

Mediazione quale risorsa giurisdizionale (di regola) facoltativa, codificata nella legge di procedura civile

Il 1. gennaio 2011 si è compiuto in Svizzera un passo epocale per la giustizia civile, perché è entrato in vigore il Codice di procedura civile federale, che ha unificato il rito civile per l'intera nazione (mentre in precedenza era frammentato in 26 codici di procedura cantonali, diversi l'uno dall'altro), anche se permangono delle differenze linguistiche, di organizzazione giudiziaria, di mentalità, ecc.

Questo nuovo codice dedica sei articoli alla mediazione (art. 213-218), cosicché da strumento alternativo di soluzione delle dispute essa è divenuta una risorsa giurisdizionale, ossia una forma di giurisdizione riconosciuta dallo Stato per risolvere i contenziosi, accanto alla decisione e alla conciliazione.

E' interessante chiedersi se una risorsa giurisdizionale può comunque restare alternativa o, meglio detto, se la mediazione continua ad esprimere quell'idea concettualmente differente e unica su come affrontare un litigio, o non si è forse così *allineata al potere*, inteso quale potere giudiziario, con tutti i suoi limiti legati in particolare allo strumento principe dello stesso, ossia la decisione.

Personalmente non lo credo, perché i concetti sopravvivono a prescindere dalle forme in cui sono costretti. Mi piace usare quest'idea di costrizione, per chiedermi e chiedervi se era proprio necessario inserire la mediazione nella legge. Evidentemente no, non era necessario, sarebbe potuta sopravvivere e svilupparsi benissimo anche senza alcuna menzione. Invece, dopo una lunga discussione nelle Camere del potere legislativo svizzero hanno avuto ragione (con una risicata maggioranza) quei parlamentari che volevano quei sei articoli di legge dedicati alla mediazione.

Gli archivi custodiscono anche le ragioni di questa volontà, ossia quella d'integrare nel codice entrambe le alternative alla decisione, ossia il tentativo di conciliazione e la mediazione, secondo un regime di obbligatorietà del primo, quale primo passo del processo civile e facoltatività della seconda, che ne rappresenta l'alternativa soltanto se tutte le parti sono d'accordo. In sintesi, la mediazione rappresenta l'alternativa dell'alternativa. Pertanto, se fallisce, lo sforzo (chiamiamolo così) di mediazione delle parti non si somma in un nulla di fatto, ma è assimilato al tentativo di conciliazione fallito e apre così la strada alla cosiddetta fase litigiosa condotta dinanzi al giudice, che - riserva fatta di un accordo in corso di causa (ivi compresa un'eventuale mediazione) - conduce alla decisione.

Riassumendo, la mediazione può rappresentare il primo passo del processo civile, quale alternativa al tentativo di conciliazione obbligatorio, oppure le parti possono farvi capo anche successivamente, nel mezzo della fase litigiosa, in alternativa alla conciliazione

facoltativa curata dal giudice stesso. In questo secondo scenario la legge s'indirizza al giudice a due titoli: (i) il primo è molto semplice, perché gli chiede di sospendere la procedura giudiziale sino alla fine della procedura di mediazione; (ii) la seconda è invece più interessante, perché la legge riconosce al giudice la possibilità di raccomandare alle parti, in ogni tempo, di ricorrere alla mediazione.

Certo, il giudice quella raccomandazione avrebbe potuto darla anche senza il supporto della norma, ma in caso di silenzio della legge uno scenario di questo tipo si sarebbe prodotto assai raramente, se non in quelle situazioni dove il giudice si rende finalmente conto, ma spesso assai tardivamente, che non è più in grado di gestire quel litigio con gli schemi tradizionali che gli sono propri. Difatti, negli altri casi meno critici, il giudice non potrebbe contare sulla protezione della legge, dinanzi ad eventuali rimproveri di disimpegno processuale o di parzialità, che potrebbero venirgli mossi dalle parti.

Questo breve accenno allo scenario di un litigio talmente scavato da non essere più gestibile da parte del giudice, rappresenta in realtà un tema di grande attualità nei rapporti tra Stato (inteso qui nelle figure dei giudici, delle autorità tutorie, dei curatori, degli assistenti sociali, ecc.) e mediazione. Tutti concordano che si tratta di uno scenario da evitare, nell'interesse della famiglia (e anche della giustizia stessa), ma tutti sanno che non è così, soprattutto nei litigi non familiari (ad esempio di natura commerciale), dove il raggiungimento di livelli d'ingestibilità del litigio è meno eclatante ed evidente rispetto ai litigi di natura familiare. Eppure anche qui quest'effetto può senz'altro prodursi, ad esempio perché quel litigio assume dei costi sproporzionati, oppure non avanza perché vi sono degli impedimenti oggettivi legati - ad esempio - al fatto che tutti i mezzi di prova vanno raccolti - con tempi biblici - in paesi lontani (ad esempio a Panama), o ancora non porta ad alcun risultato effettivo perché la parte obbligata disubbidisce agli ordini del giudice.

Ad esempio recentemente ho fatto ordine ad una persona, il compagno di una coppia non sposata, chiamiamolo il sig. X, domiciliata all'estero, di depositare in tribunale il quadro di Picasso in suo possesso ma di cui la sua compagna (Y), quella che ha richiesto il mio intervento, ne rivendica la proprietà adducendo qualche mezzo di prova al riguardo. Il sig. X non adempie e il quadro non arriva in tribunale, lui non si presenta mai in udienza ed è rappresentato da un avvocato molto oppositivo. Poi, finalmente, in occasione del suo interrogatorio compare ed espone le sue ragioni, che sono molto emotive, caratterizzate dal timore di una macchinazione a suo sfavore, di cui il giudice ne farebbe parte o ne sarebbe perlomeno vittima.

Si tratta di un caso suscettibile di mediazione? Penso di sì. Ma si tratta di un caso dove è opportuno che il giudice raccomandi la mediazione? Una risposta affermativa mi sembra meno immediata, poiché il sig. X sta violando un ordine giudiziale di deposito del quadro e sul suo capo pende una multa che ogni giorno si somma in fr. 1'000.- (dunque fr. 30'000.- al mese). La sospensione della causa durante la mediazione comporta anche la sospensione della multa e dunque X ne avrebbe un vantaggio immediato mentre Y

uno svantaggio immediato. E' dunque opportuno che il giudice, in questa situazione, raccomandi comunque la mediazione? oppure che la caldeggi soltanto a condizione che il quadro venga preventivamente depositato in tribunale e si ritorni dunque alla legalità? La risposta non è per nulla immediata.

Permettetemi ora di accostare un altro aspetto caratteristico della mediazione svizzera, quello che la legge chiama "Organizzazione e attuazione della mediazione". Qui il codice è molto succinto: "competete alle parti", ciò che mi sembra corretto, nel principio, ma non è del tutto scontato nelle conseguenze. Il tema è evidentemente quello della formazione, molto spinoso in Svizzera, dove inizialmente la mediazione è stata per così dire un poco vittima della bontà del suo prodotto, nel senso che tanti si sono avvicinati, senza averne adeguata formazione e lo hanno fatto in perfetta buona fede, altri un poco di meno, avendo piuttosto mire di guadagno. Poi, coi tempi tecnici necessari, l'offerta formativa si è messa in moto, ma anch'essa non è sempre di qualità, anche se oggi il panorama formativo mi sembra essere finalmente chiaro e chi opera quale mediatore ha una formazione adeguata.

In sintesi, se è vero che il tema della formazione rientra nel principio per cui sta alle parti di scegliere un mediatore formato, il giudice raccomanderà una mediazione soltanto se è convinto d'indirizzare le parti verso un prodotto qualitativo, non soltanto sui meccanismi in sé, ma anche sulle persone che lo attuano. Quasi sempre le parti non si accontentano di una raccomandazione generica, ma chiedono d'indirizzarle verso qualcuno o verso un'istituzione. Non credo che il giudice possa sottrarsi: perché ne va della sua credibilità, e non credo che possa indirizzarsi verso mediatori non formati.

In realtà la legge non riduce i contatti tra giudice e mediatore alla sola raccomandazione e alla sospensione della causa. Prima di tutto le parti potrebbero chiedere al giudice di approvare il loro accordo, dandogli così l'effetto di una decisione passata in giudicato. Evidentemente, se quell'accordo è il prodotto di un mediatore formato, il giudice sarà automaticamente più prudente e più condiscendente verso il lavoro delle parti e della mediazione.

In secondo luogo, la mediazione non è garanzia di successo, ma in caso d'insuccesso il lavoro fatto, le informazioni raccolte, costituiscono un patrimonio che potrebbe tornare utile al prosieguo del litigio e che qualcuno potrebbe essere interessato a recuperare in causa: il giudice, il tutore, una delle due parti nella fallita mediazione, il mediatore medesimo, ecc. La legge inserisce una norma chiara, ma non assoluta: "il mediatore può rifiutarsi di testimoniare quando è chiamato a deporre in merito a fatti di cui è venuto a conoscenza nell'ambito della sua attività di mediatore".

Si tratta di un PUO' e non di un DEVE, ma se è chiaro - per un mediatore formato - che quel PUO' rappresenta un DEVE, lo è altrettanto per il mediatore non formato? E poi, anche la parte stessa, richiesta di deporre come interrogata ha lo stesso obbligo al silenzio? La risposta è negativa: ha sì il DIRITTO al silenzio, ma non l'obbligo. Dunque, è ipotizzabile lo scenario dove l'altra parte, ad esempio la signora Y del nostro

esempio, torni dal giudice dopo una mediazione commerciale fallita, con un bagaglio d'informazioni ottenute dal suo (ex-) compagno X (e che quest'ultimo si sarebbe ben guardato dal darle al di fuori della mediazione) e che intende ora utilizzare a suo profitto in causa. In sintesi, da un lato, né X né Y potranno obbligare quel mediatore a testimoniare, ma né l'uno né l'altra potranno ridurlo al silenzio, qualora egli volesse testimoniare; dall'altro, il giudice potrà rifiutarsi di assumere agli atti i documenti scambiati o generati in mediazione, rispettivamente di ascoltare la parte (X o Y, nel nostro esempio) sui temi sviluppati in mediazione, soltanto laddove ciò fosse illecito.

Il concetto d'illiceità è funzionale, in Svizzera, alla violazione della legge e non di un impegno contrattuale raggiunto tra le parti in sede di mediazione, cosicché mi sembra lecito concludere che una sicurezza assoluta non è data. La pratica dimostra tuttavia che uno scenario di questo tipo si produce assai raramente, alla presenza di una mediazione seria.
