

ABSTRACT PROVVISORIO



I segreti della mediazione

Strumenti chiave per i professionisti che vogliono gestire da protagonisti le liti civili e commerciali in sede non contenziosa. Analisi del d. lgs. 28/2010, appendice normativa, case study, test e faq.



Dirittomoderno.it
Per orientarsi nel cambiamento

EDIZIONI  CSP
Centro Servizi Professionali

Una piccola rivoluzione

Si potrebbe definire così quel che sta accadendo in seguito all'approvazione del decreto legislativo in materia di mediazione. Rivoluzionari non sono gli effetti legali, che ancora sono lungi dal manifestarsi, quanto all'interesse generalizzato all'argomento mediazione o conciliazione che dir si voglia.

Questo sì che è un autentico avvenimento: per anni la gestione delle controversie è stato appannaggio dei tribunali o arbitri e di qualche negoziatore in grado di elaborare soddisfacenti transazioni.

Mai però si era parlato di "alternative" alla giustizia aggiudicativa (non importa se pubblica o privata), se non in ambiti tutto sommato ristretti; l'esperienza della conciliazione societaria, poi è morta..prima ancora di venire alla luce. Sulle sue ceneri, però, come una sorta di Araba Fenice, sta rinascendo oggi una nuova procedura non più speciale, ma generale, che sta sollecitando un certo interesse.

Difficile dire se il tutto sia mosso dalla paura del "nuovo" e se la ricerca di informazioni, notizie, seminari o pubblicazioni sia finalizzata ad evitare eccezioni in tribunale o vizi di natura sostanziale, considerato che la legge prevede improcedibilità ed annullabilità...

Sarebbe bello pensare, invece, che non si tratti di un fuoco di paglia destinato unicamente a liberarsi di un intralcio all'azione in tribunale; che il tentativo di conciliazione - quantunque obbligatorio - non si riduca ad un triste epigono del predecessore in materia di controversie di lavoro.

Solo il tempo ci dirà quale sia la giusta interpretazione.

Nel frattempo, al fine di consentire a coloro che si avvicinano alla mediazione di capire sommariamente come funziona, quali sono i limiti ed i vantaggi, da cosa occorre proteggersi e quali sono gli errori più comuni da evitare, è stato predisposto questo sintetico vademecum che, in poche righe vuol fornire una visione a 360° e quasi un "dietro le quinte" di una procedura sostanzialmente sconosciuta ma dalle grandi potenzialità. Con benefici effetti anche su quelle situazioni che possono essere tutelate solo in tribunale.

Un nuova abilità: comunicare e negoziare



Martin Luther King

"La più grande debolezza della violenza è l'essere una spirale discendente che da' vita proprio alle cose che cerca di distruggere. Invece di diminuire il male, lo moltiplica."

In mediazione non esistono giudici né giudizi; eventuali pareri o proposte non sono mai vincolanti, al contrario dell'accordo finale che è titolo esecutivo.

Ciò non esclude che le parti si accusino reciprocamente di torti, attribuendosi pezzi di ragione ed autogiustificando eventuali attacchi come semplici conseguenze di quanto ingiustamente subito.

Questo è il conflitto (nella sua accezione negativa): uno status considerato patologico e che, invece (e purtroppo) è fisiologico: le relazioni umane rispondono a così tante leggi (non giuridiche), meccanismi e dinamiche che, autonomamente, non possono che produrre disordine o caos. Per evitare che ciò accada bisognerebbe, come dicono gli esperti, applicarsi attivamente: solo se ognuno di noi tenesse un comportamento attivo finalizzato a mettere ordine nei propri rapporti umani, si potrebbe evitare il conflitto.

Ma,.. come fare?

Pochi lo sanno ed ancor meno sono quelli in grado di metterlo in pratica. Dunque, quando non si può prevenire la conflittualità, non resta che gestirla rivolgendosi ad un

mediatore terzo neutrale in grado di capire i problemi e negoziare soluzioni soggettivamente soddisfacenti.

La legge e l'attuazione

In estrema sintesi, le nuove norme prevedono uno specifico obbligo informativo a carico dell'avvocato, sotto pena di annullabilità del mandato ricevuto.

In diverse materie, l'esperimento di un tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria.

Il comportamento delle parti al tavolo della conciliazione è valutabile dal giudice che decide sulle spese legali.

Per la prima volta viene garantita la riservatezza assoluta circa quanto esternato dalle parti in sede di mediazione; introdotto il segreto professionale per il mediatore.

Il verbale di conciliazione è titolo esecutivo, e la procedura gode di agevolazioni fiscali.

I Consigli degli Ordini Forensi possono istituire Organismi di Conciliazione che sono iscritti di diritto al Registro tenuto dal Ministero della Giustizia.

Un ruolo di primo piano per l'avvocatura. 12 mesi di tempo per organizzarsi.

Quantità e qualità

In Italia c'è una causa ogni 12 persone, inclusi vecchi e bambini.

Un rapporto che non può vantare nessun'altra nazione europea.

Per converso si fanno meno conciliazioni che in Nigeria.

Il Nostro Paese spende decine di milioni di euro ogni anno per risarcire i cittadini dell'eccessiva durata dei processi.

Sarà perché siamo ancora Guelfi e Ghibellini?

Perché c'è sempre una "questione di principio", senza che questo sia condiviso o perché ci sono oltre 100.000 leggi?

I fattori sono molti e la questione è complessa; in ogni caso è innegabile che il fenomeno della tribalizzazione dei conflitti abbia raggiunto dimensioni allarmanti.

L'incapacità di risolvere direttamente ed autonomamente i propri conflitti finisce per intasare i tribunali senza risolvere i problemi.

Occorre comprendere cosa sta accadendo per scindere le questioni che riguardano il funzionamento della legge da quelle che riguardano il "funzionamento" delle persone.

Diritto e conflitto

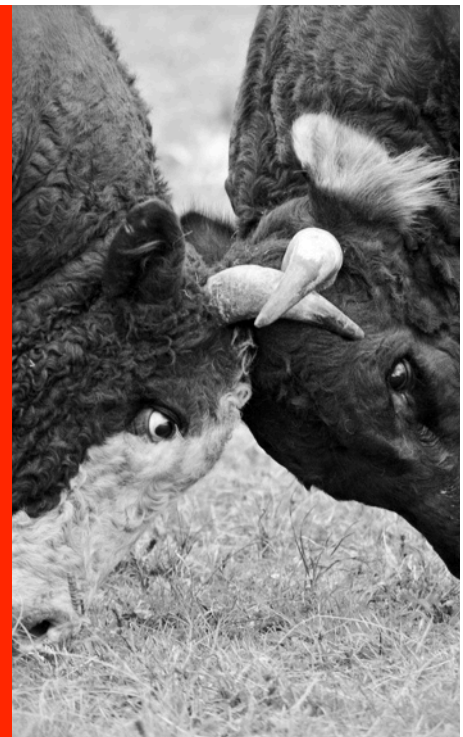
Il processo in tribunale nasce per applicare la legge definendo le pretese dei litiganti con una sentenza, ma se questa è la fine della controversia, qual è l'inizio?

Non tutte le liti, infatti, nascono per motivi legali. Problemi di percezione, cattiva comunicazione, emozioni negative o incapacità di negoziare efficacemente, possono generare facilmente conflitti relazionali che non hanno una matrice giuridica e che pertanto non possono essere risolti con un provvedimento giurisdizionale.

Una diagnosi sbagliata comporta una terapia sbagliata, con la conseguenza che la malattia non viene curata.

**"Dobbiamo diventare
il cambiamento che
vogliamo vedere".**

Gandhi



Commentiamo qualche norma: accesso ed effetti.

Ai sensi del primo comma dell'art. 2 (testo provvisorio del decreto emesso in forza dell'art. 61 della legge delega 69/2009):

"chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto".

La previsione non è anodina, come potrebbe apparire ad una prima lettura; per comprenderne l'utilità basti considerare l'esperienza della cd. conciliazione societaria che prevedeva alcuni effetti tipici (interruzione della prescrizione, agevolazioni fiscali idoneità del verbale di conciliazione a fungere da titolo esecutivo, riservatezza) solo, però, nelle materie indicate nell'art. 1 del d. lgs. 5/2003. Al di fuori dei casi ivi previsti, infatti, non si produceva alcuno degli effetti legali appena citati: sulla scorta della normativa in parola, dunque, le parti che avessero voluto conciliare una qualsiasi controversia esulante dalle ipotesi di cui all'art. 1 non avrebbero potuto beneficiare di alcuno di detti effetti."

(...)

La norma contenuta nell'art. 4 disciplina l'accesso alla procedura disponendo che

"la domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'articolo 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si volge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione"

Ai sensi del secondo comma

"l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa".

Il comma 3 introduce un obbligo informativo a carico dell'avvocato, prescrivendo:

"All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20."

Il legislatore si è però preoccupato di normare anche le modalità attraverso le quali detta informazione debba essere fornita; lo stesso comma prosegue, infatti, stabilendo che

"L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione".

L'approccio alla lite risulta, pertanto, fortemente innovato.

(...)

L'art. 5 recita:

"Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari deve esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale."

Trattasi del noto meccanismo delle improcedibilità relative.

Il sesto comma dell'art. 5 riprende la non felice formulazione dell'art. 40 del d. lgs. 5/2003 nel disciplinare gli effetti legali conseguenti al deposito della domanda di mediazione:

“Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.”

Mentre non ci sono problemi nell'equiparare la domanda di mediazione a quella giudiziale con riferimento alla prescrizione, dubbi permangono con riferimento al meccanismo dell'“impedimento” alla decadenza “per una sola volta”: questo inciso che non compariva nella formulazione dell'art. 40 del d. lgs. 5/2003, invero non agevola l'interpretazione. Quando è stata compiuta l'attività che la legge prevede per evitare il maturare della decadenza, infatti, non c'è modo che essa maturi nuovamente (art. 2966 c.c.). Inoltre nel codice civile non è prevista la “sospensione” della decadenza: senza addentrarsi sull'argomento si può notare, quindi, come la previsione sia quantomeno singolare.

Difendere, attaccare o elaborare?

Nell'ambito della comunicazione umana rileva la fondamentale distinzione tra **contenuto** e **relazione**. Il contenuto di una comunicazione corrisponde al **cosa** si sta trasferendo, mentre la relazione attiene al **come**.

L'aspetto di relazione, è un concetto nuovo (per chi non si occupa di comunicazione; per gli esperti è un concetto consolidato da decenni): esso riguarda, all'interno di un qualsiasi procedimento di comunicazione - la definizione della posizione dell'emittente nei confronti del ricevente (e viceversa).

In quanto posizione essa rispecchia una certa collocazione che non sarà fisica, ma virtuale: dunque può accadere che l'emittente si senta superiore rispetto al ricevente o viceversa.

Il fatto è che ci sono situazioni in cui questa asimmetria non genera alcun effetto negativo ed altre in cui diventa foriera di conflitti interpersonali. Chi deve prevalere e chi arretrare?

Trasferiamo questo concetto alla quotidianità: quanti si sentiranno superiori o inferiori a qualcun altro, pur senza comunicarlo esplicitamente?

Ed ancora: come questi due aspetti influiranno in una negoziazione o mediazione ?

Se la relazione, per un motivo o un altro non funziona, diventa difficile stabile se lottare o cooperare; questa è un'antinomia tipica dei conflitti ed una mediazione è un terreno fertile per la loro (ri)nascita.

Quando ciò si verifica, l'aspetto relazionale della comunicazione può avere il sopravvento ed iniziare una “vita autonoma”, indipendente dal contenuto delle negoziazioni.

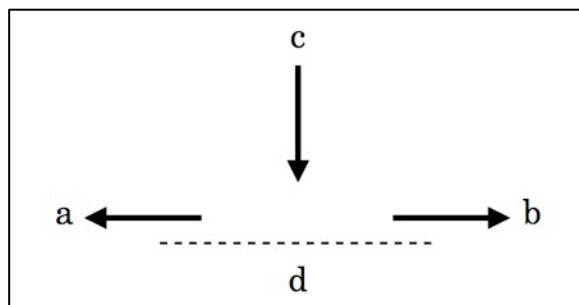
In questi casi non contano le strategie negoziali o tecniche particolari, giacché prevale un altro aspetto: battere il nemico (costi quel che costi) o “fargliela pagare”.

In tali ipotesi le scelte possono non essere razionali e co-determinate dalle emozioni che, come si è visto, sono elaborate più rapidamente del pensiero cosciente e, dunque, lo influenzano.

E' allora assai difficile che due soggetti possano, da soli, essere in grado di pervenire autonomamente ad un negoziato.

Anzi è molto più facile che la negoziazione-conflitto porti rapidamente ad una comunicazione distruttiva. Ciò non significa che non vi siano dei presupposti oggettivi per trovare una soluzione negoziale, solo che per fare ciò è utile (o indispensabile a seconda dei casi) ricorrere all'ausilio di un terzo che sia in grado di assistere le parti nella ricerca di una composizione del conflitto, favorendo il deflusso delle emozioni, mostrando empatia e facendo attenzione a non essere “triangolato”, ossia, a non diventare strumento di lotta dei litiganti o prendere le difese di una o di entrambi alternativamente.

La posizione che un terzo può assumere di fronte a due negoziatori in conflitto è stata rappresentata¹ nello schema a fianco, in cui "a" e "b" sono in posizione di alleanza (i consulenti, avvocati o commercialisti) con uni rispettivi contendenti, "c" è interposizione, cioè evita che i due vengano in contatto (anche se ciò non è sufficiente a risolvere il problema) mentre "d" assume il ruolo di giudice: quest'ultimo può "congelare un conflitto a livello sociale", ma senza mutare al "logica del conflitto come gioco relazionale che depaupera le risorse in dotazione al sistema complessivo".



Senza giungere a situazioni di grave conflittualità è da notare che su qualsiasi negoziato si agita questo "spettro": che una delle due parti si senta – non è importante che lo sia effettivamente o in termini oggettivi, ma solo che lo percepisca – "gabbata", maltrattata o "incastrata" o semplicemente trattata in maniera non equa, non giusta o non corretta.

In realtà questi sentimenti potrebbero solo essere il frutto di un tatticismo dell'altra parte: i soggetti competitivi sono portati a pensare di aver a che fare con altri soggetti competitivi e, dunque, non si spaventeranno di fronte ad offerte esagerate, minacce o pressioni, poiché sono abituati a fare lo stesso e ritengono che non ci sia nulla di male in ciò.

Al contrario un cooperativo potrebbe non comprendere che si tratta di meri tatticismi, di "mosse" e, conseguentemente, potrebbe essere portato a credere che quell'offerta esagerata sia invece reale e, di conseguenza viverla come un tentativo di ottenere – da parte del competitivo – più di quello che gli spetta.

Ciò genererà, allarme o addirittura risentimento o produrrà una rottura delle trattative, mentre magari c'era una reale possibilità che le parti non sono state nemmeno in grado di esplorare o verificare, giacché sono rimaste incastrate in una sorta di "trappola relazionale".

E siccome la relazione prescinde dal contenuto sarà evidente che questo non sarà stato nemmeno valutato.

Malattie e medicine

come scegliere la terapia

Si intuisce che il contenuto può essere completamente bypassato e scavalcato dalle modalità con cui esso è stato veicolato; dunque, con notevole approssimazione (in termini assoluti, ma sufficiente al nostro scopo), si può cominciare a capire come i due aspetti (contenuto e relazione) operino su due piani diversi.

Dunque si può considerare che su un determinato contenuto può generarsi un contrasto, poiché non tutti la pensiamo allo stesso modo, perché il prezzo del venditore è troppo alto per l'acquirente etc.. etc., mentre il conflitto attiene alla relazione che si è instaurata a seguito della modalità utilizzate per veicolare il contenuto.

Conseguentemente potrebbe non esserci nessun contrasto sul contenuto (si vuol acquistare un determinato bene) ma ciò non di meno, non si è disposti a tollerare il modo in cui ne è stato chiesto il prezzo: mentre, in alcuni casi, la richiesta può essere tranquillamente soddisfatta perché non ci sono elementi ostativi al suo accoglimento, in altri casi il modo risulta inaccettabile ossia non solo inaccoglibile, ma addirittura meritevole di ammenda, risentimento o almeno di atteggiamento difensivo o di contrattacco.

Anzi si può benissimo verificare che il "come" sia talmente dissonante e prevaricante rispetto al contenuto, da far percepire al destinatario un messaggio esattamente opposto alle intenzioni del suo autore. E' il caso di una affermazione positiva con un tono negativo accompagnato da una smorfia, calcata magari, proprio su un aggettivo: l'espressione "carino quel suo maglione" può benissimo essere percepito, dal destinatario di un messaggio - che come contenuto corrisponde ad un complimento - come uno scherno o un'irrisione solo perché l'autore del messaggio, all'atto di

¹ (P. Busso, Lotta e Cooperazione. Percorsi per un'evoluzione ecologica del conflitto, Armando Editore, pag. 18)

pronunciare la parola "carino", piega gli angoli della bocca, o usa un tono volutamente ed accentuatamente ironico.

Ed allora: le parti stanno effettivamente litigando sul cosa è stato detto o sul come?

Sarebbe, infatti, egualmente errato trattare il contrasto come un conflitto (e come tale tentare di risolverlo), come pure sbagliato si dimostra il contrario.

Nella controversia di carattere legale, ossia in tutte quelle situazioni che finiscono (non cominciano) con il toccare o sovrapporsi ad aspetti giuridici, le due ipotesi debbono essere prima di tutto correttamente identificate e, successivamente, adeguatamente trattate.

Il che non accade, praticamente mai.

Non esiste infatti nel nostro ordinamento, né nella cultura o nell'etica forense, il dovere o il senso di opportunità di effettuare una sorta di screening preventivo al fine di verificare se il cliente dell'avvocato sia coinvolto con l'avversario in un contrasto su una questione di merito o in conflitto con la relazione.

In altri termini le parti hanno davvero un problema giuridico (distanze, modalità di esercizio della servitù etc) o, invece, questo è solo un aspetto che va a sovrapporsi ad un problema relazionale tra vicini o confinanti?

Il confine tra un conflitto realistico ed uno strumentale è, talvolta molto labile; inoltre non è agevole nemmeno verificare se sia nato prima il problema di diritto (l'uovo) o quello di relazione (la gallina).

Una volta chiarito, comunque se trattasi di contrasto (sui contenuti) o di conflitto (sulla relazione) non si è ancora risolto il perché si è giunti in quella situazione patologica.

Ove sia stato chiarito che trattasi di effettivo e puro contrasto, infatti, si tratterà di risolvere la questione di merito; se, al contrario, si tratterà di un conflitto, sarà del tutto inutile ragionare in termini di merito (su cui magari c'è, in astratto, perfetta convergenza o semplice, ma reale indifferenza) perché l'essenziale sarà neutralizzare (o spostare) il conflitto.

Una prima sintesi, dunque: tutti i procedimenti valutativi (processi, arbitrati, perizie) valgono per le questioni di merito o tecniche, cioè per una qualsiasi questione di diritto sostanziale (la distanza corretta per legge è 5 mt. e non 10; l'importo del risarcimento è x euro; il diritto è prescritto etc.), ma sono assolutamente inefficaci, e irrilevanti per i conflitti o si possono profilare addirittura perniciosi.

Ciò nonostante, si va in tribunale per i conflitti tra condomini con più o meno facili e fondate strumentalizzazioni delle questioni di merito, con l'unico risultato che, sia in ipotesi di vittoria come pure in quella di sconfitta, il conflitto rimarrà tranquillamente in essere.

E le due ipotesi sono egualmente drammatiche e laceranti; in caso di vittoria, essa verrà vissuta dal vincitore formale-processuale come una vittoria di Pirro si sentirà insoddisfatto poiché non è stato risolto il conflitto, ma solo una questione giuridica più o meno a latere (o ancora sottostante o sovrapposta). La sconfitta non farà che gettare benzina sul fuoco in una spirale di ulteriore aggressività che si autoalimenta.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi ed il risultato non cambierebbe di una virgola. Dall'ipotesi della lite coniugale a quella commerciale passando per i rapporti di vicinato o societari, avremmo sempre il medesimo risultato: contrasti e conflitti trattati nella stessa maniera e con la stessa insoddisfacente conclusione.

Decide meglio l'uomo o l'animale?

Viene quasi naturale, a questo punto, porre una tesi chiaramente e dichiaratamente provocatoria: l'uomo non è forse troppo intelligente per risolvere con la forza i propri conflitti?

La domanda è meno peregrina di quel che si potrebbe pensare, sol che si ponga mente al fatto che i tradizionali sistemi di risoluzione delle controversie - ivi incluse quelle di natura legale - poggiano su un comune principio fondamentale: definire autoritativamente, ossia con la forza, una lite. Il che è da sempre stato fatto attribuendo istituzionalmente tale forza ad un terzo.

Certo che dalla pax romana di tempo ne è passato e la democrazia, cui si ispirano le moderne relazioni intersoggettive, si è sostituita alla volontà di un imperatore o di un più o meno illuminato

principe. Strada facendo, però si è solo evoluto il sistema senza cambiarlo, il che è grave in riferimento a due aspetti.

Il primo è che il mercato globale oggi impone di operare valutazioni che, ad essere chiari, non sono prese in alcuna considerazione dai sistemi giuridico-giudiziari, i quali, per definizione operano a livello di micro-economia del conflitto, perdendo di vista non solo la dimensione macro-economica, ma omettendo qualsiasi valutazione sistemica sulle conseguenze legate alla sua - intrinseca ed estrinseca - efficienza.

Il secondo aspetto è, invece, connesso all'ossimoro dei tempi moderni: ad una più ampia diffusione dei mezzi di comunicazione dell'informazione, corrisponde una sempre maggiore incomunicabilità.

Se i vecchi pellirossa potevano forse litigare attraverso i segnali di fumo, gli antichi romani potevano contare su un agente con potenzialità anche patogene già più efficiente, ossia su un ben funzionante sistema di comunicazione, mentre senz'altro la stampa ha portato una notevole diffusione sia dell'informazione che, per converso, della disinformazione (è risaputo che le guerre moderne non si giocano sui campi di battaglia ma con i satelliti e con le spie).

Oggi l'occasione di litigare è favorita dall'accresciuto numero di mezzi di comunicazione, ma questa non è che una considerazione descrittiva e statica. L'aspetto più significativo è legato al fatto che normalmente, nelle relazioni quotidiane, non si considerano adeguatamente le strutture e le leggi fondamentali della comunicazione umana.

Il fatto di non padroneggiare adeguatamente la comunicazione genera, evidentemente, un certo "rumore" informativo giacché il senso complessivo della comunicazione diventa non univoco.

C'è poi, un altro aspetto: la comunicazione sulla comunicazione è del tutto razionale cioè artificiosa: il cane o il leone di fronte all'attacco del maschio concorrente non si chiede se questo è sgarbato o lo vuole sbranare: nella sua natura esiste un solo sistema di comunicazione: quello analogico (contrapposto a quello verbale che è digitale, ossia artefatto). Ed in effetti gli animali non parlano, il che non esclude che comunichino e che in qualche misura facciano delle valutazioni legate all'istinto. E se questo è inefficace o inefficiente, si verificano conseguenze letali che si verificano meno spesso di quel che si creda, dimostrando - si chiede venia per la battuta - che gli animali siano più intelligenti dell'uomo: in una lotta per il controllo di un certo territorio un leone non ha bisogno di uccidere l'avversario; gli basta vederlo abbandonare la contesa, consolidando il potere del vincitore. Entrambi i leoni "sanno" benissimo che una lotta all'ultimo sangue è pericolosa per entrambi. In natura non esistono antibiotici o il pronto soccorso e il contendente che pretendesse di finire l'avversario potrebbe essere a sua volta ferito dal "soccombente" mettendo in pericolo la sua stessa esistenza. Insomma il gioco non varrebbe la classica candela, sulla scorta del detto "al nemico che fugge, ponti d'oro".

In sintesi viene da dire che l'uomo - alcuni, non tutti - non sanno accontentarsi, o non vogliono accontentarsi.

Trapiantiamo tutto questo nella lite giuridico-giudiziaria ed otterremo un quadro abbastanza strano ed incomprensibile:

a) due soggetti che litigano senza sapere se si volevano effettivamente insultare o se hanno semplicemente sbagliato il modo di comunicare

b) due soggetti che si vogliono annientare senza razionalizzare le conseguenze della lite: certo i litiganti non mettono in discussione la propria esistenza (il che non è sempre vero) ma sopportano dei costi comunque molto alti, a loro volta legati ad una cattiva informazione.

c) due soggetti che non lottano con le proprie armi "oggettive", i muscoli, le unghie, i geni, lo sviluppo fisico, lo stato di forma (non aver riportato precedenti ferite o non avere malattie), ma con quelle create da un terzo (il legislatore), gestite, ossia ragionate, da un altro terzo (l'avvocato) giacché gli stessi, da soli non sanno né possono farle, impiegate in una lotta in cui chi decide è un altro terzo (il giudice).

Qualche strumento per cominciare.. I case studies

Prima di assistere davvero un cliente in mediazione, si potrebbe effettuare una prova; in effetti nei seminari in cui si affrontano argomenti simili a quelli sinora illustrati, è quasi sempre utilizzato il metodo della simulazione.

Viene sottoposto un caso e poi viene chiesto ai partecipanti divisi in gruppi, di assumere ed interpretare materialmente il ruolo delle parti protagoniste della vicenda rappresentata. Di seguito si riporta un caso realmente accaduto, ma riadattato per esigenze didattiche.

"I coniugi Rossi, si apprestano a partire per l'atteso viaggio di nozze, acquistato presso un'agenzia di viaggi denominato "Merengue caraibico". Si tratta di una vacanza organizzata che comprende il soggiorno in albergo di una settimana presso il villaggio "Don Villan" e volo aereo da Roma a Cuba; nei dintorni saranno possibili attività ricreative. Entrambi lavorano come operai in una piccola ditta e non vedono l'ora di partire. Non sono mai stati ai caraibi ed hanno dovuto affrontare anche dei sacrifici economici per organizzare il tutto.

La sig.ra Rossi è in casa: accende la televisione ed apprende una notizia sconvolgente! Nell'isola è scoppiata un'epidemia di dengue.

Si tratta di una febbre emorragica che può provocare sanguinamento dal naso e dagli occhi. Non esistono vaccini, tuttavia si tratta di una malattia endemica dei paesi tropicali e le autorità locali stanno provvedendo alla disinfestazione al fine di rimuovere il principale vettore di contagio: una zanzara che si riproduce nelle pozze d'acqua stagnante. Non è stato dichiarato alcun stato di emergenza sanitaria, né la meta è stata ufficialmente sconsigliata dalla Farnesina. Ciò nonostante la Sig.ra Rossi non vuole partire perché non vuole che il viaggio di nozze tanto agognato si trasformi in tragedia!

La stessa prova a parlare con il Tour Operator che ha organizzato il viaggio chiedendo come stiano davvero le cose, minacciando di non partire se non otterrà rassicurazioni sull'effettiva situazione. L'addetto, dapprima cade dalle nuvole negando che vi siano problemi sanitari sull'isola e poi, in seguito all'insistenza della signora, si accerta dell'accaduto e, pur contestando che si in corso un'emergenza sanitaria, riconosce che l'epidemia è in corso.

La signora Rossi a questo punto afferma con decisione che non vuole più partire, ma il Tour Operator sostiene che in ogni caso dovrà pagare il viaggio ugualmente, poiché il recesso è ingiustificato e quanto accaduto non è a lui imputabile".

Cosa fare?

Beh, sarebbe un buon inizio utilizzare, ad esempio una ideale tabella (come quella che segue), al fine di focalizzare gli interessi, individuare gli ostacoli ed elaborare idonee strategie (solo in alcune celle è stato inserito un contenuto a 'mo di esempio: il lavoro completo va eseguito in aula con la guida di un formatore).

Questione	Dominio giuridico	Dominio soggettivo	Dominio negoziale	Dominio economico
1. Legittimità del recesso	Disciplina codice consumo.	La signora sostiene di aver ragione. Il tour operator anche.	Questione che potrebbe essere accantonata al fine di ottenere altri benefici che non siano la mera "ragione" attribuita (forse) dal giudice.	Questione incerta, riflessi sulle eventuali spese legali (compensazione)
2. ???	???	La signora sostiene di aver ragione. Il tour operator anche.	Questione che potrebbe essere accantonata al fine di ottenere altri benefici che non siano la mera "ragione" attribuita (forse) dal giudice.	???
3. ???	Disciplina codice consumo.	Obbligo di proposizione a carico del tour operator ignorato da entrambe le parti (sino all'intervento degli avvocati).	???	???
4. ???	Nessuna norma o processo può "riparare" questo aspetto, ma solo - forse- disporre un equivalente economico.	Rilevante e grave problema per gli sposini. Questione solo economica o legale per il tour operator.	???	???

Un test

Seppure spesso si dubita (e talvolta a ragione) dell'attendibilità dei test, resta indiscutibile che possano, almeno in una prima fase della formazione e della sperimentazione, costituire un valido e pratico ausilio.

Di seguito, ad esempio, vengono riportate alcune domande (il test completo è composto di 21 quesiti) volte a far emergere (almeno tendenzialmente) la natura del problema in cui è coinvolta la persona che si rivolge ad un consulente affinché lo assista in una procedura di mediazione.

In base alla prevalenza del tipo di risposte (A, B o C) si potrà, almeno approssimativamente, stimare se si è in presenza di una questione che merita di essere portata in mediazione.

Si è detto, infatti, sin dall'inizio, che non è l'atteggiamento repressivo o minaccioso che paga (e quindi le sanzioni processuali o sostanziali), quanto, invece la possibilità di cogliere le potenzialità della mediazione. Il test non riguarda pertanto le ipotesi in cui la mediazione sia obbligatoria, quanto invece tutte quelle potenziali situazioni che **potrebbero** beneficiare di una gestione non contenziosa dei problemi delle persone: si fa riferimento, pertanto, alla mediazione **facoltativa**.

-
1. I rapporti commerciali o le relazioni, anche future, fra le parti, indipendentemente dalla controversia, sono:
(A) importanti o ineliminabili
(B) non molto importanti o eliminabili

 3. L'intervento di un mediatore/conciliatore potrebbe ripristinare o migliorare la comunicazione tra le parti o i loro consulenti/avvocati?
(A) sì
(B) no

 10. La confidenzialità (possibilità di confidarsi segretamente, senza la presenza della controparte, con un terzo neutrale e fornire indicazioni o informazioni inutilizzabili in giudizio) è una questione importante per almeno una parte?
(A) sì
(B) no

 12. Una soluzione della lite che un tribunale non potrebbe mai disporre (per esempio, la rinegoziazione di alcune o tutte le condizioni del rapporto contrattuale tra le parti o una soluzione creativa) è desiderabile:
(A) per almeno una parte, o forse per entrambe
(B) per nessuna delle due

 15. Prima della lite o indipendentemente da questa, si è verificato un episodio o un'occasione in cui voi o un vostro collaboratore/dipendente/familiare vi siete sentiti non compresi o infastiditi dalla controparte o da un suo dipendente/collaboratore.
(A) sì
(B) no
(C) più di un episodio
-



Andrea Buti è avvocato dal 1993, specializzato presso la Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, conciliatore professionista e formatore presso ADR Center s.p.a.

E' docente a contratto in "Diritto e tecnica della conciliazione" presso la stessa Università, dove insegna nell'ambito del Master "Diritto, economia e tecnologie informatiche" e nel corso "Computer forensic"; ha tenuto corsi al Master International Business Law presso l'Università La Sapienza di Roma, presso Ius&Law s.r.l., presso la Scuola per le Professioni Legali di Camerino e Macerata e presso quella di Ancona, nonché presso pubbliche amministrazioni (Irfod, Asap, Comuni, Prefetture, Corti d'Appello, ASUR). Si occupa principalmente di diritto & ICT, firme elettroniche, pec, computer e internet law, privacy. E' appassionato di comunicazione, negoziazione, mediazione, conflict management e ADR.