

La mediazione in materia civile e commerciale

Alternativa di risoluzione delle controversie

La mediazione è un modo di risolvere i conflitti in via bonale, con cui due o più parti chiedono ad un terzo, il mediatore, di aiutarle a trovare un accordo per porre fine alle loro controversie, oppure per prevenire un conflitto futuro. Rispetto al litigio il mediatore è neutro. Egli è inoltre indipendente dalle parti. Con la mediazione, il mediatore favorisce lo scambio di punti di vista e tenta di condurre le parti verso soluzioni accettabili per ognuna di loro. Al contrario dell'esperto, il mediatore non dà il suo parere; al contrario del conciliatore non formula proposte e, a differenza di un arbitro, non dirige la controversia. Sempre più sovente controversie nell'ambito commerciale e civile sono risolte sia a livello nazionale che internazionale attraverso un processo di mediazione. Questa tendenza è attestata dall'introduzione di normative riguardante la mediazione in diversi stati europei come Italia, Francia, Inghilterra, Austria, Belgio. Anche diverse istituzioni internazionali quali la Camera di Commercio Internazionale di Parigi (CCI) e dall'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale (OMPI) hanno rilasciato le regole di mediazione.

Cosa è la mediazione?

Da tempo conosciuta negli Stati Uniti ed in Inghilterra, la mediazione (*mediation*) sta diffondendosi a pieno titolo anche nella realtà sociale ed economica dell'europa continentale.

Proprio in caso di complesse controversie commerciali si ricorre sempre più spesso a questi modi alternativi in cui le parti, pur desiderando risolvere la controversia, vogliono anche fare il possibile per mantenere le loro relazioni commerciali, oppure in caso di controversie molto complesse in cui la mediazione può proporre soluzioni alternative a problemi spesso molto delicati proponendo risposte nuove che possono anda-

re al di là delle competenze di un Tribunale.

La mediazione è una procedura che mira a risolvere i conflitti grazie all'intervento di una terza persona imparziale, professionale ed esperta: il mediatore. La faticosa opera del mediatore facilita il dialogo tra le parti, agevola la discussione pacifica e costruttiva sull'oggetto del conflitto, consente di individuare e vagliare tutte le molteplici e possibili soluzioni del problema. Grazie alla mediazione le parti possono giungere alla conclusione di un accordo che sia quanto più vantaggioso per entrambe. Il tutto discretamente e senza il clamore, i costi ed i rischi che normalmente comporta una formale azione giudiziaria.

I vantaggi della mediazione

- In una procedura giudiziaria o arbitrale la soluzione della controversia è imposta dal giudice, rispettivamente dall'arbitro, e rimane nei limiti fissati dalle parti. La mediazione consente di individuare e vagliare tutte le molteplici e possibili soluzioni del problema. Nella mediazione le parti sono libere di risolvere il conflitto a modo loro, con una soluzione condivisa.
- La mediazione è rapida e può iniziare nel giro di pochi giorni. Di solito una o due riunioni sono sufficienti per trovare un accordo o per stabilire che la controversia non è risolvibile con la mediazione.
- Grazie alla sua rapidità e alla sua efficacia, i costi della mediazione sono inferiori ai costi e ai rischi che normalmente comporta una formale azione giudiziaria o arbitrale.
- Le parti hanno la possibilità di elaborare soluzioni creative e anche atipiche e dunque, di giungere alla conclusione di un accordo che sia vantaggioso per entrambe (*win-win solutions*).
- La procedura di mediazione mira alla ricerca di ogni margine possibile di conciliazione degli

interessi comuni delle parti in conflitto. Mirando a soluzioni efficaci e durature, la mediazione permette di mantenere intatte le relazioni d'affari. I vantaggi della mediazione sono dunque evidenti sotto ogni profilo. La mediazione è conveniente perché è efficace in ogni situazione di conflitto. È la via migliore per evitare la distruzione del rapporto tra le parti, che invece è l'effetto inevitabile del ricorso alle azioni giudiziarie. Costa generalmente meno di una procedura giudiziaria e si conclude in qualche ora o, al massimo, in qualche giorno, e lascia nei contendenti - in caso di esito positivo - un profondo senso di soddisfazione.

Gli obiettivi della mediazione

La mediazione ha come obiettivo il miglioramento della posizione di ciascuna parte e lo sviluppo della collaborazione tra loro. Il mediatore ricerca ogni margine di possibile conciliazione degli interessi comuni dei litiganti, facendo ricorso anche a soluzioni creative ed atipiche. In un clima di collaborazione, i partecipanti alla mediazione sono garantiti dalla riservatezza del procedimento, che si svolge in modo strettamente privato e confidenziale. Infatti, nessun dato riguardante la partecipazione alla mediazione sarà mai reso pubblico, neanche in caso che la procedura fallisca.

La mediazione è dunque indicata nei casi in cui le parti possono approfittare dei vantaggi descritti sopra. In particolare nei casi in cui le parti intrattengono rapporti regolari o quando i loro interessi commerciali sono meglio salvaguardati da un accordo piuttosto che da una lunga procedura giudiziaria. In genere la mediazione è ancora più indicata se il conflitto è complesso o emozionale e alla presenza di più parti coinvolte. Proprio nell'ambito commerciale le parti sono spesso legate da contratti o accordi commerciali

di
Barbara
Klett*

*Avvocato, LL.M
(diritto europeo)
Partner nello
studio legale
e notarile
Kaufmann Rüedi
Rechtsanwälte,
Lucerna
www.krlaw.ch

comuni e hanno dunque interesse a instaurare una collaborazione duratura (per esempio contratti franchising, di licenza, di vendita esclusiva, oppure nell'ambito della costruzione o del vicinato). In questi casi la mediazione è particolarmente efficace.

Il procedimento

Le parti sono libere di convenire, con il mediatore e facendo riferimento ad un insieme di regole o ad altre modalità, il modo con cui la mediazione sarà condotta. Il mediatore conduce il procedimento nel modo che ritiene appropriato, tenendo in considerazione le circostanze del caso particolare e un eventuale squilibrio dei rapporti di forza tra le parti, la legge applicabile, i desideri espressi dalle parti e la necessità di una rapida conclusione della controversia.

L'imparzialità del procedimento

Il mediatore si assicura che tutte le parti abbiano la possibilità di partecipare effettivamente al procedimento. Se necessario, il mediatore può interrompere la mediazione se l'accordo che sta per essere concluso gli sembra impossibile da eseguire o illegale, tenuto conto delle circostanze della fattispecie e della competenza del mediatore di giudicare la questione o se ritiene poco probabile che il proseguimento della mediazione permetta di giungere ad un accordo.

La fine della procedura

Il mediatore prende le misure necessarie per assicurarsi che tutte le parti accettino l'accordo concluso con cognizione di causa e che ne comprendano i termini. Le parti possono in ogni momento ritirarsi dalla mediazione senza fornire alcuna spiegazione. I modi alternativi di risoluzione delle controversie, come ad esempio la mediazione, consentono dunque alle parti di riallacciare un dialogo per trovare una soluzione vera e duratura al loro conflitto, anziché rinchiudersi in una logica di scontro da cui di solito escono un vincitore e un vinto.

L'interesse dell'Unione europea

La Commissione europea ha pubblicato nell'aprile 2002 un documento di discussione sui modi alternativi di risoluzione delle controversie. Nel luglio 2004 è stata lanciata l'idea di un codice di condotta dei mediatori, approvato e adottato da numerosi esperti, e nell'ottobre 2004 la Commissione ha adottato e presentato al Parlamento europeo e al Consiglio europeo un progetto quadro di direttiva sulla mediazione civile e commerciale. Nel marzo di quest'anno il Parlamento europeo ha adottato in una prima lettura il testo della direttiva, che ritorna alla Commissione per un'ulteriore elaborazione. Il codice di condotta e il progetto quadro di direttiva sulla mediazione si inseriscono nel contesto dei lavori in corso nel-

l'ambito della Comunità europea per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per garantire un migliore accesso alla giustizia. La Commissione ritiene che incoraggiare la mediazione e altri modi alternativi di risoluzione delle controversie favorisca la loro soluzione e contribuisca a ridurre le preoccupazioni, il tempo e i costi di un giudizio aiutando concretamente i cittadini a far valere i propri diritti.

Il processo di codificazione in Svizzera

Anche in Svizzera la mediazione ha destato l'interesse del legislatore. Il Cantone di Ginevra ha agito da pioniere introducendo già nel 2004 nel codice di procedura cantonale la mediazione quale alternativa e complemento della classica procedura giudiziaria e regolando il riconoscimento del mediatore. A livello federale il progetto Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) attualmente in discussione in Parlamento contiene le basi essenziali per permettere l'inserimento la mediazione nel sistema giudiziario classico.

Nel frattempo enti privati hanno provveduto a regolare gli standard di qualità dei mediatori e formulare norme di deontologia (Associazione degli avvocati svizzeri www.sav.ch; Camera svizzera della mediazione commerciale www.csmc.ch).

barbara.klett@krlaw.ch



ABB Schweiz AG
Brown Boveri Strasse 6 - 5400 Baden (AG)