (considerando che è inutile obbligare qualcuno a mediare contro voglia). Ma può anche accadere che la parte avversa può giungere alla conclusione che sia meglio attivare la mediazione piuttosto che discutere il contratto.

Tuttavia, se una parte vuole far valere il diritto contrattuale a mediare e l'altra si oppone, il tribunale è tenuto a imporre tale obbligo? Un tempo i giudici si rifiutavano di imporre le clausole di mediazione, partendo dal presupposto che è impossibile o molto gravoso determinare se una parte abbia partecipato alla mediazione in buona fede. Tuttavia, recentemente alcuni tribunali hanno imposto l'obbligo della mediazione, per lo meno quando una sola delle parti la rifiutava. Tra le sanzioni applicate in questi casi ricordiamo:

- se la parte lesa non procede alla mediazione, la Corte archivia la causa o sospende il procedimento legale fino a quando questa non fa fronte al proprio obbligo;
- se una parte non compare a una seduta di mediazione, il tribunale obbliga il trasgressore a pagare l'indennità del mediatore e in taluni casi le spese legali all'altra parte;
- se la parte che ha rifiutato la mediazione vince la causa in giudizio, il tribunale nega l'indennizzo delle spese sostenute che altrimenti sarebbero state a carico della parte avversa.

Per essere esecutivo, l'accordo di mediazione deve essere chiaro. Occorre quindi che:

- il linguaggio sia semplice e l'arco temporale ben specificato;
- si evitino le ambiguità - in particolare, va tenuto tenere disgiunto l'impegno alla mediazione dall'obbligo all'arbitrato;
- siano specificati i ricorsi e le sanzioni che una parte può ottenere se la controparte viola l'accordo;
- si preveda un procedimento di mediazione equo riferito alla natura della transazione (Katz, 2008).

c. Come trattare gli obblighi derivanti dal diritto o da un'ingiunzione del tribunale

Una parte può richiedere di ricorrere alla mediazione per legge, a seguito della decisione del tribunale o di un'ingiunzione. In tal caso, si devono considerare i seguenti punti per stabilire se il procedimento è adeguato.

- Chi sceglie il soggetto imparziale? Alcuni procedimenti richiedono alle parti di scegliere un mediatore, **mentre altri nominano una persona specifica per ogni procedimento.]
- Chi deve partecipare? Alcuni procedimenti prevedono la partecipazione di rappresentanti delle parti con "potere decisionale completo". Ciò può creare problemi alle aziende che abbiano casi pendenti in diversi tribunali.
- È permesso un incontro preliminare tra legale e mediatore?
- Quali sono le spese di un procedimento di mediazione?

- La mediazione deve avere luogo all'interno di una struttura specifica e in un periodo di tempo prefissato?

- Le dichiarazioni e i documenti usati nella mediazione sono sottoposti al vincolo di riservatezza e non sono ammissibili in giudizio?

Se non si è soddisfatti del programma di un tribunale, si può valutare se il procedimento può essere modificato con un accordo con la controparte o una speciale richiesta alla corte.] Se non si vuole procedere alla mediazione, è opportuno porsi le seguenti tre domande:

- lo si può fare o si può chiedere un'esenzione?
- qual è il minimo da fare per accettare?
- in quali sanzioni si incorre?

3. COME DARE FORMA AL PROCEDIMENTO

a. Scegliere il mediatore

(1) Identificare la persona migliore

Quando si prepara una mediazione, oltre a far partecipare le persone giuste, è fondamentale scegliere il mediatore migliore. I mediatori possono avere qualifiche, stili e approcci molto diversi: è necessario trovare la persona le cui qualità rispondono meglio alle necessità del caso.

Innanzitutto, va considerato che cosa impedisce alle parti di negoziare in modo efficace. Se, ad esempio, il problema è che la controparte o il cliente ha una personalità forte, il mediatore migliore deve avere forti capacità nel procedimento. Se l'ostacolo maggiore è che la controparte ha una visione errata delle basi giuridiche del caso, il mediatore migliore sarà un giudice in pensione. Se il cliente ha bisogno di una giustificazione per accettare un difficile compromesso, una persona con un'ottima reputazione è la scelta migliore. Spesso gli ostacoli sono molteplici e quindi il mediatore deve avere un mix di queste qualità.]

Recentemente alcuni ricercatori hanno chiesto ai legali che avevano assunto i migliori mediatori quali qualità ritenessero più importanti. La conclusione a cui è giunto lo studio è che "l'elemento chiave del successo di un mediatore è la sua capacità di stabilire un rapporto di fiducia con le parti in lite" (Goldberg e Shaw, 2007).

**Il fattore più importante nella scelta di mediatori qualificati è quindi come si rapportano con le parti, compreso il proprio cliente. Il cliente ha più fiducia in un uomo d'affari in pensione o in un legale con la stessa esperienza alle spalle? La persona con il maggiore potere decisionale della parte avversa si rimette al giudizio di un ex magistrato? Con che facilità le parti stabiliscono rapidamente buoni rapporti con persone che non conoscono?

Per decidere se un potenziale mediatore ha le necessarie qualità, gli avvocati delle due parti possono discuterne al telefono. Alcuni mediatori si rifiutano di parlare con gli avvocati in prima istanza, ma altri soggetti imparziali sono disposti a farlo, sentendosi più liberi di discutere un caso in veste di potenziali mediatori che di arbitri.]

(2) Negoziare la propria scelta

La negoziazione per ottenere un mediatore è analoga a qualsiasi altra trattativa, ma in questo caso la giusta scelta è un punto a favore di entrambe le parti. I legali preparano le liste dei candidati, se le scambiano e ne discutono. È possibile che un stesso nome compaia su entrambe le liste. Se così non fosse, gli avvocati si accordano sul candidato da scegliere oppure si vagliano altri nominativi.

In alternativa si può suggerire al legale della controparte di preparare l'elenco iniziale di candidati. Se propone qualcuno che si vorrebbe candidare, si ottiene un buon mediatore evitando una "svalutazione reattiva", ovvero la tendenza istintiva a essere sospettosi di qualunque proposta della controparte.

Se si conosce e rispetta l'avvocato della controparte, si potrebbe permettergli di scegliere il mediatore, pur mantenendo un potere di veto sulla scelta. Permettere alla parte avversa di scegliere il soggetto imparziale può sembrare strano, ma se l'obiettivo è persuadere l'altra parte, quale scelta migliore per ottenere lo scopo se non un mediatore che ha scelto lei stessa?

(3) Scegliere un mediatore o un organismo di mediazione?

Una terza alternativa consiste nello scegliere un organismo di mediazione che abbia un gruppo di mediatori e che proponga una lista di candidati da cui i legali delle due parti in causa possano scegliere.]

Il ricorso a un organismo di mediazione per scegliere il soggetto imparziale e amministrare la mediazione presenta dei vantaggi. Quando viene coinvolto un ente imparziale la "svalutazione reattiva" non ha ragion d'essere perché la lista dei candidati non è "di proprietà" dell'altra parte.

Questi organismi possono inoltre mettere a disposizione degli uffici, ovvero "uno spazio neutro" per la mediazione (cosa che non sempre accade con i singoli mediatori), occuparsi della gestione dei pagamenti e dello scambio dei documenti, evitando al mediatore di doversi occupare di questioni amministrative.

Il coinvolgimento di un organismo è pressoché essenziale se le parti stabiliscono di utilizzare la mediazione anche in casi futuri. È vero che si può inserire il nome di una persona specifica nella clausola di mediazione, non si può essere certi che sarà disponibile nel momento in cui si presenterà la vertenza. Al contrario, un organismo è in grado di gestire malattie, pensionamenti, problemi di programmazione e altri eventi.

b. Preparare il procedimento

(1) Garantire la presenza dei partecipanti

La presenza delle persone giuste al tavolo della mediazione è fondamentale per la buona riuscita del procedimento, persino più importante dell'identità del mediatore. Tuttavia, affrontiamo la questione ora, dopo la scelta del mediatore, in quanto l'avvocato può rivolgersi al mediatore per assicurarsi la presenza delle persone giuste al procedimento.

La loro scelta dipende ancora una volta dagli obiettivi.

- *Gli aventi causa.* Se l'obiettivo principale è ripristinare dei rapporti personali, è essenziale la presenza degli aventi causa per poter parlare dei problemi sorti e ristabilire i rapporti. Lo stesso può essere vero quando il risultato è estremamente importante per una parte.
- *Gli esperti.* Se l'obiettivo è trovare una soluzione creativa, è necessario avere persone in grado di pensare "fuori dagli schemi", ovvero esperti con sufficienti conoscenze per sviluppare e valutare le diverse opzioni. Ad esempio, per modificare un contratto può essere necessaria la presenza dei responsabili finanza, produzione o marketing.
- *Persone con potere legale.* Se le parti non hanno rapporti personali e non ci sono serie problematiche emotive, come nel caso di una richiesta di indennizzo a una compagnia di assicurazioni, l'obiettivo primario è che chi contratta abbia poteri rappresentativi.

I legali devono talvolta trattare per garantire che la parte avversa, e talvolta il proprio cliente, abbia qualcuno al tavolo della mediazione sufficientemente esperto e con l'autorità necessaria a prendere decisioni difficili. Il mediatore può essere d'aiuto in questo compito.

Una società tedesca che aveva acquisito una compagnia di spedizioni da un imprenditore spagnolo, citò in giudizio la società che si era occupata delle verifiche di bilancio per il venditore, sostenendo che avesse tenuto nascosti comportamenti scorretti dei responsabili della compagnia di spedizioni e gonfiato la redditività facendo quindi lievitare il prezzo di acquisto.

Il legale dell'acquirente contattò subito il mediatore informandolo che il suo cliente, il CEO, riteneva fondamentale partecipare, ma che lo avrebbe fatto solo se fosse stato presente anche il CEO della società di revisione. Tra l'altro, la sua forte personalità gli impediva di impegnarsi per primo per paura che il gesto fosse interpretato come un'eccessiva disponibilità a trovare un accordo.

Il mediatore si mise quindi in contatto con l'avvocato della difesa, il quale concordava sull'utilità della presenza dei responsabili delle parti, sottolineando tuttavia che anche il proprio cliente non voleva essere il primo ad accettare.

Il mediatore decise di chiedere alle parti di indicare in maniera riservata se il responsabile avrebbe partecipato, nel caso in cui anche quello della controparte fosse stato presente. Entrambi risposero in modo affermativo e il mediatore annunciò che entrambi i CEO sarebbero stati presenti.

L'esempio illustra come gli avvocati possano sfruttare il mediatore per "preparare il campo della trattativa" a vantaggio dei propri clienti.

Tuttavia i mediatori solitamente non conoscono eventuali problematiche occulte fino a quando il procedimento non è stato instaurato, per cui è importante che gli avvocati li istruiscano.

Chiedendo l'assistenza di un mediatore per organizzare il procedimento, l'avvocato trae beneficio da diversi fattori. Innanzitutto, avendo accettato la mediazione, la controparte avrà interesse a mantenere buoni rapporti con il soggetto imparziale. Inoltre, i mediatori preferiscono coinvolgere più persone: anche se in seguito una di queste si rivelasse non necessaria, è sempre meglio che trovarsi senza le persone in grado di prendere le decisioni

chiave in un momento importante.

Una società di software citò in giudizio un ex dipendente presso un tribunale italiano per violazione del patto di non concorrenza, avendo assunto il suo ex team di sviluppo nella sua nuova società di Oslo.

La società di Oslo non era parte in causa, ma la sua partecipazione era essenziale per la conciliazione in quanto aveva accettato di indennizzare il proprio dipendente qualora fossero emerse sue precise responsabilità. Tuttavia il consulente legale della società si rifiutava di partecipare alla mediazione, sostenendo che Roma fosse troppo lontana e che in ogni caso la sua società non era parte in causa.

Il legale della parte lesa chiese al mediatore di convincere l'avvocato a intervenire, sottolineando l'importanza della sua presenza per la buona riuscita del caso. Il mediatore rispose alla sfida contattando più volte il legale della controparte. Alla fine, pur rifiutandosi di partecipare di persona, accettò di prendere parte a tutti gli incontri in videoconferenza, e la sua partecipazione si dimostrò fondamentale per il raggiungimento dell'accordo di conciliazione.

(2) Concordare la procedura

Tempistiche. Le controparti devono concordare i tempi della mediazione: alcune ore, un giorno, diversi giorni o una serie di incontri per un periodo più lungo? Occorre bilanciare la necessità di lasciare il tempo sufficiente al procedimento e non procrastinare troppo le decisioni difficili. In generale:

- è sufficiente un giorno per una controversia relativa a un contratto, sebbene il procedimento possa protrarsi nella serata (e le parti debbano prevedere tale possibilità);
 - sono necessari due o più giorni per questioni di interpretazione perché solitamente comportano la presenza di più parti e “mini-cause” su vari aspetti di un progetto;
 - per le controversie estremamente complesse, sia per il numero di partecipanti sia per la loro natura, possono essere necessari più incontri nell'arco di settimane o mesi. Ne sono un esempio i casi di antitrust, le controversie pubbliche sull'utilizzo di un terreno e le cause di contaminazione ambientale.
- In caso di dubbio, è meglio eccedere nelle previsioni. È sempre possibile concludere prima, mentre è difficile riunire le parti per un ulteriore incontro non previsto.

Struttura. La mediazione commerciale solitamente prende la seguente forma:

- *Sessione di apertura o comune.* All'inizio del procedimento, i partecipanti e il mediatore si incontrano. Le parti si presentano e il mediatore fa un'introduzione. Le parti fanno una dichiarazione iniziale e possono rispondere a quanto ha detto l'altra parte. Il mediatore può quindi proporre di discutere il caso e porre delle domande. La durata del primo incontro oscilla tra 20 minuti, se il mediatore introduce semplicemente il procedimento, e diverse ore, se le presentazioni sono lunghe e le discussioni molteplici.

- *Incontri tra responsabili.* Quando la sessione d'apertura raggiunge una fase di quasi stallo, ad esempio perché le parti continuano a ripetersi, il mediatore propone di aggiornare la seduta in un'altra sala e tenere caucus (sessioni private durante le quali il mediatore parla individualmente con le parti). Il mediatore quindi trasferisce le informazioni e le proposte tra le due parti.
- *Incontri ristretti.* Le parti o i loro rappresentanti possono incontrarsi in modo informale in piccoli gruppi. Tali incontri riservati possono svolgersi tra responsabili, esperti, avvocati o altri partecipanti. Il mediatore è solitamente presente ma non è essenziale.

Detto questo, nulla impedisce al mediatore di modificare la procedura con un accordo preventivo o persino durante la sessione iniziale. Anche l'avvocato può dire se preferisce iniziare con una sessione d'apertura o in altro modo, ad esempio passando direttamente ai colloqui tra responsabili. Se si desidera modificare la procedura, è meglio discuterne in anticipo con il mediatore.

(3) Imporre o trattare le precondizioni

La difesa talvolta cerca di trarre vantaggio dal desiderio della parte avversa di mediare imponendo delle precondizioni relative al procedimento o ad aspetti sostanziali.

Una tipica precondizione riguarda la partecipazione: una parte può sostenere che se una certa persona non partecipa (es. il direttore finanziario) non accetterà la mediazione. La richiesta solitamente non offende l'altra parte, ma può essere respinta per impossibilità.

Le precondizioni possono anche riguardare lo stesso procedimento di conciliazione, ad esempio rifiutandosi di mediare se l'altra parte non fa concessioni ("Non veniamo se non scendono di 500.000 euro per dimostrare la loro buona volontà"). Oppure ritirando una concessione già fatta ("Eravamo a 1 milione di euro l'anno scorso, ma poiché abbiamo speso una cifra esorbitante per la causa, a questo punto possiamo offrire soltanto 700.000 euro").

In generale è meno rischioso imporre precondizioni nella mediazione che nella trattativa diretta, perché il mediatore può smorzarne l'impatto e gestire l'emotività che si deriva. Una precondizione procedurale ha meno probabilità di offendere la controparte rispetto a una condizione presentata durante la trattativa, perché può essere considerata uno sforzo per garantire che il buon esito del procedimento ("Richiedono la presenza del vostro direttore generale perché stanno seriamente cercando un accordo"). Le precondizioni sulla trattativa, invece, fanno spesso infuriare la parte avversa, che le considera (giustamente) un mezzo per ottenere un posizione di vantaggio].

c. Istruire il mediatore e le parti

Solitamente l'avvocato ha la possibilità di comunicare con il mediatore prima dell'incontro e questo va a suo beneficio. La comunicazione può avvenire sotto forma di memorie, conversazioni, incontri.

(1) Istruire il soggetto imparziale

Nelle cause commerciali quasi sempre le parti presentano in anticipo al mediatore memorie scritte e documenti. Nel momento in cui si pianifica questa attività, è bene porsi alcune domande.

- Si preferisce preparare una dichiarazione personalizzata, utilizzare un documento esistente o una memoria? Un documento personalizzato presenta ovvi vantaggi, ma soprattutto per casi minori o quando la mediazione è programmata a breve scadenza si può usare un documento preesistente. I mediatori possono anche essere disponibili a ricevere le dichiarazioni sotto forma di lettera.
 - Le dichiarazioni vengono presentate a esclusivo uso del mediatore, oppure sono scambiate con i legali della controparte? I mediatori solitamente preferiscono che gli avvocati si scambino le memorie in modo da poter discutere gli argomenti collaterali con l'altra parte. Comunque sia, **le parti hanno la possibilità di presentare le questioni delicate al mediatore tramite lettera privata o telefonata].
 - In casi complessi si deve concordare con la controparte una serie comune di documenti? Il mediatore gestisce più facilmente una serie comune di documenti, ma se vengono presentati privatamente, l'avvocato ha la possibilità di sottolineare i passaggi più importanti per le proprie argomentazioni.
- Che cosa occorre includere nella memoria? Il mediatore vuole sapere:
- Come è sorta la controversia?
 - Chi sono gli attori principali?
 - Quali sono gli elementi fattuali e legali principali e i quali i punti salienti di accordo e disaccordo?
 - Senza elencare tutti i fatti, quali sono i temi fondamentali?
 - Le parti hanno svolto negoziati diretti? In caso affermativo, quali sono state le ultime proposte e chi ha fatto l'ultima concessione?
 - Che cosa ha reso difficile la trattativa diretta?
 - Ci sono aspetti extragiudiziali in gioco ed esiste la possibilità di una soluzione creativa?
 - Le parti hanno bisogno di informazioni supplementari per una mediazione utile?
 - Quali documenti devono essere inviati al mediatore in anticipo? Se sono lunghi, quali sono le parti più rilevanti?

Se l'avvocato non vuole trasferire tutte le informazioni alla parte avversa, può comunicarlo al mediatore in una conversazione privata o con una lettera.

Per i casi riguardanti fatti o aspetti giuridici complessi, l'avvocato può chiedere al mediatore di organizzare riunioni con entrambe le parti prima dell'incontro ufficiale di mediazione. Potrebbe essere anche importante fornire al mediatore relazioni di esperti oppure farlo incontrare prima con gli esperti. Se la causa concerne terreni o fabbricati, sarebbe utile che il mediatore facesse una visita in loco.

(2) Scambio di informazioni

In qualsiasi negoziato l'aspetto chiave è lo scambio di informazioni e il valore della mediazione è costituito in buona sostanza la sua capacità di migliorare il flusso di informazioni tra le parti. Quali siano le informazioni rilevanti dipende ancora una volta dagli obiettivi. Se il procedimento ruota attorno a questioni economiche, è probabile che le prove e

le argomentazioni legali siano importanti; se l'obiettivo è ripristinare un rapporto, è significativo conoscere le motivazioni alla base della disputa. Se lo scopo è modificare un accordo commerciale, sono utili i dati finanziari. Di norma, le trattative che prevedono opzioni creative richiedono una base più ampia di informazioni di quanto non sia necessario fare per le discussioni che vertono esclusivamente su aspetti economici.

Lo scambio di informazioni avviene essenzialmente durante il procedimento. In particolare però, se si decide di percorrere la strada della mediazione fin dall'inizio, una parte potrebbe non essere a conoscenza delle informazioni necessarie per valutare le alternative al procedimento in giudizio o stabilire se esiste un'opzione più creativa. Il rappresentante di una compagnia di assicurazioni, ad esempio, potrebbe non avere l'autorità necessaria per risolvere la controversia in mancanza dei documenti che attestino le spese della parte lesa, mentre il legale del ricorrente potrebbe non essere in grado di accettare una proposta di conciliazione se non ha la certezza che non vi siano "assi nella manica" della parte avversa. Alcune informazioni sono utili soltanto se possono essere analizzate in anticipo.

Per identificare quali informazioni si debbano scambiare, è necessario porsi due domande:

- Di quali informazioni necessita il mio cliente per prendere una buona decisione?
- Quali informazioni convinceranno la controparte ad accettare le nostre condizioni?

Il punto importante da tenere a mente è che si può chiedere l'aiuto del mediatore per ottenere dati dalla controparte o persino per spiegare al proprio cliente per quale motivo sia utile dare alla controparte la possibilità di conoscere le informazioni relative alla vertenza.

Un'azienda informatica chiese i danni al proprio fornitore di microprocessori: il loro tasso di difettosità era estremamente alto e la obbligava a effettuare riparazioni costose su server dislocati in tutto il mondo.

Le parti giunsero alla conclusione che il problema era causato da un composto adesivo difettoso acquistato da un noto fornitore asiatico e che il produttore di microchip non poteva prevederlo. Tuttavia, l'azienda informatica sosteneva che il produttore fosse responsabile secondo quanto previsto dalla garanzia e dovesse rimborsare le spese, pari a 36 milioni di euro.

Le due società decisero di mediare prima di andare in giudizio, ma quando si scambiarono le memorie, il produttore di microchip disse che la richiesta dell'azienda informatica non era chiara: non riusciva a capire come le perdite potessero essere così alte. Gli era impossibile soddisfare le richieste: avrebbe dovuto dichiarato bancarotta anche per risarcirle solo in parte.

Con l'assistenza del mediatore, le parti concordarono di ritardare la mediazione di un mese e scambiarsi i dati. L'azienda informatica inviò i documenti che riportavano la propria stima dei danni e il produttore di microchip fornì dati sulla sua situazione finanziaria. Quest'ultimo inviò anche informazioni sui nuovi prodotti che stava mettendo a punto in modo che l'azienda informatica potesse valutare la possibilità di accettare una parte del risarcimento sotto forma di sconto sugli acquisti futuri.

(3) Incontri privati

Ci può essere la possibilità di parlare privatamente con il mediatore prima dell'inizio del procedimento: sono incontri quasi sempre utili per illustrare la propria visione sul caso.

Solitamente nelle telefonate che precedono la mediazione gli avvocati argomentano il caso dal punto di vista legale. È un errore! Per il mediatore è difficile ricordare una lunga presentazione orale, e le argomentazioni solitamente sono già illustrate chiaramente nella memoria. L'avvocato deve invece cercare di tratteggiare a grandi linee gli aspetti legali per poi concentrarsi su quelli extragiudiziali e sulle dinamiche personali che sono di ostacolo alla trattativa. Generalmente l'avvocato è libero di informare il mediatore sulla riservatezza delle informazioni scambiate.

L'avvocato può anche chiedere di incontrare il mediatore insieme al proprio cliente prima dell'avvio del procedimento. Nel caso in cui un cliente sia eccessivamente arrabbiato o addolorato, ad esempio, l'incontro gli permette di gestire i propri sentimenti e stabilire un'intesa con il soggetto imparziale. Il mediatore deve ottenere il permesso del legale della parte avversa per l'incontro privato.

d. Pianificare la strategia e orientare il cliente

La mediazione è un procedimento di negoziazione assistita e la sua preparazione per molti versi non è diversa dalla pianificazione di qualsiasi trattativa seria. Tuttavia, differisce dalla trattativa diretta su alcuni punti importanti.

Innanzitutto, l'intensità. La trattativa ordinaria può avere luogo in modo intermittente per un periodo di tempo che va da mesi ad anni, senza una struttura chiara, sia per telefono che per e-mail. La mediazione, invece, è solitamente una procedura definita. Le parti concordano di incontrarsi a una certa data, alla presenza di un terzo e di condurre le trattative senza soluzione di continuità. Anche se può essere temporaneamente sospesa, le parti partecipano al procedimento supponendo che ciò non avvenga. Se non si arriva alla conciliazione, o se non ci sono progressi significativi, la mediazione si interrompe.

È forse per questo che 75 per cento o più delle mediazioni porta alla conciliazione. Questo significa che la mediazione è probabilmente il momento clou del caso e la sua pianificazione deve riguardare tutti gli aspetti, dalla prima proposta alle condizioni finali di conciliazione. L'avvocato deve anche far capire al proprio cliente che ci si sta avviando alla fase cruciale e che deve prepararsi in modo adeguato.

Inoltre, a differenza delle trattative dirette, le parti si incontrano quasi sempre di persona e coloro che hanno potere decisionale interagiscono di fronte all'altra parte e al mediatore.

La differenza più importante, tuttavia, è la presenza del mediatore: talvolta il procedimento è simile a un negoziato facilitato, in altri casi a una trattativa a tre. Gli avvocati devono contrattare non soltanto con la controparte sui termini dell'accordo, ma anche con il mediatore sulla gestione del procedimento.

Come preparare il cliente. Per la speciale natura della mediazione, l'avvocato deve affrontare, oltre alle problematiche tipiche della preparazione di una trattativa diretta, i altri argomenti con il cliente.

- Differenze tra mediazione e trattativa, tra cui:

- il procedimento previsto, ad esempio la presenza o meno di una sessione di apertura;
- le clausole di riservatezza applicate e le relative eccezioni.
- L'interazione del cliente con il mediatore e la parte avversa, tra cui:
 - lo stile, la personalità e il background del mediatore. Occorre avvisare il cliente che il mediatore può cambiare approccio durante il procedimento, ovvero da persona che ascolta in modo empatico a persona che valuta gli aspetti giuridici del caso;
 - la suddivisione dei ruoli tra avvocato e cliente. Ad esempio, quello del cliente nel primo incontro. Negli incontri riservati, uno parla e l'altro ascolta? Il cliente assume il ruolo del "poliziotto buono" e l'avvocato quello del "poliziotto cattivo"?
- Il ruolo dell'avvocato nel procedimento. Occorre spiegare che l'obiettivo generale è lo stesso, ovvero ottenere il massimo per il cliente, ma che le strategie dell'avvocato devono adattarsi alla situazione contingente:
 - può essere più conciliante nella mediazione di quanto sarebbe in tribunale;
 - può evitare di ricordare le prove a favore, in modo da non indisporre la controparte.
- Le risposte del cliente alle domande del mediatore:
 - elencare quali informazioni può fornire volontariamente e quali tenere riservate. Spiegare che è libero di non rispondere a domande poste dalla parte avversa e persino dal mediatore;
 - avvertire il cliente che è possibile discutere con il mediatore;
 - spiegare che l'avvocato può chiedere al mediatore di lasciare la stanza per parlare privatamente con il proprio cliente.
 - spiegare che può essere richiesto al cliente di incontrare privatamente la parte avversa e il mediatore, senza la presenza degli avvocati, e che è opportuno confrontarsi con l'avvocato prima di accettare.

4. FASI DELLA MEDIAZIONE

a. La Sessione d'apertura

Nel corso del primo incontro il legale ha la possibilità di continuare a influenzare il procedimento. Come è noto, la maggior parte delle mediazioni d'affari si avviano con una sessione di apertura tra tutte le parti. Talvolta gli avvocati evitano la riunione di apertura, e iniziano le trattative con sessioni private, oppure la considerano un semplice preludio al "vero" procedimento di conciliazione nei caucus. Entrambi gli approcci sono errati: una sessione d'apertura ben strutturata può aiutare avvocato e cliente a raggiungere i propri obiettivi.

(1) Le peculiarità della sessione d'apertura

La riunione iniziale assomiglia a un'udienza in tribunale in quanto i legali illustrano la causa

alla presenza di un soggetto imparziale. Tuttavia quello della mediazione è un ambiente più rilassato. Solitamente l'incontro si svolge in una sala riunioni e le parti sono sedute ai due lati di un tavolo a poca distanza gli uni dagli altri; il mediatore stabilisce un tono informale simile a quello usato in una trattativa commerciale. Di conseguenza, nella mediazione uno stile pacato è più efficace della retorica utilizzata in tribunale.

Data la natura della vertenza, è utile fornire una presentazione meno formale e più rilassata. A differenza di un'udienza in tribunale, il pubblico è costituito dalla controparte, che è in fin dei conti l'unica che ha il potere di accettare le condizioni auspiccate. Purtroppo, non è imparziale e probabilmente non è disposta ad ascoltare un discorso in un linguaggio giuridico elaborato; anzi, talvolta è persino restia ad ascoltare un'argomentazione equilibrata.

La sessione d'apertura è probabilmente l'unico momento dell'intero procedimento in cui l'avvocato ha la possibilità di parlare direttamente con la controparte. È importante utilizzare questo tempo a proprio vantaggio, con argomentazioni e toni che meglio influenzino la parte avversa e la portino ad accettare il proprio punto di vista.

(2) Come strutturare la sessione d'apertura per ottenere il massimo effetto

Quando l'avvocato prepara la sua introduzione dovrà considerare alcuni aspetti.

Che tono si vuole trasmettere? Il tono deve essere in linea con gli obiettivi del cliente. Se si vuole restaurare un rapporto, è bene adottare un tono relativamente cooperativo e concentrarsi su questioni personali e di business piuttosto che su argomentazioni legali. Se il cliente vuole ottenere il migliore risultato economico, può essere opportuno mettere in evidenza la fondatezza della propria posizione giuridica e la determinazione ad andare avanti.

Anche la natura della controversia è importante: una causa per negligenza in un contratto, ad esempio, è molto diversa dall'accusa di avere intenzionalmente travisato la verità. Anche le caratteristiche delle parti hanno un loro peso: il linguaggio usato con un alto dirigente è diverso da quello usato con un operaio.

Come formulare la presentazione? La struttura della mediazione offre ampi spazi di manovra e adattamento. Infatti, il legale può:

- limitarsi agli aspetti giuridici o entrare nel merito delle questioni;
- basarsi su una presentazione orale, su documenti o immagini al computer;
- parlare direttamente, o fare intervenire il cliente o un esperto, o ancora chiedere un contributo a tutti i presenti.

Non essendoci limiti ristretti, può impiegare tutto il tempo necessario. Tuttavia, se l'avvocato decide di non dire nulla o di parlare a lungo, se ha bisogno di attrezzature speciali o presenta elementi insoliti, è buona regola che avverta il mediatore in anticipo in modo da facilitare l'attività e indicare eventuali ostacoli.

Le prove e i video in particolare hanno un maggiore impatto nella mediazione che in giudizio, perché le parti sono più vicine allo schermo e i documenti possono rimanere sul

tavolo per ore. Non si possono escludere le prove; se un documento non potrebbe essere prodotto in giudizio, la controparte probabilmente lo farà notare, ma comunque potrebbe essere efficace, in particolare per i non avvocati.

Il legale della parte lesa aveva identificato un messaggio di posta elettronica compromettente inviato dal direttore generale del convenuto. Lo aveva ingrandito e posto su una grande lavagna posizionata alle sue spalle. Mentre parlava, le parole scritte sembravano riempire la stanza, imbarazzando notevolmente i dirigenti della controparte.

Una volta terminato il discorso, non tolse il messaggio dalla lavagna bianca. Ci pensò il legale della controparte, che lo prese e lo girò al contrario in modo che non fosse più leggibile. Ma quando fu il suo turno per replicare, l'avvocato della parte lesa lo riposizionò com'era in origine, sottolineando che le parole sarebbero ritornate a tormentare il convenuto.

Le persone o gli oggetti fisicamente presenti nell'aula in cui si svolge la mediazione hanno un impatto maggiore rispetto a testimoni o documenti assenti, perché la mediazione, al pari di un processo, è soggetta a due effetti.

- Effetto "primario": una prova che una persona può vedere o toccare ha un impatto maggiore delle informazioni di cui sente semplicemente parlare.
- Effetto "fusione": se una parte o un mediatore non vede un testimone, tende a collocarlo in una categoria generale (es. "contabile" o "infermiera") e ad applicare l'immagine stereotipata alla propria percezione. Al contrario, se osserva direttamente una persona, è molto più facile che la veda come individuo.

Questi effetti si applicano a tutti gli aspetti della mediazione ma in particolare all'incontro iniziale. Si ricordi che sebbene l'avvocato della controparte possa aver già incontrato un testimone, il mediatore e persino il rappresentante della controparte non l'hanno mai visto.

Per quanto concerne i documenti, la situazione è diversa. Il mediatore può avere analizzato in precedenza quelli fondamentali. La persona con maggiore potere decisionale della parte avversa può non avervi avuto accesso e potrebbe non capire perché sono significativi.

Se l'avvocato ha un testimone e un documento a supporto della tesi della parte lesa è opportuno portarli e concentrare l'attenzione su di essi durante la sessione d'apertura. Le impressioni del mediatore o della parte durante il primo incontro spesso influenzano la trattativa futura.

Si ricordi che quando a mediazione avviata solitamente il mediatore non avrà molto tempo per leggere e analizzare documenti complessi. Se l'avvocato li presenta per la prima volta durante la mediazione, è opportuno che sottolinei passaggi particolari o clausole con evidenziatori colorati o in altro modo; se il documento è lungo, meglio copiare a parte i paragrafi importanti.

Chi deve parlare? Non vi è una regola fissa su chi debba iniziare a illustrare le proprie argomentazioni. Possono quindi essere gli avvocati, le parti, alcuni esperti o dei testimoni.

Questa libertà permette di far parlare chi può avere un impatto utile sulla controparte e sul soggetto imparziale.

È opportuno affidare un ruolo al proprio cliente nella dichiarazione di apertura. La parte avversa tende ad ascoltarla con più interesse il cliente che non il legale: l'avvocato è stato assunto per questo specifico scopo, mentre il cliente è colui che assume la decisione e forse anche il testimone chiave. L'avvocato può presentare gli aspetti giuridici mentre il cliente descrive i fatti chiave, oppure trattare le responsabilità mentre il cliente descrive gli effetti finanziari degli eventi. In alternativa, il cliente si concentra sugli aspetti extra giuridici del caso, come l'impatto delle azioni del convenuto sulla famiglia o sulle attività economiche.

Se si desidera che la parte avversa parli, è opportuno discuterne prima con il mediatore. Se non vuole che il proprio cliente prenda la parola, è bene avvertire il mediatore. Se il cliente ha difficoltà a parlare in pubblico, è timido o non ha nulla di particolare da dire, non si è obbligati a farlo intervenire.

Durante un tour in Europa organizzato da un'agenzia tedesca, una turista anziana cadde sulle scale di un castello battendo la testa. Sotto gli occhi della sua famiglia, venne portata in ambulanza in ospedale, dove morì. La famiglia fece causa all'agenzia sostenendo che erano stati promessi speciali servizi di assistenza per gli anziani, mentre la guida era andata a bersi un caffè invece di rimanere ai piedi della scala in pietra umida dove era avvenuto l'incidente.

Le parti accettarono la mediazione. Due giorni prima dell'udienza il legale del ricorrente annunciò che la figlia della vittima, ovvero la persona con maggiore potere decisionale, non avrebbe partecipato in quanto troppo emotiva. Avrebbe accettato la proposta cui l'avvocato sarebbe giunto, ma temeva di perdere il controllo ascoltando le scuse dell'agenzia.

Il mediatore verificò la questione con l'avvocato del convenuto: la vera ragione dell'assenza era l'atteggiamento estremamente irritante, da "frignona"; la sua presenza poteva danneggiare la sua posizione. Il mediatore si chiese se il procedimento avrebbe funzionato senza la presenza dell'attore chiave.

Dopo aver cercato invano di convincere l'avvocato del ricorrente a portare la cliente, il mediatore accettò di procedere comunque e convinse l'agenzia ad accettare l'avvocato quale rappresentante con autorità di conciliazione. Decisione che si dimostrò valida.

È inoltre opportuno:

- verificare in anticipo con il cliente che cosa intende dire e come vuole presentare i fatti, come farebbe con un testimone a un processo;
- ricordare al cliente che l'ambiente è informale e che può chiedere una pausa in qualsiasi momento. È utile stabilire delle regole, ad esempio come il cliente può segnalare la richiesta di una pausa;
- avvertire il cliente che il mediatore e/o la parte avversa possono fare domande o dargli la possibilità di parlare pur non essendo obbligato a farlo;
- ricordare al cliente che se non si vuole che risponda a una domanda, si può intervenire o dire che si intende discutere il punto in privato con il mediatore.

Come raccogliere informazioni. Se vuole raccogliere informazioni durante la sessione d'apertura, il legale può chiedere al mediatore di sollevare la questione o di suggerire alle parti di porre domande o discutere il caso tra loro.

Un imprenditore venne citato in giudizio dal proprietario di un edificio, il quale sosteneva che l'impresa edile avesse gettato le fondamenta in cemento con negligenza. Prima della mediazione il legale detto al mediatore: "Non siamo in grado di determinare come il proprietario abbia stabilito la cifra di 650.000 euro per consolidare le fondamenta. Anche supponendo che l'intervento sia a carico nostro, i nostri esperti hanno stimato i costi dell'intervento in circa 300.000 euro. Questa differenza è la base della nostra valutazione del caso. Può chiedere di dettagliare meglio il loro preventivo, oppure di spiegare durante la seduta come sono stati calcolati i costi dell'eventuale intervento di consolidamento?"

Come attenuare le reazioni della controparte. Il mediatore può spiegare il ruolo dell'avvocato alle parti, attenuando l'istintiva reazione negativa a tutto ciò che il legale dirà. Se, ad esempio, è necessario accusare l'altra parte di cattiva condotta, il mediatore può spiegare il ruolo del legale, facilitandone il compito.

Una società farmaceutica danese pose fine al mandato del proprio distributore indiano, sostenendo che le vendite erano deludenti e questo le dava il diritto di rescindere il contratto. Il distributore le fece causa in Danimarca, sostenendo che la società gli aveva accordato due anni per ottenere l'approvazione per i nuovi farmaci e promuoverli sul mercato indiano. Quando finalmente aveva cominciato a ottenere risultati, la società farmaceutica aveva assunto il suo principale venditore e l'aveva messo a lavorare sugli stessi clienti ma alle sue dirette dipendenze. Il legale del distributore indiano informò il mediatore che il suo cliente aveva delle e-mail dalle quali si evinceva come la direzione danese avesse avviato trattative segrete con il venditore ben due mesi prima di assumerlo, cospirando con il dipendente per portare via i clienti al distributore indiano. Consapevoli che i responsabili danesi avrebbero potuto offendersi se accusati di concorrenza sleale, i legali del distributore chiesero al mediatore di aiutarli a organizzare la trattativa. Nella fase introduttiva il mediatore disse: "Ho chiesto a entrambi gli avvocati di presentare la causa nel modo più chiaro possibile. Le parti potrebbero trovare fastidioso ciò che viene detto, ma sono stato io a domandarlo in modo che tutti siano consapevoli di quanto può succedere se non raggiungiamo la conciliazione. Chiedo alle parti di ascoltare educatamente e annotarsi i punti di disaccordo: farò in modo che tutti abbiano l'opportunità di rispondere".

b. Caucus

In molte controversie commerciali, le parti dedicano la maggior parte del tempo ai caucus (argomento che affronteremo nella parte finale del libro per capire come un avvocato può farsi aiutare dal mediatore in tale frangente). Qui invece ci occupiamo delle differenze tra i caucus che si svolgono nella prima parte del procedimento o quelle della fase successiva.

(1) Caucus nella prima fase del procedimento

Durante la prima sessione privata, il mediatore:

- ascolta e richiede informazioni piuttosto che dare consigli. Cerca di raccogliere informazioni in modo da permettere alle parti di capire il rispettivo punto di vista e mettere le basi per le questioni di diritto. Gli avvocati in questa fase dovrebbero cercare di fornire al mediatore le “armi” da utilizzare con la parte avversa;
- ricerca un principio di contrattazione equilibrato. Cerca di persuadere le parti a assumere posizioni non rigide e un atteggiamento collaborativo e disponibile a una qualche concessione in modo che la mediazione possa aver inizio. Se l'avvocato non è disposto a fare concessioni, deve almeno privatamente segnalare al mediatore che è disposto a essere flessibile non appena la controparte si apre al compromesso e spiegare perché non ritiene appropriato fare concessioni in quel momento specifico. Ecco alcuni interrogativi comuni a proposito dei primi caucus e relativi commenti.

- Se si hanno informazioni riservate che potrebbero influenzare l'analisi del mediatore sul merito, è bene rivelarle subito o attendere il prosieguo del procedimento?

Commento: Solitamente è meglio che l'avvocato fornisca le prove nel momento in cui il mediatore è concentrato sulla raccolta delle informazioni. Nel caso del distributore indiano menzionato prima, ad esempio, il suo avvocato potrebbe dire: “Abbiamo identificato un altro venditore che la società ha cercato di assumere in violazione del contratto stipulato con noi. Non sanno che l'abbiamo, ma in caso di giudizio, avrebbe ripercussioni negative sulla loro immagine. Di conseguenza, non possiamo accettare meno di quale risarcimento”.

Se l'avvocato attende la parte finale del procedimento per fornire nuove prove, il mediatore potrebbe non dar loro il giusto peso perché in quella fase è concentrato sulla gestione della trattativa. Inoltre, potrebbe pensare che vengano presentate semplicemente per giustificare la mancata accettazione del compromesso.

- È opportuno presentare una proposta durante il primo caucus?

Commento: Non è sempre la strategia migliore. Se l'avvocato non ritiene appropriato presentare subito un'offerta, non deve sentirsi obbligato ad agire prematuramente. Ma è bene che comunichi che preferisce attendere, ad esempio perché vuole dibattere in modo più approfondito sulle questioni di fondo prima di prendere una decisione sulla trattativa.

- Se si indica al mediatore di comunicare una posizione estrema alla controparte, è meglio dirgli anche che in seguito si sarà disponibili a scendere a compromessi?

Commento: Generalmente è una buona idea indicare al mediatore la propria strategia generale, così che ci possa avvertire nel caso sorgano problemi e presentare al meglio ogni fase alla parte avversa.

- Il mediatore si offende se l'avvocato gli chiede di conferire in privato con il proprio cliente?

Commento: Non è il caso di sentirsi in imbarazzo: i mediatori si aspettano che le parti conferiscano da sole con i propri legali. Comunque il fatto di sentire il bisogno di parlare privatamente significa che si sono ascoltati i suggerimenti del mediatore. Si potrebbe dire: "Quanto ha esposto ci ha suggerito alcuni spunti di riflessione. Possiamo parlare per cinque minuti privatamente?"

- Il mediatore si offende l'avvocato non gli si spiega l'obiettivo generale della trattativa o la sua strategia?

Commento: I mediatori accettano che i legali non rivelino per intero la loro strategia: avvocati e soggetti imparziali non hanno gli stessi obiettivi.

(2) Caucus nella fase successiva del procedimento

Man mano che i caucus proseguono, i mediatori diventano più espliciti nell'indicare costi e rischi dell'azione in giudizio e le motivazioni per la conciliazione. Ecco i punti da tenere a mente.

- Occorre essere preparati a situazioni conflittuali. Il cliente deve sapere che il mediatore potrebbe porre domande difficili ed esprimere disaccordo o dubbi sulle sue argomentazioni. Al tempo stesso deve essere consapevole che fa parte del normale procedimento e che il mediatore si comporta nello stesso modo con la controparte, presentando le sue argomentazioni e ponendo domande sull'oggetto del contendere.
- Valutare la possibilità di proporre modifiche rispetto al procedimento di mediazione tradizionale, ad esempio chiedendo al mediatore di organizzare una riunione con le parti o con persone specifiche dalle due parti.
- Se il cliente si scoraggia, si può chiedere al mediatore una valutazione su come sta andando il procedimento. Se è stanco o irritabile o ha l'impressione di aver fatto il passo più lungo della gamba, si può chiedere al mediatore una sospensione momentanea.
- Con l'avvicinarsi della fase finale del procedimento, l'avvocato deve essere pronto a trattare con il mediatore sull'opportunità di utilizzare o meno strategie particolari per uscire da un'eventuale impasse.

(3) Incontri in piccoli gruppi

La mediazione commerciale ha un iter prestabilito. Questo non significa che lo si debba necessariamente accettare: si può chiedere al mediatore di modificarlo in qualche sua parte.

La variazione più comune è la richiesta di incontrare le parti in piccoli gruppi, a discrezione del mediatore. Ad esempio, due direttori possono incontrarsi privatamente per discutere gli aspetti economici della disputa, oppure gli esperti delle due parti possono incontrarsi per cercare di risolvere un aspetto fattuale, o ancora i legali possono conferire in merito al procedimento. Tali riunioni possono avvenire in qualsiasi momento, durare per tutto il tempo necessario ed essere ripetute.

Quando coloro che hanno potere decisionale si incontrano separatamente, gli avvocati, per

evitare scontri, spesso chiedono la partecipazione del mediatore. Tuttavia, non è essenziale che questo partecipi a tutti gli incontri.

Un'azienda manifatturiera polacca e una società di trasporti ceca avevano collaborato per una decina d'anni in modo proficuo per la distribuzione di prodotti in tutta l'Europa mediterranea. Poi il rapporto si era progressivamente deteriorato. L'azienda manifatturiera aveva citato in giudizio la società di trasporti, sostenendo che aveva aumentato i costi in modo fraudolento, "gonfiando" le distanze percorse e le spese sostenute. Dopo due anni di cause in tribunale, le parti decisero di mediare.

Il procedimento di mediazione iniziò in modo inusuale. Il legale del ricorrente si mise in contatto anticipatamente con il mediatore per chiedere alla difesa di non tenere la solita sessione d'apertura ma di far incontrare privatamente i due CEO. Il mediatore ne parlò con il legale della difesa che accettò, a patto che il mediatore fosse presente all'incontro.

I due CEO e il mediatore si riunirono in una sala senza gli avvocati. Il CEO della società ricorrente aprì la seduta ripercorrendo i buoni rapporti iniziali tra le due società e i problemi degli ultimi tempi. Nella sua visione, questi era in parte la conseguenza dell'assunzione di un manager, prima alle dipendenze della società di trasporti. Disse anche che questi era stato licenziato da poco perché ritenuto non fidato.

Il CEO della società di trasporti disse di non aver ancora risolto i problemi dovuti a errori nella fatturazione e di voler raggiungere una conciliazione ragionevole. Fece quindi la sua proposta. L'altro CEO lo ringraziò, dicendo che avrebbe discusso la proposta con i propri legali.

Le parti si riunirono in caucus e contrattarono intensamente per ore, riducendo la differenza iniziale da 900.000 a 30.000 euro, ovvero una richiesta di 300.000 euro a fronte di un'offerta di 270.000 euro. A quel punto tuttavia, i convenuti si rifiutavano di fare un'ulteriore offerta, esprimendo frustrazione per l'irragionevolezza del ricorrente.

*Mentre il mediatore cercava di rompere l'impasse, il CEO del convenuto estrasse un euro dalla tasca. "Lo vede?", chiese. "Controlli. Non è una moneta truccata. La lancio in aria per questo!". "Per che cosa?". "Per i 30.000", rispose. "Vediamo se ha le **** per giocarseli!".*

Il mediatore guardò l'avvocato del trasportatore domandandosi se facesse sul serio. Il legale alzò le spalle e gli rispose: "Per me va bene. Perché non va con Zyg a proporglielo? Ma parli lei: Zyg è veramente frustrato da tutto ciò". Perché no?, pensò il mediatore; l'idea era migliore di quanto avesse proposto fino a quel momento.

Il mediatore accompagnò il CEO del ricorrente nella sala riunioni e con un sorriso disse: "Zyg ha avuto un'idea per sbloccare la situazione. È un po'... insolita, ma vale la pena ascoltare". Con voce calma e senza ripetere la battuta fatta in precedenza, il CEO ripropose di lanciare la moneta.

Il CEO del ricorrente sorrise. "OK", disse. "Ma lei non ha risposto alla mia ultima offerta, quindi la differenza è 50.000, tra la mia offerta di 320.000 euro e la vostra proposta di 270.000". Discussero su come attribuire la vittoria, ancora con un po' esasperati ma riuscendo a fare anche qualche battuta. Quando la discussione giunse a una fase di stallo, il mediatore propose alcune opzioni ("Perché non diamo i 20.000 euro di differenza in beneficenza?"), ma non trovarono l'accordo. Erano entrambi esasperati; il CEO del convenuto uscì dalla sala.

Mentre camminavano in corridoio il mediatore chiese: "Supponiamo che lo convinca a chiudere a 290.000 euro", propose. "Potrebbe andare bene?". E così fu.

In questa mediazione le iniziative dei due avvocati danno un contributo importante alla conciliazione. La proposta dell'avvocato del ricorrente di incominciare con una riunione tra i due dirigenti crea un clima informale e semplifica le trattative successive. Il suggerimento "spontaneo" del CEO del convenuto di lanciare una moneta (una proposta dell'avvocato, come venne a sapere in seguito il mediatore) è la soluzione per far uscire le parti dalla situazione di stallo.

Un'altra possibilità è far incontrare una parte con un consigliere esterno della controparte. Se lo si ritiene utile, occorre avvertire il mediatore e chiedergli di organizzare tale incontro.

Il consiglio comunale di una cittadina toscana si rifiutava di saldare la parcella di un imprenditore per il lavoro svolto su un nuovo edificio scolastico, sostenendo che la costruzione fosse difettosa. L'imprenditore fece causa per ottenere il pagamento e la causa fu oggetto di mediazione. Dopo qualche progresso, si giunse a una situazione di stallo e si sospesero gli incontri.

Il legale dell'imprenditore pensò che il gruppo di negoziazione del Comune non fosse stato in grado di prendere una decisione a causa di conflitti interni provocati da un ispettore scolastico. L'imprenditore disse di aver sviluppato buoni rapporti con il sindaco durante il progetto: se si fossero incontrati in privato avrebbe potuto risolvere il "problema personale" e riaprire le contrattazioni.

L'avvocato chiese al mediatore di domandare al legale della controparte se si poteva organizzare una colazione di lavoro tra il sindaco e l'imprenditore. La difesa accettò, andarono a pranzo insieme e l'ostacolo fu superato.

Per riassumere:

- chiedere al mediatore di modificare la struttura della mediazione;
- proporre che una persona o parte del gruppo incontri direttamente la controparte;
- chiedere al soggetto imparziale di partecipare per garantire la riservatezza.

5. INFLUENZARE IL PROCEDIMENTO

a. Come gestire il flusso delle informazioni

(1) Concentrare la discussione su aspetti specifici

Un buon negoziatore è in grado di influenzare il modo in cui gli argomenti vengono trattati. Affinché ciò avvenga, i legali possono comunicare al mediatore che cosa vogliono evidenziare alla controparte e in che modo.

Durante la mediazione di un caso in cui una società aveva fatto causa a un fornitore - sostenendo che avesse venduto un liquido refrigerante che aveva danneggiato gravemente il sistema di raffreddamento dei veicoli di sua proprietà - vennero filmati alcuni avvocati di fama.

Non essendo riuscito a identificare alcun contaminante nel refrigerante, il ricorrente sostenne che la responsabilità del fornitore fosse ovvia: la società aveva messo l'antigelo in 70 dei suoi 150 veicoli e dopo pochi giorni il loro sistema di raffreddamento era completamente corroso, mentre gli altri camion non presentavano problemi.

Il convenuto rispose che un professore universitario aveva testato l'antigelo e non aveva riscontrato difetti. Inoltre, non era accaduto a nessun altro cliente. Era sicuro che l'anomalia risiedesse nei camion, non nel suo prodotto.

La difesa ritenne che il fatto di non aver trovato alcun contaminante nell'antigelo e di non essere in grado di spiegare che cosa avesse causato il danno non avrebbe fatto compiere grandi passi avanti al ricorrente. Così, alla fine del caucus ne parlò con il mediatore.

Legale del convenuto: Spero che intenda sottolineare con la controparte che è cruciale il fatto che non vi siano prove a sostegno del rapporto di causalità...

Mediatore: Ma se le avessero, potrebbero influenzare la vostra posizione?

Il legale (sorridente): Sì. E se non ne hanno, speriamo che li convinca a ridurre le richieste...

Il mediatore sollevò la questione nella caucus con il ricorrente:

Mediatore: Supponiamo che un perito indipendente confermi l'assenza di sostanze estranee nell'antigelo e che l'esperto sia credibile... Come influirebbe sul caso?

Legale del ricorrente: Beh, è certamente un problema. Riconosciamo che è il nostro punto debole.

Mediatore: Che percentuale di successo pensate di avere?

Avvocato: 50 per cento.

Alla fine della discussione, gli avvocati del ricorrente concordarono privatamente che le probabilità di successo erano soltanto del 40 per cento. Il legale della difesa in questo esempio convinse il mediatore a concentrare parte della discussione con il ricorrente sulla sua argomentazione e nel farlo trasse beneficio dalla predisposizione del ricorrente a essere franco con il soggetto imparziale.

Qualche volta l'avvocato vuole evitare del tutto un argomento. È molto difficile se la parte avversa è determinata a portarlo avanti, ma se l'avvocato riesce a convincere il mediatore che la discussione su quell'argomento può ostacolare la conciliazione, il mediatore può accettare di posticipare l'analisi di quel punto o veicolarla in modo da minimizzarne l'impatto.

Supponiamo ad esempio che il cliente sia indignato per la presunta frode della parte avversa. L'avvocato tuttavia ritiene che la prova di cattiva condotta intenzionale sia debole e destinata a fallire. Il cliente tuttavia rifiuta di abbandonare la sua rivendicazione. Il solo discuterne lo fa arrabbiare. Nella telefonata che precede la sessione di mediazione l'avvocato avverte il mediatore che la discussione su quel punto potrebbe seriamente irritare il suo cliente, compromettendo la possibilità di progredire su altri punti e gli chiede di posporla per permettere al cliente di calmarsi.

Per riassumere:

- *sfruttare l'influenza del mediatore sugli argomenti da trattare;*
- *chiedere al mediatore di concentrare la discussione sugli argomenti chiave e di evitare quelli sensibili.*

(2) Raccogliere e trasmettere le informazioni

Raccolta dei dati. Nell'esempio riportato sopra, l'avvocato della difesa aveva un doppio scopo: utilizzare il mediatore per portare avanti un'argomentazione a favore del suo cliente e contemporaneamente chiedere di "pescare" delle informazioni; se il ricorrente avesse avuto a disposizione dati che provassero il rapporto di causalità, l'avvocato sperava di venire a conoscenza tramite il mediatore.

Le parti sono generalmente più disposte a dare informazioni durante la mediazione che non nel negoziato diretto. Sanno che la mediazione porta alla conciliazione nella maggior parte dei casi e di conseguenza hanno una speranza concreta di ottenere qualcosa in cambio. Inoltre, confidano che il mediatore li protegga dall'essere sfruttati. Se una parte solleva obiezioni al fornire dati alla parte avversa senza avere nulla in cambio, il mediatore può sottolineare che è nell'interesse di chi ascolta fornirli ("La compagnia di assicurazioni dovrà certamente versare un indennizzo. In base alla mia esperienza, per autorizzare il pagamento che lei richiede, il perito deve avere i giustificativi da presentare al proprio responsabile. Ritengo sia nel suo interesse dare le informazioni richieste").

I problemi relativi alle informazioni sorgono solitamente tra le parti in causa, ma non è sempre così. Gli avvocati talvolta hanno difficoltà a ottenere dati dai propri clienti, ad esempio perché qualcuno all'interno dell'organizzazione ha un atteggiamento difensivo. Nel caso di più convenuti, talvolta questi nascondono i dati gli uni agli altri per minimizzare la propria responsabilità. I mediatori possono aiutare l'avvocato a convincere il proprio cliente a fornire i dati, oppure un convenuto a condividere le informazioni con gli altri.

Come trasmettere le informazioni. È possibile utilizzare la mediazione per trasmettere i dati nel modo più efficace. Supponiamo che un avvocato sia certo che un testimone della parte avversa menta, ma teme di irritare la parte avversa parlandogliene direttamente. Può presentare la prova al mediatore e lasciare che sia questi a discuterne con la controparte. Le prove presentate in questo modo difficilmente vengono rifiutate sommariamente dalla parte avversa, e anche se le informazioni non hanno impatto decisivo, la loro stessa presentazione induce il mediatore a prestare attenzione al problema.

Vi sono poi le informazioni relative alle intenzioni delle parti in merito alla trattativa. Immaginiamo, ad esempio, che il ricorrente abbia deciso di presentare l'offerta finale per un negoziato. Teme tuttavia che la parte avversa si offenda, considerandola un ultimatum. Il legale del ricorrente può trasmettere la proposta in modo più efficace attraverso il mediatore ("Dica loro che ci abbiamo pensato e che 90 è la nostra ultima offerta"). Nella peggiore delle ipotesi, il mediatore può smorzare l'impatto del messaggio, facendo in modo che la parte non reagisca violentemente, e se crede che il ricorrente sia onesto, può andare oltre e avallare la proposta. ("Ho parlato con loro per ore. Non si può mai essere sicuri, ma ho la sensazione che veramente non possano scendere sotto 90").

(3) Sondare la disposizione d'animo della parte avversa

Gli avvocati possono chiedere al mediatore qual è la disposizione d'animo della controparte. Se, ad esempio, durante l'incontro iniziale una parte sembra turbata, il legale può chiedere al mediatore: "Smith si è calmato?". Può informarsi su come stia progredendo il processo decisionale: "Se il loro legale propone una conciliazione, pensa che lo ascoltino?" oppure "Ritiene che dobbiamo convocare di persona un dirigente della compagnia di assicurazioni?". Può anche chiedergli di sondare le reazioni della controparte a un'offerta specifica: "Può cercare di capire se intendono scendere sotto il milione?" oppure "Possono arrivare a 125.000 euro?".

Chiedere al mediatore che cosa pensa la parte avversa pone questioni etiche e pratiche perché il mediatore riveste due ruoli in un certo senso in contraddizione fra loro: deve mantenere la riservatezza su ciò che ciascuna parte dice, ma allo stesso tempo facilitare la comunicazione. Comunque, il fatto che il mediatore possa avere difficoltà a rispondere non significa che l'avvocato non debba porre le domande che gli sembrano pertinenti.

Tuttavia, occorre essere consapevoli che chiedendo informazioni in un certo senso si dà al mediatore il permesso di fare altrettanto quando è l'altra parte a farlo. Per evitare che le informazioni "trapelino", è bene stabilire con il mediatore su che cosa dirà alla parte avversa, e se si teme che possa essere svelato qualche dato sensibile, dire in modo chiaro quali informazioni siano trasferite e come. In generale, è più facile chiedere che un fatto non venga rivelato piuttosto che controllare come il mediatore lo presenta. Questo non significa tuttavia che porre domande non sia utile, e la struttura della mediazione dà infatti all'avvocato questa opportunità.

Per trarre vantaggio dalla capacità del mediatore di gestire il flusso di informazioni:

- *occorre chiedere al mediatore di raccogliere le informazioni o trasmetterle alla parte avversa;*
- *ci si può informare sullo stato d'animo della parte avversa;*
- *è bene discutere con il mediatore quali informazioni trasferisce alla controparte.*

(4) L'utilizzo della riservatezza per gestire il flusso di dati

La mediazione è implicitamente un procedimento riservato. Gli avvocati devono comprendere che la riservatezza non è soltanto un mantello di protezione, ma anche uno strumento per rendere più efficace la contrattazione. Per raggiungere questo scopo si possono fornire le informazioni al mediatore e poi impedire che le riveli oppure permetterne la divulgazione a determinate condizioni.

Dare informazioni soltanto al mediatore. La tattica più comune è descrivere le prove al mediatore vietandogli di divulgarle. Così facendo il legale può rivelare una prova che ritiene decisiva e persuadere il mediatore della sua validità giuridica, senza rivelarla alla parte avversa. Allo stesso modo, l'avvocato della difesa potrebbe descrivere un punto chiave a suo favore, ma impedire al mediatore di rivelarlo ("Controlli i dati che abbiamo trovato sugli utili di questa società 'in difficoltà' degli ultimi tre anni. Tuttavia le chiedo di non rivelare che li abbiamo" oppure "Non hanno inviato la notifica richiesta dal nostro contratto prima di presentare l'istanza e fra una settimana sarà troppo tardi. Se non raggiungiamo la mediazione oggi, presenteremo questa omissione in tribunale e non avranno scampo").

Se un avvocato presenta prove “decisive” ma vieta che vengano rivelate, il mediatore potrebbe trovarsi in difficoltà perché deve immaginare come reagirebbe la controparte se ne venisse a conoscenza. È per questo motivo che spesso non tiene conto delle prove se non ne può discutere. Comunque, sono pochi gli svantaggi a dare informazioni “per conoscenza”, se si ritiene che il mediatore mantenga il segreto.

Tra l'altro, è da ricordare che non è detto che le informazioni non possano essere rivelate in seguito: si può permettere al mediatore di svelarle verso la fine del procedimento, a certe condizioni (“Può mostrare loro l'affidavit, ma soltanto se pensa che si arrivi a un accordo”).

Rivelare le informazioni alla controparte, a patto che mantenga la riservatezza. Gli avvocati possono autorizzare la presentazione di una prova alla controparte, a patto che vengano rispettate le particolari regole di riservatezza della mediazione, ovvero il limitato utilizzo dei dati qualora il procedimento non giunga a buon fine.

Un consulente francese aveva citato in giudizio una società di software americana che non gli aveva corrisposto il saldo delle sue prestazioni. La software house si rifiutava di presentare un'offerta cospicua, sostenendo di avere problemi di liquidità. Il consulente era scettico in proposito, ma il suo avvocato era riluttante a spingere su questo punto perché se la società avesse presentato un'istanza di bancarotta, il cliente non avrebbe recuperato quasi nulla. Chiese dunque al mediatore di vedere i dati contabili a sostegno della posizione della società.

Di fronte alla richiesta, l'avvocato del convenuto disse al mediatore che il direttore finanziario della società, presente alla mediazione, aveva un foglio excel sul proprio portatile avendolo presentato ad alcuni investitori privati soltanto due settimane prima. Il mediatore propose alla difesa di permettere ai legali del ricorrente di esaminare i dati. L'avvocato della società accettò, a condizione che fossero esaminati e approfonditi con il direttore finanziario senza prendere appunti. Il legale del ricorrente si recò in ufficio con il mediatore, verificò i dati e pose alcune domande al direttore finanziario. Poi ritornò a parlare con il proprio cliente. Mezz'ora dopo il ricorrente si dichiarò disponibile ad accettare un pagamento ridotto e a rate, a patto che ottenere una garanzia dalla società sulla proprietà intellettuale.

Autorizzare la rivelazione parziale. I legali si aspettano che il mediatore riveli almeno parzialmente le discussioni avvenute nei caucus. In altre parole, sanno che pur non rivelando i dati sensibili, solitamente il mediatore ritiene di poter andare oltre la semplice ripetizione di ciò che una parte ha detto, interpretando il messaggio o dando le sue impressioni generali, a patto che ciò non si danneggi nessuno. L'avvocato del ricorrente potrebbe dire al mediatore: “800.000 euro è il massimo a cui possiamo scendere a questo punto. Potete proporre questo importo”. Sa che il mediatore interpreta l'informazione e potrebbe dire alla controparte che il ricorrente ha ridotto la sua richiesta a 800.000 euro ed è probabilmente disponibile ad andare oltre (“a questo punto”), se riceve una risposta adeguata.

L'avvocato può anche chiedere al mediatore di trasmettere un'interpretazione della posizione, senza attribuirgliela direttamente all'avvocato. Comunicare le intenzioni in questo modo presenta due vantaggi. Innanzitutto, chi ascolta non è certo del segnale inviato,

lasciando così libero il legale di proseguire o indietreggiare in base alla risposta. In secondo luogo, il fatto che sia un'interpretazione del mediatore fa sì che sia meno di parte e di conseguenza non sarà svalutata come avverrebbe se fosse stata fatta direttamente.

b. Influenzare il procedimento di conciliazione

Gli avvocati possono usare la mediazione per migliorare la loro posizione nella trattativa, sia che si sta contrattando il modo competitivo, in termini di denaro, o in modo cooperativo, con l'attenzione rivolta a opzioni creative. L'avvocato trae vantaggio dall'assistenza di un mediatore per:

- *sostenere una strategia di contrattazione competitiva;*
- *analizzare problemi nascosti o opzioni creative;*
- *ottenere consigli sulla tattica;*
- *adottare misure inusuali per superare gli ostacoli;*
- *migliorare la propria offerta.*

(1) Sostenere una strategia di contrattazione competitiva

I manuali relativi alla mediazione raramente fanno cenno a un importante effetto del procedimento: permettere ai negoziatori di utilizzare strategie più dure di quelle che applicabili nei negoziati diretti. E questo per diverse ragioni.

Innanzitutto, le parti sanno che abbandonando la mediazione difficilmente riusciranno a riattivare il procedimento; questo fa sì che chi media difficilmente abbandoni anche in presenza di una proposta eccessiva della parte avversa. In secondo luogo, i mediatori si adoperano per smorzare l'impatto di azioni negoziali troppo forti. Gli avvocati traggono vantaggio da questa dinamica per giocare il ruolo del "poliziotto cattivo" sapendo che il mediatore avrà istintivamente quello del "poliziotto buono," per tenere vivo il procedimento.

Una compagnia di spedizioni era in lite con la compagnia di assicurazioni, che si rifiutava di risarcire circa un miliardo di euro che la società di trasporti aveva sborsato a seguito di un'enorme fuoriuscita di petrolio. Le parti accettarono di procedere alla mediazione. Il CEO della compagnia di assicurazioni si preparò a fondo per il procedimento, pianificando punto per punto l'analisi delle coperture della polizza assicurativa che intendeva fare con i rappresentanti della società di spedizioni. Quando le parti si riunirono e il CEO cercò di discutere il caso, il legale della società di trasporti disse che il suo cliente non era interessato. In base alle loro analisi non aveva senso discutere e non avrebbero fatto concessioni fintanto che la compagnia di assicurazioni non avesse accettato di pagare l'intero importo secondo le clausole "incontestabili" della polizza. Un totale di 135 milioni di euro.

La mediazione si teneva nel centro conferenze di un aeroporto: se si fosse trattato di un negoziato diretto, il team della compagnia di assicurazioni molto probabilmente avrebbe preso il volo successivo. Tuttavia il legale della società di spedizioni era sicuro che il mediatore avrebbe convinto il CEO a ignorare il comportamento della controparte, ad avere invece una visione ampia, esaminando i rischi legali e proponendo una grossa somma di denaro. Fu proprio ciò che accadde.

Dopo ore di trattative, il CEO entrò nella sala conferenze dove era riunito il team della società di spedizioni, scrisse "100" sulla lavagna e uscì. A quel punto stava al mediatore convincere il ricorrente che sebbene 100 milioni di euro potessero sembrare pochi in confronto alla richiesta, dal punto di vista della compagnia di assicurazioni era un enorme passo avanti. Per ovviare alla frustrazione della società di spedizioni che non aveva visto soddisfatta la propria richiesta, il mediatore suggerì di valutare la proposta partendo da zero piuttosto che scendendo dalla richiesta originale. Dopo un'ora di discussioni, il ricorrente accettò riluttante di continuare il procedimento. Il caso non si risolse che mesi dopo. Si arrivò a un punto di svolta quando il legale della società di spedizioni (lo stesso che si era rifiutato in precedenza di discutere con la compagnia di assicurazioni) chiese al mediatore un incontro faccia a faccia tra lui e il CEO al bar dell'hotel in cui avveniva la mediazione. Mentre il mediatore e gli altri avvocati aspettavano nelle sale conferenza, chiedendosi che cosa stesse succedendo, i due stabilirono un accordo.

In questo esempio, il legale del ricorrente ha confidato sulla presenza del mediatore e sul fatto che le due parti si fossero impegnate a mediare partendo da una prima proposta molto alta. A questo si è aggiunto un gesto molto maleducato - rifiutarsi di ascoltare la presentazione del direttore della compagnia di assicurazioni - per sottolineare la volontà di abbandonare la trattativa se l'offerta non fosse stata congrua. Il legale sapeva tuttavia che il mediatore si sarebbe adoperato per appianare lo scontro e la tattica avrebbe probabilmente avuto successo.

La strategia della linea dura del ricorrente ha spinto la difesa in una posizione scomoda e ha dato alla compagnia di spedizioni un vantaggio nella trattativa. Alla fine del procedimento, il legale è ricorso al mediatore per farsi aiutare a organizzare l'incontro con il CEO a cui aveva fatto lo sgarbo, cosa che in un altro frangente sarebbe stata impossibile.

Per favorire la strategia del legale nella contrattazione competitiva:

- *utilizzare il mediatore per smorzare l'impatto sulla controparte;*
- *chiedere al mediatore di convincere il proprio cliente a modificare una posizione non realistica.*

(2) Analizzare aspetti reconditi e opzioni creative

I mediatori possono essere utilizzati per identificare aspetti reconditi di natura non giuridica e sostenere approcci più creativi alla negoziazione. Non è raro che si perda la capacità di pensare in modo creativo quando si deve affrontare un conflitto. In particolare, i ricorrenti temono che indicando un interesse non meramente economico, automaticamente l'altra parte ritenga che l'aspetto pecuniario non sia importante. La mediazione permette ai legali di ottenere, almeno in parte, entrambe le cose: possono presentare le argomentazioni giuridiche per conseguire il migliore risultato economico possibile e simultaneamente chiedere al mediatore di esplorare condizioni non pecuniarie che soddisfino gli interessi soggiacenti delle parti. Ne consegue una trattativa a due livelli: una che comporta uno scambio di denaro e l'altra che si occupa di priorità diverse delle parti.

La Continental Advisors, società di consulenza finanziaria britannica, fece causa a un'importante società di servizi finanziari parigina, la Continental Financial SA, che aveva presentato sul mercato britannico servizi di investimento con il nome di Continental Financial. La società britannica sosteneva che l'utilizzo del termine "Continental" violasse il suo marchio e creasse confusione nei clienti, in particolare perché, sosteneva, la comunità finanziaria chiamava comunemente entrambe le società "Continental". Chiese alla corte di impedire che il termine Continental fosse utilizzato in Gran Bretagna. Il giudice rinviò le parti alla mediazione.

Sebbene il procedimento legale si concentrasse soltanto sull'utilizzo del nome nel Regno Unito, la posta in gioco era molto più alta. La società britannica intendeva espandere la propria attività in altri paesi europei in cui la società parigina era già presente. In altre parole, la strategia del ricorrente avrebbe trasformato la vittoria nel processo in Gran Bretagna in un'arma a suo sfavore nei paesi dove voleva incominciare a operare.

Nella dichiarazione di mediazione, la società britannica sosteneva che gli unici punti rilevanti erano l'utilizzo del nome in Gran Bretagna e il risarcimento per danni. Prima della mediazione, tuttavia, il suo ufficio legale chiese al mediatore di esplorare la possibilità di un accordo che coprisse l'utilizzo del termine Continental in tutta Europa. Dopo tre settimane di intense trattative, le parti giunsero a un accordo globale per evitare conflitti sull'utilizzo del nome in tutti i paesi europei.

Per migliorare la capacità di negoziare soluzioni basate su interessi, l'avvocato può chiedere al mediatore di:

- *analizzare questioni commerciali, personali ed extragiudiziali;*
- *prendere in considerazione opzioni più creative, pur rimanendo concentrati su argomentazioni giuridiche e richieste economiche.*

(3) Ottenere consigli sulle trattative

I mediatori passano ore a parlare con le parti, offrendo loro una prospettiva sullo stile di trattativa delle due parti e sulle relative priorità per la conciliazione. Utilizzando il mediatore come consulente sulla trattativa, l'avvocato può sfruttare queste informazioni.

Riprendiamo il caso della turista anziana deceduta cadendo dalle scale del castello. La compagnia di assicurazioni dell'agenzia turistica fece una prima offerta di 20.000 euro. Il legale del ricorrente rispose che fino a quando il convenuto non avesse indicato un importo a "sei cifre", non avrebbe neanche preso in considerazione di ridurre la propria richiesta di 650.000 euro. La mediazione venne sospesa senza che fosse stato compiuto alcun passo avanti.

La difesa chiese al mediatore di partecipare a una conversazione telefonica con il rappresentante della compagnia assicurativa che non aveva partecipato al primo incontro di mediazione. Il mediatore spiegò il suo punto di vista e perché riteneva appropriato che la compagnia versasse più di 100.000 euro per conciliare. Dopo varie conversazioni, il legale della difesa chiamò il mediatore dicendo che aveva il mandato di alzare l'offerta iniziale di 50.000 euro e di trovare l'accordo tra 150.000 e 175.000

euro. Non era certo di quale sarebbe stata la prossima offerta: intendeva rispondere alle richieste del ricorrente senza gonfiare le loro aspettative in modo irragionevole. La difesa fece parlare il mediatore con l'assicuratore per discutere il problema. Il mediatore aveva due possibilità: offrire 70-80.000 euro, ritenendoli importi "vicini" a 100.000 euro, oppure offrirne subito 100.000 e poi limitare al massimo le offerte successive, per far capire al ricorrente che la difesa non poteva concedere di più. Il mediatore suggerì di proporre subito 100.000 euro: così facendo avrebbe potuto sostenere che la difesa voleva partire da un importo inferiore ma che l'aveva a fatica convinta a salire; al contrario, se l'offerta fosse stata inferiore, avrebbe fatto intendere che la compagnia di assicurazioni aveva molto più denaro a disposizione. Il legale optò per mettere sul tavolo 100.000 euro come segno di buona volontà. La conciliazione venne firmata a 190.000 euro.

Il problema in questo caso era che la causa era stata presa in carico da un nuovo responsabile della compagnia assicurativa che non aveva ben chiaro il rischio legale del tour operator né la dinamica contrattuale. Il legale della difesa era a favore dell'innalzamento dell'offerta a 100.000 euro, ma non riusciva a convincere il rappresentante dell'assicurazione ad autorizzarla. In un negoziato diretto, l'agenzia di viaggi si sarebbe rifiutata di fare una seconda offerta prima che il ricorrente avesse concesso qualche cosa, e si sarebbe giunti a un'impasse. Nella mediazione, tuttavia, l'avvocato riesce a utilizzare l'assistenza del soggetto imparziale, innanzitutto per convincere il proprio cliente ad autorizzare un'offerta più alta e poi per formulare una nuova proposta per proteggere la sua posizione negoziale.

(4) Come valorizzare le offerte dell'avvocato

Paternità. I legali capiscono istintivamente il concetto di "svalutazione reattiva": qualsiasi offerta presentata dalla parte avversa è vista con sospetto, mentre la stessa proposta fatta dal mediatore riceve una rispettosa considerazione. Per trarne vantaggio, gli avvocati talvolta cercano di convincere il mediatore ad "adottare" la loro offerta come se fosse propria, o per lo meno ad avvalorarla. Ecco un esempio:

Nel caso che abbiamo visto in precedenza tra un'impresa edile che sosteneva che il fornitore avesse danneggiato i suoi camion con un antigelo difettoso, il legale della difesa presentò un'offerta in base alla quale il convenuto avrebbe venduto a prezzo scontato carburante diesel al ricorrente per cinque anni, sostenendo che ciò avrebbe portato un sostanziale beneficio economico al ricorrente, visto che non vi erano dubbi sulla qualità del combustibile del fornitore. Il problema, naturalmente, era che in risposta a una richiesta di 1,5 milioni, il convenuto non offriva denaro contante. Il legale sapeva che il ricorrente non sarebbe stato soddisfatto da una proposta di questo tipo e chiese al mediatore di presentare l'offerta come se fosse un'idea sua. Mediatore: Vi ho informati che il ricorrente è disposto a sbilanciarsi considerevolmente rispetto alla proposta originaria. Mi hanno dato mandato di comunicarvi che... Tuttavia, se mi presento dicendo: "Sono disposti a farvi uno sconto ma . . . è tutto", sarà difficile farla accettare...

Legale esterno: Non penso sia il modo giusto di formulare la proposta. Perché non dice loro che non era produttivo parlare in termini di quanti euro eravamo disposti a tirar fuori per arrivare alla conciliazione e quindi lei ha suggerito un programma di sconti...

Mediatore: Beh... devo riflettere su come formularla.

In questo esempio il mediatore si era rifiutato di assumere la paternità della proposta del convenuto circa lo sconto su futuri acquisti di carburante, probabilmente preoccupato di perdere credibilità presso il ricorrente. Tuttavia il legale della difesa non si è fatto scrupolo di chiederglielo e, in un secondo tempo, aggiungendo una piccola somma di denaro all'offerta di sconto, è riuscito a giungere a un'ottima conciliazione per il proprio cliente.

Sostegno. Se l'avvocato non riesce a convincere un mediatore a presentare una proposta come propria, la seconda migliore alternativa è chiedergli di appoggiarla. Si può ad esempio suggerirgli di dire alla parte avversa che considera l'ultima offerta "un ragionevole passo in avanti". Oppure si può contrattare con il mediatore, offrendosi di aumentare l'offerta se ne sostiene la ragionevolezza ("Se riesco a convincere il mio cliente ad arrivare a X, lei è disposto a dire al ricorrente che si tratta di un passo significativo e chiedere loro di arrivare a Y?").

L'avvocato trae vantaggio dall'imparzialità del mediatore:

- chiedendogli di assumere la paternità di un'argomentazione o di una proposta;
- chiedendogli di sostenerla in quanto degna di considerazione, se è riluttante ad assumersene la paternità;
- offrendo una concessione maggiore in cambio dell'appoggio del mediatore.

(5) Trarre vantaggio dalla flessibilità del mediatore

I mediatori non hanno bisogno di preoccuparsi di mantenere la dignità e il riserbo di un giudice o di mostrare la risolutezza di un avvocato in giudizio; sono quindi liberi di agire come meglio credono per raggiungere una conciliazione. Tuttavia, non sempre sanno qual è l'ostacolo da superare. Di conseguenza, di fronte a problematiche extragiudiziali, gli avvocati dovrebbero informare il mediatore e, se necessario, spingerlo ad assumere ruoli insoliti - dall'"ambasciatore" al "capro espiatorio".

Un fratello e una sorella, Silvio e Liana, litigavano sull'impero economico di uno zio deceduto. Silvio deluse tutti durante il primo giorno di mediazione facendo offerte e quindi ritirandole quando il mediatore le aveva già comunicate a Gisella. La situazione fece arrabbiare la sorella e il suo avvocato e disorientò il mediatore.

L'avvocato di Liana, parlando con la propria cliente, apprese che Silvio, quando il mediatore era uscito, aveva probabilmente chiamato la moglie, contabile presso un negozio della zona, e questa doveva avergli detto che era stato stupido ad aver concesso tanto. Alla fine della prima giornata, l'avvocato suggerì al mediatore di parlare con la moglie di Silvio prima dell'incontro del giorno successivo.

Il mediatore la incontrò nel suo ufficetto la mattina presto del giorno successivo e la ascoltò mentre tra le lacrime raccontava come lei e suo marito fossero stati esclusi

dagli affari di famiglia dalla cognata. Mentre la signora si calmava, il mediatore capì quanto fosse importante che partecipasse alla mediazione - viste le profonde ripercussioni sulla vita della famiglia - e le chiese di accompagnarla alla riunione. Silvio, con a fianco la moglie a consigliarlo, assunse un atteggiamento molto più deciso. Si raggiunse un accordo su più anni, in base al quale la coppia lasciava a Liana la possibilità di acquistare le loro azioni nell'arco di cinque anni, con pagamento garantito dall'azienda. L'accordo rischiò di non andare in porto perché la moglie di Silvio temeva che Liana non avrebbe effettuato i pagamenti secondo quanto stabilito. Per ovviare a tale problema, l'avvocato di Silvio propose che in caso di irregolarità nell'adempimento, il mediatore avrebbe stabilito il da farsi, essendo a conoscenza degli intendimenti delle parti. Il legale di Liana accettò e la conciliazione andò a buon fine.

La mediazione di questa controversia sarebbe quasi certamente fallita se l'avvocato di Liana non avesse raccontato al mediatore che cosa impediva a Silvio di negoziare in modo efficace, e non gli avesse suggerito una tattica inusuale. Alla fine del caso, su suggerimento del legale di Silvio, il mediatore assunse il ruolo di arbitro, calmando le ansie della moglie di Silvio e rendendo possibile la conciliazione.

Si può anche chiedere ai mediatori di assumere un ruolo meno attivo, ad esempio come "capro espiatorio" per decisioni difficili.

Un legale della difesa redarguì il mediatore di fronte al proprio cliente per aver comunicato "per errore" una concessione alla parte avversa. Di fatto, gli aveva chiesto privatamente di presentare quell'offerta, ma il suo cliente non era d'accordo. Il mediatore chiese scusa per l'incomprensione e accettò di dire alla parte avversa di aver erroneamente comunicato la concessione. Tuttavia, avendo presentato un'offerta "per errore" e facendola ritirare dal mediatore, i legali della difesa avevano inviato un segnale di flessibilità alla parte avversa. L'impasse venne superata e si giunse alla conciliazione. Alcuni mesi dopo, lo stesso avvocato che aveva criticato il mediatore gli chiese di patrocinare un altro caso più importante.

Assumersi il torto, anche se in modo ingiusto, fa parte delle mansioni del mediatore. Per sfruttare al meglio questa flessibilità occorre:

- comunicare al mediatore degli aspetti nascosti e l'eventuale assenza di chi effettivamente prende le decisioni;
- proporre al mediatore di utilizzare tecniche poco ortodosse per superare gli ostacoli;
- se necessario, chiedere al mediatore di assumere il ruolo di capro espiatorio in un difficile compromesso.

c. Come superare le impasse

Il mediatore può aiutare gli avvocati anche nella parte finale del procedimento negoziale, in particolare quando le parti incontrano un'impasse:

- *facendo ripartire la trattativa;*
- *dando informazioni alla parte avversa o a un cliente poco realistico;*
- *tenendo sotto controllo la trattativa;*
- *pianificando un metodo più efficace in vista di un procedimento giudiziario.*

(1) Far ripartire la trattativa

Di fronte a un'impasse nella trattativa, la qualità più importante del mediatore è la determinazione, ovvero la volontà di andare avanti. Se l'avvocato ha scelto il mediatore giusto, questa dote verrà fuori.

A parte la pura e semplice determinazione, i mediatori possono applicare tutta una serie di tecniche per far ripartire i negoziati. Visto che entrambe le parti in genere svolgono un ruolo attivo, l'avvocato può discutere con il mediatore su quale sia il metodo più conveniente per il proprio cliente. Concentriamoci qui su tre tattiche:

- chiedersi "che cosa succede se?";
- modificare la procedura;
- "ascoltare in modo riservato" per valutare la distanza tra le parti.

Che cosa succede? ("Che cosa succede se li convinco ad arrivare a 1 milione di euro?") è una buona tattica perché spinge le parti a pensare al compromesso dando al mediatore ulteriori informazioni. Inoltre, se non ottiene risposta, può provare di nuovo ("Se un milione non va bene, che cosa succede se riesco a convincerli per 1,2?").

Se il mediatore pone delle domande di questo tipo: l'avvocato deve innanzitutto decidere se vuole che il mediatore utilizzi questa tecnica e in caso affermativo, stabilisce una cifra adeguata ("Se riesce a convincerli per 1,5 milioni, saremo disponibili a..."). Se invece è il mediatore a proporla, il legale può negoziarla ("1,2 non va bene. Devono arrivare almeno a 1,5"). In alternativa l'avvocato può sondare con il mediatore la disponibilità della parte avversa a modificare la propria posizione – in altre parole, quanto ipotetica è la cifra proposta?

Modifica della procedura. Di fronte a un'impasse, il mediatore può autorizzare una pausa, rinviare la seduta al giorno successivo o trattenere le parti, chiedendo loro di rimanere a oltranza (possono andarsene in qualsiasi momento, ma sanno che se lo fanno, il procedimento potrebbe bloccarsi del tutto). In alternativa, il mediatore può modificare la composizione del gruppo di lavoro, ad esempio facendo incontrare in modo riservato persone con un profilo simile delle due parti (come direttore generale con direttore generale ecc.).

L'avvocato deve chiedersi che cosa è meglio per il suo cliente. Rinviare o andare avanti? Incontrarsi tutti insieme o riunirsi in gruppi separati? In tal caso, con chi? Il legale deve sostenere l'opzione che più avvantaggia il suo cliente, indipendentemente dal fatto che sia stata proposta del mediatore o meno. Se ritiene che una tattica non sia utile, è bene informare il mediatore.

Valutare qual è la distanza fra le parti. Se le parti si trovano in una situazione di stallo perché hanno assunto posizioni non realistiche, il mediatore può cercare di stimare la vera distanza tramite il procedimento di "ascolto riservato". Un mediatore che utilizzi questa tecnica potrebbe dire: "Le vostre proposte si differenziano per un milione di euro, ma ritengo che siate molto più vicini. Proviamo a fare così: ognuno di voi mi dà la sua penultima offerta, un importo appena superiore al massimo a cui potete spingervi per raggiungere la conciliazione. Non la rivelerò all'altra parte, ma convocherò i due avvocati e darò una valutazione verbale della distanza fra voi, senza vincolare nessuno. Ritornerò fra pochi minuti per sapere la cifra".

Se le parti accettano questo modo di procedere e indicano gli importi, il mediatore potrebbe dire ad esempio: "La differenza fra le vostre posizioni è inferiore all'importo delle spese legali qualora il caso vada in giudizio. Quindi, ritengo valga la pena continuare la trattativa", oppure: "Siete molto distanti. Se qualcuno non cambia opinione, sarà difficile trovare un accordo".

Si consideri che i mediatori solitamente non ritengono che questa tattica porti alla conciliazione: l'obiettivo piuttosto è di indicare alle parti che vale la pena continuare e che cosa occorre fare in seguito.

Che cosa deve dire l'avvocato al mediatore in questo caso? Solitamente deve indicare un importo sufficientemente ottimistico da ottenere un compromesso favorevole, ma ragionevole per motivare la parte avversa a continuare.

A meno che non ci si trovi nella situazione insolita in cui il mediatore dichiara di volere conoscere l'importo finale e si ritenga che intende veramente ciò - ovvero che se i due importi non combaciano la mediazione ha termine -, è bene non indicare al mediatore la propria offerta finale. Facendolo ci si viene a trovare in una situazione di svantaggio nella fase successiva, quando verrà chiesto alle parti un ulteriore compromesso. Si può chiedere invece al mediatore una valutazione sincera su ciò che si deve fare per mantenere attivo il procedimento, ma solo se se ne ha piena fiducia visto che è interesse del mediatore che le due parti facciano ampie concessioni.

(2) Istruire la controparte o un cliente non realistico

Un altro motivo per cui le parti giungono a un'impasse è che non sono realistiche sulla validità della loro causa. Gli avvocati sono generalmente in grado di prevedere il giudizio della corte meglio dei clienti, essendo professionisti meno coinvolti emotivamente nella vertenza, ma spesso hanno difficoltà a mettere in discussione le valutazioni eccessivamente ottimistiche dei clienti. Possono quindi chiedere al mediatore di farlo.

Il mediatore può essere portatore di cattive notizie - ad esempio che un caso non sia vincente come la parte pensa o persino come l'avvocato ha suggerito. Se il mediatore assume il ruolo di "avvocato del diavolo," i legali possono continuare ad agire come paladini del cliente, talvolta persino discutendo con un mediatore, pur sapendo che è nel giusto.

Gli avvocati utilizzano le valutazioni del mediatore anche per evitare critiche e persino come capri espiatori per decisioni difficili ("Il mediatore ha valutato i danni a quel livello: era impossibile convincere la difesa a salire ancora!"). Tutte le volte che un legale si rivolge al mediatore durante la trattativa e chiede "Qual è la sua opinione sul caso?" o lo ferma in corridoio per proporgli di spiegare al suo cliente il proprio punto di vista su una questione giuridica, è come se gli affidasse il difficile compito di istruire e gestire il cliente.

Anche se gli avvocati non chiedono una valutazione, i mediatori possono prendere l'iniziativa in tal senso. Questo può avvenire in qualsiasi fase del procedimento, ma se le parti si avvicinano a un'impasse, il mediatore molto probabilmente darà una valutazione chiara o "globale". Può stabilire la possibile percentuale di successo di un aspetto specifico ("La probabilità di dimostrare la responsabilità è del 50-60 per cento") o un valore globale ("Con questo particolare collegio arbitrale, il caso vale da 500.000 a 700.000 euro").

È opportuno richiedere una valutazione del mediatore? Il primo punto è decidere se la si vuole o meno. L'avvocato deve chiedersi:

- l'ostacolo principale al raggiungimento della conciliazione è il disaccordo circa il verdetto di una sentenza in giudizio, o un altro problema relativo agli aspetti giuridici del caso? L'ostacolo reale è l'emozione, il disaccordo fra avvocato e cliente o altro? Se il problema non è di natura giuridica, la valutazione è inutile;
- se il mediatore effettua la valutazione, sono sicuro che sia utile? In caso contrario, meglio sondare in privato il soggetto imparziale prima che dia la propria opinione.

Una volta deciso di chiedere una valutazione, l'avvocato deve decidere come strutturare il procedimento. Le domande a cui trovare una risposta sono simili a quelle che si pone il mediatore deve considerare, ma con qualche differenza. Innanzitutto, che il mediatore si concentra sul modo per uscire dall'impasse mentre l'avvocato vuole ottenere il migliore risultato possibile per il suo cliente.

Utilizzare un perito esterno? Il problema è se far eseguire la valutazione dal mediatore o da un perito esterno. In teoria, affidandosi a un estraneo ci sono dei vantaggi; tuttavia, per praticità, raramente gli avvocati scelgono un perito esterno, se non per i casi più complessi e di maggior entità. Per ottenere l'opinione di un esterno occorre sospendere il procedimento, trovare l'accordo sul nome, quindi istruirlo sul caso. E tutto questo comporta un dispendio di tempo e denaro, oltre al rischio che le parti non riescano a mettersi d'accordo sul nome del perito. Di conseguenza, gli avvocati chiedono quasi sempre al mediatore di eseguire la valutazione.

Che cosa si deve valutare? Al pari del mediatore, gli avvocati devono pensare a quali aspetti vogliono che siano valutati. È bene evitare di dire "il caso". Spesso non è necessario dare una valutazione "globale" di un caso ("La richiesta è di 500.000 euro"), anzi è svantaggioso, anche perché quando il mediatore dice che un caso vale X, le parti sono poi riluttanti a offrire di più o accettare meno di ciò che il mediatore ha indicato come importo "giusto".

Lo scopo della valutazione del mediatore non è quello di risolvere il caso, ma semplicemente di uscire da un'impasse. Immagiamola come se fosse un'auto caduta in un fosso: la valutazione del mediatore è il carro attrezzi che la tira fuori e la rimette in strada, ma non la porta a destinazione. Se il disaccordo su un punto specifico costituisce la causa primaria di un'impasse, la valutazione di quel singolo aspetto sarà probabilmente sufficiente a riportare le parti sulla strada verso la conciliazione.

A questo punto la domanda è: quale aspetto specifico del caso si vuol fare valutare? La

risposta si trova nella diagnosi del motivo dell'impasse da parte dell'avvocato. Potrebbe essere, ad esempio, che il disaccordo verta su un'argomentazione perdente ma che l'avvocato ha perseguito per assecondare il cliente. Oppure il legale può temere che indipendentemente dalle probabilità di vittoria in tribunale, il cliente non voglia andare in giudizio per paura di rivelare dati confidenziali.

Quanto deve essere specifica un'opinione? Per i bravi mediatori la valutazione è composta da una serie di interventi piuttosto che da un singolo evento, e si affidano spesso al tono della voce o alla scelta dei vocaboli piuttosto che a dichiarazioni esplicite. È probabile che l'avvocato sappia meglio del mediatore qual è il livello di specificità e di enfasi di cui il cliente ha bisogno in una determinata situazione. Se, ad esempio non è pronto a sentire tutta la verità, l'avvocato può chiedere al mediatore di essere diplomatico ed evitare persino qualche aspetto (ma può valere anche il contrario e c'è bisogno che il mediatore proceda con dichiarazioni forti ed esplicite).

Ottenere la giusta valutazione è un po' come a ordinare al ristorante: le probabilità di gustare ciò che piace sono maggiori se si fanno richieste specifiche invece di lasciare libertà di scelta allo chef.

Quali dati devono essere messi a disposizione del mediatore? Come abbiamo già detto, i mediatori formulano le loro opinioni in base ai documenti e alle memorie che leggono e alle loro conoscenze/esperienze personali, nonché osservando i partecipanti alla mediazione. Ne consegue che ciò un mediatore può osservare direttamente ha solitamente un impatto maggiore: se l'avvocato vuole che dia il giusto peso a un testimone o a un documento, deve presentarlo e dare la possibilità di osservarlo personalmente.

L'avvocato deve accertarsi che il mediatore abbia il tempo necessario per analizzare le prove. Ad esempio, potrebbe non leggere tutti i documenti ricevuti, perché spesso riceve un enorme quantitativo di documenti prima del tempo e non sa che cosa si rivelerà importante durante il procedimento. Molti mediatori scorrono il materiale voluminoso e aspettano che le parti indichino loro che cosa è importante. Inoltre, va tenuto presente che non vogliono prevedere lunghi intervalli durante il procedimento per leggere i documenti, perché così facendo rischiano di dover poi ripartire praticamente da zero.

È bene organizzare le memorie da consegnare al mediatore come si farebbe per un giudice. Se si hanno documenti o sentenze importanti, se ne porteranno le copie all'udienza, sottolineando i punti salienti. Se si vuole far incontrare un testimone al mediatore, va convocato presso la sala riunioni riservata. Se si assiste il mediatore in questo modo, è meno probabile che giunga a conclusioni errate.

Per utilizzare una valutazione in modo efficace, occorre:

- *analizzare se il disaccordo sulle questioni giuridiche è la causa primaria dell'impasse, prima di chiedere la valutazione;*
- *identificare i punti chiave e il livello di specificità che si desidera nella valutazione;*
- *indirizzare il mediatore verso le prove chiave e renderle facilmente fruibili;*
- *scegliere un mediatore che utilizzi la valutazione con moderazione, ma sia disposto a farla in caso di necessità.*

(3) Stimolare una decisione

Quando un procedimento di conciliazione è giunto a un punto morto e non può essere riattivato, è ancora possibile raggiungere un accordo con “un’ultima offerta”. L’avvocato ha due modi per preparare questo scenario: presentare egli stesso la proposta; chiedere al mediatore di farlo.

L’ultima offerta di una parte. Se una delle due parti prepara un’ultima offerta corre il rischio che la controparte la rifiuti per rancore di essere “comandato a bacchetta” o semplicemente per “svalutazione reattiva”. Si possono evitare alcune reazioni negative alla proposta, chiedendo al mediatore di comunicarla.

- Chiedere al mediatore di spiegare che l’avvocato ritiene ragionevole la proposta (la parte avversa non deve concordare con l’avvocato dell’“altra parte”, ma il solo fatto che l’avvocato la ritenga ragionevole eliminerà parte dell’acredine suscitata dal ricevere un ultimatum).
- Proporre al mediatore di sottolineare che la proposta è scaturita su sollecitazione del mediatore stesso, che ha chiesto di fare un’ultima offerta. In altre parole, non è un ultimatum dell’avvocato ma piuttosto la risposta a un ultimatum del mediatore.
- Lasciare che il mediatore stabilisca il termine ultimo per dare una risposta.

Proposta del mediatore. Si può consentire al mediatore di presentare una sua proposta alle due parti. Nel farlo:

- il mediatore propone specifici elementi di conciliazione;
- ogni parte in causa deve dire privatamente al mediatore se accetta o meno la proposta, supponendo che la parte avversa l’abbia accettata;
- i termini devono essere accettati incondizionatamente: le parti non possono “piluccare”, ovvero accettare la proposta modificando però qualche condizione. Ad esempio: “Accettiamo, però la garanzia deve essere di tre anni, non due”. Questo è un rifiuto;
- le due parti devono rispondere senza conoscere la risposta dell’altra parte;
- se una parte rifiuta la proposta non saprà mai se la parte avversa l’ha accettata.

La proposta del mediatore presenta uno svantaggio: i termini della conciliazione sono stabiliti dal mediatore, non dalle parti. D’altro canto, la proposta dà alle parti la possibilità di ottenere la conciliazione facendo una sola concessione e avendo la garanzia che, in caso di mancato accordo, la parte avversa non saprà mai se che gli altri erano disposti ad accettare un compromesso. Inoltre esonera le parti dal fare una concessione dopo l’altra senza sapere quale sarà il passo che porterà alla risoluzione. Infine, la proposta del mediatore permette alle parti di attribuire la responsabilità di un compromesso difficile a una persona esterna (“Non era la nostra idea, ma quella del mediatore!”), usando nuovamente il mediatore come capro espiatorio. In linea generale, si può dire che le proposte del mediatore facciano centro due volte su tre.

L’avvocato può intervenire per influenzare il contenuto di una proposta, prendendo l’iniziativa e proponendo al mediatore alcune condizioni in base alle quali il suo cliente potrebbe accettare (“Abbiamo rifiutato la loro offerta di 400.000 euro, ma se la vostra

proposta sale a 450.000 euro, cercherò di convincere il mio cliente ad accettare”). Pur nell'imparzialità al mediatore sicuramente non dispiace l'idea di cominciare con un voto a favore e potrebbe essere disposto a modificare leggermente la proposta se gli viene segnalato che così facendo potrebbe aver già compiuto un passo avanti per la conclusione dell'accordo.

Qualora la proposta del mediatore dovesse fallire, non è detto che non vi sia più nulla da fare. I bravi mediatori vanno avanti: “Se non accettate questo, che cosa accettereste?” oppure “Che dati volete vedere per cambiare idea?”. È da tenere a mente.

Per sfruttare al meglio le tecniche per superare un'impasse di un mediatore, è bene:

- chiedere di continuare se il mediatore sembra pronto ad abbandonare;
- chiedere al mediatore di usare o evitare specifiche strategie;
- prima di rispondere, valutare come la risposta influenzerà in seguito la trattativa.

(4) Richiedere azioni ulteriori

Supponiamo che il caso non arrivi alla conciliazione. Un buon mediatore contatterà le parti in seguito per cercare di riavviare il procedimento. Ma non sempre ciò avviene sia perché alcuni mediatori non la ritengono un'iniziativa appropriata sia perché sono distratti da altre questioni. Se il cliente potrebbe beneficiare da un ulteriore tentativo di conciliazione e il mediatore nominato per il caso specifico non prende l'iniziativa, l'avvocato può stimolarlo in tal senso.

Un inventore fece causa a una società per violazione di un brevetto. Questa chiese a un importante studio legale di assumere il patrocinio, pur essendo consapevole che le parcelle avrebbero facilmente superato il milione di euro e di non poter avere la certezza assoluta della proprietà intellettuale.

I legali della società proposero da subito la mediazione, l'inventore accettò e le parti scelsero un giudice in pensione come mediatore.

Alla fine del primo giorno la difesa aveva offerto quasi 4 milioni di euro, ma il ricorrente si rifiutava di accettare. Il mediatore sosteneva che le parti fossero troppo distanti tra loro e che era tempo di ammettere che la mediazione non poteva concludersi favorevolmente. Tuttavia il legale della società propose un approccio diverso. Chiese al mediatore di suggerire di sospendere la seduta per una settimana e poi riunirsi nuovamente e di chiedere al convenuto di pensare che cosa avrebbe fatto con i 4 milioni di euro, se gli fossero stati accreditati sul suo conto corrente in banca.

Il caso arrivò alla conciliazione la settimana seguente a un importo prossimo all'offerta della società.

Talvolta non si raggiunge la conciliazione malgrado i migliori tentativi del mediatore. Anche in questo caso, tuttavia, il mediatore può essere utile, aiutando la difesa a lavorare in vista di un procedimento giudiziario più efficiente, ad esempio facilitando i negoziati per arrivare a evidenziare i reali punti di disaccordo. Per trarre vantaggio dalle capacità di un mediatore quando non si giunge alla conciliazione, l'avvocato può:

- *suggerire al mediatore di mantenere i rapporti con le parti;*
- *chiedere al mediatore di aiutare le parti a facilitare lo svolgimento del contenzioso giudiziario.*

In conclusione

La mediazione è un procedimento attivo che può essere espletato in modi estremamente diversi. Gli avvocati sanno che un mediatore può aiutarli a contrattare in modo più efficace, quindi prendono l'iniziativa di chiedere l'aiuto di un mediatore. Nel fare ciò ottengono migliori risultati per i loro clienti.