

Mediazione civile e commerciale

Le dinamiche della mediazione: un caso pratico

di **Giovanni Nicola Giudice** (*)



Quali meccanismi conducono le parti a raggiungere un accordo in mediazione? Quali dinamiche si sviluppano e quanto può incidere il mediatore? Attraverso l'analisi di un caso concreto, l'articolo si propone di "raccontare" l'evoluzione di una relazione commerciale da un contesto conflittuale ad uno collaborativo e soddisfacente per gli interessi delle parti.

Mediazione: di cosa stiamo parlando?

Le molte discussioni nate intorno alla mediazione, riguardanti l'obbligatorietà del tentativo, la costituzionalità di alcune previsioni del d.lgs. n. 28 del 2010, l'utilità concreta del ricorso a questo meccanismo, la serietà e l'efficienza degli organismi di mediazione nonché il controllo che dovrebbe essere esercitato dal Ministero della Giustizia, hanno forse distolto l'attenzione da un tema che dovrebbe essere di particolare interesse per tutti e che potrebbe essere sintetizzato nei seguenti quesiti: in cosa consiste l'attività del mediatore? qual è il suo scopo?

La risposta è solo in apparenza semplice. È il legislatore a ricordarci che la mediazione è «*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*» e che il mediatore, è «*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*» (1). Una definizione simile tratteggia due diversi scenari: da un lato quello di una mediazione cosiddetta facilitativa, dove il mediatore è sostegno del dialogo e confronto altrui, dall'altro quello della mediazione valutativa, in cui il mediatore è chiamato ad un ruolo più partecipato e attivo, finalizzato a proporre soluzioni concrete a favore delle parti. Questo secondo approccio può a sua volta presupporre la formulazione di una proposta informale finalizzata alla definizione di un accordo.

Ma il d.lgs. n. 28 del 2010, in realtà, prevede, dal

combinato disposto degli artt. 11 comma 1 e 13 comma 1, una proposta formalmente espressa che può produrre effetti sul successivo giudizio, creando una sorta di collegamento tra l'incontro di mediazione e la futura eventuale udienza del giudice (2).

Siamo davanti ad almeno tre differenti modi di interpretare l'attività del mediatore. In realtà lo scenario può ulteriormente complicarsi. Pensiamo ad un mediatore che si proponga di aiutare le parti a lavorare principalmente sulla loro relazione personale, ponendosi l'obiettivo di aiutarli a migliorarla, mettendo in secondo piano la possibilità di raggiungere un accordo. Questo approccio, definito "trasformativo", (3) offre ulteriori spunti di riflessione.

Gli esempi potrebbero proseguire. È però certo che

Note:

(*) N.d.R.: Responsabile del Servizio di conciliazione-Camera Arbitrale di Milano.

(1) Art. 1, lett. a) e b), d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28: *Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.*

(2) Il "prodotto" che si avrebbe è quindi per certi versi assimilabile ad un pre-giudizio, e che, in casi patologici, potrebbe diventare un (possibile) anticipo di sentenza, ma in assenza di processo, avanti ad un soggetto che non ha ascoltato testimoni o considerato prove. Le critiche sul punto sono state tali che alcuni organismi hanno scelto di impedire al mediatore di formulare la proposta se non davanti all'espressa richiesta di entrambe le parti. Cfr. F.P. Luiso, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, ISDACI, 2012.

(3) Cfr. F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 448; R. Baruch Bush-J. Folger, *The Promise of Mediation*, Jossey Bass, 2004.

esistono diverse forme di mediazione e non tutte si prefiggono gli stessi obiettivi.

Senza avere la pretesa di dare risposte definitive sull'argomento, un aiuto può arrivare dall'esperienza pratica. Giova a tale proposito ricostruire un caso effettivamente svoltosi e che contiene in sé diversi elementi di interesse.

Un caso di mediazione

Le parti coinvolte (4) sono Alfa, una grossa società che opera nel settore alimentare, e Omega, una realtà multinazionale che opera nel campo dei servizi di logistica.

Nel gennaio 2012 l'avvocato Rossi, legale di Alfa, deposita una domanda di mediazione avente ad oggetto un rapporto di comodato in essere tra le due parti. All'atto del deposito, l'avvocato Rossi confida al funzionario dell'organismo di mediazione di nutrire poche speranze nella possibilità di un incontro, poiché i contatti informali tra le parti sono stati infruttuosi e le trattative si sono interrotte in modo piuttosto brusco.

Omega, per il tramite dell'avvocato Bianchi, risponde affermativamente all'invito, chiedendo però che all'incontro di mediazione partecipino, per ciascuna parte i rispettivi consulenti tecnici (5). Ad avviso del Bianchi, il problema oggetto di discussione sono i danni riportati dai capannoni industriali dati in locazione da Alfa ad Omega, danni che Omega nega decisamente. Dopo un attento confronto tra il funzionario dell'organismo di mediazione e i legali delle parti, si decide per soprassedere in merito al coinvolgimento dei tecnici che saranno, se necessario, convocati successivamente.

All'incontro sono presenti, per Alfa, il direttore commerciale, dottor Cavalli, con l'avvocato Rossi mentre per Omega è presente l'amministratore delegato della partecipata italiana, dottor Orsi, insieme all'avvocato Bianchi. Il mediatore è la signora Anna Pastore.

Il primo incontro dura cinque ore, durante le quali le parti espongono i rispettivi punti di vista. Il confronto è piuttosto difficile. Sono i legali a prendere la parola, cercando di sottolineare la validità delle proprie ragioni e difendendosi da ogni richiesta dell'altra parte. Su ogni singolo aspetto della vicenda, sorge una discussione animata e, in più di un'occasione, le parti minacciano di abbandonare l'incontro.

Il ruolo del mediatore in questa fase è soprattutto focalizzato sulla gestione della comunicazione, per cercare di ricostruire uno scenario d'insieme che sia condiviso tra le parti. Nel corso della giornata il me-

diatore cerca anche di enfatizzare gli aspetti che le parti già condividono per aiutare tutti a comprendere quali sono i punti di reale discussione.

Al termine di questo primo faticoso incontro emerge quanto segue. Alfa e Omega hanno stipulato un contratto triennale nel 2005 in base al quale Omega offre i propri servizi di logistica (distribuzione delle merci in tutta Italia) ad Alfa. Per assolvere ai propri obblighi, Omega occupa, a titolo di comodato, due capannoni presso il principale stabilimento di Alfa. Il contratto viene rinnovato nel 2008 con termine nel 2011. Con l'avvicinarsi di questa seconda scadenza le parti hanno discusso di un possibile rinnovo. Le trattative sono giunte a buon punto e la firma sembra ormai cosa fatta. Su queste basi, Omega decide di applicare ai propri servizi il meccanismo tariffario previsto per la nuova edizione del contratto, molto più conveniente per Alfa. Nei mesi successivi, però, la trattativa contrattuale si arresta e a pochi mesi dalla naturale conclusione del contratto Alfa comunica ad Omega che non intende rinnovare il contratto.

Per tutta risposta, Omega ricalcola il costo dei propri servizi sulla base del contratto in scadenza, chiedendo pertanto una maggiorazione di circa € 1.100.000. Alfa rifiuta di corrispondere tale somma, ritenendo applicabili le tariffe concordate e applicate successivamente.

Nel frattempo il contratto si conclude e Omega abbandona i capannoni. Qualche settimana dopo Alfa chiede danni per circa € 700 mila derivanti da una cattiva manutenzione dei capannoni nonché per sottrazione di prodotti di Alfa stoccati all'interno degli stessi capannoni.

Al momento attuale sono radicati quattro diversi procedimenti giudiziari che le parti hanno reciprocamente avviato per far valere le proprie ragioni. Il valore complessivo delle richieste avanzate dalle parti ammonta a oltre € 2 milioni.

La ricostruzione dei fatti è un passaggio fondamen-

Note:

(4) Il caso è ovviamente reso in forma anonima e sono stati modificati elementi che potevano in qualche modo rendere riconoscibili le parti e i legali coinvolti in questa mediazione.

(5) È convinzione ancora diffusa che nel corso di una mediazione sia utile la visione di uno o più esperti che conoscano il problema oggetto della controversia. Pur senza voler negare l'utilità di questi contributi, va ricordato che è essenziale che il mediatore aiuti le parti a comprendere quali sono i termini del conflitto. Solo dopo aver compreso in cosa consiste la controversia, e dopo aver ipotizzato possibili soluzioni, le parti possono trarre beneficio dal coinvolgimento di esperti che possano indirizzarli verso l'accordo migliore. Nel caso qui narrato, come apparirà più chiaro nell'evolversi della vicenda, le parti non hanno alcun reale problema "tecnico", anche se in apparenza così sembra.

tale che il mediatore compie con l'aiuto dei presenti. Va precisato che ciascun partecipante offre la propria visione di quanto accaduto e non vengono risparmiate accuse e prese di posizione nei confronti dell'altra parte per comportamenti che di volta per volta vengono definiti "poco corretti", "incompetenti", "inopportuni" e così via. Il mediatore ascolta anche separatamente ciascuna parte, per dare modo di fare emergere elementi che in seduta comune potrebbero essere tenuti nascosti.

Al momento della chiusura di questa prima sessione, le parti concordano sull'opportunità di incontrarsi nuovamente, pur restando ferme sulle rispettive posizioni. È bene evidenziare che ciascuna ritiene le richieste dell'altra assolutamente destituite di ogni fondamento.

Il mediatore ha raggiunto in ogni caso alcuni punti importanti. Le parti si sono parlate e, soprattutto, si sono ascoltate. È un aspetto fondamentale in ogni mediazione quello di verificare che le parti prestino ascolto alla posizione dell'altro e proprio a questi momenti il mediatore dedica particolare attenzione, cercando anche di riepilogare quanto viene detto a beneficio di una migliore comprensione da parte di tutti i presenti.

Per quanto ancora non evidenti, le parti hanno comunque fatto emergere elementi interessanti, utili ad individuare le proprie necessità. Cavalli ha ammesso, nel corso dell'incontro riservato con il mediatore, che Alfa ha deciso di affidare i propri servizi di logistica ad un nuovo fornitore che ha prezzi più bassi di Omega. Ha anche ammesso di non aver condiviso questa scelta, impostagli dall'alto, ma che non ha difficoltà a confessare che il nuovo fornitore non è all'altezza degli standard di Omega.

Orsi (Omega) ha più volte ribadito, sia in seduta congiunta che in separata, che Alfa è stato un ottimo cliente e di aver vissuto il mancato rinnovo del contratto come una sconfitta professionale (il contratto era molto redditizio per Omega). In seduta separata ha però anche sottolineato di essere stato profondamente irritato dall'accusa di appropriazione indebita dei beni stoccati nei capannoni.

L'avvocato Bianchi, durante un incontro separato, ha sottolineato che le questioni giuridiche sul tavolo sono piuttosto articolate e complesse e che, seppure forte delle proprie convinzioni, ritiene che anche l'altra parte possa avere "una considerevole quantità di munizioni".

Infine, il punto più importante: le parti sono ancora intorno al tavolo e questo è un segnale sempre positivo.

Nel secondo incontro, svoltosi quindici giorni dopo,

si assiste ad una svolta importante. Si respira una certa freddezza nell'aria, anche se l'avvocato Bianchi apre la discussione con una dichiarazione d'intenti che è senz'altro di molto aiuto. Egli ammette che nel corso del precedente incontro sia lui che il collega Rossi hanno insistito sulle problematiche di tipo legale, che certamente hanno il loro rilievo. Sottolinea però che questo non deve essere di freno per le parti, se esse ritengono di voler individuare una soluzione che sia in qualche modo soddisfacente dei reciproci interessi.

Il mediatore interpreta questo messaggio come una "proposta di tregua" tra le forze in campo. Il confronto può quindi procedere, con maggiori *chances*. Il mediatore ritiene che le parti si trovino coinvolte in una escalation dalla quale entrambe vorrebbero in qualche modo uscire, ma non sanno in che modo. Nessuna delle due vuole compiere il primo passo, perché ha il timore di apparire debole (e teme che l'altra sfrutti questo gesto per giocare al rialzo) e nessuna vuole "perdere la faccia".

Incontrando le parti separatamente, il mediatore esterna questa sua percezione ai presenti e ottiene da entrambe una conferma. In particolare, l'avvocato Rossi ammette che le posizioni processuali di entrambi sono certamente sostenibili e con ragione, ma che non è interesse di nessuno procedere verso un conflitto che, oltre a conseguenze giuridiche ed economiche, potrebbe averne anche sul piano commerciale. Alfa e Omega sono soggetti molto conosciuti nel loro ambiente e non è interesse di nessuno proseguire nel contenzioso. Sia Cavalli che Orsi sono assolutamente d'accordo su questo punto. Ma ci sono due ostacoli ancora molto grossi. Innanzitutto, bisogna trovare una soluzione concreta che permetta di salvare le apparenze; successivamente, è evidente a tutti che per Orsi questa vicenda ha un'importanza anche sul piano personale.

Il mediatore sollecita lo stesso Orsi a parlare apertamente di questo problema e lì si verifica il momento decisivo della trattativa.

Orsi riconosce apertamente che la scelta di richiedere il pagamento in base ai termini contrattuali formalmente in vigore è stata una forma di ritorsione per il mancato rinnovo del contratto e che, dopo quanto è accaduto, si è pentito di essersi mosso in questo senso, pur non ritenendosi in torto per averlo fatto.

Orsi si dice quindi aperto a ragionare su un possibile accordo (senza però dire su quali basi).

Perché tutto questo possa avvenire, però, Orsi chiede che non si parli più di merce indebitamente sottratta da parte di Omega. Orsi mostra a tale proposi-

to un'e-mail dove un impiegato di Alfa chiedeva ad Omega di "fingere" di aver smarrito merce per poter in qualche modo evidenziare ammanchi in realtà non veritieri. Orsi si era rifiutato e, a fronte dell'accusa di Alfa, si era vivamente indignato. Cavalli, dicendosi ignaro di tale retroscena, chiede scusa a nome della propria azienda, promettendo di verificare quanto avvenuto.

È il momento fondamentale dell'incontro. Da un piano prettamente commerciale-professionale il mediatore ha suggerito alle parti di confrontarsi su un aspetto personale che, per Orsi, ha un'importanza capitale. In questo caso Cavalli ha subito dato un riscontro positivo, "riconoscendo" in qualche modo la criticità e facendosi carico di questa problematica. Se così non fosse stato il mediatore avrebbe forse potuto lavorare su questo fronte per aiutare le parti a prenderne coscienza.

Il progresso compiuto sul lato personale consente alla trattativa di ritornare su un piano prettamente commerciale ma con persone che ora hanno maggiore capacità di reciproco confronto (nel caso di specie, per Orsi era importante "sfogarsi" e far capire a Cavalli quanto le accuse fossero infondate e anzi da ritorcersi nei confronti di chi le aveva formulate).

Ora che il piano negoziale si presenta più agevole, il mediatore spinge le parti a confrontarsi, ben sapendo (a seguito degli incontri separati) che le posizioni non sono così distanti e che il clima è ormai molto più collaborativo.

È nuovamente Orsi a prendere la parola per proporre che ciascuna parte riconosca all'altra quanto effettivamente richiesto. Propone inoltre che sia Omega a farsi carico della differenza tra le due somme (circa € 100 mila).

Nel concreto entrambe le parti potranno formalmente sostenere di aver fatto valere le proprie ragioni, ottenendo quanto rivendicato e questo permetterà di dimostrare la correttezza delle proprie richieste e del comportamento tenuto. La differenza sarà dunque a carico di Omega; nel corso della discussione è però emersa un'ulteriore informazione che per Orsi è fondamentale, ovvero che il nuovo fornitore di Alfa è in difficoltà e che quindi ci sono le premesse per poter ripensare ad un nuovo rapporto commerciale tra Omega e Alfa. Su queste premesse, i legali delle parti propongono di aggiornare l'incontro in modo tale da verificare la percorribilità formale di questa soluzione e, in caso affermativo, stilare una prima bozza di accordo. Si conclude così, dopo tre ore di lavoro, il secondo incontro.

Trascorsi altri quindici giorni, si svolge il terzo e de-

finitivo incontro. L'intervento del mediatore è minimale; la comunicazione fluisce tra le parti in modo regolare e il clima è assolutamente collaborativo. In più di un'occasione i partecipanti si attivano per proporre soluzioni ai problemi che, volta per volta, emergono nella lettura della bozza di accordo (già redatta nei giorni precedenti dai legali delle parti).

Ad incontro concluso, l'avvocato Rossi, inizialmente scettico rispetto alla vicenda, pone in evidenza l'assoluta utilità di un incontro che permette ai litiganti di poter discutere, al riparo da estranei, del loro problema, di farsi ogni tipo di proposta e di poterla discutere con serenità insieme ai rispettivi consulenti di fiducia.

Considerazioni finali

La vicenda, come sopra descritta, ci aiuta a individuare almeno tre aspetti utili a comprendere le dinamiche di un incontro di mediazione.

Il ruolo del mediatore: aiutando le parti a ricostruire un'agenda di temi da discutere, e individuando insieme a loro i rispettivi punti di interesse, riesce nell'intento di riavviare una trattativa che si era pericolosamente incagliata. La sua attività è stata essenziale, ma non si può affermare che da solo abbia risolto il problema.

Va poi considerato il ruolo dei legali delle parti. Come spesso accade, inizialmente si sono concentrati sul terreno a loro più congeniale, ovvero la tutela dei diritti dei propri clienti. Attività doverosa e comprensibile ma che, al tavolo di mediazione, può diventare esercizio sterile. Che le parti siano in disaccordo è cosa nota, e che ciascuno pensi di avere buone carte da potersi giocare in giudizio, anche. Nel momento in cui capiscono che forse è il momento di ragionare nell'ottica di cercare una soluzione, invece di evidenziare i problemi, quello che è logica difensiva diventa attitudine propositiva, suggerita dalla logica del dialogo. Sono i legali a superare gli ostacoli formali nella definizione dell'accordo finale così come loro è il merito di aver aiutato i rispettivi clienti a capire quali potessero essere le alternative all'accordo raggiungibile in mediazione. Anche in questo caso, un'attività essenziale, ma certo neppure a loro va l'esclusivo merito di aver risolto il problema.

Restano quindi le parti. Sono queste ultime le vere protagoniste della mediazione. Dal ruolo passivo che normalmente esse vivono in un processo (e non potrebbe essere diversamente), diventano protagoniste e, aiutate da mediatore e consulenti, possono costruire i termini dell'intesa conclusiva.

L'esperienza pratica, come suggerisce questo caso, evidenzia dunque come siano le parti a determinare il successo o l'insuccesso dell'incontro. Il mediatore, auspicabilmente con l'intervento dei legali delle parti, può costruire una solida cornice e offrire punti di riferimento e direttrici su cui lavorare, ma è chiaro che le modalità concrete con cui operare saranno in definitiva scelte dalle parti. Lo stesso si può dire dell'obiettivo di questo lavoro. Le parti possono iniziare un percorso motivate dalla ricerca di un possibile accordo e poi ritenersi soddisfatte anche del semplice fatto di avere avuto la possibilità di con-

frontarsi sul problema e avere compreso il punto di vista dell'altro. In altre occasioni è la soluzione economica immediata ad essere il risultato più apprezzato dalle parti e qualunque altro percorso potrebbe risultare un inutile appesantimento.

Appare allora più semplice dare la risposta ai quesiti di apertura. Compito del mediatore dovrà essere quello di assistere le parti, in qualunque modo, per metterle nelle migliori condizioni per poter raggiungere un accordo o comunque per poter trarre il meglio da questa occasione. A loro l'onere di approfittare di questa possibilità, unica e irripetibile.

RIVISTE

Famiglia e diritto

Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza

Direzione scientifica: Piero Schlesinger

Comitato scientifico: Vincenzo Carbone, Massimo Dogliotti, Michele Sesta, Ferruccio Tommaseo, Mario Trimarchi

Periodicità: mensile

La Rivista offre un panorama completo del diritto di famiglia esaminato alla luce dell'**evoluzione giurisprudenziale** e delle **novità legislative**. Tutte le sentenze più innovative della giurisprudenza di legittimità e di merito trovano ampio spazio e sono corredate da **commenti autorevoli**.

La selezione dei provvedimenti mira a privilegiare questioni nuove nonché opzioni interpretative originali, così da fornire all'operatore spunti da utilizzare nel lavoro quotidiano. Grande attenzione è dedicata ai profili processuali in materia.

La Rivista, che da sempre ha dato spazio ai **profili internazionalistici** del diritto di famiglia, offre ora ai lettori un'apposita **rubrica quadrimestrale: "Panorama sovranazionale"**. La rubrica prenderà in considerazione il diritto internazionale privato, il diritto internazionale e il diritto comunitario.

Il **servizio online**, compreso nel prezzo e riservato esclusivamente agli abbonati è consultabile all'indirizzo www.dottrinaediritto.it. Il servizio oltre ad integrare e completare l'informazione offerta dalla rivista cartacea, consente di consultare in anteprima

e prelevare l'ultimo numero di "Famiglia e diritto".

NOVITÀ

In aggiunta alle tradizionali Sezioni della Rivista sono state introdotte:

- **Novità legislative ed amministrative;**
- **Itinerari della giurisprudenza.**

Inoltre la Rivista è stata rinnovata attraverso:

- una **grafica innovativa** per copertina e interni;
- una **nuova impostazione del Sommario:** per individuare con immediatezza i contributi d'interesse;
- **tabelle di sintesi degli orientamenti giurisprudenziali.**

Abbonamento annuale: € 204,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>

