

Fondazione Forense di Firenze – OCF
L'AVVOCATO E LA MEDIAZIONE - Corso di formazione per gli
avvocati
venerdì 14 novembre 2014 h 14:30

COME PREPARARE IL CLIENTE E COME ASSISTERLO NEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

avv. Carlo Mastellone



Definizione di mediazione (DLgs 28/2010 art 1.1 a) novellato)

- Mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un **accordo amichevole** per la composizione di una controversia, **anche** con la formulazione di una **proposta** per la risoluzione della stessa
- Conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione

Una diversa definizione

- La mediazione è un procedimento volontario nel quale le parti **prendono insieme decisioni** fondate sulla propria **comprensione** del proprio punto di vista, del punto di vista dell'altra parte, e della realtà che hanno di fronte

[Gary Friedman e Jack Himmelstein]



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

... ancora una definizione

- La mediazione è un procedimento nel quale un terzo imparziale **facilita la comunicazione e negoziazione** e promuove il raggiungimento di accordi basati sull'**autodeterminazione** delle parti
- [Model Standards of Conduct for Mediators, 2005]



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Definizione di mediatore (DLgs 28/2010)

- La persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo **prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti** per i destinatari del servizio medesimo



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Una diversa definizione

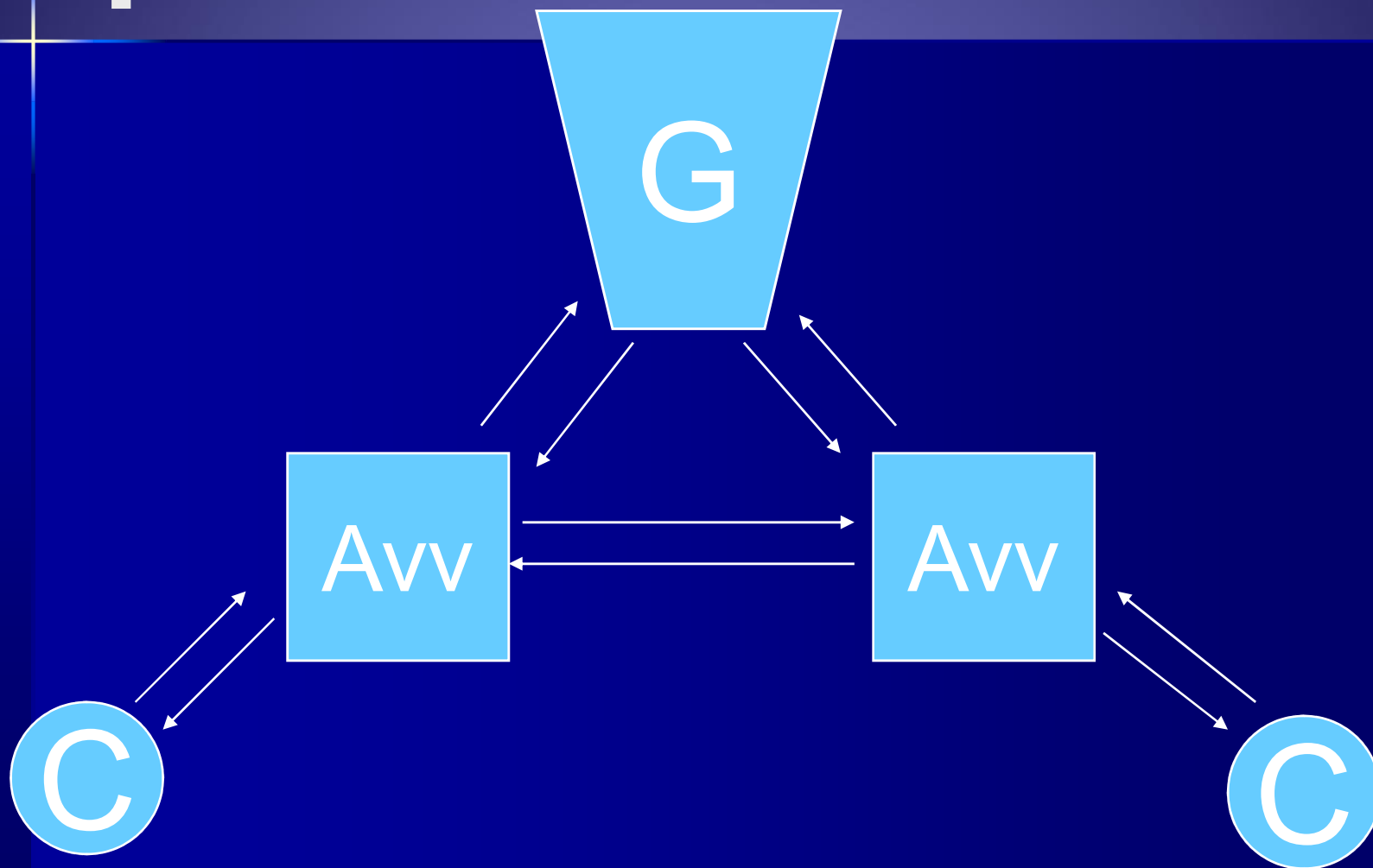
Il mediatore agisce quale terzo neutrale privo di poteri coercitivi per **aiutare le parti a negoziare un accordo** che sia per loro **migliore** rispetto alle loro alternative

[Gary Friedman e Jack Himmelstein]

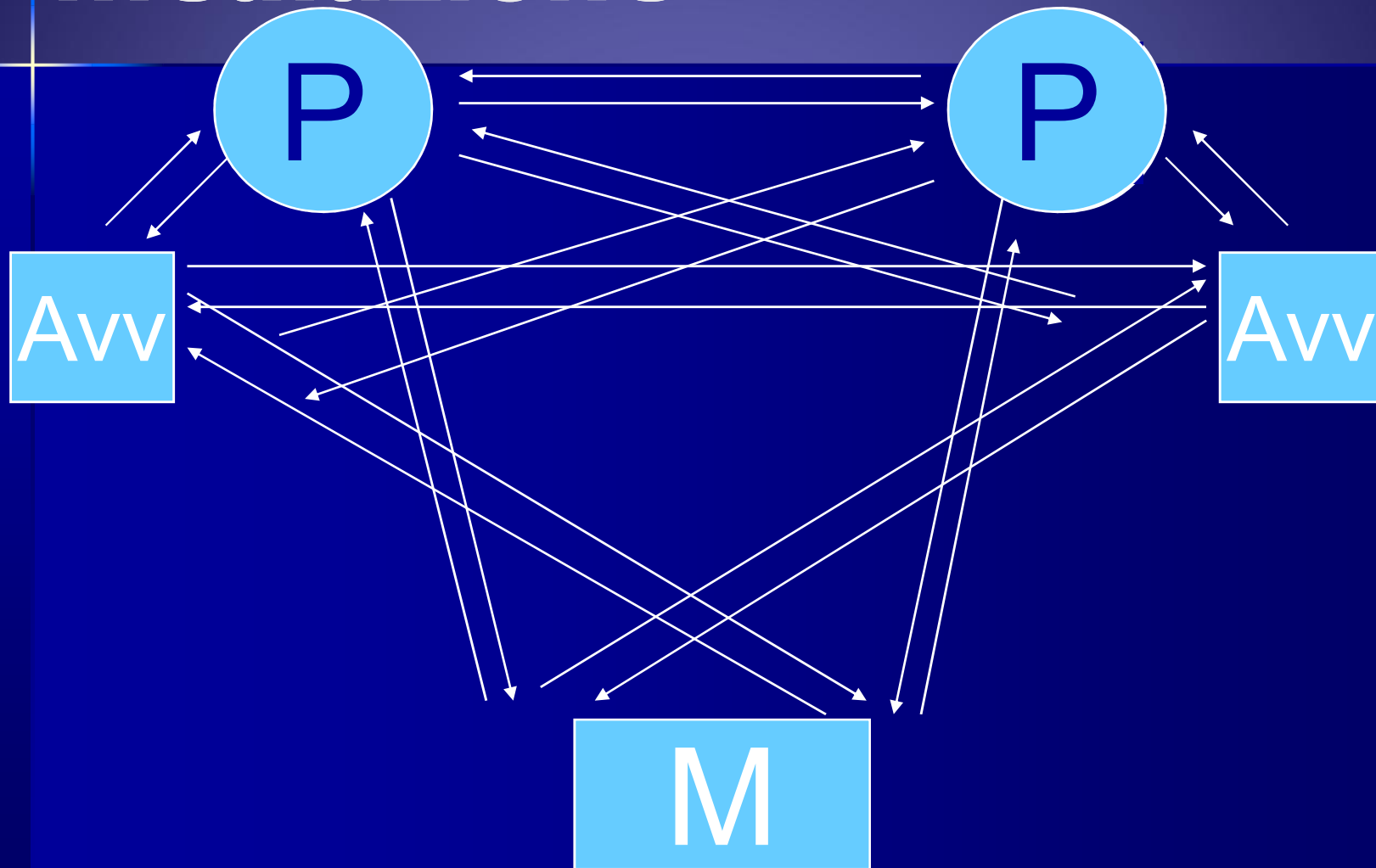


OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

La comunicazione nel processo civile



La comunicazione nella mediazione



Le situazioni adatte alla mediazione

- Aspetti relazionali
- Problemi di comunicazione
- aspetti emotivi
- rilevanza di interessi e bisogni
- motivazioni legate alla causa ordinaria



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

relazioni di lungo periodo

- interesse delle parti alla continuazione pacifica della relazione duratura nel tempo - commerciale, affettiva o familiare
- interesse ad intraprendere attività di collaborazione commerciale, imprenditoriale etc. insieme

comunicazione insufficiente o mancante

- controversie originate prevalentemente da problemi di comunicazione tra le parti
- l'intervento di un terzo neutrale potrebbe aiutare a sbloccare *l'impasse* della negoziazione bilaterale
- forte desiderio di una parte essere ascoltata

emozioni

- forte rilevanza degli aspetti emotivi
- Una forte emotività delle parti impedisce il raggiungimento di un accordo
- opportunità di riconoscimento dell'emotività negativa



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

rilevanza di interessi e bisogni

- Le soluzioni apparentemente migliori non sono in sé soluzioni giuridiche (ma sono basate sugli interessi e bisogni delle parti)
- controversie con divergenza tra le posizioni giuridiche in giudizio e interessi concreti sottostanti
- La percezione delle parti che i rispettivi interessi sono incompatibili



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

riservatezza

- Una o entrambe le parti vogliono che la controversia sia risolta in via confidenziale
- Necessità di tutelare informazioni sensibili, dati riservati, know how, la reputazione personale delle parti, che può essere garantita da un procedimento confidenziale

motivazioni legate alla causa ordinaria

- Dubbi sull'esito prevedibile della causa
- Valore basso della controversia
- Il risultato negativo di una causa potrebbe dare luogo ad azioni analoghe intentate da altri soggetti
- evitare lo stress emotivo e psicologico derivante dalle lungaggini e complessità della causa
- Soluzione in tempi rapidi
- Limitare le spese legali

segue

- mantenere il controllo sull'esito della procedura
- Ricerca di rimedi diversi rispetto al risarcimento dei danni



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

altri aspetti soggettivi

- errate percezioni
- stereotipi
- malintesi
- diffidenza
- “questioni di principio”



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

materie non "obbligatorie"

- controversie societarie
- la materia associativa
- donazioni
- diritti disponibili in materia familiare
- contratti
- altre fattispecie di risarcimento del danno oltre alla responsabilità medico sanitaria



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Situazioni difficili per la mediazione

- non divisibilità del "bene della vita"
- sentimenti negativi troppo radicati e cronicizzati
- posizione giuridica particolarmente forte di una parte
- necessità di ottenere un precedente giurisprudenziale
- strategia commerciale



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Come preparare il cliente all'incontro

- Incontro per accertare che il cliente abbia compreso la natura della mediazione
- Rivisitare con il cliente la procedura, il ruolo del mediatore, degli avvocati e delle parti
- Il professionista ha un ruolo di assistente e non (solo) di difensore
- Condividere interessi e bisogni e anche eventualmente i timori: discutere obiettivi e strategie
- Stabilire alternative processuali all'accordo negoziale in identificare le ragionevoli possibilità di accordo, posizioni di apertura e soglie limite
- Verificare che gli estremi dell'eventuale accordo che sarebbe accettato non eccedono i limiti della procura

segue

- Stabilire la strategia comune, chi inizia, chi conduce l'incontro, come consultarsi, etc.
- Preparare in modo strategico le varie opzioni negoziali
- Approfondire interessi e bisogni del cliente
- Il coinvolgimento personale delle parti ed un impegno da valutare con attenzione (preparare il cliente a ciò che realmente avverrà)
- Un atteggiamento poco aggressivo ed avversariale non andrebbe interpretato come segno di debolezza dal cliente
- Determinare i ruoli, non lasciare la gestione dell'incontro all'improvvisazione
- Accertarsi dell'esistenza dei poteri in capo al cliente
- Il ruolo del consulente tecnico



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Condividere informazioni

La chiave è l'**informazione**. Senza la condivisione di informazioni è impossibile riuscire ad elaborare soluzioni che creino valore e consentano alle parti di ottenere migliori risultati (*"allargare la torta"*).

Posizioni, interessi e bisogni

- come individuare gli interessi del cliente?
- come individuare e utilizzare la MAAN?



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Tecniche di negoziazione

- Separare le persone dal problema
- Concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni
- Generare più possibilità di soluzione prima di decidere cosa fare ("Brainstorming")
- Utilizzare criteri oggettivi ovvero indipendenti dalla volontà delle parti



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Assistere il cliente durante l'incontro: l'intervento di apertura

- Cooperazione cliente – professionista per dare l'impressione di preparazione, coesione, coordinamento?
- E' l'occasione principale per fornire un quadro complessivo chiaro e coerente del proprio punto di vista e di ciò che si considera importante
- Guadagnarsi la stima e credibilità delle parti, degli altri avvocati e del mediatore
- il professionista si inserisce nelle dinamiche negoziali: non parlare di denaro nell'intervento di apertura, chiarire che l'intervento ed i commenti sono a beneficio dell'altra parte e non del mediatore

segue

- Oppure: strategia negoziale inizialmente rigida e basata dapprima sulle posizioni (negoziiazione rigida focalizzata su dove si è e cosa si vuole): comunque concentrarsi sugli aspetti chiave del problema e lasciare spiragli per il prosieguo della negoziazione
- Dimostrare sempre di capire lo spirito della mediazione, di conoscerne le dinamiche e cogliere ogni opportunità per proporre soluzioni - essere fermi ma non inflessibili



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Gestire la comunicazione e l'emotività

- rispetto al ruolo in tribunale (convincere il giudice), in mediazione ruolo più articolato e complesso dell'avvocato: comunicare con il cliente, con il mediatore, con l'altra parte, condurre al meglio la relazione con tutti i tre soggetti e convincere la controparte
- gestire l'emotività del cliente, mantenendola su binari accettabili per le funzionalità del procedimento e coerenti con la strategia negoziale intrapresa



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

“Lavorare” con il mediatore

- Tener presente il ruolo centrale del mediatore (quale terzo neutrale facilitatore privo di potere decisionale) nel percorso che porta al raggiungimento dell'accordo
- Convincere il mediatore della sincerità del proprio assistito e della ragionevolezza della sua posizione: potrà aiutare il mediatore nel valorizzarla e nel riportare in modo oggettivo all'altra parte le argomentazioni del cliente
- Persuadere il mediatore delle argomentazioni della propria parte e delle soluzioni prospettate per portarlo a riferire la proposta all'altra parte, legittima i contenuti della proposta e aumenta la possibilità che questa sia accolta
- Una proposta che giunge ad una parte tramite il mediatore spesso funziona meglio!

Utilizzare le sessioni separate

- Sfruttarne le potenzialità dimostrando di essere cooperativo
- Allo stesso tempo rendere chiaro al mediatore cosa di quanto detto debba essere considerato strettamente riservato e cosa può essere in qualche modo trasferito all'altra parte
- Partecipare attivamente alla risoluzione creativa del problema ("brainstorming")
- E' indispensabile una costante consultazione con il cliente - assicurarsi di essere sempre in sintonia con il cliente sulle strategie adottate o da adottare
- Cercare momenti di confronto separato con il cliente (per es. quando il mediatore è in sessione separata con l'altra parte)
- Assicurarsi che il cliente non dica più di quanto non sia coerente con il suo interesse e con la sua strategia

Limitare il protagonismo

- fare un passo indietro e lasciare che il cliente percorra le strade negoziali che più ritiene confacenti al suo caso
- non pretendere di imporre al cliente la propria soluzione



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Atteggiamento di cooperazione

- far scaturire proposte ed elaborare alternative
- Partecipare attivamente alla risoluzione creativa del problema ("brainstorming")
- far capire, pur nella spiegazione coerente della propria posizione, che si comprendono le ragioni altrui e ci si rende conto che un passo di entrambi le parti è necessario per raggiungere una soluzione

I possibili “rischi” della mediazione

- Divulgazione di informazioni riservate nonostante l'obbligo di riservatezza?
- Per es. nella mediazione sulla responsabilità medica: cartelle cliniche, CT di parte ...

Motivi del fallimento della mediazione

- L'avvocato non prepara una strategia insieme al cliente e non comprende i veri interessi al di là delle posizioni negoziali
- L'avvocato fornisce al cliente aspettative di successo sovrastimate
- Al mediatore non viene data una soluzione ragionevole che il mediatore possa fare propria
- Nei confronti dell'altra parte, non cerca di comprendere le ragioni e gli interessi che sono alla base di una determinata strategia negoziale
- Non riesce a limitare il proprio protagonismo



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE

Grazie per l'attenzione!



OCF
ORGANISMO
DI CONCILIAZIONE
DI FIRENZE