

Jean A. MIRIMANOFF e Francine COURVOISIER

F.A.Q. - MEDIAZIONE

Ginevra 2014

Slatkine

Testo disponibile in tedesco, francese, inglese, italiano, spagnolo e russo

© *Riproduzione autorizzata menzionando la fonte*

[Digitare qui]

[Digitare qui]

Messaggio del Presidente del Consiglio di Stato e della Repubblica del Canton Ginevra.

(Traduzione libera dal testo originale francese)

Il conflitto fa parte della vita e – nelle sue diverse manifestazioni – può essere vettore sia di insuccessi che di progressi. Tutto dipende dalla visione personale, dall'uso che ne viene fatto e dunque dalla gestione stessa del conflitto.

La mediazione può essere vista come una scommessa, nella quale ciascuna delle parti di un conflitto offre risorse e competenze sufficienti per trovare - con l'aiuto di una terza persona, il mediatore o difensore civico - una soluzione al conflitto che sia vantaggiosa per tutte le parti in causa. Naturalmente la mediazione non si sostituisce ad alcun procedimento statale, ma può essere integrata e facilitarne la soluzione.

Per il successo della mediazione, è prioritario che tutti i partecipanti al suo svolgimento ricoprano un ruolo attivo e ne escano vincitori: I terzi devono favorire la ripresa del dialogo e la ricerca di un interesse comune; i legali devono assistere i loro clienti nella ricerca di soluzioni costruttive e definitive; e soprattutto le parti che, da avversari, devono diventare partner nel procedimento.

Affinché possa costituire un complemento essenziale agli strumenti giudiziari e arbitrali di risoluzione delle controversie, la mediazione deve essere accessibile a tutta la popolazione, a privati e aziende, nazionali ed estere. Per questo è importante che sia conosciuta meglio dal grande pubblico. Sulla base della nostra Costituzione ginevrina e sul diritto cantonale e federale di Ginevra, lo Stato incoraggia modelli di risoluzioni extragiudiziali. Questo è il motivo per cui la Repubblica e il Cantone di Ginevra promuovono la mediazione e sostengono questa brochure.

La pubblicazione "F.A.Q." - MEDIAZIONE ha come primo obiettivo quello di informare il pubblico su questa modalità di risoluzione delle controversie. Risponde alle domande più frequenti che i possibili utenti potrebbero porsi qualora decidessero di prendere in considerazione una sua possibile applicazione per una particolare controversia. Questa guida è ora disponibile nel nostro Cantone in sei lingue: francese, inglese, italiano, tedesco, spagnolo e russo, in versione cartacea o sul sito internet della Repubblica e Cantone di Ginevra.

François LONGCHAMP
Presidente del Consiglio di Stato

F.A.Q. - MEDIAZIONE

1. Cos'è la mediazione ?
2. Quali sono i vantaggi della mediazione?
3. Quando la mediazione si rivela conveniente?
4. Quando la mediazione si rivela sconveniente?
5. Quali sono le garanzie che la mediazione offre alle parti?
6. Qual è il ruolo del mediatore?
7. L'avvocato: il suo ruolo? Il suo interesse?
8. Quale procedura? Quali tappe? Quale durata?
9. Qual è il costo della mediazione? Quali sono i vantaggi economici?
L'assistenza giuridica la rimborsa?
10. Come inizia la mediazione: Quando? Chi? Con chi?

Allegati:

I. Modello di clausola di mediazione

II. Altre fonti

1. Cos'è la mediazione?

Innanzitutto uno stato d'animo. Una maniera alternativa di essere e di comportarsi di fronte al conflitto. Nelle relazioni umane i conflitti sono inevitabili: è tanto normale andare d'accordo quanto litigare.

Di per sé i conflitti non sono pericolosi¹: tutto dipende dall'utilizzo che ne facciamo. Il conflitto non è una fatalità, ma può diventare una fonte di trasformazione, di arricchimento, di esperienza e di scoperta tanto di sé stesso quanto dell'altro. Se d'istinto rispondiamo al conflitto con la forza, la fuga o la sottomissione, la mediazione ci insegna ad affrontarlo *privilegiando il dialogo*.

Lo spirito di mediazione si basa sul credo nella capacità delle persone di trovare in sé stesse le forze e le risorse sufficienti per uscire da una situazione conflittuale. Tuttavia, di fronte a certe ostilità, le persone si trovano incapaci di gestirle. La mediazione parte dal principio che la presenza di terzi - indipendenti e senza potere sull'oggetto del *conflitto* - può aiutare queste persone a rinnovare il dialogo e se del caso, permettere loro di trovare una soluzione ai problemi che li oppongono.

La mediazione richiede la collaborazione attiva delle persone in mediazione (i *medianti*) favorendo così la loro capacità all'autodeterminazione. Invitando i partecipanti a trovare loro stessi delle soluzioni accettabili, la mediazione costituisce un fattore di responsabilizzazione. Sono quindi le parti stesse ad assumersi le responsabilità per le soluzioni adottate. Il rispetto delle loro scelte, nei limiti del diritto imperativo e dell'ordine pubblico, costituisce un elemento essenziale della mediazione.

Più tecnicamente, la mediazione si presenta come un *processo volontario e strutturato per il quale un terzo* - imparziale (multi parziale), indipendente e neutro - *facilita la comunicazione tra le parti in conflitto, ciò che in confidenzialità conferisce a quest'ultimi la possibilità e responsabilità di ricercare indipendentemente e liberamente la propria soluzione basata sui propri interessi*.

La mediazione ha perciò come obiettivo principale quello di ristabilire o migliorare il dialogo tra le parti in conflitto, invitandole a diventare *partner* del procedimento. Questo obiettivo la situa diversamente rispetto ai metodi di risoluzione dei conflitti, poiché agisce su un altro piano, in un altro contesto e con altri obiettivi rispetto alle procedure giudiziarie o arbitrali. In questi ultimi due metodi è il diritto, oltre ai fatti, a giocare un ruolo preponderante: e ciò tanto sullo *sviluppo* (diritto procedurale) quanto sulla *soluzione* (diritto di fondo), allorché la mediazione si interessa invece principalmente alle persone².

In caso di problemi o di conflitti, la mediazione può aver luogo già al di fuori del contesto giudiziario o arbitrale: è la *mediazione non giudiziaria*. La mediazione resta anche possibile durante una procedura già avviata: è la *mediazione giudiziaria*. Nei due casi, in Svizzera, l'organizzazione e lo sviluppo della mediazione restano compito delle parti. Per lo meno in ambito civile.

La mediazione appartiene alla *giustizia amichevole e partecipativa*, cioè a quella che permette alle persone, alle imprese e alla collettività di elaborare *loro* stesse delle soluzioni ai loro problemi. Inversamente, la procedura statale (i tribunali) e quella privata (l'arbitrato)

¹ Bisogna dunque ben distinguere il conflitto dalla sua manifestazione (la violenza, la guerra, ecc., o positivamente una plusvalenza che sorge da una negoziazione o da una mediazione).

² Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011

appartengono alla *giustizia* imposta, cioè quella nella quale un terzo – giudice o arbitro – prende *lui* stesso una decisione, che sarà resa esecutiva per le parti.

Infine, in alcuni casi la legge prevede l'utilizzo del procedimento dettato dallo stato. Ciò avviene ad esempio per il divorzio. Nonostante ciò, nulla impedisce ai coniugi/genitori di cercare in parallelo una soluzione duratura attraverso la mediazione. Quest'ultima dovrà poi essere sottoposta all'approvazione del giudice incaricato dell'incanto.

Dal momento in cui si passa dalla mediazione al processo, si può considerare che gli accordi di mediazione - che rispettano i limiti imposti dal diritto imperativo e dall'ordine pubblico - traducano il passaggio dal diritto imposto al diritto negoziato.

Ma noi, come cittadini o imprenditori, possiamo scegliere tra questi metodi? Chi può aiutarci?

Davanti alla malattia, ogni paziente ha il diritto di conoscere i mezzi per curarla o per attenuare i suoi effetti. Il medico ha il dovere d'informarlo sui vantaggi e gli inconvenienti dei diversi metodi a disposizione e di consigliarlo. La scelta finale appartiene però al paziente, che deve poter scegliere in maniera libera e lucida.

Allo stesso modo, davanti al conflitto, ogni persona – fisica o giuridica – ha il diritto di conoscere i metodi esistenti per risolverlo. L'uomo di legge ha il dovere di informare sui vantaggi e sugli inconvenienti dei differenti mezzi a disposizione, e di consigliare la persona. La scelta finale appartiene però alle parti in conflitto, che devono poter scegliere in modo libero e cosciente.

In entrambi i casi né i pazienti, né le parti in conflitto devono sentirsi vincolati da quanto espresso dallo specialista. Ad essi appartiene la libertà e la responsabilità della scelta, come dovrebbe avvenire nella maggior parte delle situazioni che si presentano all'interno della nostra società democratica. Non si può privare le persone di questo diritto.

Vedremo alla domanda 6 qual è il ruolo del mediatore e ciò che non gli compete e alla domanda 10 chi può consigliare le parti in causa.

Tra le molte definizioni della mediazione, riteniamo la seguente:

Processo di creazione e riparazione dei legami sociali e di regolamentazione dei conflitti... nel quale una terza persona, imparziale (neutra) e indipendente tenta, attraverso l'organizzazione di scambi ⁽¹⁾ tra le persone o le istituzioni, di contribuire ad aiutare le parti a migliorare la loro relazione o a risolvere il conflitto tra di loro ⁽²⁾.

Abbiamo aggiunto il principio di neutralità, tanto importante quanto incompreso, che contribuisce a distinguere la mediazione dalla conciliazione: rappresenta un *dovere di astensione* a esprimere un parere, un'opinione, un consiglio, impedendo al mediatore di farne un caso personale.

¹ Pianificare scambi nell'ottica di fare emergere gli interessi delle parti.

² Cf. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Renforcer la Médiation familiale », in : Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *Médiation et Jeunesse, Mineurs et Médiations Familiales, Scolaires et Pénales en pays francophones*, 1^{ère} partie, chap. 7, note 10.

2. Quali sono i vantaggi della mediazione?

La mediazione presenta numerosi vantaggi se paragonata ai modi tradizionali di risoluzione dei conflitti (la procedura giudiziaria e l'arbitrato): in primis è *più rapida, meno costosa e più costruttiva*. Secondariamente è spesso concepita per essere più continuativa: *le sue soluzioni si rivelano essere più durevoli* rispetto a una sentenza arbitrale che si limita a regolare una situazione passata.

La mediazione è rapida perché può essere iniziata nel giro di qualche giorno. Sovente una o due sedute bastano per trovare una soluzione (o per giungere alla conclusione che la mediazione è inadatta o prematura). Grazie alla sua rapidità ed efficacia, il costo di una mediazione non rappresenta che una frazione del costo di una procedura giudiziaria o d'arbitrato.

La mediazione permette alle parti (i medianti o mediati) di regolare i conflitti nella loro globalità, cioè toccando tutti i loro aspetti, comprese le emozioni, preoccupazioni, bisogni, valori e interessi (la parte sommersa dell'iceberg), che generalmente non sono presi in considerazione sia nella procedura civile che nell'arbitrato. Le procedure tradizionali si limitano all'esame dei fatti asseriti e provati, e non possono essere separate dalle conclusioni delle parti (la parte in emergente dell'iceberg). Nel suo sviluppo (la procedura) come nella costruzione della sua soluzione (il contenuto dell'accordo), la mediazione si manifesta come un metodo su misura per le parti.

La mediazione è un metodo win-win: può aiutare le parti a ristabilire o ricostruire i legami sociali, o a risolvere il litigio in modo più adatto rispetto al confronto giudiziario o arbitrale, dove vi è un vincitore e un perdente e dove si manifestano diversi rischi che possono sorgere anche a seguito dei ricorsi possibili. In qualità di giustizia partecipativa, la mediazione arriva a una soluzione che si rivela normalmente più duratura nel tempo rispetto a un giudizio o a una sentenza emanati dalla giustizia imposta.

La mediazione ha come obiettivo di permettere alle parti di ritrovare il dialogo. Per le persone o le imprese che in futuro dovranno ancora cooperare o avere dei legami, la ripresa degli scambi in un clima più disteso permetterà di evitare eventuali problemi futuri e di tutelare non solamente i *medianti* (i protagonisti della mediazione), ma ugualmente i terzi. Pensiamo ad esempio, a dei genitori che in seguito a un divorzio devono collaborare per l'educazione dei loro figli e che riescono a trovare delle soluzioni senza che i loro figli siano coinvolti nel conflitto; situazione che purtroppo spesso si verifica quando il dialogo tra i genitori si è interrotto.

Le parti restano libere di trovare una soluzione conveniente per entrambi, senza essere vincolate da quanto formulato durante il procedimento, in quanto la mediazione le invita al conseguimento dei loro interessi, che possono distinguersi dalle loro posizioni iniziali. Permette ai medianti di elaborare la loro propria definizione di giustizia, prendendo in considerazione degli elementi che non sarebbero stati presi in considerazione dalle procedure giudiziarie o arbitrali. Privilegia il senso dell'equità e della ricerca delle soluzioni accettabili e quindi durevoli per tutte le parti in causa.

La mediazione offre la possibilità di sperimentare le opzioni, di verificarne la fattibilità e fondamento prima di adottarle definitivamente, grazie a degli "accordi-test" provvisori.

I partecipanti alla mediazione sono dei soggetti attivi. Si assumono la responsabilità degli accordi sottoscritti e li rispettano più volentieri. Quando il diritto impone, come nell'ambito del divorzio, la ratifica da parte del giudice degli accordi di mediazione, si constata che quest'ultimi poi sono soggetti a molte meno modifiche.

Per di più, dal loro apprendimento o re-apprendimento della negoziazione durante il processo di mediazione, le parti sapranno meglio gestire le loro divergenze future e adattarsi di conseguenza ai cambiamenti ineluttabili che dovranno affrontare senza che sia loro necessario ricorrere alla via giudiziaria.

Infine, alcuni studi mostrano che la mediazione presenta un indice elevato di accordi che soddisfano entrambi le parti, in particolare da un punto di vista psicologico, ciò che si spiega tenendo conto che gli accordi sono il prodotto delle parti stesse. Il suo tasso di successo è elevato (da 60 a 80% nei paesi che lo praticano), in particolare in ambito commerciale.

Così la mediazione ha un triplo effetto pacificatore: prevenire il conflitto, risolverlo e evitare ulteriori ripercussioni o conseguenze

3. Quando la mediazione si rivela conveniente?

La mediazione si rivela appropriata nei seguenti casi:

- Le persone in conflitto sono d'accordo di intraprendere un processo di mediazione.
- Le parti in causa hanno delle relazioni durevoli (per es. si tratta di situazioni familiari, relazioni sul lavoro, vicinato) o di diritto (per es.: conflitti familiari, di locazione, di comproprietà, di costruzione, contratti d'associazione, di proprietà intellettuali e altri contratti commerciali).
- Il processo non regolerebbe che una parte della controversia.
- Il conflitto contiene una componente emotiva importante.
- In ragione degli interessi economici convergenti o complementari, le parti hanno un vantaggio a cooperare o a delimitare le loro rispettive attività.
- Il conflitto ne nasconde un altro.
- Gli interessi delle parti sono meglio preservati attraverso un rapido accordo che tramite una lunga procedura giudiziaria o arbitrale; il costo della durata del processo non sono proporzionati al valore di causa.
- I problemi sono estremamente complessi. Concernono più richieste o più persone o entità (corresponsabilità, assicurazione, un'altra società appartenente a un gruppo, associato, licenziatario, etc.).
- Il conflitto riguarda più Paesi.
- Si considerano delle differenze di cultura o di lingua.
- Le parti desiderano evitare la pubblicità che comporterebbe una procedura giudiziaria.

Su un piano giuridico, la mediazione può essere applicata a tutti gli ambiti del diritto civile e commerciale; si può ricorrervi al di fuori dei processi (mediazione convenzionale) o in caso di processo (a tutti gli stadi della procedura, che viene sospesa). La mediazione si rivela particolarmente adeguata negli ambiti seguenti:

- A. Nell'ambito familiare: separazioni, divorzi, successioni (prevenzione e risoluzione dei problemi), conflitti intergenerazionali, conflitti tra fratelli, protezione dei minori.
- B. Nell'ambito commerciale: relazioni inter-imprese o intra-imprese.
- C. Nell'ambito immobiliare: al momento di una costruzione o di una promozione, in caso di affitto commerciale, in seno a una comproprietà, di una proprietà per piani o di una cooperativa abitativa.
- D. Nelle relazioni di lavoro: conflitti tra colleghi, con il proprio superiore o con i propri subordinati,
- E. In materia di proprietà intellettuale, dei contratti di franchising, di agenzia, di rappresentanza,
- F. O ancora: nei conflitti di vicinato (per es. tra locatari o proprietari di case), in occasione di manifestazioni sportive, nell'ambito scolastico, ecc.

Nell'ambito del diritto penale, come in quello amministrativo, la mediazione è possibile a certe condizioni.

[Digitare qui]

[Digitare qui]

4. Quando la mediazione si rivela sconveniente?

Può essere sconveniente ricorrere alla mediazione in un certo numero di casi in cui potremmo avere dei buoni motivi per respingerla (A) e nei casi dove potrebbe venir considerata come un pretesto per eludere il processo (B).

A. Ci sono buone ragioni per non ricorrere alla mediazione nelle seguenti situazioni:

- Quando esiste la necessità di creare un precedente in giurisprudenza;
- Quando esiste la possibilità di giungere a una decisione giudiziaria o a una sentenza arbitrale in modo rapido o a dei costi limitati;
- Quando ci sono dei costi minimi nella procedura giudiziaria in quanto il valore di causa è basso;
- Quando vi è la necessità per la parte più debole di essere tutelata dalla legge (locatario, lavoratore, consumatore);
- Quando vi sono gravi squilibri nel rapporto di forza delle parti;
- Quando vi è un abuso delle procedure da parte di una delle parti (malafede appurata);
- In caso di violenza domestica dimostrata o ricorrente;
- Nel caso di incapacità di discernimento di una delle parti.

B. Le critiche più frequenti mosse al sistema di mediazione sono:

- *“La mediazione è un segno di debolezza, perché non si focalizza solo su una singola posizione”.* Tuttavia, la mediazione permette di non mettere in primo piano solo l’oggetto del litigio (le posizioni), ma di tener conto delle circostanze (personali, psicologiche, sociali, ecc.), e del futuro, permettendo di ricercare e concentrarsi su interessi comuni. Questo argomento perde forza qualora la mediazione fosse raccomandata da terzi o prescritta dalle autorità.
- *“E’ troppo presto (o troppo tardi) per tentare una mediazione”.* Tuttavia, la mediazione può essere efficace sia quando il conflitto non è ancora esploso, sia quando le parti sono esauste a causa del loro confronto.
- *“L’altra parte è in malafede perché è in disaccordo con me”.* Tuttavia, la mediazione permette alle parti di comprendere che le loro divergenze sono comprensibili, e che la differenza di posizione non significa necessariamente che l’altra parte sia in mala fede.
- *“Le parti hanno già negoziato senza successo e un mediatore non cambierebbe l’esito”.* Tuttavia la negoziazione fallisce proprio perché le parti si confrontano sulle loro posizioni; ed è proprio a questo punto che sarebbe utile rivolgersi alla mediazione; la negoziazione facilitata da una terza presenza riesce a riportare il focus sui reali interessi.

- “Non avrebbe senso in quanto le parti hanno interrotto il dialogo o si detestano”. Tuttavia, spesso questo argomento è frutto di una non-conoscenza della mediazione. La mediazione, favorendo l'espressione delle emozioni, permette alle parti di ricercare nuovamente degli interessi comuni.

5. Quali sono le garanzie che la mediazione offre alle parti?

Le garanzie per le parti sono di tre tipi:

- Garanzia nella scelta del mediatore (A)
- Professionalità nello svolgimento del processo (B)
- Rispetto delle regole deontologiche (C)

A. Il mediatore ufficialmente assegnato dalle autorità (o accreditato da un'associazione mantello) offre tutte le garanzie di qualità professionale ed etica del caso.

Il nominativo viene scelto all'interno degli elenchi ufficiali degli organi preposti (vedi Q # 10 C) che certificano che siano soddisfatte le condizioni previste dalla legge o dagli elenchi delle organizzazioni mantello che ne garantiscono l'accreditamento solo ai loro membri (FSM-SDM, MHCC SKWM; FSA / SAV).

B. Lo svolgimento ottimale del processo si regge su diversi principi fondamentali e pressoché universali:

- *Umanità*: il cuore della mediazione è la persona umana. L'obiettivo è quello di ristabilire un dialogo che possa minimizzare gli effetti negativi di un conflitto.
- *Multi parzialità ed empatia del mediatore*: il mediatore è neutro rispetto al conflitto ed indipendente dalle parti; assicura un'ottima conduzione del processo.
- *Libertà e autonomia*: le parti sono libere di accettare o rifiutare il procedimento e di concluderlo in ogni momento che ritengono opportuno; il mediatore è libero di iniziare, continuare, sospendere o porre fine al processo, se necessario;
- *Responsabilità*: durante il processo le parti hanno il dovere di comportarsi secondo la buona fede, in modo corretto, trasparente e di rispettare l'obbligo alla riservatezza; sono loro ad essere responsabili dell'esito. Il mediatore è responsabile della conduzione del procedimento; deve assicurarsi che le parti abbiano ben compreso le dinamiche del procedimento, così come i ruoli che ricoprono nella controversia e deve verificare che le parti diano un consenso libero e circostanziato all'accordo finale. Qualora fosse necessario il mediatore consiglierà il parere di un legale. Il mediatore ha l'obbligo di porre fine al procedimento qualora ritenga che la risoluzione auspicata della controversia sia irrealizzabile o contraria alla legge;
- *Indipendenza*: il mediatore è indipendente dalle parti. Egli ha l'obbligo di rivelare alle parti ev. circostanze che in modo soggettivo o oggettivo possono compromettere la sua indipendenza;
- *Neutralità*: Il mediatore deve astenersi da prendere parte attiva nella controversia e dall'esprimere giudizi sul contenuto della contesa;
- *Umiltà e assenza di potere*: il mediatore non ha alcun potere decisionale;

- *Confidenzialità*: le parti e il mediatore si asterranno dal rivelare a terzi eventuali dichiarazioni, pareri o proposte avanzate durante il procedimento, o produrre in altri procedimenti dei documenti che vi si riferiscano. Le parti si impegnano a non citare il mediatore come testimone.
Il mediatore deve tenere sotto riserbo l'esistenza del processo e i nomi delle parti. Tuttavia, in situazioni particolari si possono considerare delle eccezioni (mediazione nell'ambito scolastico o scoperta di un reato penale durante una mediazione).
- C. Questi principi si riflettono nei codici di condotta dei mediatori, come quello dei mediatori europei, in alcune leggi nazionali e atti normativi non vincolanti del Consiglio d'Europa o dell'Unione europea o di altre organizzazioni non governative e governative (CCI / ICC; OMPI / WIPO, UNCTAD / UNCTAD, etc.). Il mediatore che ha giurato e non rispetta tali principi esposti precedentemente, incapperà in sanzioni che potrebbero portare anche alla sua radiazione dall'albo.

6. Qual è il ruolo del mediatore?

- A. Come primo passo deve assicurarsi che le parti abbiano scelto liberamente di partecipare al processo di mediazione e che siano a conoscenza dei dettagli della causa. Il primo ruolo del mediatore consiste nell'aiutare le parti a intraprendere una negoziazione costruttiva. Il mediatore favorisce lo scambio di punti di vista che alimentano il conflitto e che vedono le parti in contrapposizione. Identifica eventuali ostacoli nella comunicazione e li risolve avvalendosi di tecniche mirate. Crea un'atmosfera di rispetto reciproco dove le parti possono sentirsi a loro agio per intraprendere un dialogo costruttivo. Le aiuta a sviluppare le proprie argomentazioni per la causa comune, verso soluzioni accettabili per ognuna di loro.

Il mediatore ricorre a diversi strumenti specifici: ascolto attivo (verbale, para-verbale e non verbale), riformulazione, sintesi e negoziazione ragionata. Quest'ultimo metodo si avvale di quanto elaborato da Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton, professori presso l'Università di Harvard, secondo i quali i negoziatori si concentrano sugli interessi comuni alle parti, e non sulle loro rispettive singole posizioni, partendo dal presupposto che le rivendicazioni, al contrario dei bisogni, sono raramente conciliabili. L'obiettivo è quello di raggiungere degli accordi razionali fondati su criteri obiettivi.

Nell'ottica della mediazione, il mediatore applica le tecniche di negoziazione ragionata per aiutare le parti a negoziare insieme le diverse opzioni in discussione. Si assicura il rispetto della dignità delle persone coinvolte, mantenendo separate le questioni personali dalla controversia, accompagnandole nell'immaginazione di soluzioni vantaggiose per entrambe.

- B. Il mediatore deve astenersi:

- dal dare la propria opinione da un punto di vista tecnico, contrariamente all'esperto;
- dal dare un consiglio o un'opinione legale, contrariamente al conciliatore;
- dallo svolgere indagini e formulare raccomandazioni alle parti o all'autorità, contrariamente all'ombudsman;

- dall’emettere una sentenza, contrariamente all’arbitro;
- dall’esprimere un giudizio, contrariamente al giudice.

C. La co-mediazione

In casi complessi, nel caso di un elevato numero di partecipanti, o su richiesta delle parti, la mediazione può avvalersi di due mediatori scelti o assegnati, ad esempio, un uomo e una donna, uno specialista e un generalista, un giurista e uno specialista (ingegnere o tecnico, etc.).

7. L’avvocato: il suo ruolo e il suo interesse?

A. Il suo ruolo

Il ruolo dell’avvocato si differenzia da quello del mediatore nello scontro giudiziario e sarà definito di comune accordo. Le parti determinano se il loro legale parteciperà a tutte le fasi della procedura di mediazione o solamente ad alcune di esse. Questo assume particolare importanza soprattutto in occasione della stesura dell'accordo finale. La presenza dell’avvocato si rende particolarmente opportuna in casi complessi o, più in generale, qualora dovesse porsi un delicato problema legale.

Prima della procedura

Un avvocato per evitare che i loro clienti entrino in conflitto, per aiutarli eventualmente a limitarlo (il conflitto è parte della vita) e per mantenere i rapporti con le persone più vicine e partner commerciali, nonostante un possibile contenzioso; si proporrà e consiglierà l’introduzione delle clausole di mediazione nel contratto (vedi allegato 1). Questa precauzione è particolarmente giustificata nei contratti o nei legami tra le parti di lunga durata.

Dal momento che il procedimento di mediazione prende avvio, è importante spiegarsi chiaramente con il cliente, sottolineare l’autonomia delle parti, le “regole del gioco”, la riservatezza dei dati e il rispetto reciproco, che, fa sì che nonostante le parti siano avversarie, sono parte dello stesso meccanismo di correttezza.

Durante la procedura

Il cliente è il protagonista del processo; il suo avvocato assumerà prevalentemente un ruolo di consigliere (o coach) e consulente, cercando di farsi capire dalle controparti. Egli interagirà con il collega al momento della redazione congiunta dell’accordo di mediazione.

Dopo la procedura

L’avvocato valuterà la necessità di fare omologare o meno l'accordo di mediazione, o di richiederne l’esecutività presso le autorità competenti.

Dopo la sentenza

A sentenza emessa, l'avvocato consultato valuterà se la mediazione sia ancora la procedura corretta da intraprendere, in particolare qualora non ritenga che la decisione rispetti e rispecchi i reali interessi delle parti.

Deontologia

Oltre alla questione del costo, l'interesse del cliente sarà l'argomento che spingerà l'avvocato a proporre il ricorso alla mediazione (vedi Q 3 e 4 di cui sopra). I codici deontologici della professione di avvocato volgono in questo ambito, sia che si tratti dei Codici di deontologia degli avvocati europei adottati dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei, che dei codici nazionali o regionali.

Non sottoscrivere questa procedura nei casi che vi si prestano o che lo richiedono (vedi Q # 3) potrebbe costituire una violazione dei doveri professionali, sia alla luce di questi codici, che stando al parere del Consiglio federale che prevede:

L'azione legale dovrebbe rappresentare l'ultima modalità per placare una situazione controversa. (...) L'accordo deve avere la priorità, non solamente in quanto a sgrava i tribunali, ma perché in generale le soluzioni transattive si rivelano più durevoli e di conseguenza meno costose, anche valutando il fatto che possono tener conto di elementi di cui un tribunale non può prendere in considerazione...

CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio relativo al codice di procedura civile svizzero (CPC) del 28 giugno 2006 (FF 2006 6841)

Il codice adottato dal Consiglio degli ordini europei recita:

L'avvocato deve sempre ricercare la soluzione ottimale della controversia. Una soluzione che tenga conto del valore complessivo della causa e, al momento opportuno, valutare con il cliente la reale possibilità di trovare un accordo o l'eventualità di ricorrere a delle modalità alternative per la sua risoluzione.

Art. 3.7.1. il Codice di deontologia degli avvocati europei adottato dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei aggiornato il 19.5.2006, cfr Mirimanoff Jean A. (ed.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011

B. Il suo interesse

Cynthia LEVY, « Les avantages de la médiation pour l'avocat », in : *Revue de l'Avocat*, novembre-décembre 2013

L'avvocato troverà, sia nell'esercizio della sua professione che nel rapporto con il cliente, molti vantaggi nel proporre la mediazione e a parteciparvi al suo fianco come consulente:

1. L'importanza del tasso di successo della mediazione. Le statistiche in Svizzera e all'estero coincidono e mostrano un tasso di successo di circa il 70% in materia civile e commerciale (*inchiesta FSM, risultati 2008, pubblicato in ottobre 2009*). Questo

[Digitare qui]

[Digitare qui]

dato rafforza la credibilità dell'avvocato e dello studio stesso che esercita la mediazione.

2. La redditività per lo studio. Gli onorari possono legittimamente prendere in considerazione il successo e la celerità nell'intervento e nel servizio del proprio avvocato; un alto tasso di successo rappresenta anche un fattore economico di plusvalore per lo studio legale stesso.
3. L'immagine dello studio. La mediazione può essere un nuovo segmento che rispecchia l'apertura, la creatività e la diversità dei servizi offerti dallo studio legale al suo cliente;
la preoccupazione primaria dello studio legale deve riflettere principalmente l'interesse di quest'ultimo.
4. La fidelizzazione dei clienti. I fattori citati qui sopra dovrebbero anche contribuire, tenendo conto della crescente concorrenza nel settore, alla fidelizzazione dei clienti.

8. Quale procedura? Quali tappe? Quale durata?

Non esiste una procedura universale, né per la mediazione in generale, né per la mediazione settoriale: familiare, lavorativa, immobiliare, ecc. Non è quindi sorprendente incontrare una varietà di approcci, metodi e tendenze diversificate.

Spesso si parla nelle formazioni in Svizzera e in altri paesi europei, di un modello denominato "la ruota di FIUTAK", dal nome del suo autore. Questo modello si compone, dopo una fase preliminare, di 4 fasi, seguite dall'accordo finale.

Preparazione preliminare: prima di sottoscrivere una mediazione, il mediatore, le parti e i loro consulenti si presentano, definiscono i loro obiettivi e aspettative, impostano le regole del procedimento, i tempi e le tappe obbligatorie.

Prima fase: cosa?

Questa fase permette alle parti di comunicare la loro percezione della realtà. A questo stadio, il ruolo del mediatore è quello di offrire ad ognuna delle parti un tempo di parola equilibrato e porre domande per chiarire la situazione.

Seconda fase: perché?

Questa fase permette di confrontarsi e comprendere la percezione della situazione reciproca e di definire i reali interessi. Le parti hanno occasione di esprimere liberamente le loro emozioni, sentimenti, valori, e esigenze.

Terza fase: se e come?

Questa fase permette alle parti di conoscere le varie possibilità senza pregiudizi. Offrire un numero importante di opzioni è sicuramente un valore aggiunto.

Quarta fase: come precisamente?

Questa fase permette alle parti di elaborare e applicare congiuntamente un piano d'azione mirato, scegliendo tra le diverse opzioni e raggiungendo infine un accordo duraturo. A questo stadio possono verificarsi delle discussioni su dettagli che non erano ancora emersi. Quando le parti saranno in grado di rispondere alle domande: "chi fa cosa, quando, dove e come?" e di chiarire le conseguenze che si verificherebbero nel caso in cui una parte violi quanto espresso nella convenzione di mediazione, quest'ultima è da considerarsi possibile e realizzabile.

Tra le prime due fasi e le seguenti due si situa una zona denominata – *determinante* – dove vengono espressi gli stati d'animo delle parti. Fiutak denomina tale zona "*punto di transizione della catarsi*".

Esecuzione dell'accordo: una volta raggiunto l'accordo definitivo, le parti possono accontentarsi di un accordo verbale o scritto, oppure possono accrescerne l'efficacia attraverso un titolo esecutivo o una omologazione in caso di mediazione giudiziaria. Tuttavia la ratifica della Corte è ancora necessaria in caso di separazione o divorzio.

L'intero procedimento può svolgersi in una o più sedute, con una durata da due a quattro ore, che possono comprendere tutti o parte dei passaggi, questo a dipendenza di quanto deciso dalle parti o dalle esigenze della mediazione.

Tra l'inizio e la fine del procedimento l'intervallo di tempo dovrebbe, di regola, non superare i due / tre mesi.

Per evitare intervalli di tempo troppo lunghi tra le sedute, le parti possono prevedere delle scadenze (termini oltre i quali la mediazione non continua se non rispettati). Tali termini temporali si possono ritrovare nei regolamenti della mediazione o in talune legislazioni nazionali.

Le mediazioni brevi (meno di un'ora o meno di una mezza giornata) sono, ad esempio: la mediazione tra vicini, seguita dalle mediazioni commerciali (in media un giorno intero o da due a quattro mezzeggiornate), le mediazioni familiari si svolgono in sessioni di circa due ore, ma distanziate per consentire alle parti di valutare le loro esperienze e meglio prepararsi a soluzioni sostenibili e durevoli. Le mediazioni scolastiche di solito si concludono in modo molto più veloce e informale.

9. Qual è il costo della mediazione? Quali sono i vantaggi economici?

L'assistenza giuridica la rimborsa?

A. Costo della mediazione

Le spese di mediazione sono costituite dagli onorari del mediatore e dalle spese sostenute. Le parti e il mediatore concordano inizialmente i termini della remunerazione. L'onorario del mediatore viene normalmente ripartito equamente tra le parti, ma può anche essere ripartito tenendo conto, ad esempio, delle differenti possibilità economiche.

La determinazione delle tariffe orarie terrà conto in particolare della situazione economica delle parti, il valore della controversia, il numero delle parti, la natura e la complessità del conflitto, ecc... Il costo della mediazione è solitamente noto in anticipo, in quanto si basa e viene fissato riferendosi ai regolamenti delle istituzioni di mediazione (vedi Q # 10 C).

B. Vantaggi economici

Normalmente la mediazione, in particolare in materia commerciale, si propone di mantenere o modificare il rapporto tra le parti. Al contrario la procedura civile o arbitrale (battaglia legale) produrrà il più delle volte un effetto di rottura, che necessariamente comporterà dei costi ulteriori che non erano stati contemplati nelle spese procedurali in senso stretto. Entrambe le parti dovranno investire nuovamente tempo, denaro ed energie per trovare un nuovo partner commerciale, un nuovo prodotto, nuovi servizi, nuovi brevetti, marchi, disegni o modelli industriali, nuovi dipendenti, nuovi finanziamenti, nuovi locali, etc.

Proprio questo tipo di costi - che possono essere ingenti - vengono risparmiati o sensibilmente ridotti dal momento che la mediazione viene scelta come modalità di risoluzione.

C. Assistenza giuridica

Qualora le condizioni per l'assistenza legale sono soddisfatte il costo della mediazione, compresi gli onorari dei mediatori, viene coperto. Alcune legislazioni estendono la concessione di un'assistenza giuridica alle mediazioni non giudiziarie³.

10. Come inizia la mediazione: quando? Chi? Con chi?

A. Quando?

Le parti possono prevedere in anticipo, quale misura preventiva, di ricorrere alla mediazione anche per semplici problemi o difficoltà interpersonali.

Note diverse:

- a. A titolo preventivo, si raccomanda d'inserire in ogni contratto la clausola della mediazione (v. allegato 1).
- b. Le parti possono ugualmente concordare un accordo di mediazione anche in presenza di un conflitto effettivo, allo stadio di conciliazione (o al suo posto) o in qualsiasi momento prima o dopo.
- c. Le parti possono prevedere, in caso di difficoltà d'esecuzione dell'accordo raggiunto o in caso di ulteriori problemi tra le parti, di ricorrere nuovamente alla mediazione.

B. Chi?

La mediazione è attuata principalmente dalle parti e se del caso, dal consulente, oppure può essere suggerita, proposta o ingiunta da terzi. Chi sono i terzi? In realtà tutti:

- Una persona privata: un amico, un vicino, un parente, un collega, un presidente d'associazione, un avvocato, un fiduciario, un assicuratore, ecc..

³ Art. 2 del regolamento sul patrocinio a spese per mediatore accreditato (E 2 maggio 04)

- Un organo ufficiale: un magistrato, un notaio, un sindaco, un insegnante, un rappresentante degli assistenti sociali per i minori, ecc.

C. Con Chi?

Gli elenchi di mediatori accreditati o certificati, con specializzazioni, sono tenuti e aggiornati da parte delle autorità di alcuni paesi o Cantoni, ed eventualmente, dalle associazioni mantello a livello nazionale o regionale.

Lugano : ATME , Associazione Ticinese per la Mediazione , Casella Postale 5365, CH-6901 Lugano

www.mediazioneticino.ch

TI Registro cantonale degli avvocati

www.ti.ch/generale/pg/registro/default.asp

Camera svizzera per la mediazione commerciale (CSMC/SKWM),

www.skwm.ch

Federazione svizzera delle associazioni per la mediazione (FSM/SDM),

www.infomediation.ch

Federazione svizzera degli avvocati (FSA/SAV),

www.swisslawyers.com

International Mediation Institute (IMI), La Haye

www.imimediation.org

ALLEGATI

I. MODELLO DI CLAUSOLA DI MEDIAZIONE (CCIG)

Tutte le controversie derivanti dal presente contratto o comunque collegate allo stesso, ivi comprese quelle concernenti la validità, la nullità, la violazione o la fine del contratto, saranno sottoposte a mediazione secondo il Regolamento svizzero di mediazione commerciale della Swiss Chambers' Arbitration Institution in vigore alla data in cui la richiesta di mediazione è depositata secondo il presente Regolamento.

La sede della mediazione è Lugano.

Il procedimento di mediazione si svolge in [inserire la lingua desiderata].

Se la controversia non è stata completamente risolta attraverso la mediazione entro un termine di 60 giorni dalla conferma o dalla designazione del mediatore, essa è risolta mediante arbitrato secondo il Regolamento svizzero d'arbitrato internazionale della Swiss Chambers' Arbitration Institution in vigore alla data in cui la richiesta d'arbitrato è stata depositata secondo il detto Regolamento.

Il numero di arbitri è [“uno”, “tre” “uno o tre”];

La sede dell'arbitrato è Lugano

Il procedimento arbitrale si svolge in[inserire la lingua desiderata].

Il procedimento arbitrale si svolge secondo i disposti della procedura accelerata [se le parti lo desiderano o secondo il valore di causa].

Ulteriori informazioni: arbitration@cc-ti.ch
www.cc-ti.ch

II. ALTRE FONTI

- Jean A. MIRIMANOFF, Marco PONS, *Amicable Dispute Resolution : Bibliography, Résolution Amiable des Différends : Bibliographie, Einvernehmliche Streitbeilegung : Bibliographie*, Slatkine, Genève, 2014
www.infomediation.ch ; www.skwm.ch ; www.mediationgeneve.com
- Esther HAAS et Toni WIRZ, *Médiation – Résoudre les conflits par le dialogue*, Ed. Beobachter, 2014, en collaboration avec la SDM-FSM
- Esther HAAS und Toni WIRZ, *Mediation – Konflikte lösen im Dialog*, Verlag Beobachter, 2011, in Zusammenarbeit mit SDM-FSM
- Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011
- Roger FISHER, William URY et Bruce PATTON, *Comment réussir une négociation*, Seuil, Paris, 1982

Con il sostegno di



SWISS CHAMBERS' ARBITRATION
INSTITUTION

www.swissarbitration.org



SDM-FSM

Schweizerischer Dachverband Mediation

Fédération Suisse des Associations de Médiation

Federazione Svizzera delle Associazioni di Mediazione

C S M C Chambre Suisse de Médiation Commerciale
S K W M Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation
C S M C Camera Svizzera per la Mediazione Commerciale
S C C M Swiss Chamber of Commercial Mediation

[Digitare qui]

[Digitare qui]