



La mediazione secondo il nuovo Codice di procedura civile svizzero

di Barbara Klett*

I conflitti fra aziende, fra partner commerciali o all'interno di un'azienda sono all'ordine del giorno. Tali conflitti hanno perlopiù effetti distruttivi e impegnano risorse finanziarie e temporali non indifferenti. Solamente poche aziende possono permettersi procedure giudiziarie lunghe e costose in caso di conflitti. La mediazione, in molti casi, rappresenta pertanto un valido metodo alternativo di risoluzione del conflitto. Il legislatore svizzero ha riconosciuto i vantaggi e le possibilità della mediazione come alternativa alla procedura giudiziaria, ancorando l'istituto della mediazione nel nuovo codice di procedura civile entrato in vigore a inizio 2011.

La mediazione come alternativa alla procedura giudiziaria

La mediazione è una forma di risoluzione del conflitto nonché un'alternativa alla procedura giudiziaria. La mediazione è per definizione una procedura di elaborazione di conflitti strutturata ed extra-processuale, all'interno della quale le persone coinvolte nel conflitto – con l'aiuto di un terzo neutrale – elaborano di comune accordo una soluzione al conflitto stessa. Il mediatore, al contrario di un giudice, nella procedura di mediazione non ha alcun potere decisionale, bensì

agisce come intermediario tra le parti. Egli è esclusivamente responsabile dell'avanzamento della procedura. Le soluzioni vere e proprie sono elaborate di comune accordo dalle parti. Quest'ultime prendono le decisioni necessarie e dominano dunque la procedura. Importante nella procedura di mediazione è dunque il fatto che le parti sono protagoniste nella ricerca di una soluzione della propria vertenza. Nel caso di mancato accordo, hanno la possibilità di ricorrere al giudice ordinario. La mediazione, infatti, rappresenta un tentativo di soluzione autonoma basato sul dialogo e la cooperazione tra le parti e non esclude o sostituisce il sistema giudiziario.

L'importanza della mediazione nell'ambito commerciale

In Svizzera, la mediazione è conosciuta dalla metà degli anni '80. Essa ha preso piede in diversi ambiti, tra cui il mondo economico. L'importanza della procedura di mediazione è sottolineata anche a livello europeo. Il Parlamento europeo all'inizio del 2008 ha, infatti, codificato la procedura di mediazione emanando la direttiva concernente determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (Direttiva 2008/52/CE). Ultimamente il Parlamento europeo ha esaminato l'e-



secuzione della direttiva in questione e, nel settembre del 2011, ha allestito un rapporto che rileva i vantaggi nei confronti di procedure giudiziarie civili e commerciali, come il risparmio in termini di tempo e costi e le alte probabilità di successo. Il rapporto ha anche posto l'accento sulla necessità di una maggiore informazione dei cittadini sulla mediazione quale alternativa alle vie giudiziarie. Per questo motivo l'UE ha intenzione di promuovere l'esecuzione della direttiva relativa alla mediazione negli stati membri entro la metà del 2012.

Codificazione della procedura di mediazione

La mediazione è stata codificata in Svizzera a partire dal 1° gennaio 2011 nel Codice di procedura civile svizzero (CPC). L'inserimento della mediazione nella CPC svizzera rappresenta un completamento importante delle procedure autoritative già esistenti. Il CPC svizzero differenzia due forme di mediazione: da una parte la mediazione al posto della procedura di conciliazione, dall'altra la mediazione come procedura incidentale all'interno di una procedura già pendente. La legge regola l'organizzazione, la segretezza e indipendenza, l'approvazione dell'accordo stipulato così come la questione dei costi. Secondo la legge è compito delle parti di vagliare la strada della mediazione (e con essa il mediatore) al posto della conciliazione obbligatoria. La necessità di un accordo tra le parti mette in risalto la volontarietà della procedura di mediazione. La mediazione termina quando le parti stipulano un accordo extra-giudiziario oppure quando almeno una di esse

comunica all'autorità di conciliazione il fallimento delle trattative. In questo secondo caso il giudice rilascerà l'autorizzazione ad agire, permettendo così l'avvio della procedura giudiziaria.

La legge non regola ogni dettaglio della procedura di mediazione. Le parti devono, infatti, poter decidere le condizioni-quadro per la mediazione, libere da obblighi e limiti. Ciò avviene regolarmente attraverso la stipulazione del contratto di mediazione, il quale dovrebbe regolare i seguenti punti: modo di procedere, organizzazione (tempo/logistica), onorario del mediatore, suddivisione dei costi così come la volontà delle parti di consegnare al tribunale un eventuale accordo extra-giudiziario.

Disbrigo attraverso l'accordo di mediazione

La mediazione termina solitamente con la stipulazione di un accordo scritto comprendente tutte le soluzioni pattuite. Le parti possono richiedere al giudice competente l'approvazione dell'accordo rispettivamente dell'accordo parziale. L'accordo, rispettivamente l'accordo parziale, così approvato è paragonato a una sentenza.

Anche durante la procedura decisionale una mediazione intesa come procedura incidentale può sempre essere consigliata dal tribunale o richiesta di comune accordo dalle parti. Il tribunale non può obbligare le parti alla mediazione. Secondo le circostanze, comunque, una spintarella del tribunale verso un tentativo di mediazione può essere utile.

Perché una procedura di mediazione?

Un confronto con le procedure giudiziarie ordinarie mostra che la procedura di mediazione, regolarmente, termina più rapidamente e con un minore dispendio di denari. Dato che le parti non delegano la loro competenza decisionale, possono prendere posizione attivamente nella procedura. La mediazione è tradizionalmente adatta per soluzioni a lungo termine all'interno di rapporti duraturi, proprio nell'ottica della collaborazione futura. Ciò concerne situazioni in cui i rapporti personali tra le persone coinvolte giocano un ruolo importante e/o situazioni in cui accanto al chiarimento di fatti passati è necessaria anche una soluzione orientata al futuro (ad esempio in caso di conflitti all'interno di organizzazioni e aziende, tra aziende nell'ambito di rapporti commerciali di lunga durata, in caso di litigi di vicinato e per regolare la successione). La mediazione è in particolar modo adatta a litigi con più parti coinvolte e/o a litigi coinvolgenti persone di culture diverse.

La mediazione shuttle

La prassi ha mostrato che anche nel caso di cosiddetti litigi liquidanti – vale a dire se le parti non pianificano una collaborazione futura – l'esecuzione di una procedura di mediazione può essere efficiente. La metodologia, in questi casi, deve essere adattata. Se le parti litigano e non hanno alcun interesse l'una per l'altra non accetteranno di impegnarsi in un discorso comune e costruttivo. In questi casi è adatta la cosiddetta mediazione pendolo (dall'inglese *shuttle-mediation*). La mediazione *shuttle* o *caucusing* consiste in sessioni di mediazione individuali, tenute con i singoli partner: l'immagine della 'navetta' che si sposta da un luogo a un altro descrive in modo plastico questa peculiare strategia. In questa forma di mediazione i colloqui e le trattative con le parti si svolgono separati. Il mediatore si muove tra le due stanze ove si trovano le parti e promuove una comunicazione appropriata alla situazione e costruttiva rispettivamente assume l'onere di trasmissione delle offerte di transazione. La forza di questo metodo risiede nel fatto che le parti, nel quadro dei loro colloqui individuali con il mediatore, possono parlare liberamente di temi confidenziali e riflettere bene sulle loro offerte. Dato che manca un confronto diretto tra le parti, si evitano comportamenti reattivi e la problematica legata all'immagine (rischio di screditarsi / di perdere la faccia). Il modello della mediazione shuttle può essere impiegato anche a fasi, dunque non per tutta la durata della mediazione, ma solo per una fase di stallo, che può essere così più facilmente superata.

Partecipazione dei rappresentanti legali

La questione legata alla necessità della presenza dei rappresentanti legali nella procedura di mediazione va discussa nel quadro della preparazione della procedura di mediazione. In generale si può dire che proprio in casi complessi a livello tecnico-giuridico è sensato che le parti siano rappresentate legalmente. Gli avvocati possono spiegare la mediazione e favorirla, mostrando i rischi procedurali; essi possono inoltre occuparsi di compiti puntuali quali il controllo giuridico, la formulazione dell'accordo e il controllo della correttezza.



La ricerca di un mediatore

Il Codice di procedura civile svizzero non prescrive determinate qualificazioni professionali per i mediatori. Le associazioni professionali assicurano attraverso standard di qualità, regole associative e con l'accreditazione dei loro membri che il mediatore disponga di una solida formazione di mediatore, agisca conformemente alle regole del mestiere e si perfezioni continuamente. Le maggiori associazioni in ambito della mediazione commerciale sul territorio svizzero sono le seguenti: Coordinazione Mediazione Svizzera (www.mediationschweiz.ch); Associazione svizzera degli avvocati (www.swisslawyers.ch); Camera svizzera per la mediazione commerciale (www.skwm.ch).

Potenzialità della mediazione e considerazioni finali

In conclusione si può affermare che la mediazione è un'alternativa interessante alla procedura giudiziaria ordinaria. I vantaggi della mediazione rispetto a una procedura giudiziaria sono legati principalmente al diritto di autodeterminazione delle parti. Davanti al tribunale le parti perdono il loro influsso sulla soluzione del conflitto, sui costi e sull'avanzamento temporale della procedura. Tutto ciò, infatti, risiede nell'ambito di competenza del giudice. La sentenza emanata da un terzo, giudice o arbitro, deve essere accettata dalle parti come tale. Al contrario, nel quadro della mediazione le parti hanno influsso sui fattori più importanti, come tempo e costi così come la ricerca della soluzione. Anche considerando l'effettività e il risparmio di risorse la mediazione, nell'ambito commerciale, rappresenta un'efficace alternativa alla procedura giudiziaria. Accanto a procedure di mediazione extra-processuali, la mediazione può e dovrebbe essere sempre più utilizzata anche nell'ambito di procedure giudiziarie già promosse, al fine di risolvere il litigio in maniera efficiente.

*Rechtsanwältin, LL.M
Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Mediatorin SAV/DAA
Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte AG, Luzern
barbara.klett@krlaw.ch - www.krlaw.ch