

Dipartimento di Scienze Giuridiche e Forensi
Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Quaderni di conciliazione

a cura di
CARLO PILIA

N. 2



Cagliari - 2011

€ 20,00

ISBN 978-88-8374-067-X

^{n.2} *Quaderni di
conciliazione*

N. 2
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2011

Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta in qualsiasi forma a stampa, fotocopia, microfilm o altri sistemi senza il permesso dell'Editore



© Cagliari - 2011

Volume pubblicato con il contributo

M.I.U.R (P.R.I.N. 2009)

Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7

Dipartimento di Scienze Giuridiche e Forensi
Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari

e

Camera di Commercio Industria,
Artigianato e Agricoltura di Cagliari



Progetto grafico
EDIZIONI AV di ANTONINO VALVERI

Via Pasubio, 22/A - 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-067-X

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
Press Color - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

(in via di costituzione)

COMITATO SCIENTIFICO

FRANCESCO SITZIA (Università di Cagliari), FABIO ADDIS (Università di Brescia), GIUSEPPINA CAPALDO (Università La Sapienza - Roma), VALERIA CAREDDA (Università di Cagliari), ERNESTO D'ALOJA (Università di Cagliari), GIANCARLO FILANTI (Università di Cagliari), LEONARDO FILIPPI (Università di Cagliari), BRUNO TROISI (Università di Cagliari), CARLO PILIA (Università di Cagliari), PASQUALE STANZIONE (Università di Salerno), GIUSEPPE VETTORI (Università di Firenze), LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLVEZ (Università di Siviglia), MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA (Università di Siviglia), GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (Università di Siviglia)

INDICE

FRANCESCO SITZIA, <i>Presentazione</i>	Pag. 9
CARLO PILIA, <i>Con la mediazione civile e commerciale l'Italia sceglie l'Europa</i>	» 11
OMBRETTA DESSI, <i>La conciliazione delle controversie di lavoro</i>	» 43
MANUELA TOLA, <i>L'arbitro bancario finanziario</i>	» 89
GIUSEPPE MURGIA, <i>Commento a: Corte costituzionale 14 mag- gio 2010 n. 178</i>	» 99
VITTORIO OCCORSIO, <i>Responsabilità medica e mediazione</i>	» 139
MANUELA TOLA, <i>ADR e mercato interno dei servizi finanziari negli orientamenti della commissione europea</i>	» 161
PASQUALE STANZIONE, <i>Professionalità ed obblighi di aggiorna- mento. Formazione e deontologia del mediatore</i>	» 177
MANUELA TOLA, <i>Il sistema di raccordo delle ADR deputate alla risoluzione extragiudiziale delle controversie transnazionali in materia di servizi finanziari</i>	» 193
GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, <i>El divorcio notarial que viene ... a España (o de la inevitable desjudicializa- cion del divorcio amistoso)</i>	» 211
ELENA LÓPEZ BARBA, <i>La incorporación de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles en el ordenamiento jurídico español y el contrato de transacción</i>	» 245
JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, <i>Bases jurídicas para la me- diación propositiva, cuando en la controversia inter- vene un sujeto español</i>	» 263

PRESENTAZIONE

Poco più di un anno or sono, nel presentare il I Volume della Collana Quaderni di Conciliazione, avevo posto in evidenza come l'iniziativa editoriale si inseriva nell'ambito del rapporto di fattiva collaborazione tra il Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Università di Cagliari e la locale Camera di CIAA.

Nel corso dell'ultimo anno, questo rapporto è proseguito con ulteriore impegno e ha prodotto risultati che sono andati al di là delle previsioni più ottimistiche. Nel campo della formazione, infatti, sono stati portati a compimento oltre 30 corsi e formati quindi circa mille mediatori, appartenenti alle più diverse categorie professionali. Alcuni corsi sono stati tenuti a Lanusei, a Nuoro e ad Oristano

L'entrata in vigore delle norme del d.lgs. 28/2010 in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione ha subito evidenziato la centralità dell'Organismo creato presso la Camera di CIAA di Cagliari, che ha gestito circa il 60% delle procedure attivate nell'intera Sardegna. Significativi passi in avanti sono stati compiuti anche in relazione all'obiettivo di creare un sistema a rete della mediazione in grado di offrire un servizio decentrato in tutta l'isola: per quanto l'obiettivo finale appaia ancora lontano, i rapporti di collaborazione già instaurati con le realtà dell'Ogliastra e dell'Oristanese e quelli che si spera di attivare in tempi brevi inducono a ben sperare.

È stata, infine, costituita, l'associazione "Mediatori mediterranei Onlus", alla quale hanno già aderito 700 mediatori e che si è rivelata subito uno strumento importante per la diffusione della cultura della conciliazione, anche attraverso una serie di iniziative di formazione e di divulgazione che hanno visto una partecipazione numerosa, qualificata ed attenta.

In questo quadro è sembrato naturale proseguire anche il discorso relativo alla pubblicazione dei Quaderni di conciliazione. Nella presentazione del I Volume avevo espresso alcuni au-

F. Sitzia

spici: non tutti si sono avverati ma, anche in questo caso, sono stati fatti significativi passi in avanti.

Un primo obiettivo era quello di allargare il comitato scientifico e, soprattutto, di estendere la platea degli autori dei contributi al di là del gruppo iniziale di coloro che fin dall'inizio avevano partecipato all'iniziativa. In questo secondo volume compaiono i lavori di alcuni colleghi di altre Università nonché di giovani studiosi che hanno ritenuto di iniziare con noi, a partire da questo anno, un rapporto di collaborazione che ci auguriamo possa durare nel tempo e produrre ulteriori frutti. Particolarmente significativa, in questa ottica, appare la prima apertura alla dimensione internazionale, che è comprovata non soltanto dall'ampliamento del comitato scientifico, ma anche e soprattutto dalla presenza in questo volume di contributi in lingua spagnola di tre colleghi delle Università di Siviglia e Huelva.

Certo, molto resta ancora da fare, e di ciò abbiamo piena consapevolezza. Con l'amico Carlo Pilia, che cura questo volume e che ringrazio sentitamente per l'impegno intelligente e generoso, siamo però convinti che l'attività svolta nel corso del 2011 e la prosecuzione dell'impegno preso con i *Quaderni di conciliazione* possano rappresentare un utile contributo alla battaglia per la diffusione di quella "nuova cultura" alla quale accennavo nella presentazione al I volume.

Cagliari, dicembre 2011

Il presidente del comitato scientifico

FRANCESCO SITZIA

CARLO PILIA

CON LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE
L'ITALIA SCEGLIE L'EUROPA

SOMMARIO: 1. La scelta europeista dell'Italia sulla mediazione. - 2. La l. 69/2009 e il d.lgs. 28/2010. - 3. Gli organismi di mediazione. - 4. I mediatori. - 5. Il procedimento di mediazione. - 6. L'accordo di conciliazione. - 7. Il regime tariffario delle spese e i vantaggi fiscali.

1. *La scelta europeista dell'Italia sulla mediazione.* – L'Italia ha recentemente varato l'importante riforma del sistema della mediazione in materia civile e commerciale, scegliendo in maniera decisa di percorrere la strada tracciata dall'Europa. La direttiva comunitaria 2008/52/CE¹, infatti, è stata pienamente recepita, non solo quanto all'ambito normativamente imposto, relativo alle controversie transfrontaliere, ossia intercorrenti tra contendenti dislocati in Stati differenti², ma anche quanto all'ulteriore ambito applicativo facoltativo, ossia lasciato alla valutazione discreziona-

¹ Sulla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, nella dottrina italiana, tra i tanti, M.E. DE BONIS, *La proposta di direttiva sulla mediazione nell'ambito delle politiche comunitarie in tema di cooperazione giudiziaria*, in *Contr. e impr. eur.*, 2005, 439 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo a dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; N. GIUDICE, *Dalla commissione europea una scelta «flessibile» per il futuro della mediation*, in *Contratti*, 2005, 102 ss.; F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1957 ss.; E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr. eur.*, 2005, 427 ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 1 ss.

² Art. 2 della direttiva.

le di ciascuno Stato membro, con riferimento alle controversie interne ai suoi confini nazionali³. L'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia assicurata la libera circolazione delle persone, in particolare, ha spinto l'Unione europea a garantire il migliore accesso alla giustizia anche mediante lo sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale⁴. La mediazione diviene un meccanismo rapido e conveniente di risoluzione extragiudiziale della controversia che ha maggiore possibilità di successo in quanto corrisponde alle esigenze delle parti e si concreta in soluzioni concordate che ne favoriscono il rispetto spontaneo e rinsaldano i legami commerciali soprattutto tra contendenti distanti che non appartengono al medesimo Stato. Si intende così favorire il corretto funzionamento del mercato europeo, rendendo disponibili i servizi della mediazione e introducendo un quadro normativo di riferimento che si soffermi sui profili essenziali del nuovo sistema⁵. La direttiva comunitaria, peraltro, delinea la strategia di politica del diritto da seguire nell'organizzazione dei servizi della mediazione tutta incentrata sulle dinamiche del mercato e sulle esigenze degli utenti. Piuttosto che finanziare i meccanismi della mediazione, gli Stati dovranno tenere in particolare considerazione le esigenze del mercato e garantire sia l'autonomia delle parti che l'efficacia, l'imparzialità, la professionalità e la flessibilità dei procedimenti. A tal fine, la direttiva comunitaria non solo indica gli obiettivi e definisce gli ambiti applicativi del servizio di mediazione⁶, ma delinea anche la disciplina essenziale della qualità della mediazione. In questo senso, assume particolare rilievo, tra l'altro, l'individuazione dei percorsi formativi per i mediatori⁷, la previsione delle modalità di accesso alla mediazione⁸, la natura esecutiva degli accordi⁹, la garanzia

³ Considerando n. 8 della direttiva.

⁴ Primi considerando (nn. 1-5) della direttiva.

⁵ Considerando n. 7 della direttiva.

⁶ Artt. 1, 2 e 3.

⁷ Art. 4.

⁸ Art. 5.

⁹ Art. 6.

di riservatezza¹⁰, l'incidenza della mediazione sulla prescrizione e la decadenza¹¹ e l'informazione da rendere al pubblico¹².

Il servizio della mediazione si dimostra di estrema importanza, tanto per il centrale rilievo giuridico che riveste nel sistema degli strumenti stragiudiziali (alternativi) di risoluzione delle controversie, quanto per l'impatto economico e sociale che si spera possa determinare nel favorire la composizione amichevole dei conflitti e, quindi, nel promuovere la crescita dei traffici nel mercato europeo. Lo sviluppo e la diffusione del servizio della mediazione, oltre che degli altri meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie, appare indispensabile nella prospettiva del graduale superamento dei molteplici ordinamenti chiusi di diritto civile sostanziale e processuale interni ai singoli Stati, in vista della auspicabile creazione di un quadro giuridico più ampio e generale che possa, in progresso di tempo, avvalersi di principi e regole uniformi sia per la gestione degli scambi e sia per la tutela dei diritti che trovino la condivisione degli utenti.

La scelta europeista del legislatore italiano, benché criticata aspramente da significative componenti della categoria forense¹³, è stata nell'insieme valutata positivamente dai restanti ordini professionali, dalle associazioni di categoria degli imprenditori, dalle associazioni dei consumatori e degli utenti. Più in generale, si sono espressi favorevolmente in merito all'applicazione della mediazione tutti coloro i quali denunciano da tempo la profonda crisi della giustizia italiana e, in special modo, i rappresentanti del sistema produttivo delle imprese che per riuscire

¹⁰ Art. 7.

¹¹ Art. 8.

¹² Art. 9.

¹³ In particolare, contro la riforma della mediazione si sono espressi in più occasioni il Consiglio Nazionale Forense e l'Organizzazione Unitaria dell'Avvocatura. La riforma è aspramente criticata per varie ragioni legate soprattutto alla mancata previsione della necessaria assistenza legale nella mediazione, che comporterebbe sia l'abbassamento del livello di tutela per i cittadini e le imprese contendenti, sia il paventato pregiudizio alle consolidate posizioni professionali ed economiche degli avvocati nella gestione semplificata dei conflitti.

a competere nei nuovi contesti concorrenziali invocano riforme radicali che portino allo sviluppo di meccanismi più efficienti e rapidi di definizione delle controversie, sulla scorta di modelli di A.D.R. ampiamente diffusi nei Paesi più avanzati. Nel campo della tutela dei diritti, infatti, sono oramai ritenuti intollerabili i ritardi cronici e strutturali raggiunti in Italia nella tutela giudiziale dei diritti, certamente inadeguati ai rinnovati scenari economici e sociali.

La riforma italiana della mediazione, nonostante le critiche ricevute e qualche incertezza normativa da superare, è da valutare in termini sicuramente positivi e si lascia apprezzare soprattutto nella prospettiva di favorire l'evoluzione delle tutele contrattuali che si affermano a livello europeo e internazionale. Nell'analisi delle norme sulla mediazione non si devono considerare solamente i profili giuridici e le difficoltà applicative del momento presente, ma assumono rilievo anche i notevoli risvolti economici, sociali e culturali di cui l'Italia, i suoi operatori economici e cittadini beneficeranno nei prossimi decenni per riuscire ad affrontare meglio le sfide della competizione. L'attuazione della direttiva comunitaria 2008/52/CE ha giustificato l'emana-zione di una normativa che, soprattutto nelle criticate prescrizioni dell'obbligatorietà dell'utilizzo in tante materie della media-zione prima di promuovere una causa davanti al giudice, vorrebbe dare una risposta forte alla necessità di deflazionare gli ingorghi giudiziari. A questo fine appare preordinata l'imposizione generalizzata di più snelli, economici e pratici sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, già da tempo presenti nella legi-slazione italiana, compresa quella di matrice europea, ancorché risultino sostanzialmente inutilizzati e praticamente sconosciuti fuori della ristretta cerchia degli specialisti dei vari settori. La riforma in esame, tuttavia, persegue una finalità più ambiziosa e di più ampio respiro che traspare dallo sforzo organizzativo profuso da Parlamento, Governo e Ministero della Giustizia nell'impostare e disciplinare *ex novo* l'infrastrutturazione della rete nazionale degli organismi pubblici e privati della mediazione e nel disegnare lo specifico percorso formativo destinato ai professionisti che si devono impegnare nel servizio di assistenza dei contendenti nella composizione amichevole dei conflitti. La definizione degli innovativi principi relativi all'accesso, allo svolgimento e alla defini-

zione del procedimento, unitamente alla concessione dei vantaggi fiscali, persegue l'obiettivo di permettere finalmente l'utilizzo di massa di questo servizio, che torna utile non solo ai contendenti ma all'intera società. In questo senso, l'espressa sollecitazione comunitaria¹⁴, rivolta agli Stati membri di effettuare campagne divulgative per informare il pubblico sull'esistenza e sulle caratteristiche del sistema della mediazione contribuisce alla diffusione di una cultura della mediazione e, più in generale, del temperamento delle posizioni individuali e collettive. Educare i cittadini italiani ed europei all'ascolto, alla comprensione, al dialogo, al confronto e alla tolleranza, peraltro, appare indispensabile per contenere l'exasperata conflittualità portata dall'illusoria pretesa di ciascuno di riuscire a ottenere sempre l'intransigente affermazione dei propri diritti, ignorando e, comunque, trascurando le altrui posizioni, spesso reciproche e anch'esse meritevoli di attenzione e adeguata tutela. La cultura della mediazione, pertanto, dovrebbe spingere al superamento delle sterili contrapposizioni di principio, sempre più di frequente fondate su un quadro normativo incerto e in continuo divenire, per tentare una definizione equilibrata e concertata dei conflitti, che garantisca la prosecuzione della relazione tra contendenti e, quindi, la coesione economica e sociale tra componenti delle nuove comunità, soprattutto nel difficile processo di sviluppo e integrazione delle moderne società multiculturali e multivaloriali.

2. *La l. 69/2009 e il d.lgs. 28/2010.* – Sul piano delle fonti giuridiche interne, la riforma della mediazione in Italia è stata attuata in rapida progressione, attraverso una sequenza di norme provenienti dal Parlamento, dal Governo e dal Ministero della Giustizia che hanno fissato, rispettivamente, i principi generali e i criteri direttivi, le regole di funzionamento della mediazione e le disposizioni attuative di dettaglio concernenti gli organismi di mediazione, i mediatori e il regime tariffario delle spese a carico delle parti¹⁵.

¹⁴ Art. 9 della direttiva 2008/52/CE.

¹⁵ Tra i numerosissimi contributi pubblicati all'indomani della riforma della mediazione civile e commerciale, A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, 2011, 5, 226 ss.; E. FABIANI, M. LEO, *Prime riflessioni sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e*

Più precisamente, il Parlamento ha emanato la legge 18 giugno 2009 n. 69, recante disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività nonché sulla riforma del processo civile¹⁶, che all'art. 60 contiene la delega al Governo ad adottare entro sei mesi la riforma della mediazione e della conciliazione in materia civile e commerciale, con l'indicazione dei principi generali e dei criteri direttivi da osservare.

In primo luogo, si impone il rispetto della normativa internazionale e comunitaria e, quindi, della stessa direttiva 2008/52/CE, con i relativi principi sostanzialmente ripresi nell'attuazione della delega.

commerciali» di cui al d.lgs. n. 28/2010, in Riv. notariato, 2010, 04, 893 ss.; R. TISCINI, Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto, in Giust. civ., 2010, 10, 489 ss.; S. VIOTTI, Il regolamento in materia di mediazione civile. Primi spunti applicativi, in Giur. merito, 2011, 01, 23 ss.; G. ARMONE, La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta, in Società, 2010, 626 ss.; M. BOVE, La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo, in Riv. dir. proc., 2010, 343 ss.; G. CANALE, Il decreto legislativo in materia di mediazione, ivi, 616 ss.; U. CARNEVALI, La nuova mediazione civile, in Contratti, 2010, 437 ss.; F. CUOMO ULLOA, Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione, ivi, 209 ss.; L. DITTRICH, Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, in Riv. dir. proc., 2010, 575 ss.; R. MASONI, Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse), in Giur. merito, 2010, 2156 ss.; G. MARZOCCHI, Il nuovo procedimento di mediazione, in Imm. e propr., 2010, 309 ss.; F. MURINO, Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti, in Corr. merito, 2010, 593 ss.; I. PAGNI, Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti, in Società, 2010, 619 ss.; P. PORRECA, La mediazione e il processo civile: complementarità e coordinamento, ivi, 631 ss.; AA.VV., La mediazione civile, a cura di F. Ruscetta, M. Caradonna, e F. Novelli, Milano, 2011. Per un primo commento sistematico si rinvia alle recenti opere collettanee: AA.VV., Quaderni di conciliazione, n. 1, a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA.VV., La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.VV., Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici, a cura di G. Sciancalepore e S. Sica, Torino, 2010; AA.VV., La mediazione civile e commerciale, a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010; A.G. DIANA, La mediazione civile e commerciale, Torino, 2011; AA.VV., La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova, 2010.

¹⁶ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95.

La legge, in secondo luogo, la delimita l'ambito della mediazione alle controversie in materia civile e commerciale vertenti su diritti disponibili e, inoltre, precisa che la mediazione non preclude l'accesso alla giustizia¹⁷. Per quanto attiene alle strutture interessate, la mediazione deve essere affidata ad appositi organismi, iscritti presso un registro tenuto dal Ministero della Giustizia, che svolgano il servizio in maniera professionale, indipendente e stabile¹⁸. Sono imposte, anche attraverso il ricorso alle norme dei codici deontologici, regole per garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore nello svolgimento delle sue funzioni¹⁹. Sono pure individuati i principi ai quali si deve uniformare il procedimento di mediazione, con l'indicazione della possibilità di avvalersi di procedure telematiche²⁰, della maggiorazione dei compensi spettanti ai mediatori in caso raggiungimento dell'accordo tra le parti²¹, dell'obbligo per gli avvocati di informare il cliente della mediazione prima di promuovere il giudizio²², dell'imposizione del termine di quattro mesi quale durata massima del procedimento²³, dei vantaggi fiscali²⁴ e delle conseguenze sanzionatorie sul piano delle spese giudiziali in caso di mancata collaborazione durante la mediazione²⁵. Infine, si garantisce all'accordo conciliativo la natura di titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale²⁶.

Con il decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28²⁷, il Governo ha attuato tempestivamente la delega, provvedendo a disegnare

¹⁷ Art. 60, comma 3, lett. a).

¹⁸ Art. 60, comma 3, lett. b) e c).

¹⁹ Art. 60, comma 3, lett. r).

²⁰ Art. 60, comma 3, lett. i).

²¹ Art. 60, comma 3, lett. m).

²² Art. 60, comma 3, lett. n).

²³ Art. 60, comma 3, lett. q).

²⁴ Art. 60, comma 3, lett. o).

²⁵ Art. 60, comma 3, lett. p).

²⁶ Art. 60, comma 3, lett. s).

²⁷ 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

nei tratti fondamentali il sistema della mediazione in materia civile e commerciale in termini profondamente innovativi, nel rispetto delle prescrizioni comunitarie che impongono di privilegiare le esigenze di efficienza e funzionalità scaturenti dalle dinamiche del mercato e dall'autonomia delle parti. In tal senso, nelle definizioni sono stati riscritti i termini soggettivi ed oggettivi sui quali è incentrata la riforma, tra i quali sono da segnalare gli organismi di mediazione, i mediatori, la mediazione e la conciliazione, che, nel successivo decreto del Ministero della Giustizia 17 ottobre 2010 n. 180, sono stati ripresi e puntualmente specificati anche nei requisiti²⁸.

3. *Gli organismi di mediazione.* – Ai sensi della nuova disciplina, per «organismo di mediazione» si intende l'ente pubblico o privato presso il quale si svolge la procedura di mediazione²⁹. L'attività di mediazione, quindi, non può essere svolta dall'autorità giudiziaria, ma è affidata ad apposite strutture stabilmente organizzate che garantiscano indipendenza, imparzialità e professionalità³⁰ e che siano iscritte nel registro ministeriale ai sensi del D.M. n. 180/2010³¹.

Un regime semplificato di accreditamento è stato previsto per le principali istituzioni di rilievo pubblicistico, individuate nelle Camere di commercio, alle quali il previgente sistema affi-

controversie civili e commerciali) pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 53 del 5 marzo 2010.

²⁸ D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 (Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28) pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 258 del 4 novembre 2010, poi seguito dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145 (Regolamento recante modifica al decreto 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010) pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 197 del 25 agosto 2011.

²⁹ Art. 1, comma 1, lett. a) d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e art. 1, comma 1, lett. f) D.M. n. 180/2010.

³⁰ Art. 4 (*Criteri per l'iscrizione nel registro*) D.M. n. 180/2010.

³¹ Art. 4 (*Criteri per l'iscrizione nel registro*) D.M. n. 180/2010.

dava le conciliazioni tra imprese e con i consumatori³². Le Camere di commercio possono adesso costituire organismi di mediazione competenti a trattare tutte le controversie civili e commerciali³³, così come i Consigli dell'ordine degli avvocati che sono abilitati a costituire anch'essi organismi di mediazione a competenza generale e possono svolgere la mediazione dentro i locali dei Tribunali³⁴; mentre i Consigli degli altri ordini professionali (notai, commercialisti, ingegneri, medici, consulenti del lavoro, etc.), previa autorizzazione ministeriale³⁵, possono costituire organismi di mediazione speciali, in relazione alle materie di specifica competenza³⁶. Per tutti gli altri organismi costituiti da enti pubblici o privati occorre verificarne la professionalità e l'efficienza, anzitutto, valutandone la "capacità finanziaria" da dimostrare mediante il possesso di un capitale sociale di almeno dieci mila euro³⁷ e la "capacità organizzativa" mediante l'attestazione di poter svolgere l'attività di mediazione in almeno due regioni italiane o in almeno due province della medesima regione³⁸. All'atto di iscrizione, inoltre, si devono verificare la compatibilità dell'attività di mediazione con lo scopo sociale dell'ente³⁹; il possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità derivante dalla mediazione⁴⁰; i requisiti di onorabilità di soci, associati, amministratori e rappresentanti⁴¹; la trasparenza amministrativa e contabile dell'organismo⁴²; le garanzie di indipenden-

³² Art. 3, comma 3, lett. c).

³³ Art. 19 (*Organismi presso i consigli degli ordini professionali e presso le camere di commercio*), comma 2, d.lgs. n. 28/2010 e art. 4 (*Criteri per l'iscrizione nel registro*), comma 4, D.M. n. 180/2010.

³⁴ Art. 18 (*Organismi presso i tribunali*) d.lgs. n. 28/2010.

³⁵ Art. 4, comma 4, D.M. n. 180/2010.

³⁶ Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

³⁷ Art. 4, comma 2, lett. a) D.M. n. 180/2010.

³⁸ Art. 4, comma 2, lett. a) D.M. n. 180/2010.

³⁹ Art. 4, comma 2, lett. a) D.M. n. 180/2010.

⁴⁰ Art. 3, comma 2, lett. b) D.M. n. 180/2010.

⁴¹ Art. 4, comma 2, lett. c) D.M. n. 180/2010.

⁴² Art. 4, comma 2, lett. d) D.M. n. 180/2010.

za, imparzialità e riservatezza nello svolgimento del servizio di mediazione, nonché la conformità del regolamento alle normative della mediazione⁴³; una sede⁴⁴ e un numero di almeno cinque mediatori disponibili a collaborare con l'organismo⁴⁵ che siano in possesso dei requisiti di idoneità⁴⁶.

Ai fini dell'accreditamento, unitamente alla domanda d'iscrizione al registro ministeriale, gli organismi di mediazione devono depositare il regolamento di procedura e il codice etico⁴⁷, da sottoporre al controllo preventivo del Ministero. Tali documenti costituiscono espressione dell'autonomia regolamentare concessa dall'ordinamento giuridico agli organismi di mediazione e raccolgono le principali regole di funzionamento del singolo organismo e di comportamento dei mediatori che all'interno di esso operano. La pubblicazione dei dati normativi e organizzativi rilevanti consente a quanti siano interessati alla mediazione di compiere scelte consapevoli in ordine all'individuazione dell'organismo e dei suoi mediatori e, quindi, di partecipare attivamente alle fasi di avvio, svolgimento e chiusura della procedura di mediazione.

Per quanto attiene alle spese di mediazione dovute dalle parti, gli organismi pubblici di mediazione sono tenuti ad applicare il regime tariffario calmierato imposto dal Ministero della Giustizia⁴⁸, che può essere adeguato ogni triennio⁴⁹. Tali vincoli tariffari, tranne che per le controversie nelle materie per le quali è per legge obbligatoria la mediazione, non operano per gli organismi privati, che perciò possono liberamente fissare le spese di mediazione a carico delle parti, nei limiti dei criteri fissati dal Ministero della Giustizia⁵⁰. A tal fine, gli organismi di mediazione costituiti da enti privati, all'atto di iscrizione, devono allegare

⁴³ Art. 4, comma 2, lett. e) D.M. n. 180/2010.

⁴⁴ Art. 4, comma 2, lett. g) D.M. n. 180/2010.

⁴⁵ Art. 4, comma 2, lett. f) D.M. n. 180/2010.

⁴⁶ Art. 4, comma 3, D.M. n. 180/2010.

⁴⁷ Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁸ Art. 17, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁴⁹ Art. 17, comma 7, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁰ Art. 16, comma 13, D.M. n. 180/2010.

re al regolamento di procedura le tabelle delle indennità da sottoporre all'approvazione preventiva del Ministero⁵¹. Il confronto dei vari piani tariffari delle spese costituisce un importante momento valutativo sul quale si incentrerà l'attenzione delle parti e, nello spirito della riforma, si dovrebbero innestare le dinamiche virtuose di competizione tra gli organismi e di miglioramento dei servizi della mediazione.

Lo stretto collegamento tra l'attività di mediazione, il controllo pubblicistico, il gradimento degli utenti e, quindi, la risposta positiva del mercato emerge anche da altre disposizioni che impongono all'organismo, all'esito di ogni procedura di mediazione, di fare compilare alle parti una scheda di valutazione del servizio, che sarà portata a conoscenza per via telematica del Ministero. Ciascuna parte, in specie, è chiamata ad esprimersi sulla qualità della mediazione, facendo le osservazioni negative o positive sui singoli aspetti rilevanti: riservatezza, imparzialità, professionalità, disponibilità, idoneità della sede e, nel complesso, adeguatezza del servizio ricevuto rispetto alle spese corrisposte⁵².

Una volta accreditato, l'organismo di mediazione non può rifiutare, se non per giustificato motivo, di svolgere la mediazione nei confronti di quanti lo richiedano⁵³. Tantomeno è possibile differenziare in senso deleterio il trattamento riservato alle parti, ad esempio, in ragione delle loro condizioni economiche, ovvero del valore della controversia o dell'effettuazione del pagamento delle spese di mediazione. L'attività degli organismi, infatti, è sottoposta alla costante vigilanza del Ministero della Giustizia che dispone dei poteri sanzionatori di sospensione e

⁵¹ Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁵² Tra gli atti di autoregolamentazione elaborati dagli organismi di mediazione pubblici (regolamenti di procedura, anche telematica, di mediazione; codici etici di comportamento dei mediatori; piano delle tariffe e criteri di applicazione delle spese; scheda di valutazione del servizio di mediazione) meritano particolare considerazione quelli predisposti da Union Camere, che è l'ente pubblico esponenziale del sistema camerale italiano. Tali documenti sono facilmente reperibili sul sito web istituzionale: <http://www.unioncamere.gov.it/P42A707C189S123/Vademecum-sulla-conciliazione-delle-Camere-di-commercio.htm>

⁵³ Art. 9, comma 2, D.M. n. 180/2010.

cancellazione e che, con riferimento al controllo sulla trattazione delle procedure nell'ambito dei rapporti di consumo, viene affiancato dal Ministero dello Sviluppo Economico⁵⁴. È, questo, un ulteriore indice amministrativo che dimostra, anche attraverso il diretto coinvolgimento delle strutture ministeriali preposte, l'interesse che per il mercato assume il corretto funzionamento del sistema della mediazione.

Infine, è prevista la cancellazione dal registro ministeriale per gli organismi che hanno svolto meno di dieci procedimenti di mediazione in un biennio⁵⁵. In una tale situazione, peraltro, l'organismo sarebbe destinato a chiudere i battenti comunque per ragioni economiche, non riuscendo verosimilmente a sopportare gli ingenti costi di gestione (sede, dipendenti, assicurazione, servizi, etc.). Stante il mancato gradimento incontrato dall'organismo tra gli utenti, in ultima analisi, sarebbero le regole del mercato a provocarne l'espulsione e, qualora si sia in presenza di un ente privato costituito da una società commerciale, a provocarne il fallimento. Quanti intendono costituire un organismo di mediazione, pertanto, devono adeguatamente valutare, tra le tante difficoltà che si incontrano, anche il rischio d'impresa dell'insuccesso commerciale.

4. *I mediatori*. – I «mediatori» sono le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono l'attività di mediazione rimanendo in ogni caso privi del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio⁵⁶. Il mediatore è un professionista che presta la sua attività all'interno degli organismi di mediazione accreditati e, per legge, può dare la disponibilità a collaborare con un massimo di cinque organismi⁵⁷.

La scarna definizione normativa pone l'accento sulle tre principali caratteristiche della nuova figura del mediatore: personalità, professionalità e mancanza di autorità. Nell'ordine, la riforma precisa che il mediatore deve svolgere personalmente la

⁵⁴ Art. 16, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

⁵⁵ Art. 10, comma 2, D.M. n. 180/2010.

⁵⁶ Art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 28/2010 e art. 1, comma 1, lett. d), D.M. n. 180/2010.

⁵⁷ Art. 6, comma 3, D.M. n. 180/2010.

sua prestazione⁵⁸, senza poterla delegare ad altri, ma potendosi avvalere, nelle controversie in particolari materie, di ausiliari esperti⁵⁹. L'attività del mediatore, inoltre, è un'attività professionale che presuppone l'iscrizione nell'apposito registro ministeriale⁶⁰. La professionalità poi è tracciata tanto sul piano lessicale, dalla denominazione del compenso del mediatore come onorario⁶¹, quanto dalla necessità del possesso di particolari requisiti di qualificazione e formativi occorrenti per iscriversi nel registro ministeriale. Del resto, l'organismo di mediazione assolve al requisito di professionalità imposto dalle norme⁶² principalmente attraverso la presenza e l'attività dei mediatori, costituenti figure professionali indispensabili per l'accreditamento e il funzionamento dell'organismo. Il mediatore, inoltre, nell'esercizio della sua attività non dispone di poteri autoritativi o valutativi vincolanti per le parti, ma si limita ad assisterle nella ricerca di un accordo amichevole, avvalendosi della sua capacità di comprendere e guidare i contendenti nel confronto e nella condivisione di una soluzione bonaria del conflitto, onde scongiurare l'epilogo giudiziario della controversia.

La riforma delinea i requisiti soggettivi di qualificazione, di specifica formazione e di onorabilità che devono possedere i mediatori per iscriversi nel registro ministeriale⁶³ e, quindi, per prestare negli organismi la loro attività professionale. Una particolare considerazione meritano i primi due requisiti. Più precisamente, i requisiti di qualificazione si incentrano sul possesso di un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universi-

⁵⁸ Art. 14 (*Natura della prestazione*), D.M. n. 180/2010.

⁵⁹ Art. 8 d.lgs. n. 28/2010.

⁶⁰ Art. 3 (*Registro*) D.M. n. 180/2010. Il registro degli organismi abilitati a svolgere la mediazione si suddivide in due parti in base alla natura pubblica (i) o privata (ii) degli enti che, a loro volta, si articolano in più sezioni tematiche contenenti l'elenco dei mediatori (A); l'elenco dei mediatori esperti in materia internazionale (B); l'elenco dei mediatori esperti in materia dei rapporti di consumo (C) e, per la parte contenente gli enti privati, l'elenco dei soci, associati, amministratori, rappresentanti degli enti (D).

⁶¹ Art. 16, comma 10, D.M. n. 180/2010.

⁶² Art. 60, comma 3, lett. b), L. n. 69/2009.

⁶³ Art. 4, comma 3, D.M. n. 180/2010.

taria triennale ovvero, in alternativa, nell'iscrizione ad un ordine o collegio professionale⁶⁴. La notevole apertura professionale è stata aspramente criticata dal ceto forense, che avrebbe voluto riservare l'attività di mediatore ai soli avvocati o, almeno, ai laureati con specializzazione in diritto. Tuttavia, è stato osservato che nell'erogazione del servizio della mediazione non occorrono solamente le conoscenze giuridiche, ma anche quelle tecniche specifiche delle diverse materie. Onde evitare il costo aggiuntivo del servizio, a carico delle parti, del ricorso a periti esterni, iscritti agli albi dei consulenti presso i tribunali⁶⁵, quindi, i mediatori devono possedere anche conoscenze tecniche e specialistiche. In questo senso, assume rilievo la previsione normativa che permette di avvalersi, almeno nelle controversie più complesse e di maggior importanza, di un collegio di mediatori che possiedano tutte le conoscenze giuridiche e tecniche occorrenti per assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole nelle diverse materie civili e commerciali⁶⁶. In base al regime tariffario della mediazione decretato dal Ministero⁶⁷, siccome le spese dovute dalle parti non variano a seconda che la procedura sia condotta da uno o più mediatori, si ipotizza che sul mercato si imporranno come più efficienti le soluzioni organizzative collegiali, che garantiscono nella mediazione maggiore professionalità ma a costi contenuti.

Per l'iscrizione al registro dei mediatori, in secondo luogo, occorre il possesso di una formazione e di un aggiornamento biennale specifici⁶⁸, acquisiti presso appositi enti di formazione anch'essi accreditati presso il Ministero della Giustizia⁶⁹. A fronte della declamata necessità di garantire elevati livelli di formazione per i mediatori⁷⁰, la normativa attuativa ha disegnato un percorso formativo di base, della durata complessiva non inferio-

⁶⁴ Art. 4, comma 3, lett. a), D.M. n. 180/2010.

⁶⁵ Art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

⁶⁶ Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁶⁷ Art. 16, comma 10, D.M. n. 180/2010.

⁶⁸ Art. 4, comma 3, lett. b), D.M. n. 180/2010.

⁶⁹ Artt. 17-19 D.M. n. 180/2010.

⁷⁰ Art. 16, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

re a cinquanta ore, articolato in corsi teorici e pratici⁷¹. Il distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a diciotto ore biennali, si articola anch'esso in corsi teorici e pratici avanzati⁷². I percorsi formativi rivestono carattere minimale e non possono certo dirsi sviluppati e approfonditi, probabilmente per la scelta strategica di impostare la formazione dei mediatori piuttosto che sullo studio delle nozioni teoriche o scolastiche offerte in sede accademica, sull'esercizio pratico e sulla trasmissione dell'esperienza che si acquisisce sul campo della concreta gestione dei conflitti. È significativo che i percorsi siano paritariamente suddivisi in parti teoriche e pratiche. Costituisce riprova di questa impostazione didattica la circostanza che l'attività formativa sia affidata a organismi di formazione anch'essi da accreditare e iscrivere nel registro ministeriale⁷³, che si avvalgono di docenti teorici⁷⁴ e pratici⁷⁵ che si impegnino a partecipare essi stessi, in qualità di discenti, a un percorso formativo

⁷¹ Art. 18, comma 2, lett. f), D.M. n. 180/2010, che elenca pure la materie oggetto dei corsi, costituite da: normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore.

⁷² Art. 18, comma 2, lett. g), D.M. n. 180/2010, che rimanda alle medesime materie oggetto dei percorsi di base di cinquanta ore.

⁷³ Artt. 17 e 18, che prevedono l'istituzione del registro degli enti di formazione con le relative annotazioni e, quindi, i criteri occorrenti per procedere all'iscrizione.

⁷⁴ Art. 18, comma 3, lett. a), D.M. n. 180/2010, che ai fini della qualificazione dei docenti teorici, che si devono iscrivere nel registro ministeriale dei formatori, non ritiene sufficienti i titoli di studio o accademici, ma impone una specifica attività editoriale, costituita dalla pubblicazione di almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie.

⁷⁵ Art. 18, comma 3, lett. a), D.M. n. 180/2010, che per i docenti pratici, anch'essi da accreditare presso il registro ministeriale dei formatori, si richiede un'esperienza professionale specifica sul campo, precisamente: aver operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure.

specifico nel biennio⁷⁶. In tale senso, ai mediatori è stata pure imposta la partecipazione nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti⁷⁷.

Ai fini dell'iscrizione nel registro dei mediatori occorrono pure i requisiti di onorabilità, consistenti nell'assenza di gravi condanne penali definitive, di provvedimenti interdittivi dai pubblici uffici, di misure di prevenzione o di sicurezza e di gravi sanzioni disciplinari⁷⁸. L'attenzione normativa per il possesso dei requisiti di onorabilità, peraltro, riveste una portata più generale, in quanto non è riservata ai mediatori, ma si riscontra anche per gli organismi di mediazione⁷⁹, per gli enti di formazione⁸⁰ e per gli stessi formatori⁸¹, quasi che questi ultimi, nella condotta prima che nella docenza, debbano presentarsi essi stessi come esemplari. Sono la particolare natura e l'importante funzione del servizio di mediazione, in effetti, che giustificano la prescrizione e l'osservanza di rigorosi requisiti di onorabilità, onestà e correttezza per tutti quanti operano, a vario titolo, nel sistema della mediazione. Parimenti indispensabile si dimostra l'attento esercizio del potere di verifica e controllo del perdurare di siffatti requisiti da parte del Ministero, che ha il compito di garantire il corretto funzionamento della rete della mediazione sull'intero territorio italiano.

I principi ispiratori della riforma, del resto, impongono di garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del mediatore⁸², accanto alla professionalità, alla tempestività e alla riservatezza, nello svolgimento delle funzioni. Concretizzano questi principi le prescrizioni che impongono al regolamento dell'organismo di mediazione modalità di nomina del mediatore che ne

⁷⁶ Art. 18, comma 3, lett. a), D.M. n. 180/2010, che impone una frequenza dei corsi per una durata di almeno sedici ore.

⁷⁷ Prescrizione introdotta dall'art. 2, D.M. n. 145, che ha modificato l'iniziale formulazione dell'art. 4, comma 3, lett. b) del D.M. n. 180/2010.

⁷⁸ Art. 4, comma 3, lett. c), D.M. n. 180/2010.

⁷⁹ Art. 4, comma 2, lett. c), D.M. n. 180/2010.

⁸⁰ Art. 18, comma 2, lett. b), D.M. n. 180/2010.

⁸¹ Art. 18, comma 3, lett. b), D.M. n. 180/2010.

⁸² Art. 60, comma 3, lett. r), L. n. 69/2009.

assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico⁸³. Alla medesima finalità di tutelare il corretto espletamento del servizio di mediazione, peraltro, sono riconducibili una serie di altre disposizioni specifiche e di dettaglio riferite ai comportamenti del mediatore. In particolare, si segnalano le disposizioni che, per un verso, fanno divieto al mediatore di assumere diritti o obblighi connessi, anche indirettamente, con gli affari trattati ovvero di percepire compensi direttamente dalle parti⁸⁴, e che, per altro verso, gli impongono di sottoscrivere, per ciascuna procedura di mediazione, una dichiarazione di imparzialità⁸⁵ e, comunque, di segnalare tempestivamente all'organismo e alle parti le ragioni del possibile pregiudizio alla sua imparzialità⁸⁶. Peraltro, su istanza di parte, l'organismo può sempre sostituire il mediatore⁸⁷. Il regolamento dell'organismo stabilisce le cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore⁸⁸. In ogni caso, all'esito della procedura le parti compilano una scheda di valutazione del servizio, nella quale si considera anche l'operato del mediatore in punto di imparzialità, professionalità, disponibilità e riservatezza⁸⁹.

In merito al concreto atteggiarsi della professionalità, specie in campo giuridico, occorrono alcune precisazioni. Di regola, l'organismo svolgerà le procedure di mediazione avvalendosi dei propri mediatori che, quantomeno negli organismi aventi competenza generale a trattare tutte le controversie, saranno distribuiti in sezioni tematiche e territoriali, suddivisi in elenchi per specializzazioni nei settori giuridici⁹⁰. La vastità delle mate-

⁸³ Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁴ Art. 14, comma 1, d.lgs. n. 28/2010. Il mediatore, infatti, percepisce i compensi dall'organismo con il quale collabora, al quale si rivolgono le parti in contesa.

⁸⁵ Art. 14, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 28/2010 e art. 7, comma 5, lett. a), D.M. n. 180/2010.

⁸⁶ Art. 14, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁷ Art. 14, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

⁸⁸ Art. 7, comma 3, D.M. n. 180/2010.

⁸⁹ Art. 7, comma 5, lett. b), D.M. n. 180/2010.

⁹⁰ Art. 7, comma 2, lett. d), D.M. n. 180/2010.

rie civili e commerciali trattate in mediazione, unitamente alla complessità e importanza delle controversie da affrontare, peraltro, impone una specializzazione e diversificazione delle competenze dei mediatori, in maniera tale da garantire sempre la professionalità del servizio, nel rispetto dei termini e dei costi contingenti della procedura. Con riferimento al possesso delle conoscenze giuridiche, in ogni caso, è necessaria un'adeguata professionalità per scongiurare l'inutilità, se non la dannosità, dell'eventuale esito positivo della mediazione. In proposito, basti considerare che l'assistenza che in mediazione viene prestata alle parti è finalizzata all'obiettivo della conclusione di un accordo che, per acquisire la natura di titolo esecutivo, deve superare il vaglio giudiziario del Presidente del Tribunale (omologa)⁹¹. Un tale risultato è conseguibile solamente se l'accordo raggiunto con l'assistenza del mediatore sia rispettoso non solo delle regole della procedura di mediazione, ma anche dei principi dell'ordine pubblico e delle norme imperative dell'ordinamento. Gli stessi parametri normativi devono essere rispettati dal mediatore nell'ipotesi di formulazione della proposta scritta risolutiva del conflitto⁹². Il Ministero, da parte sua, ha previsto un sistema di immediata segnalazione dell'eventuale diniego dell'omologa⁹³.

Peraltro, sul mediatore grava pure l'obbligo della disponibilità, non potendo egli rifiutare, senza giustificato motivo, di svolgere la procedura che gli è stata affidata⁹⁴, dovendo rispondere immediatamente ad ogni richiesta proveniente dagli organismi di mediazione con i quali collabora⁹⁵. I tempi rapidi e le cadenzate sequenze della procedura presuppongono una notevole disponibilità e dedizione al servizio per il mediatore che voglia rispettare gli impegni assunti e raggiungere il gradimento degli utenti.

La riforma, infine, esige da quanti operano nella mediazione, a cominciare dal mediatore, la rigorosa osservanza del ca-

⁹¹ Art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁹² Art. 14, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 28/2010.

⁹³ Art. 13, D.M. n. 180/2010.

⁹⁴ Art. 9, comma 2, D.M. n. 180/2010.

⁹⁵ Art. 14, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 28/2010.

none della riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione⁹⁶. La riservatezza, peraltro, si impone tanto verso l'esterno, quanto all'interno non dovendo il mediatore comunicare neppure alla controparte il contenuto riservato delle informazioni ricevute dalla parte in sessione separata⁹⁷. A presidio della riservatezza, garanzia indispensabile di funzionamento della mediazione, in base alle stesse prescrizioni comunitarie, il legislatore italiano ha disposto sia l'inutilizzabilità processuale delle informazioni acquisite in sede di mediazione e la non deducibilità sulle stesse circostanze riservate della prova per testi o del giuramento decisorio⁹⁸, sia il divieto per il mediatore di deposizione davanti all'autorità giudiziaria o altra autorità⁹⁹, con l'estensione delle garanzie difensive previste dal codice di procedura penale per il segreto professionale¹⁰⁰ e per tutelare la libertà del difensore¹⁰¹.

La condotta del mediatore, così come l'intero servizio di mediazione, deve ispirarsi alla finalità di favorire l'accordo delle parti. Per incentivare il perseguimento di questo risultato, peraltro, la riforma ha previsto che in caso di esito positivo della procedura, all'organismo e, quindi, al mediatore, sia dovuta una maggiorazione fino ad un quinto dei compensi dovuti dalle parti¹⁰². Per legge la designazione del mediatore è affidata al responsabile dell'organismo che, in base alle disposizioni del regolamento, lo sceglie tra quelli che hanno dato la disponibilità a collaborare, tenendo conto della necessità di garantire la riservatezza del procedimento, nonché l'imparzialità, la professionalità e la disponibilità del mediatore medesimo. In questa scelta, tuttavia, il responsabile dovrà prendere in considerazione il gradimento delle parti e, in particolare, rispettare la comune indicazione che le stesse parti facciano del mediatore. In tali ipo-

⁹⁶ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁷ Art. 9, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁸ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

⁹⁹ Art. 200 c.p.p.

¹⁰⁰ Art. 103 c.p.p.

¹⁰¹ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰² Art. 16, comma 4, lett. b), D.M. n. 180/2010.

tesi, infatti, sono le parti che effettuano la valutazione più adeguata alle proprie esigenze, scegliendo il mediatore che ritengono maggiormente in grado di assisterle nella soluzione bonaria della controversia. Una siffatta eventualità, peraltro, si diffonderà con il passare del tempo non appena si supererà la fase di rodaggio e si affermeranno nel sistema le professionalità della mediazione, che potranno così essere conosciute e apprezzate dal largo pubblico degli utenti.

5. *Il procedimento di mediazione.* – La riforma ha fissato i principi generali ai quali deve ispirarsi la mediazione e il relativo procedimento. Le norme, in particolare, indicano le modalità di accesso, svolgimento e chiusura, nonché i costi e i vantaggi fiscali del servizio delle mediazione.

In primo luogo, le definizioni normative chiariscono e distinguono i significati giuridici dei termini «mediazione»¹⁰³, intesa come 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 «conciliazione»¹⁰⁴ che consiste nella composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione. In pratica, la mediazione indica il procedimento finalizzato alla risoluzione della controversia e la conciliazione l'eventuale esito positivo, ossia l'accordo risolutivo raggiunto dalle parti.

L'utilizzo del procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione trova vari fondamenti: normativo, giudiziale, convenzionale o facoltativo. Anzitutto, la mediazione è imposta dalla legge (mediazione obbligatoria) prima di promuovere un'azione in giudizio¹⁰⁵, a far data dal 20 marzo 2011, nelle controversie in numerose materie: condominio, diritti reali, divisione, successio-

¹⁰³ Art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010 e art. 1, comma 1, lett. c), D.M. n. 180/2010.

¹⁰⁴ Art. 1, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 28/2010 e art. 1, comma 1, lett. e), D.M. n. 180/2010.

¹⁰⁵ Art. 5 (*Condizione di procedibilità e rapporti con il processo*), comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

ni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Il numero di controversie interessate dalla mediazione obbligatoria è elevatissimo e, quindi, l'impatto della riforma sul sistema è notevole per quanto riguarda sia la quantità di procedure e sia la varietà degli argomenti da trattare. La scelta delle materie, in sostanza, risponde ad una esigenza sociale di contenimento della conflittualità, maggiormente avvertita in ragione sia dell'incidenza numerica delle liti (sinistri stradali, condominio e diritti reali), sia dell'impatto negativo sull'opinione pubblica (responsabilità medica e diffamazione a mezzo stampa), nonché della necessità di preservare la collaborazione tra le parti nei rapporti di durata (contratti di locazione, d'affitto di aziende, bancari, finanziari e assicurativi, etc.).

Il Giudice, inoltre, in qualsiasi fase del giudizio, anche in grado d'appello, può invitare le parti ad esperire la mediazione (mediazione delegata) quando, considerata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, ravvisi elementi che facciano intravedere spazi per una composizione bonaria della vertenza¹⁰⁶. Qualora le parti aderiscano all'invito del giudice, questi fissa un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e, quindi, rinvia la trattazione della causa per un tempo occorrente all'esperimento del procedimento davanti ad un organismo di mediazione accreditato. Qualora le parti non aderiscano all'invito di promuovere la mediazione, ovvero la stessa non porti alla conciliazione, il giudizio proseguirà in vista della decisione del giudice.

Nella stipulazione dei contratti, degli statuti e degli atti costitutivi degli enti le parti possono inserire la clausola di mediazione e conciliazione¹⁰⁷, con la quale pattuiscono di esperire la mediazione (mediazione convenzionale), eventualmente scegliendo l'organismo accreditato al quale rivolgersi, prima di promuovere un giudizio o un arbitrato. La stipula di queste clausole favorisce la diffusione della mediazione impegnando le

¹⁰⁶ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁷ Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

parti a cercare una soluzione bonaria della controversia, auspicabile soprattutto nei rapporti associativi e di durata, comunque destinati a protrarsi nel tempo.

Fuori delle ipotesi sopra richiamate, infine, ciascun soggetto può promuovere la procedura di mediazione (mediazione facoltativa) per tentare la composizione amichevole di una qualsiasi controversia vertente su diritti disponibili. La scelta della mediazione può essere dettata da molteplici ragioni di convenienza, a cominciare da quella di beneficiare dei vantaggi anche fiscali offerti dalla nuova disciplina. In tal senso, si ritiene che se anche fosse abrogata la norma che attualmente ne prevede l'obbligatorietà, la mediazione potrà essere comunque attivata dai contendenti per sfruttarne le notevoli potenzialità e, comunque, per soddisfare un bisogno di tutela che il sistema giudiziario non riesce a soddisfare in tempi accettabili.

La proposizione della mediazione, nei casi in cui è prescritta dalla legge o pattuita dai contendenti, costituisce una condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, che deve essere rilevata d'ufficio dal giudice o eccepita dalla controparte entro precisi termini di decadenza¹⁰⁸. Nel caso in cui accerti la mancata proposizione della mediazione, il giudice assegna alle parti quindici giorni per provvedervi, rinviando la trattazione della causa all'udienza successiva. Le maggiori critiche del ceto forense avverso la riforma della mediazione si appuntano proprio sull'obbligatorietà normativamente imposta della mediazione, tant'è che gli organismi dell'avvocatura italiana hanno promosso un articolato ricorso davanti al T.A.R. del Lazio, sollevando sul punto la questione di legittimità costituzionale, che è stata considerata non manifestamente infondata, e attende di essere decisa dalla Corte Costituzionale¹⁰⁹. Il nostro ordinamento, peraltro, conosce numerose altre ipotesi normative che prescrivono l'esperimento del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (in materia di cause agrarie, di lavoro e delle utenze della telefonia), sulle quali la

¹⁰⁸ Art. 5, commi 1 e 5, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁰⁹ Ordinanza Tar Lazio, Sez. I, 12 aprile 2011, n. 3202, in I. PAGHI, *La mediazione dinanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del Tar Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, 2011, 995 ss.

nostra Corte Costituzionale si è pronunciata, ritenendole conformi ai precetti costituzionali.

Il procedimento di mediazione, seppure collegato al processo giudiziario, si connota per regole assolutamente peculiari, sulle quali si sono incentrate ulteriori critiche. Così, nella mediazione non sussiste il riparto della competenza territoriale degli uffici giudiziari, nel senso che spetta a chi promuove il procedimento di mediazione scegliere liberamente l'organismo tra quelli che risultano accreditati nel registro ministeriale¹¹⁰, a prescindere dal luogo della sede in Italia. La parte, quindi, può scegliere l'organismo anche fuori dall'ambito territoriale nel quale è posto l'ufficio giudiziario davanti al quale, in caso di mancata conciliazione, sarà eventualmente promosso il processo civile. In caso di più domande di mediazione relative alla medesima controversia proposte davanti a organismi di mediazione diversi, inoltre, prevarrà quella presentata, ossia ricevuta, per prima¹¹¹. Il base al criterio delle prevenzioni, quindi, la scelta è rimessa all'iniziativa e alla valutazione di chi promuove la domanda di mediazione.

Nella mediazione non è neppure obbligatorio avvalersi di un avvocato, potendosi le parti presentare personalmente o farsi assistere e rappresentare da chi ritengono. Anche sotto questo profilo, la riforma non ha tardato a sollevare forti critiche da parte del ceto forense che chiede una modifica normativa che renda la presenza dell'avvocato obbligatoria nella mediazione, così come di regola accade nei giudizi civili. Sul punto è aperta una fase di discussione e interlocuzione politica tra il Ministro della Giustizia e l'Avvocatura.

Quanto al procedimento di mediazione, la riforma fissa i principi generali: la durata massima di quattro mesi¹¹², la riservatezza interna e verso l'esterno, la mancanza di formalità, la possibilità dell'utilizzo delle procedure telematiche, le garanzie di imparzialità, professionalità e tempestività nella scelta dei mediatori¹¹³. Le concrete regole procedurali, invece, sono

¹¹⁰ Art. 4 (*Accesso alla mediazione*), comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹¹ Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹² Art. 6 (*Durata*), comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹³ Art. 3 (*Disciplina applicabile e forma degli atti*) d.lgs. n. 28/2010.

state lasciate alla definizione dei singoli organismi di mediazione, che le raccolgono nel proprio regolamento sottoposto alla preventiva approvazione ministeriale in sede di iscrizione. La scelta dell'organismo di mediazione, quindi, importa l'individuazione del regolamento di procedura da applicare nella gestione della singola controversia. Anche sotto questo aspetto si vuole stimolare la competizione tra organismi, favorendo quelli che adottino soluzioni più semplici ed efficienti.

L'istanza di mediazione, quanto ai contenuti, risponde al criterio dell'essenzialità e deve indicare quattro elementi fondamentali che permettono l'immediata individuazione dei termini soggettivi e oggettivi della vicenda: l'organismo di mediazione adito, le parti contendenti, l'oggetto e le ragioni della pretesa¹¹⁴. In particolare, per quanto attiene all'oggetto e alle ragioni delle pretese non occorrono formule giuridiche o tecniche specifiche, in quanto l'istanza deve unicamente permettere, all'organismo e al mediatore, di individuare la materia del contendere e i profili controversi per un'adeguata gestione della procedura e, alla controparte, di capire cosa le viene richiesto e, quindi, se ci sono spazi di negoziabilità della lite. Non solo non è necessaria, ma potrebbe risultare inappropriata, e persino pregiudizievole per l'istante, l'anticipazione in sede di mediazione di una compiuta illustrazione e argomentazione di tutti i profili della controversia, che saranno successivamente sviluppati in giudizio. La controparte, infatti, potrebbe presentarsi in mediazione non già per trovare l'accordo, quanto opportunisticamente per conoscere tali argomenti e prepararsi al giudizio.

Sul piano procedimentale, la riforma prevede che all'atto della presentazione della domanda il responsabile dell'organismo designi il mediatore e fissi il primo incontro congiunto delle parti da tenersi entro quindici giorni¹¹⁵. All'esito dell'incontro congiunto il mediatore potrà valutare, in base alle disposizioni del regolamento e, soprattutto, alla disponibilità delle parti, se fissare ulteriori incontri congiunti o separati finalizzati a favorire il raggiungimento dell'accordo bonario ovvero alla semplice constatazione dell'impossibilità della conciliazione. Quest'ultima eventualità

¹¹⁴ Art. 4, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁵ Art. 8 (*Procedimento*), comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

sarà il più frequente epilogo della procedura, soprattutto nelle controversie per le quali la mediazione è normativamente imposta e, quindi, prevedibilmente promossa al solo fine di superare la condizione di procedibilità dell'azione nel giudizio civile.

La riforma prevede che la mediazione assuma rilievo quanto alla prescrizione e alla decadenza¹¹⁶, in modo da evitare che il tempo occorrente all'instaurazione e allo svolgimento del procedimento finalizzato alla composizione bonaria della controversia possa ritorcersi in danno di chi lo coltiva. Più precisamente, così come accade per la proposizione delle domande giudiziali, la domanda di mediazione, una volta comunicata alla controparte, determina l'interruzione della prescrizione e, inoltre, impedisce la decadenza per una sola volta.

Per scongiurare il rischio che le posizioni dei contendenti siano comunque pregiudicate dal tentativo di conciliazione, della durata massima di quattro mesi, il legislatore ha previsto che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale¹¹⁷. Numerose, infine, sono le ipotesi derogatorie nelle quali la tutela giudiziale, in taluni casi, è immediatamente azionabile senza il previo svolgimento della mediazione ovvero, in altri casi, richiede che la mediazione sia svolta in un momento differito, durante una fase processuale di merito successiva¹¹⁸.

6. *L'accordo di conciliazione.* – L'esito del procedimento, tanto se negativo (mancata conciliazione) quanto se positivo (raggiunta conciliazione), si atteggia diversamente in base alle tecniche impiegate per la gestione della mediazione. Le due principali tecniche, peraltro, risultano dalla stessa definizione normativa di mediazione¹¹⁹ e, in pratica, indicano le diverse modalità impiegate dal mediatore per favorire l'accordo dei contendenti: la mediazione facilitativa e quella valutativa. La prima tecnica, più semplice e

¹¹⁶ Art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁷ Art. 5, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁸ Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁹ Art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 28/2010.

diffusa, consiste nell'assistere le parti per favorire il loro accordo amichevole, senza entrare nella valutazione del merito delle posizioni da loro sostenute, ma neanche limitare il confronto dialettico all'ambito circoscritto delle questioni oggetto della controversia. Il mediatore spazia tra i diversi argomenti prospettati e che ritiene rilevanti ai fini della complessiva composizione del conflitto, spiegando liberamente la sua attività di assistenza alle parti, nei limiti delle loro disponibilità. In tal caso, il mediatore ascolta le parti e le supporta nelle fasi di elaborazione e definizione dell'accordo, che è il risultato di una loro amichevole, ossia spontanea e non imposta, composizione convenzionale della controversia. La seconda tecnica di mediazione valutativa (o aggiudicativa) è assai più incisiva e pericolosa, in quanto consiste nella formulazione, da parte del mediatore, di una proposta scritta di risoluzione del conflitto da sottoporre all'adesione di ciascuna delle parti. La mediazione valutativa ha un ambito applicativo più circoscritto¹²⁰, in quanto è applicabile subordinatamente all'insuccesso della mediazione facilitativa e, di regola, presuppone la congiunta richiesta di tutte le parti, che il mediatore deve avere chiaramente avvertite delle gravi conseguenze della mancata accettazione della sua proposta sul piano delle spese processuali nel successivo giudizio, allorquando il giudice pervenga alla stessa soluzione rifiutata in mediazione ovvero ad una soluzione ad essa sostanzialmente corrispondente¹²¹. Con la proposta scritta, infatti, il mediatore deve prospettare una soluzione della controversia; il che fatalmente importa che egli prenda posizione nel merito dei problemi sottoposti dalle parti. L'iniziale formulazione della disposizione imponeva al mediatore di fare la proposta scritta in tutte le procedure¹²², qualora le parti non si fossero spontaneamente messe d'accordo. Le critiche dell'avvocatura sul punto sono state recepite nel testo definitivo della riforma che, anzitutto, prescrive che il mediatore sia obbligato a formulare la proposta scritta solamente allorquando vi sia la richiesta congiunta di tutte le parti edotte delle possibili conseguenze negative sul piano delle spese pro-

¹²⁰ Art. 11 (*Conciliazione*), comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹²¹ Art. 13 (*Spese processuali*) d.lgs. n. 28/2010.

¹²² Art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

cessuali¹²³. Il mediatore, inoltre, può fare la proposta scritta anche quando lo ritenga opportuno per superare la situazione di incomunicabilità tra le parti¹²⁴. In questo senso, la proposta scritta diviene un meccanismo di sollecitazione che permette di oltrepassare la reciproca reazione delle parti a qualunque soluzione provenga dall'altra, a prescindere dall'esame del merito.

In sintesi, quindi, la mediazione facilitativa può concludersi con l'accordo amichevole raggiunto dalle parti, che si allega al verbale di conciliazione¹²⁵. Quando le parti non raggiungano l'accordo amichevole, all'esito dell'impiego delle tecniche facilitative al mediatore si prospetta un'alternativa di fondo: avvalersi delle tecniche aggiudicative con la formulazione di una proposta scritta ovvero chiudere subito la procedura di mediazione. Come accennato, il mediatore deve seguire la prima via obbligatoriamente se c'è la richiesta congiunta delle parti, ovvero facoltativamente se il mediatore, nella sua discrezionalità, lo ritenga funzionale alla composizione bonaria del conflitto. In entrambe le ipotesi, il mediatore formula una proposta scritta di conciliazione, rispetto alla quale le parti sono invitate a manifestare per iscritto l'adesione nei sette giorni dalla comunicazione¹²⁶. In caso di loro accettazione, si redige verbale di conciliazione che consta della proposta scritta del mediatore e delle adesioni delle parti. In caso di rifiuto della proposta, ovvero di mancata risposta di almeno una parte, invece, la procedura si chiude con il verbale di mancata conciliazione. Nel verbale stesso, tuttavia, deve essere riportato il contenuto della proposta scritta del mediatore¹²⁷ che formerà oggetto di valutazione da parte del giudice nella decisione sulla ripartizione, in deroga rispetto al criterio generale della soccombenza, delle spese processuali all'esito dell'eventuale successiva causa civile. In particolare, allorquando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde integralmente al contenuto della proposta scritta

¹²³ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹²⁴ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹²⁵ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹²⁶ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹²⁷ Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

del mediatore¹²⁸, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, condannandola al pagamento delle spese sostenute dalla controparte soccombente, nonché al versamento in favore dello Stato di una somma pari al contributo unificato, fermo restando la possibilità di un'ulteriore condanna al risarcimento per danni da lite temeraria¹²⁹. Quando il provvedimento che definisce il giudizio, invece, non corrisponde interamente al contenuto della proposta, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, il giudice può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per la procedura di mediazione¹³⁰. La gravità di tali conseguenze negative sul piano economico, suscettibili di vanificare il contenuto favorevole della sentenza, impone che le parti ne siano state chiaramente informate dal mediatore prima della formulazione della proposta scritta di conciliazione.

Nel verbale di mancata conciliazione, in tutti i casi, il mediatore dovrà indicare quali parti hanno partecipato alla procedura¹³¹. Dalla mancata partecipazione, senza giustificato motivo, alla procedura di mediazione, infatti, il Giudice può trarre elementi di prova che, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., faranno propendere la decisione della causa rimasta incerta a favore della controparte presente in mediazione.

Il verbale di conciliazione è suscettibile di divenire titolo esecutivo per l'esecuzione forzata, l'esecuzione in forma specifica e, comunque, per l'iscrizione di ipoteca giudiziale¹³² all'esito di un controllo giudiziario, l'omologa, ad opera del Presidente del Tribunale del distretto nel quale ha sede l'organismo di mediazione¹³³. Il controllo concerne il rispetto dell'ordine pubblico, delle norme imperative e delle procedure della mediazione. L'accordo immobiliare raggiunto in sede di mediazione, inoltre, è suscettibile di essere trascritto nei registri immobiliari ai sensi dell'art. 2643 c.c., in quanto la sottoscrizione delle

¹²⁸ Art. 11, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹²⁹ Art. 13, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹³⁰ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹³¹ Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

¹³² Art. 12 (*Efficacia esecutiva ed esecuzione*), comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

parti sia stata autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato¹³⁴. Una siffatta possibilità, unita al vantaggioso regime fiscale della conciliazione, costituisce un indubbio stimolo per i contendenti all'utilizzo della mediazione anche fuori delle materie per le quali costituisce condizione di procedibilità dell'azione in giudizio.

7. Il regime tariffario delle spese e i vantaggi fiscali. – Il servizio di mediazione ha un costo che, di regola, sopportano le parti che se avvalgono. A tal fine, la riforma ha inteso favorire l'utilizzo della mediazione prevedendo un regime calmierato delle spese e introducendo vantaggi fiscali di notevole interesse.

Il D.M. n. 180/2010 contiene il regime tariffario della mediazione, che si sostanzia principalmente nella definizione di una tabella ministeriale delle spese di mediazione, contenuta nell'allegato A, che per legge è imposta agli organismi pubblici e che è aggiornabile al triennio¹³⁵, e nella individuazione dei criteri di applicazione della stessa (art. 16), applicabili a tutti gli organismi di mediazione accreditati, pubblici e privati.

La tabella A si articola in dieci distinte fasce di valore delle controversie, costituenti altrettanti scaglioni, a ciascuno dei quali corrisponde un differente importo delle spese dovute dalle parti¹³⁶.

¹³³ Art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹³⁴ Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

¹³⁵ Art. 17, comma 7, d.lgs. n. 28/2010.

¹³⁶ Tabella A

Valore della lite	Spesa (per ciascuna parte)
Fino a Euro 1.000:	Euro 65
da Euro 1.001 a Euro 5.000	Euro 130
da Euro 5.001 a Euro 10.000	Euro 240
da Euro 10.001 a Euro 25.000	Euro 360
da Euro 25.001 a Euro 50.000	Euro 600
da Euro 50.001 a Euro 250.000	Euro 1.000
da Euro 250.001 a Euro 500.000	Euro 2.000
da Euro 500.001 a Euro 2.500.000	Euro 3.800
da Euro 2.500.001 a Euro 5.000.000	Euro 5.200
oltre Euro 5.000.001	Euro 9.200

Gli importi sono da considerare massimi, in quanto gli organismi di mediazione possono derogarli in senso riduttivo per contenere le spese. Gli organismi di mediazione privati, invece, devono attenersi a questi importi solamente nelle materie per le quali è per legge obbligatoria la mediazione¹³⁷, mentre nelle altre materie possono liberamente determinare le spese dovute dalla parti, osservando i criteri allegati all'istanza di accreditamento e approvati dal Ministero della Giustizia.

Tra i criteri applicativi delle spese decretati dal Ministero, è importante la previsione di una pluralità di maggiorazioni e riduzioni, in misura fissa o variabile, di applicazione facoltativa e obbligatoria, rispetto ai valori tabellari, che portano significativi scostamenti dagli importi base delle spese, quali determinate per scaglione di valore di riferimento. Una particolare notazione merita la maggiorazione, obbligatoria e in misura variabile fino a un quarto di aumento delle spese, applicabile in caso di esito positivo della procedura¹³⁸. Del pari significativa è la riduzione obbligatoria delle spese applicabile quando in mediazione non si presenti nessuna delle parti chiamate dall'istante¹³⁹. Quando la mediazione è imposta dalla legge¹⁴⁰, inoltre, si applica una riduzione obbligatoria delle spese¹⁴¹ e, comunque, le parti che hanno un reddito inferiore alla soglia per beneficiare

¹³⁷ Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹³⁸ Art. 16, comma 4, lett. b), D.M. n. 180/2010 come modificato, dall'art. 5, comma 1, lett. a), D.M. n. 145/2011. L'iniziale formulazione della norma, invece, prevedeva un aumento fino a un quinto.

¹³⁹ Art. 16, comma 4, lett. e), D.M. n. 180/2010 come modificato, dall'art. 5, comma 1, lett. c), D.M. n. 145/2011, che prevede una riduzione a euro quaranta per il primo scaglione e ad euro cinquanta per tutti gli altri scaglioni, ferma restando l'applicazione della maggiorazione in dovuta in caso di formulazione della proposta scritta. L'iniziale versione del D.M. n. 180/2010, invece, prevedeva una riduzione obbligatoria di un terzo in caso di mancata partecipazione degli invitati.

¹⁴⁰ Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴¹ Art. 16, comma 4, lett. d), d.lgs. n. 28/2010 come modificato, dall'art. 5, comma 1, lett. b), D.M. n. 145/2011, che prevede una riduzione di un terzo per i primi sei scaglioni e della metà per i restanti, con alcune precisazioni ulteriori. L'iniziale formulazione della norma, invece, si limitava a prevedere una riduzione secca di un terzo per tutte le controversie nelle materie dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

nel processo civile del gratuito patrocinio non pagano nulla¹⁴². In queste ipotesi, salva l'applicazione della regola della solidarietà passiva tra le parti, l'organismo dovrà comunque gestire la procedura di mediazione¹⁴³.

La riforma, inoltre, prevede che le parti non debbano pagare null'altro per la mediazione e, quindi, che tutti gli atti, documenti e provvedimenti di mediazione siano esenti da bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura¹⁴⁴. Anzi, ai verbali di accordo di conciliazione fino al valore di cinquanta-mila euro non si applica neppure l'imposta di registro¹⁴⁵. Infine, per le spese di mediazione sostenute, le parti possono invocare un credito di imposta annuo fino a concorrenza di cinquecento euro in caso di conciliazione e della metà in caso di insuccesso della procedura¹⁴⁶.

Proprio sull'illustrazione dei vantaggi fiscali della mediazione, peraltro, si incentra la strategia di promozione e diffusione dell'istituto. La riforma¹⁴⁷, infatti, ha posto a carico degli avvocati un puntuale obbligo di informazione da rendere nei confronti degli assistiti, per scongiurare il rischio che le novità normative rimangano sconosciute al largo pubblico dei cittadini e dalle imprese. Più precisamente, all'atto del conferimento dell'incarico, ciascun avvocato è tenuto a informare per iscritto e in modo chiaro l'assistito delle possibilità della mediazione e dei relativi vantaggi fiscali, nonché dei casi cui l'esperimento della procedura è condizione di procedibilità dell'azione civile davanti all'autorità giudiziaria. Il documento informativo recante l'informazione, sottoscritto dall'assistito, inoltre, deve essere allegato insieme all'atto introduttivo della causa civile e, in mancanza, il giudice può invitare la parte a comparire personal-

¹⁴² Art. 17, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴³ Ai sensi dell'art. 17, comma 6, d.lgs. n. 28/2010, il Ministero esegue il monitoraggio delle procedure coltivate da soggetti esonerati dal pagamento delle spese di mediazione e, quindi, dei relativi risultati terrà conto nelle successive rideterminazioni delle tabelle delle spese spettanti agli organismi pubblici.

¹⁴⁴ Art. 17, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴⁵ Art. 17, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴⁶ Art. 20 (*Credito d'imposta*), comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

mente per ricevere l'informazione sulla facoltà di chiedere la mediazione. In ogni caso, la mancata prestazione dell'informazione sulla mediazione determina l'invalidità, esattamente l'annullabilità, del contratto tra l'avvocato e l'assistito¹⁴⁸. L'informazione sulla mediazione, infatti, è uno strumento ritenuto necessario affinché l'assistito possa esprimere una scelta effettivamente consapevole in ordine all'iniziativa più conveniente ai fini della tutela dei propri diritti.

La riforma, rispettando la sollecitazione comunitaria, ha imposto al Ministero della Giustizia di procedere alla divulgazione al pubblico delle informazioni concernenti il servizio della mediazione e gli organismi abilitato a svolgerlo. L'importanza delle campagne pubblicitarie, anche tramite internet, per portare il sistema della mediazione a conoscenza del largo pubblico dei cittadini, si dimostra evidente soprattutto in ragione della profonda novità dei meccanismi compositivi dei conflitti introdotto nella legislazione italiana e della forte resistenza mostrata finora dagli avvocati nell'applicare la mediazione, oltre che nell'informare gli assistiti.

Da ultimo, non resta da attendere quale concreto impatto avrà la riforma della mediazione in Italia e, in particolare, se contribuirà almeno in parte a rispondere alle attese di facilitare l'accesso alla tutela, con tempi e costi contenuti, e, quindi, a ridurre e decongestionare l'insopportabile carico degli uffici giudiziari. L'indicazione normativa¹⁴⁹ per la quale le risorse occorrenti per coprire i vantaggi fiscali del sistema della mediazione saranno tratte dal "Fondo unico giustizia" innesta un'interessante dinamica competitiva tra istituzioni pubbliche e private impegnate nella tutela dei diritti da seguire con attenzione per cogliere l'evoluzione del sistema giudiziario italiano.

¹⁴⁷ Art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

¹⁴⁸ L'iniziale formulazione della norma, peraltro, contemplava la testuale nullità per la violazione dell'obbligo dell'avvocato di rendere informazione all'assistito in merito alla mediazione. Il ceto forense, preoccupato delle gravi conseguenze derivanti dalla previsione della nullità, ancorché di protezione a tutela del contraente debole (assistito), ne ha ottenuto la sostituzione con la più tenue misura dell'annullabilità.

¹⁴⁹ Art. 20, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

OMBRETTA DESSÌ

LA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. La conciliazione nel diritto del lavoro. - 2. La definizione di “conciliazione” e l’efficacia dell’accordo conciliativo. - 3. Conciliazione e processo del lavoro. - 4. La conciliazione obbligatoria. - 5. Conciliazione e certificazione. - 6. Conciliazione e arbitrato. - 7. Le fattispecie conciliative. - 7.1. La conciliazione amministrativa. - 7.2. La conciliazione sindacale. - 7.3. La conciliazione giudiziale. - 8. La conciliazione monocratica. - 9. Conclusioni.

1. *La conciliazione nel diritto del lavoro.* – Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28¹, che regolamenta la mediazione civile e commerciale², non si occupa della conciliazione delle controversie di lavoro, nonostante le due fattispecie appartengano alla medesima famiglia giuridica.

La conciliazione è disciplinata dagli artt. 410 ss. e 420 ss. c.p.c. e dall’art. 2113, 4° comma, c.c., come modificati dalla legge 4 novembre 2010, n. 183. A differenza della mediazione, che costituisce una novità in tema di risoluzione stragiudiziale delle liti nel diritto civile e commerciale, si tratta di una vecchia conoscenza del legislatore italiano. Infatti, tra la fine del XIX secolo e la prima metà del secolo scorso è stata impiegata dal Collegio dei Probiviri per la composizione dei conflitti attribuiti alla sua competenza³. Successivamente, è stata disciplinata dall’art. 4 del r.d. 26 febbraio 1928, n. 471, dall’art. 5 del r.d. 21 maggio

¹ Il d.lgs. n. 28 del 2010 da attuazione all’art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, contenente una delega al Governo, tra le altre cose, per l’adozione di norme istitutive della mediazione civile e commerciale.

² Per quanto concerne la mediazione civile e commerciale si veda, per tutti, A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Utet, Torino, 2011.

³ Sul punto cfr. G. CAZZOLA, *Valutazioni critiche sull’esperienza italiana dei collegi dei probiviri alla luce della riforma del processo del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, n. 1, 361 ss.

1934, n. 1073 e, infine, dagli artt. 409, 412, 429 ss., 433 e 467 del Codice di Procedura Civile del 1942.

La mancata inclusione dell'istituto nel d.lgs. n. 28 del 2010 sottintende una notevole differenza strutturale rispetto alla mediazione civile e commerciale e fotografa la peculiarità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile⁴.

Data tale diversità, la conciliazione giuslavoristica è tradizionalmente funzionale al soddisfacimento dell'esigenza di tutela del lavoratore e, considerata l'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni poste in essere in quella sede (art. 2113, 4° comma, c.c.), al criterio giuspolitico della certezza dei rapporti giuridici.

Come si desume dalla lettura dei lavori preparatori della legge n. 183, invece, la nuova normativa la configura come un'ipotesi giuridica finalizzata esclusivamente alla deflazione del contenzioso del lavoro rispetto al carico degli arretrati e al rischio di ulteriori ritardi, mentre non compare alcun accenno alla tutela del lavoratore o alla certezza del diritto.

Poste queste premesse, lo scopo dell'indagine è quello di mettere in evidenza gli aspetti salienti della nuova normativa e di verificare se risponda non solo alla necessità di decongestionare il traffico giudiziario, ma anche a quella del superamento dello squilibrio tra le posizioni delle parti nel contratto di lavoro e della certezza del diritto.

Per poterlo perseguire, occorre prendere le mosse dall'esame della nozione di conciliazione e della normativa ad essa destinata, con particolare riguardo agli effetti negoziali dell'accordo conciliativo, che sono comuni alle diverse sottotipologie dell'istituto.

In seconda battuta ci si deve soffermare sulla novità presumibilmente più importante tra quelle introdotte dalla legge del 4 novembre 2010 in materia, vale a dire l'abolizione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

La terza fase sarà dedicata alle ipotesi residue di conciliazione obbligatoria, con particolare riguardo all'individuazione della regolamentazione alla quale sono assoggettate, al fine di stabilire quali siano le differenze rispetto alla normativa generale.

⁴ Per quanto concerne la differenza tra il diritto civile e il diritto del lavoro si veda L. MENGONI, A. PROTOPISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile e diritto amministrativo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 3 ss.

Il passo ulteriore consisterà nell'esame dell'istituto in connessione con la certificazione, sia perché il tentativo obbligatorio permane in caso di impugnazione dell'atto certificativo, sia in virtù della funzione anche conciliativa delle commissioni di certificazione.

Successivamente si procederà all'analisi della fattispecie in relazione all'arbitrato, per via dell'espressa previsione, da parte del legislatore, del raccordo della prima con la procedura arbitrale (art. 412, 1° comma, c.p.c.) e delle "altre modalità di conciliazione ed arbitrato" (art. 412-*quater* c.p.c.).

Inoltre, si riserverà ampio spazio alla trattazione delle singole figure conciliative, menzionate dall'art. 2113, 4° comma, c.c., con particolare riguardo alle novità determinate dalla legge n. 183 del 2010.

Uno studio dedicato alla conciliazione non può prescindere dalla disamina dell'ipotesi monocratica, introdotta dal d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, anch'essa ritoccata dalla legge n. 183, al fine di verificare se abbia la medesima natura di quella ordinaria e se sia giustificata allo stesso modo.

Nella parte finale della ricerca si esaminerà la nuova disciplina sulla conciliazione nel suo complesso, al fine di mettere in evidenza il ruolo che è destinata a giocare nell'ambito del diritto del lavoro.

2. La definizione di "conciliazione" e l'efficacia dell'accordo conciliativo. – Il sistema giuslavoristico italiano non prevede una definizione precisa e dettagliata di "conciliazione", nonostante quest'ultimo termine sia frequentemente impiegato dal legislatore riguardo a tale particolare modalità di composizione stragiudiziale dei conflitti di lavoro.

La dottrina e la giurisprudenza non si sono mai preoccupate di elaborare una nozione di conciliazione e di delinearne lo spazio applicativo. Si sono, invece, limitate ad impiegarla, in primo luogo, con riferimento all'attività svolta da un terzo imparziale allo scopo di assistere le parti sia nella ricerca di un accordo amichevole sia nella formulazione di una proposta per la composizione di una controversia tra loro in atto. Secondariamente, se ne sono servite per individuare l'atto che contiene i termini di composizione della lite – il cd. "accordo conciliativo" o sempli-

emente “conciliazione” – e che è concluso dalle parti mediante il supporto di appositi organismi, pubblici e privati, abilitati a svolgere il procedimento di conciliazione e, al tempo stesso, privi dell’ autorità per imporre una soluzione.

Si è creata, così, una grande confusione tra il significato sostanziale e quello procedurale del termine, notevolmente acuita dalla tripartizione della fattispecie in diverse sottotipologie – la conciliazione amministrativa, quella sindacale e quella giudiziale – le quali, pur essendo espressamente menzionate dall’ art. 2113, 4° comma, c.c., sono sottoposte a discipline specifiche.

Per mettere ordine nel marasma qualificatorio si può ricorrere, in via analogica, alla chiara distinzione, operata dal d.lgs. n. 28 del 2010, tra il momento procedurale e quello relativo al raggiungimento di un accordo, impiegando due espressioni differenti.

Si può intendere come “mediazione” l’ attività 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 a ciò finalizzata (art. 1, lett. a), del d.lgs. n. 28 del 2010).

Il termine “conciliazione”, invece, può essere più propriamente riferito all’ accordo che scaturisce dallo svolgimento della mediazione (art. 1, lett. c), del d.lgs. n. 28 del 2010) e che confluisce nel processo verbale (art. 11, 1° comma, del d.lgs. n. 28 del 2010).

Nonostante la correttezza giuridica dell’ impiego delle suddette espressioni nel senso appena indicato, appare opportuno continuare a qualificare entrambe le ipotesi in termini di “conciliazione”, perché tale è la tendenza prevalente in dottrina e in giurisprudenza. Si ha, comunque, piena consapevolezza della differenza tra l’ attività di negoziazione diretta alla composizione della lite (mediazione) e l’ accordo nel quale essa si concretizza (conciliazione).

Il modello di disciplina impiegato nel d.lgs. n. 28 del 2010 potrebbe essere utile per tentare di colmare la lacuna legata al fatto che il legislatore dedica poco spazio ad una disciplina comune alle sottotipologie menzionate, concentrandosi, invece, sulla regolamentazione specifica di ciascuna di esse, con particolare riguardo agli aspetti procedurali.

L’ unico effetto di carattere negoziale, comune alle tre ipotesi, che la legge prevede espressamente in materia consiste nel-

l'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni poste in essere dinanzi al conciliatore.

Prima di entrare nel vivo del discorso si deve premettere che l'accordo conciliativo, definito dal Codice di Procedura Civile come "processo verbale", ha natura contrattuale poiché è il frutto della negoziazione svolta dalle parti con l'assistenza del conciliatore.

Ciononostante, non è dato dedurre immediatamente quale sia la sua autonoma fisionomia concettuale sul piano civilistico, poiché la legge non indica chiaramente quale veste negoziale può assumere.

Se si analizza la normativa relativa all'efficacia dell'accordo raggiunto in sede sindacale e alla sua validità di titolo esecutivo (art. 411, ult. comma, c.p.c.) è agevole argomentare quanto appena asserito. Il legislatore specifica che gli adempimenti ivi previsti devono garantire l'autenticità del verbale e conferirgli efficacia esecutiva e che, tuttavia, non rilevano rispetto alla natura del negozio giuridico contenente la conciliazione. Più precisamente, presuppongono che l'accordo conciliativo abbia carattere negoziale, ma non incidono sulla sua validità né sulla sua efficacia vincolante rispetto alle parti della controversia.

L'unico punto fermo al riguardo può essere desunto dall'art. 2113, 4° comma, c.c., in virtù del quale le rinunce e le transazioni poste in essere dinanzi al conciliatore non sono sottoposte alla disciplina di cui all'art. 2113, 1°, 2° e 3° comma, c.c.⁵

Posta la laconicità del dato legislativo, si presume che l'accordo conciliativo abbia carattere negoziale e che, quando assume le vesti di una rinuncia o di una transazione, sia soggetto ad una disciplina peculiare.

⁵ L'incensurabilità non si estende all'eventuale presenza di vizi procedurali, per i quali le rinunce e le transazioni, anche se venute in essere dinanzi al conciliatore, sono sottoposte agli ordinari mezzi di impugnazione previsti per i negozi giuridici invalidi.

In questi termini Cass. 26 luglio 2003, n. 11107, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 419, con nota di S. FATONE.

Sul punto si vedano anche Pret. Torino 18 giugno 1992, in *Giur. Piem.*, 1993, 322; Pret. Firenze 19 febbraio 1987, n. 198, in *Tosc. lav. giur.*, 1987, 547; Pret. Firenze 16 ottobre 1986, n. 959, in *Tosc. lav. giur.*, 1986, 548; Pret. Milano 26 ottobre 1978, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 620.

Il tema è analizzato da L.A. COSATTINI, *Rinunzie e transazioni*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro*, Commentario, vol. III, Utet, Torino, 2007, 709.

La normativa prevista dall'art. 2113, 4° comma, c.c. si riferisce agli accordi compositivi della lite risalenti sia alla fase preventiva – ossia posti in essere in sede di conciliazione amministrativa e sindacale – sia a quella successiva alla proposizione della causa in giudizio – vale a dire in sede di conciliazione giudiziale. Ciononostante, non si estende a tutti i tipi di negozio con i quali, per mezzo della conciliazione, è possibile porre fine alla controversia. Concerne, invece, le sole rinunce e transazioni, poiché, come la dottrina ha sottolineato, così è previsto dalla lettera della legge⁶. Se avesse inteso rinviare a tipologie negoziali diverse, infatti, il legislatore avrebbe fatto riferimento ad altri negozi giuridici dispositivi, quali, ad esempio, la remissione di debito, la *datio in solutum*, la novazione e la compensazione volontaria.

Si deve, inoltre, precisare che le rinunce e le transazioni contenute nel verbale sono inoppugnabili esclusivamente se possiedono tutti gli elementi essenziali previsti dalla legge. Se mancasse uno solo di essi, invece, sarebbero nulle e potrebbero essere considerate come mere dichiarazioni di scienza, al pari delle quietanze liberatorie.

Naturalmente, si deve escludere da qualunque considerazione al riguardo – poiché non rientra in tale contesto di disciplina – la conciliazione con la quale le parti si accordano per attribuire un certo *nomen iuris* ad un contratto, perché il tipo contrattuale è indisponibile⁷, per cui il negozio conciliativo corrispondente è nullo.

Infine, uno specifico accenno deve essere rivolto alle transazioni novative che le parti di una controversia di lavoro concludono in sede di conciliazione. Una simile fattispecie si manifesta ogni qual volta la transazione si concretizzi, «prevalentemente dopo la risoluzione del rapporto di lavoro, in un impegno pecuniario del datore di lavoro»⁸. La volontà delle parti deve essere

⁶ In questi termini G. GIUGNI, *La conciliazione collettiva dei conflitti giuridici di lavoro*, in *Dir. econ.*, 1959, II, 837; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Jovene, Napoli, 1975, 47.

⁷ L'argomento è descritto da M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, 360-362.

⁸ G. PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in P. SCHLESINGER, *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 1990, 113.

espressamente indicata nel negozio di riferimento⁹, in modo che l'effetto della transazione "novativa" si produca all'istante. La previsione della conseguenza novativa comporta che, in caso di inadempimento del datore di lavoro, il prestatore sia tenuto ad agire in giudizio per il solo risarcimento del danno per mancato o per ritardato pagamento. Le obbligazioni del datore di lavoro costituenti oggetto della controversia, pertanto, sono sostituite dalla nuova obbligazione pecuniaria a lui facente capo¹⁰.

Per quanto concerne l'oggetto della conciliazione, tale ultimo strumento non può essere impiegato per la composizione delle controversie concernenti le norme inderogabili di legge e/o di contratto collettivo¹¹ e (quelle relative a) i diritti indisponibili del lavoratore.

Sul piano dell'inderogabilità¹² il divieto di conciliazione opera rispetto alle liti che sorgono prima che il diritto del lavoratore venga ad esistenza.

Dal punto di vista dell'indisponibilità, sono inconciliabili le controversie sui diritti della personalità cd. "a-specifici"¹³, di cui il lavoratore gode in quanto persona, e su quelli dei quali acquista la titolarità in quanto parte del contratto di lavoro¹⁴.

⁹ Sul punto cfr. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, Cedam, Padova, 2003, 17 ss. Per la giurisprudenza si veda Cass. 25 maggio 2001, n. 7148, in *Mass. Foro it.*, 2001.

¹⁰ A questo proposito cfr. A. PIZZOFERRATO, *Giustizia*, cit., 18; M. NOVELLA, *L'inderogabilità*, cit., 374-375.

¹¹ Per quanto concerne l'inderogabilità cfr., per tutti, R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Aa.Vv., Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena, 18-19 aprile 2008, Giuffrè, Milano, 2009, 7 ss.; M. NOVELLA, *L'inderogabilità*, cit., 1 ss.

¹² La trattazione dell'argomento non tiene conto delle novità apportate al tema dell'inderogabilità dell'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 perché al momento della sua entrata in vigore il presente lavoro era in bozza.

¹³ Per quanto concerne tale qualificazione dei diritti della personalità del lavoratore cfr. J. RIVERO LAMAS, *Diritti fondamentali e contratto di lavoro: efficacia orizzontale e controllo costituzionale*, in *ADL*, n. 2, 2004, 445.

¹⁴ Una parte della dottrina, al contrario, sostiene che le conciliazioni siano ammesse dalla legge rispetto alle controversie concernenti «tutti i diritti dei lavoratori, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale, sia di matrice lega-

Infine, la fattispecie può essere impiegata rispetto alle liti relative ai diritti relativamente indisponibili del lavoratore previsti da norme inderogabili¹⁵ (art. 2113, 4° comma, c.c.). Un esempio è costituito dall'inadempimento, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di risarcimento del danno da usura psicofisica conseguente alla violazione del diritto del lavoratore al riposo giornaliero, al riposo settimanale o alle ferie annuali.

Non sembra, invece, che la presunzione di validità si applichi ai negozi dispositivi dei diritti del lavoratore sanciti da disposizioni derogabili della legge o dei contratti collettivi o nascenti dal contratto di lavoro individuale, indipendentemente dalla forma e dalla sede in cui sono stipulati¹⁶. L'esclusione può essere spiegata in ragione del fatto che essi sono previsti in numero assai esiguo nel diritto del lavoro per via della quasi totale assenza di norme eteronome illimitatamente derogabili¹⁷.

3. *Conciliazione e processo del lavoro.* – Un altro elemento di disciplina comune alle tre diverse sottotipologie di conciliazione, avente natura procedurale e più volte modificato nel corso del tempo, consiste nel carattere facoltativo e alternativo al processo, che si configura come la più importante tra le novità introdotte dalla novella del 2010.

Nonostante sia in controtendenza rispetto alle scelte del legislatore civile, tale requisito è stato, probabilmente, rispolverato

le che contrattuale, sia di valenza contrattuale che extra contrattuale» (G. FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, 50).

¹⁵ Negli stessi termini G. PERA, *Le rinunce*, cit., 34-35; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. III*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile commentato*, Giuffrè, Milano, 2003, 611; L.A. COSATTINI, *Rinunzie*, cit., 709-710; M. NOVELLA, *L'inderogabilità*, cit., 355.

In giurisprudenza si veda, per tutte, Cass. 26 maggio 2006, n. 12561, in *Not. giur. lav.*, 2006, 695.

¹⁶ In senso contrario A.M. PALMIERI, *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Giuffrè, Milano, 2000, 299; M. NOVELLA, *L'inderogabilità*, cit., 295 ss.

¹⁷ Si considerano pienamente disponibili, tra gli altri, i diritti relativi ai superminimi individuali, agli assegni *ad personam*, alle indennità aggiuntive ai premi di produzione o ai permessi aggiuntivi.

per evitare i pregiudizi legati alle recenti esperienze di obbligatorietà del tentativo in materia¹⁸.

Il legislatore del 2010, infatti, ha eliminato la funzione di condizione di procedibilità della domanda¹⁹ che era stata attribuita alla conciliazione da poco più di dieci anni²⁰.

Secondo una parte della dottrina la decisione di procedere a tale abrogazione allo scopo di favorire la riduzione del contenzioso è priva di senso, perché non appare idonea a determinare la conversione della conciliazione in un meccanismo capace di risolvere il problema²¹ (del traffico giudiziario).

¹⁸ In questi termini anche M. BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 legge 4 novembre 2010)*, in *Judicium*, 2011, 2, www.judicium.it. In senso contrario R. TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il restyling della l. n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro)*, in *Judicium*, 2010, § 1, www.judicium.it.

¹⁹ Sulla conciliazione come condizione di procedibilità della domanda cfr., per tutti, D. BORGHESI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in D. BORGHESI (a cura di), *Il processo del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, vol. IV, Utet, Torino, 2005, 73 ss. Per quanto concerne le istanze presentate presso la Direzione provinciale del lavoro prima dell'entrata in vigore della Legge 4 novembre 2010, n. 183, in mancanza di indicazioni legislative specifiche si deve prendere in considerazione la Nota del 25 novembre 2010 n. 3428 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Secondo tale provvedimento le commissioni, sia nel caso in cui abbiano già convocato le parti prima del 24 novembre 2010, sia nell'ipotesi in cui non lo abbiano ancora fatto, dovranno informarle dell'intervenuta non obbligatorietà del tentativo e della possibilità di portare a termine la conciliazione dinanzi alla sede adita al fine di pervenire ad una rinuncia o ad una transazione inoppugnabile (art. 2113, 4° comma, c.c.).

Non compare, invece, alcun riferimento ai processi pendenti alla data del 24 novembre 2010, i quali, al momento dell'instaurazione, erano soggetti al regime della sospensione per improcedibilità di cui al previgente art. 412-bis c.p.c. Si ritiene che, posta l'inapplicabilità di tale ultimo regime, i processi non ancora sospesi ai sensi dell'art. 412-bis, 3° comma, c.p.c. non possano subire un simile effetto (la sospensione) e che quelli sospesi possano essere immediatamente riassunti.

²⁰ L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione fa parte di una serie di novità introdotte in materia dagli artt. 36, 37, 38 e 39, 1° comma, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

²¹ L'opinione è stata espressa da M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione*

L'accusa mossa alla previsione della fattispecie come condizione di procedibilità della domanda, fin dall'epoca in cui è divenuta tale per mano del legislatore, è di aver dilazionato i tempi del contenzioso. Infatti, si è sostenuto che le parti interessate non si preoccupassero di comporre le liti nell'ambito delle sedi conciliative, quanto di ratificare dinanzi al conciliatore gli accordi transattivi conclusi altrove dai rispettivi avvocati²².

Per quanto concerne la conciliazione amministrativa, si deve riconoscere che pochissime controversie sono state trattate al cospetto della Direzione provinciale del lavoro e che, di queste, solo la metà è stata effettivamente composta nel periodo di sessanta giorni previsto dall'art. 410 c.c.²³.

Riguardo alle conciliazioni sindacali, invece, non è possibile fornire alcuna notizia precisa, per via della mancanza di informazioni riguardanti l'impiego, da parte del lavoratore e del datore di lavoro, delle procedure previste dai contratti collettivi²⁴. Si suppone, comunque, che anch'esse siano rimaste pressoché inutilizzate per via della maggiore comodità dello strumento amministrativo.

Alla luce di tali considerazioni, appare indubbio che il meccanismo imperniato sulla condizione di procedibilità della domanda, così come previsto dalla legge, fosse un «inutile orpello burocratico»²⁵.

Ciononostante, l'eliminazione dell'obbligatorietà e il ripristino del carattere facoltativo della conciliazione non sembrano

liazione facoltativa e arbitrato liberalizzato, in *Lav. giur.*, 2011, 58; R. TISCINI, F. VALERINI, *Il tentativo di conciliazione*, in B. SASSANI, R. TISCINI, (a cura di), *I profili processuali del collegato lavoro*, Dike giuridica, Roma, 2011, 18.

²² In questi termini, per tutti, A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *La conciliazione in materia di lavoro e la conciliazione obbligatoria dei contratti certificati*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2010, 21; A. VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 906.

²³ Il dato è riportato da V. SPEZIALE, *I limiti alla giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, n. 1, 2011, 28.

²⁴ Sul punto cfr. Cass. 3 settembre 2003, n. 12858, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 183; Cass. 13 novembre 1997, n. 11248, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 392.

²⁵ L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 2011, 409.

consistere nei rimedi più adatti a fronteggiare le difficoltà emerse nel corso della breve vigenza della disciplina del 1998.

Il primo punto dolente della recentissima novella consiste nella sua contraddittorietà. Non si capisce come il ritorno alla facoltatività possa produrre effetti deflativi, visto e considerato che fino al 1998 la conciliazione di carattere facoltativo era considerata ineffettiva ed era impiegata esclusivamente per formalizzare e rendere inoppugnabili ai sensi dell'art. 2113, 4° comma, c.c. gli accordi conclusi in precedenza in altra sede.

Secondariamente, la via seguita dal legislatore del 2010 si considera eccessiva perché pone nel nulla il fatto «di per sé (...) positivo», dell'impiego di tale meccanismo per un numero esiguo di controversie, «nell'ottica di una reale volontà di deflazione del contenzioso»²⁶. L'impressione è che il ricorso ad esso per la composizione di un numero di liti tutto sommato modesto costituisca un buon risultato, poiché ha consentito di dimostrarne l'utilità in funzione del superamento dei problemi che da tempo affliggono la giustizia del lavoro.

In terzo luogo, si ipotizza che l'abrogazione elimini sul nascere la possibilità che le parti, inizialmente intenzionate a ricorrere al giudice, cambino idea e decidano di comporre la lite in via stragiudiziale. Infatti, esclude *a priori* che le stesse si fermino ad esaminare la questione al fine di verificare se vi siano i termini per transigere o se si debba per forza agire in giudizio, soppesando i vantaggi dell'una e dell'altra opzione.

Sulla base di tali considerazioni, appare ragionevole sostenere che l'espunzione dell'obbligo avrebbe potuto essere evitata e che, per ridurre il traffico giudiziario, sarebbe stato sufficiente fare tesoro dell'esperienza positiva maturata e apportare le modifiche necessarie a colmare le indubbie lacune della disciplina previgente.

Una simile asserzione sarebbe ancor più ragionevole se si desse credito all'opinione dottrinale secondo la quale la condizione di procedibilità della domanda ha prodotto effetti diversi da quelli descritti dalla maggioranza degli operatori e degli interpreti²⁷. Le

²⁶ V. SPEZIALE, *I limiti*, cit., 28-29.

²⁷ Il dado è stato lanciato da P. MATTEINI, *La conciliazione e l'arbitrato nelle controversie di lavoro dopo il d.lgs. n. 80/1998: è stato proprio un fallimento?*, in *Lav. dir.*, 2002, 657 ss. Negli stessi termini L. DE ANGELIS, *Il tentativo*, cit., 409.

conseguenze “negative”, secondo tale corrente di pensiero, sono il frutto di una cultura ostile all’idea che la conciliazione potesse realmente divenire una valida alternativa al processo.

L’analisi della normativa del 1998 consente di rilevare come la conciliazione obbligatoria avrebbe operato positivamente se il legislatore si fosse limitato a colmare le lacune che la caratterizzavano²⁸.

Un primo intervento utile sarebbe stato quello di investire nella diffusione della fattispecie, specialmente mediante l’organizzazione di percorsi formativi adeguati alla creazione di conciliatori professionisti capaci di attrarre la fiducia delle parti interessate. In questo modo, si sarebbero incrementate «la capacità di comprensione delle singole vicende, la motivazione a far bene e l’autorevolezza del conciliatore», che «sono cruciali al fine di aumentare le possibilità di buon esito del tentativo»²⁹.

Secondariamente la conciliazione sarebbe stata incentivata se, sulla scia della recente riforma sul processo civile, si fosse evitato che le proposte conciliative divenissero vincolanti per le parti in lite nel successivo giudizio³⁰. In sostanza, il legislatore avrebbe dovuto conservare la condizione di procedibilità della domanda (art. 5, 1° comma, del d.lgs. n. 28 del 2010) e stabilire che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nell’ambito della mediazione fossero inutilizzabili in corso di giudizio (art. 10 del d.lgs. n. 28 del 2010).

Una via alternativa a quella seguita dal legislatore del 2010 avrebbe potuto consistere nell’attuazione del disegno di legge

²⁸ Per una panoramica della disciplina di modifica della conciliazione introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998 cfr. G. LOY, *La conciliazione e l’arbitrato: spunti introduttivi*, in G. LOY (a cura di), *La nuova disciplina della conciliazione e dell’arbitrato*, Cedam, Padova, 2000, 1 ss.; M. MAGNANI, *Conciliazione e arbitrato alla luce dei recenti interventi legislativi*, *ivi*, 13 ss.; A. GARILLI, *La conciliazione e l’arbitrato nel pubblico impiego*, *ivi*, 33 ss.; G. ARRIGO, *La disciplina contrattuale della conciliazione e dell’arbitrato*, *ivi*, 72 ss.

²⁹ L. DE ANGELIS, *Il tentativo*, cit., 409.

³⁰ Una parte della dottrina sostiene che il legislatore avrebbe dovuto favorire la conciliazione obbligatoria con incentivi fiscali o con altri meccanismi analoghi (in questi termini V. SPEZIALE, *I limiti*, cit., 29). Un’opinione analoga è stata sostenuta da A. VALLEBONA, *Il Collegato*, cit., 906, il quale, tuttavia, si dichiara contrario all’obbligatorietà del tentativo rispetto alla conciliazione amministrativa (la precisazione è reperibile in V. SPEZIALE, *I limiti*, cit., 29, nota 10).

n. 1047 del 28 settembre 2006 – il cd. d.d.l. “Treu-Salvi” – sulla revisione della normativa processuale del lavoro³¹, il quale non è confluito nella novella del 2010³².

Se una simile eventualità si fosse realizzata, il tentativo obbligatorio di conciliazione sarebbe stato trasformato in un istituto endogiudiziale, in quanto sarebbe stato avviato solo dopo il deposito del ricorso introduttivo del processo, prima del giudizio vero e proprio (art. 14, 2° comma, del disegno di legge Treu-Salvi). In questo modo si sarebbe evitato che lo stesso fosse esperito solo formalmente, come spesso è accaduto in Italia, in particolare nel settore del lavoro privato, al fine di intraprendere la via giudiziale. Ma, soprattutto, la difesa tecnica sarebbe stata immediatamente e necessariamente coinvolta nel tentativo di conciliazione e le parti si sarebbero trovate giocoforza nelle condizioni di comporre privatamente la controversia, evitando le lungaggini e i costi della via giudiziale³³.

4. *La conciliazione obbligatoria.* – La facoltatività del tentativo di conciliazione non è prevista in via assoluta dal legislatore, perché esiste un’eccezione che condiziona l’azione giudiziaria in caso di impugnazione dell’atto di certificazione per erronea qualificazione del contratto, per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione o per vizi della vo-

³¹ Il disegno di legge Treu-Salvi è uno dei due progetti elaborati nel 2006 in materia di risoluzione delle controversie di lavoro. Il secondo è il n. 1163 del 14 novembre del 2006 (cd. d.d.l. “Sacconi”), che è stato ripreso dal d.d.l. n. 1167 del 2008 ed è confluito nell’art. 31 della legge n. 183 del 2010.

A proposito del contenuto dei progetti di legge in esame si vedano M. CRIPPA, *Commenti alle recenti proposte di modifica del processo del lavoro*, in *Boll. Ordinario ADAPT*, n. 8, 2007, 20 ss., www.fmb.unimo.it; A. VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Boll. Ordinario ADAPT*, n. 8, 2007, 3 ss., www.fmb.unimo.it; M. MARCHE, *Commento al disegno di legge Salvi-Treu*, in *Boll. Ordinario ADAPT*, n. 8, 2007, 22 ss., www.fmb.unimo.it.

³² Il d.d.l. “Treu-Salvi” riprende integralmente il testo elaborato dalla Commissione Foglia nella primavera del 2001 (cfr. COMMISSIONE FOGLIA, *La relazione finale sulla riforma del processo del lavoro: arbitrato e conciliazione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 3, 2001, 581 ss.).

³³ Sul punto si veda G. LOY, *La conciliación y el arbitraje: perfiles generales en materia de los derechos*, in *Temas Laborales*, Siviglia, ottobre 2003, n. 70, 138.

lontà³⁴ (art. 80, 4° comma, del d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dall'art. 31, 2° comma, della legge n. 183 del 2010).

Non esistono dubbi rispetto alla finalità di tale particolare previsione, che è stata evidentemente conservata in funzione dell'incentivazione della certificazione, come è possibile desumere dalla legge e dalla Nota ministeriale del 25 novembre 2010, n. 3428³⁵. Infatti, il tentativo di conciliazione deve essere svolto, secondo le modalità di cui all'art. 410 c.p.c. (come novellato dall'art. 31, 1° comma, della legge n. 183 del 2010 ed in conformità ai regolamenti delle commissioni di certificazione), presso la commissione che ha emanato il provvedimento di certificazione.

Per quanto concerne la sua natura, si ritiene che si tratti di una condizione di procedibilità della domanda perché è il residuo del vecchio tentativo obbligatorio di conciliazione, che era unanimemente inteso in questi termini³⁶ e che, presumibilmente, si è conservato così com'era prima della novella del 2010³⁷.

La fattispecie in esame non è disciplinata dalla legge in maniera dettagliata, ragion per cui appare logico domandarsi quale sia la normativa che ne regola le modalità di apertura, la procedura e gli effetti di interruzione e di sospensione.

Ciò considerato e posto che l'istituto è espressamente richiamato dal legislatore del 2010, si condivide l'opinione secondo la quale le si dovrebbero applicare, in quanto compatibili, le previsioni legislative in tema di conciliazione facoltativa³⁸.

³⁴ Per un esame completo delle problematiche in materia si veda, per tutti, M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue di conciliazione obbligatoria*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, 82 ss.

³⁵ La nota n. 3428 del 2010 è reperibile in www.diritto scolastico.it/ministero-del-lavoro-nota-circolare-prot-n-3428-del-25-11-2010.

³⁶ Sul punto si veda, per tutti, M. MAGNANI, *Conciliazione e arbitrato*, cit., 15 ss.

³⁷ Il problema della natura dell'istituto è stato sollevato da M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue*, cit., 84 ss., il quale sostiene che ci si trovi dinanzi non ad un presupposto di ammissibilità, ma ad una condizione di procedibilità della domanda.

³⁸ Per quanto concerne tale opinione dottrinale cfr. G. FERRARO, *La conciliazione*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, citato da M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue*, cit., 84; M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue*, cit., 84.

Un profilo di disciplina sul quale appare opportuno soffermarsi è quello relativo all'individuazione della sanzione conseguente alla violazione dell'obbligo di tentare la conciliazione.

Una parte della dottrina sostiene che, a seguito dell'abrogazione dell'art. 412-*bis* c.p.c., l'inosservanza di tale obbligo non sia presidiata da alcuna misura³⁹, presumibilmente perché, se avesse inteso prevederne una, il legislatore non avrebbe mantenuto alcun riserbo al riguardo, ma l'avrebbe introdotta appositamente.

Una simile opinione non può essere condivisa, perché una legge che prevede una condizione di procedibilità della domanda non ha alcun senso compiuto se ammette l'apertura del giudizio non preceduta dall'adempimento, ad opera delle parti in lite, dell'obbligo di tentare la conciliazione, senza che ne scaturiscano conseguenze sanzionatorie specifiche.

Considerato che un obbligo è sopravvissuto, appare evidente come alla sua violazione debba, giocoforza, conseguire una "sanzione", a meno che non si voglia ritenere ancora vigente la disciplina dell'art. 412-*bis* c.p.c.

Si concorda, pertanto, con l'opinione secondo la quale l'applicazione in proposito di norme sostituite o abrogate quali quelle contenute nel testo previgente degli artt. 410 ss. c.p.c. e, in particolare, dell'art. 412-*bis* c.p.c. non è ammissibile⁴⁰.

Si ritiene, invece, che, in virtù del vuoto legislativo conseguente alla novella del 2010, si debba procedere all'applicazione, per analogia, della normativa corrispondente in tema di mediazione civile e commerciale (art. 5, 5° comma, del d.lgs. n. 28 del 2010) ovvero di quella relativa alla risoluzione delle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie (art. 443 c.p.c.).

La soluzione ermeneutica relativa all'estensione della disciplina di diritto comune – in virtù della quale, se il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine quadrimestrale pre-

³⁹ In questi termini, per tutti, P. SORDI, *Controversie, stesso iter per tutti i datori*, in *Guida al diritto*, inserto al n. 48, 4 dicembre 2010, XIV.

⁴⁰ L'opinione fa capo a M.M. MUTARELLI, *I ipotesi residue*, cit., 87.

visto dall'art. 6 del d.lgs. n. 28 del 2010 – dovrebbe essere presa in considerazione in assenza di altre previsioni simili.

Posto, invece, che esiste quella stabilita dall'art. 443 c.p.c., appare preferibile condividere l'opinione secondo la quale la mancata realizzazione della condizione di procedibilità della domanda comporta le conseguenze previste dalla legge in tema di risoluzione delle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie⁴¹. Si conviene, dunque, con l'affermazione secondo la quale il conflitto causato dall'impugnazione della certificazione, specialmente se proposta dall'ente previdenziale o da una delle parti in lite per ragioni previdenziali, debba essere accostato a esse⁴².

L'abrogazione del tentativo obbligatorio di conciliazione in via generale induce ad interrogarsi, inoltre, circa la sopravvivenza o meno dello stesso riguardo all'apertura del processo in caso di controversie sui licenziamenti individuali in regime di tutela obbligatoria (art. 5 della legge 11 maggio 1990, n. 108) a seguito della novella del 2010.

Per analizzare compiutamente la questione, occorre considerare le due diverse posizioni assunte dalla dottrina in merito alla sorte della disciplina di cui all'art. 5 della legge 108 del 1990 a seguito della generalizzazione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e della mancata espunzione del citato art. 5 da parte del legislatore del 1998.

Secondo un primo orientamento la normativa deve essere considerata tacitamente abrogata perché la materia, prima regolamentata in via speciale, è stata disciplinata in via generale da una legge successiva, in linea con quanto previsto dall'art. 15 disp. prel. c.c.⁴³.

Un'altra parte della dottrina, invece, sostiene che la vecchia disciplina sia sopravvissuta accanto alla nuova in virtù del principio espresso nel brocardo "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*"⁴⁴.

⁴¹ In questi termini, per tutti, M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue*, cit., 87-88.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ L'opinione è sostenuta, tra gli altri, da S. MAGRINI, *La piccola riforma della conciliazione e dell'arbitrato*, in *Dir. prat. lav.*, 1998, 1589.

⁴⁴ Sul punto si veda, per tutti, G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Giuffrè, Milano, 2008, 33, nota 5.

Se si dovesse dare adito alla prima soluzione interpretativa, si dovrebbe ritenere che, ai fini dell'apertura del giudizio rispetto alle controversie sui licenziamenti individuali in regime di tutela obbligatoria, il previo tentativo obbligatorio di conciliazione non sia richiesto.

Ove, invece, si propendesse per la seconda, si affermerebbe necessariamente che la condizione di procedibilità della domanda sia ancora in vigore e che costituisca un'ulteriore eccezione alla regola generale della facoltatività della conciliazione.

Non è agevole prendere posizione in un senso o nell'altro perché entrambi gli orientamenti seguono un iter argomentativo meritevole di considerazione.

Ciononostante, si conviene con la conclusione – alla quale una parte della dottrina è pervenuta sulla base di ragionevoli argomentazioni⁴⁵ – secondo la quale la previsione dell'art. 5 della legge n. 108 del 1990 è stata abrogata e la materia non è attualmente sottoposta ad alcuna condizione di procedibilità della domanda.

Un primo elemento a sostegno di tale convinzione consiste nell'esigenza di garantire l'omogeneità del sistema, per cui, in virtù del principio di semplificazione legislativa, si suppone l'esistenza di un'unica disciplina, non rilevandosi alcuna ragione valida che giustifichi una soluzione contraria.

Secondariamente, si ritiene che vi sia stata abrogazione tacita perché, secondo quanto statuito dalla Corte di Cassazione⁴⁶, «la regola interpretativa secondo cui la norma speciale prevale sulla norma generale, ancorché quest'ultima sia successiva, cede il passo all'altra, secondo cui è la legge generale successiva che deroga alla legge speciale antecedente, quando la legge generale abbia portata onnicomprensiva», per cui «nel caso di specie» si applica «l'art. 410, secondo comma, c.p.c.»⁴⁷.

Appare, dunque, logico che sostenere che, per effetto dell'abrogazione della previsione di cui all'art. 5 della legge n. 108 del 1990, l'apertura del processo del lavoro sia libera da qualun-

⁴⁵ L'opinione fa capo a M.M. MUTARELLI, *Ipotesi residue*, cit., 89-90.

⁴⁶ Sul punto si veda la sola pronuncia della giurisprudenza di legittimità in proposito, ossia Cass. 19 giugno 2006, n. 14087, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 188, con nota di A. PARDINI.

⁴⁷ Cass. 19 giugno 2006, n. 14087, cit.

que condizionamento. Ad ogni modo, al fine di evitare l'insorgere di questioni interpretative, si auspica un intervento correttivo del legislatore che stabilisca senza ombra di dubbio se il ricorso giurisdizionale sia o meno assoggettato ad una condizione di procedibilità della domanda quando concerne una controversia in materia di licenziamento individuale in regime di tutela obbligatoria.

5. *Conciliazione e certificazione.* – La conciliazione obbligatoria non costituisce l'unica ipotesi di assegnazione di funzioni conciliative agli organi di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003, considerato che la conciliazione amministrativa (*infra*, § 7.1) può avere luogo anche dinanzi alle commissioni di certificazione (art. 31, 13° comma, della legge n. 183 del 2010).

L'unico dubbio interpretativo concernente la suddetta *funzione* attiene all'individuazione della procedura che deve essere impiegata in tali sedi.

Dall'analisi del testo legislativo sembra potersi desumere che ci si debba rifare a quella menzionata dall'art. 410 c.p.c., con tutte le perplessità che la caratterizzano quando ha luogo dinanzi alle commissioni di conciliazione istituite presso la Direzione provinciale del lavoro (*infra*, § 7.1).

Tuttavia, considerato che le procedure di certificazione sono determinate all'atto di costituzione delle commissioni (di certificazione) e si svolgono nel rispetto dei codici di buone pratiche e dei principi prefigurati dall'art. 78, 2° comma, lett. a), b), c), d), del d.lgs. n. 276 del 2003, non è da escludere che, anche in caso di conciliazione, si possa utilizzare una procedura distinta, rispettosa di tali criteri e delineata dalle stesse commissioni di certificazione⁴⁸.

L'esame della funzione conciliativa svolta dagli organi di certificazione non può prescindere dalla menzione della certificazione delle rinunce e delle transazioni di cui agli artt. 68 e 82 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Secondo una parte della dottrina l'istituto è privo di una funzione sua propria, «non essendo chiaro quale interesse possano avere le parti negoziali a ottenere una mera certificazione di eventuali rinunzie e transazioni quando ormai possono ottenere un risultato ben più pregnante nel corso di una procedura conci-

⁴⁸ Sul punto cfr. G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 79.

liativa esperita dinanzi agli stessi organi»⁴⁹ di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003. Sulla base di un simile presupposto, i fautori di tale corrente di pensiero ipotizzano che la fattispecie in esame trovi applicazione esclusivamente nell'ambito delle procedure di qualificazione dei contratti e che la conciliazione vera e propria abbia uno spazio di incidenza più esteso.

L'opinione appena menzionata non può essere condivisa in quanto, se così fosse stato, il legislatore del 2010 l'avrebbe presumibilmente eliminata dal panorama del diritto del lavoro, per cui appare logico affermare che sia dotata di una funzione specifica.

L'impressione è che la fattispecie abbia una propria peculiarità sul piano tecnico-giuridico e una notevole concretezza dal punto di vista sistematico se è intesa come sede in cui le parti possono porre in essere rinunce e transazioni inoppugnabili⁵⁰.

Una simile considerazione trova fondamento nel fatto che il legislatore individua, quale oggetto della certificazione ivi disciplinata, le sole rinunce e transazioni, che esauriscono la tipologia dei negozi giuridici dispositivi menzionati dal legislatore, e (nel fatto che il legislatore) fa espresso riferimento all'art. 2113 c.c., os-

⁴⁹ G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 79.

⁵⁰ Una parte della dottrina esclude l'inoppugnabilità delle rinunce e delle transazioni venute ad esistenza in sede di certificazione ex art. 2113, 4° comma, c.c. (M. TIRABOSCHI, *La cd. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *Lav. dir.*, 2003, 118 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali: commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 607 ss.; E. GRAGNOLI, sub Art. 82. *Rinunzie e transazioni*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 857; V. SPEZIALE, Sub artt. 75 e 82, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 234; G. LEONE, *Il tentativo di conciliazione nel settore privato: obbligatorietà, immediatezza e tutela dei diritti*, in D. GAROFALO, R. VOZA (a cura di), *La deflazione del contenzioso del lavoro. Il caso delle Pubbliche Amministrazioni*, Cacucci, Bari, 2007, 74; C. ENRICO, *Il processo del lavoro e il "giusto processo"*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 373).
Contra L. NOGLER, *Procedure di certificazione: art. 75 - 81*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro: d.lgs. 10 settembre 2006, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, 916; G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2004, II ed., 351.

sia alla norma generale in tema di indisponibilità relativa dei diritti del lavoratore.

L'inquadramento dell'istituto nell'ambito della disponibilità individuale assistita consente di ipotizzare che abbia un'efficacia analoga a quella delle ipotesi menzionate dall'art. 2113, 4° comma, c.c. e che si inserisca «armonicamente nella logica e nel sistema delle conciliazioni stragiudiziali»⁵¹.

Tuttavia, se si procede ad un'analisi più profonda è agevole constatare come le fattispecie conciliative e quelle certificative non siano perfettamente coincidenti.

Un profilo che le differenzia è costituito dal fatto che le valide rinunce e transazioni che vengono concepite in sede di conciliazione sono finalizzate alla composizione di una controversia⁵², per cui ne presuppongono la preesistenza. In sede di certificazione ex artt. 68 e 82 del d.lgs. n. 276 del 2003, invece, le parti possono porre in essere negozi dispositivi inoppugnabili anche se nessuna lite è in atto tra loro.

L'introduzione di tale forma di certificazione, pertanto, comporta l'incremento degli spazi di manovra dell'autonomia individuale delle parti, poiché garantisce al lavoratore il recupero, «sia pure sotto la "vigilanza" di terzi qualificati, di margini significativi di autonomia negoziale in ordine alle vicende pregresse del rapporto»⁵³.

Un altro elemento distintivo è costituito dal fatto che le parti di un contratto di lavoro possono fare ricorso alla procedura di certificazione solo previa presentazione alla commissione competente di un'istanza scritta comune (art. 78, 1° comma, del d.lgs. n. 276 del 2003).

Un simile requisito non appare idoneo a garantire una spontanea manifestazione della volontà del lavoratore, poiché, con il pretesto dell'istanza comune, la parte forte del rapporto si trova

⁵¹ A. TURI, *La certificazione*, cit., 608. In questi termini anche R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, 198.

⁵² In questi termini si pronuncia anche M. MARAZZA, *Commento all'art. 82*, in R. DE LUCA-TAMAJO, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»), Cedam, Padova, 2007, 935.

⁵³ R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, 301.

nelle condizioni di proporre (si scrive “proporre”, si legge “imporre”) la conferma della volontà abdicativa e/o transattiva, magari dalla stessa integralmente predisposta, alla quale il lavoratore non potrebbe opporsi, poiché esposto al rischio di perdere il lavoro.

La manifestazione del consenso del lavoratore, in sostanza, potrebbe essere indotta dal bisogno di non perdere il lavoro, per cui anche «se genuina dal punto di vista della consapevolezza dell’interessato (...) non sarebbe mai “libera”», ma continuerebbe ad essere «dettata dalla pura logica dei rapporti di forza»⁵⁴.

La soluzione che, a nostro modo di vedere, consentirebbe al legislatore di superare l’anomalia è quella di modificare la normativa vigente sull’apertura della procedura di cui all’art. 78, 2° comma, del d.lgs. n. 276 del 2003 nel senso del riconoscimento al solo lavoratore della facoltà di ricorrere alla certificazione delle rinunce e delle transazioni. In caso contrario, l’istituto conserverebbe una conformazione anomala, poiché, anche se diretto alla valorizzazione dell’autonomia individuale assistita, si configurerebbe come la manifestazione di un’insussistente parità tra le parti del rapporto di lavoro.

6. *Conciliazione e arbitrato.* – Una peculiarità della nuova disciplina sulla conciliazione è costituita dalla sua stretta connessione con l’istituto arbitrale, che emerge in diverse occasioni quale testimonianza dell’intenzione del legislatore di privilegiare la risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro.

Un primo aspetto di tale nesso consiste nel raccordo con la procedura arbitrale (art. 412, 1° comma, c.p.c.), che era soltanto abbozzato nel testo previgente, in virtù del quale in qualunque fase del tentativo di conciliazione o al suo termine, in caso di mancata composizione della lite, le parti possono accordarsi mediante la devoluzione alla commissione di conciliazione del mandato di risolverla in via arbitrale.

Posta la facoltà di ricorso all’arbitrato in questa sede, si deve segnalare come, in questo caso, la parte interessata avvii la pro-

⁵⁴ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2003, 272.

In senso contrario M. TIRABOSCHI, *Le procedure di certificazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi*, in *Guida al lavoro*, suppl. n. 4, 2003, 127.

cedura conciliatoria, la quale, successivamente, si converte in arbitrato dinanzi allo stesso soggetto incaricato di assistere le parti nella fase di negoziazione diretta alla soluzione della lite.

Il secondo profilo di tale connessione è costituito dalla previsione di “altre modalità di conciliazione ed arbitrato” (art. 412-*quater* c.p.c.), nonostante, nell’ambito di queste ultime, le parti affidino la soluzione della controversia ad un arbitro che ha la facoltà di agire con le funzioni di un conciliatore⁵⁵.

La procedura relativa a tale istituto opera su iniziativa di entrambe le parti in lite, le quali hanno voce in capitolo rispetto alla regolamentazione dell’iter «procedurale», del «contenuto del lodo» e dei «limiti di impugnabilità dello stesso»⁵⁶.

La disciplina della fattispecie si rivela piuttosto rigida, presumibilmente perché è destinata ad essere impiegata in caso di esito negativo della conciliazione classica. Ciononostante, si tratta di un modello che «consente (...) di implementare la stessa procedura nell’ambito di contesti organizzativi e operativi più o meno strutturati, quali possono essere (...) gli ordini professionali e (...) le associazioni di categoria»⁵⁷.

La connessione tra i due tradizionali istituti di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro desta perplessità perché può comportare un rischio di ricusabilità ai sensi dell’art. 815 n. 6 c.p.c.⁵⁸. Si auspica, pertanto, che, in caso di ricorso a tali fattispecie, le parti facciano in modo che la decisione della lite sia assegnata a commissari diversi da quelli che se ne sono occupati nella fase conciliativa.

⁵⁵ Per un esame più approfondito dell’istituto cfr., per tutti, C.A. NICOLINI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato* (art. 412-*quater* c.p.c.), in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, 176 ss.

Per quanto concerne le altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva si veda M. ROSANO, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato previste dalla contrattazione collettiva* (art. 412-*ter* c.p.c.), in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, 161 ss.

⁵⁶ G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 76.

⁵⁷ G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 77.

⁵⁸ Il problema è messo in evidenza da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L’arbitrato nelle controversie di lavoro: bilancio e prospettive di riforma*, in *Riv. arb.*, n. 4, 2008, 471.

Non bisogna, inoltre, trascurare che le due ipotesi rispondono a logiche e a obiettivi differenti, presentando come unico punto in comune il coinvolgimento nella «opzione per la giustizia privata»⁵⁹. Non a caso, il legislatore ha sempre riservato all'arbitrato una disciplina distinta da quella destinata alla conciliazione.

L'assoluta indipendenza e separatezza concettuale delle due figure trova, inoltre, conferma nel diverso ruolo che le parti della lite svolgono, rispettivamente, in seno all'arbitrato e alla conciliazione⁶⁰.

In sede di conciliazione le parti rivestono una funzione centrale, mentre il conciliatore non partecipa direttamente alla negoziazione, nel senso che si limita ad orientarne l'operato e a vigilare affinché non si riproduca, in quella sede, il tradizionale squilibrio delle loro posizioni nell'ambito del rapporto di lavoro.

L'arbitrato, invece, è uno strumento eteronomo di risoluzione delle liti, diretto al riconoscimento del fondamento di una sola delle pretese avanzate. Nel procedimento arbitrale, in buona sostanza, l'unico protagonista è l'arbitro, mentre le parti non hanno alcuno spazio operativo ai fini dell'eliminazione del conflitto. Nel momento in cui il prestatore e il datore di lavoro decidono di deferire la controversia ad un arbitro, in sostanza, rimettono nelle sue mani qualunque decisione al riguardo.

7. *Le fattispecie conciliative.* – Le ipotesi di conciliazione menzionate sono disciplinate in maniera differente dal legislatore, ragion

⁵⁹ P. PETINO, *Inoppugnabilità della conciliazione stragiudiziale ed attività dei conciliatori*, in *Mass. giur. lav.*, 1987, 579.

⁶⁰ Un aspetto di distinzione importante è senz'altro il favore del legislatore per la conciliazione e non per l'arbitrato (sul punto cfr., per tutti, G. PERONE, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *Noviss. dig. it. App.*, Torino, 1980, I, 370 ss.; F. CORSO, *Conciliazione, arbitrato e ordinamento intersindacale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 13, 1993, 21 ss.; A. PIZZO FERRATO, *Giustizia*, cit., 20 ss.; R. SALOMONE, *Conciliazione e arbitrato*, in M. BESSONE (diretto da) *Trattato di diritto privato*, XXIV, F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, tomo III, S. MAINARDI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, Utet, Torino, 2007, 707 ss.

Per quanto concerne il favore dei sindacati per la conciliazione e non per l'arbitrato cfr. F. STOLFA, B. VENEZIANI, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, *Dig. dottr. priv.- Sez. comm.*, I, Utet, Torino, 1987, 216; G. PERA, *Bilancio e prospettive del contenzioso del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1994, 201.

per cui occorre esaminarle separatamente, tenendo conto delle numerose modifiche di cui all'art. 31 della legge n. 183 del 2010.

Si è detto che il minimo comun denominatore di tali novità è dato dall'intenzione del legislatore di accrescere la tempestività e l'effettività della giustizia del lavoro e, nella prospettiva di un arretramento delle funzioni dello Stato, di potenziare il ruolo dell'autonomia collettiva e individuale in materia⁶¹.

Non appare chiaro, invece, se la nuova legge sia funzionale al soddisfacimento dell'esigenza di certezza del diritto e se faccia in modo che il datore di lavoro possa progettare il corso della sua attività produttiva in maniera ragionevolmente sicura, senza che gli vengano frapposti ostacoli o direzioni obbligate⁶².

Inoltre, considerata l'assenza di un richiamo espresso alla salvaguardia della posizione del lavoratore, ci si domanda se la novella del 2010 in tema di conciliazione sia diretta (anche) all'attuazione di tale finalità, considerato che in essa si concretizza lo spirito del diritto del lavoro.

7.1. *La conciliazione amministrativa.* – La conciliazione amministrativa è regolamentata dagli artt. 410 ss. c.p.c. ed è così denominata perché si svolge dinanzi ad apposite commissioni istituite presso la Direzione provinciale del lavoro⁶³ e presso le sedi di certificazione (art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003).

⁶¹ La finalità della novella del 2010 è chiaramente esposta da M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in AA.VV., *I supplementi di Guida al lavoro – Collegato lavoro*, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2010, 9.

⁶² La letteratura giuridica in materia di certezza del diritto è vastissima. Si vedano, per tutti, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 28 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986; Id., voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.- Sez. civ.*, II, Torino, 274 ss.; B. LEONI, *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata, 1995 (traduzione italiana di B. LEONI, *Freedom and the law*, 1961); C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore, Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999; E. DICCIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, Giappichelli, Torino, 2002; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002; G.M. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁶³ Per quanto concerne la procedura incardinata presso la Direzione provinciale del lavoro, la legge non chiarisce se, visto il possibile coinvolgimento di liti sia con datori privati sia con datori pubblici, si debbano istituire una o più

La procedura si apre mediante la presentazione di un'istanza alla commissione di conciliazione istituita presso gli organismi abilitati alla certificazione o (presso) la Direzione provinciale del lavoro da ciascuna delle parti della controversia, sia personalmente sia per mezzo dell'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato (art. 410, 1° comma, c.p.c.).

L'individuazione della sede competente è sottoposta ai criteri di cui all'art. 413 c.p.c. in caso di controversie di lavoro privato, mentre avviene sulla base del luogo in cui si trova la sede dell'Amministrazione presso la quale il dipendente è impiegato se si tratta di una lite in materia di lavoro pubblico.

La fattispecie è applicabile sia alle controversie sui diritti dei lavoratori derivanti dal contratto di lavoro subordinato, nell'ambito del quale sono inclusi anche quelli del lavoratore alle dipendenze della Pubblica Amministrazione⁶⁴, sia a quelle sui diritti assegnati ai lavoratori dai contratti prefigurati dall'art. 409 c.p.c.⁶⁵, con particolare riguardo al contratto di lavoro a progetto e alle prestazioni d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato⁶⁶.

commissioni di conciliazione. Se si presuppone l'esigenza di rappresentare tutte le categorie datoriali all'interno della commissione, si trova il modo di raggiungere l'obiettivo all'interno di una sola commissione oppure si devono istituire due commissioni, una per il settore privato ed una per il settore pubblico.

⁶⁴ Sul punto cfr. C. Stato 19 settembre 1991, n. 1150, in *Foro amm.*, 1991, 2266; T.A.R. Toscana 18 dicembre 1992, n. 1006, in *TAR*, 1992, 707.

⁶⁵ Per quanto concerne la dottrina cfr., per tutti, C. CESTER, voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 999; G. PERA, *Le rinunce*, cit., 16; G. FERRARO, voce *Rinunzie e transazioni del lavoratore*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 5.1.

Per la giurisprudenza si veda Cass. 12 febbraio 2004, n. 2734, in *Or. giur. lav.*, 2004, I, 499.

Nonostante la lettera della legge, una parte della dottrina, minoritaria, sostiene, invece, che la fattispecie sia utilizzabile rispetto alle controversie aventi ad oggetto i diritti del lavoratore derivanti dal solo contratto di lavoro subordinato (U. PROSPERETTI, *La nuova normativa delle rinunce e delle transazioni del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 1973, 496).

⁶⁶ A questo proposito cfr. Cass. 23 giugno 1995, n. 7111, in *Foro it. Rep.*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, 1757; Cass. 12 dicembre 1987, n. 7550, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, 10; Cass. 13 giugno 1983, n. 4057, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, 6.

Se la lite concerne uno o più diritti del lavoratore pubblico, tuttavia, i membri della commissione che rappresentano la Pubblica Amministrazione non sono soggetti a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave (art. 410, 8° comma, c.c.). Ciò significa che i responsabili dell'ufficio del contenzioso sono esentati da responsabilità, affinché non siano colpiti dagli effetti di un'eventuale danno erariale per il solo fatto di essere chiamati a valutare la convenienza della rinuncia o della transazione⁶⁷.

Per quanto concerne gli aspetti procedurali, appare opportuno soffermarsi sull'esame di quelli che sono stati interessati dalle modifiche della novella del 2010, al fine di chiarire quali conseguenze possano produrre rispetto alla concreta operatività della fattispecie.

La prima variazione rilevante consiste nella previsione dell'istanza di apertura, che, a differenza di quanto stabilito dalla regolamentazione previgente, deve essere piuttosto dettagliata, analogamente a quanto disposto per il ricorso giurisdizionale⁶⁸, tanto che una parte della dottrina la definisce significativamente in termini di «domanda giudiziale *minor*»⁶⁹.

La specifica previsione del contenuto dell'istanza non desta perplessità ai nostri fini, perché non determina alcuna novità sostanziale capace di pregiudicare l'impiego dell'istituto in qualità di strumento di composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro alla luce dei criteri giuspolitici della tutela del lavoratore e della certezza del diritto.

Per la stessa ragione non si avanzano obiezioni rispetto alla necessità della sottoscrizione dell'istante e della sua consegna o spedizione mediante raccomandata con avviso di ricevimento, né rispetto all'esigenza di consegna o di spedizione (mediante raccomandata con ricevuta di ritorno) di una copia alla controparte a cura della parte istante (art. 410, 5° comma, c.p.c.).

⁶⁷ Sul punto si veda, per tutti, V. FERRANTE, *Un nuovo giudice per le controversie del lavoro pubblico: guida alla lettura del d.lgs. n. 80/1998 (Il parte)*, in *Il nuovo governo locale*, 1999, n. 1, 24 ss.

⁶⁸ Il paragone tra le due figure giuridiche è stato effettuato da A. PICCININI, C. PONTERIO, *La controriforma del lavoro*, in *Boll. Speciale ADAPT*, 2010, n. 34, www.adapt.it, 3.

⁶⁹ L'espressione è di M. BOVE, *ADR*, cit., 7.

La normativa relativa agli effetti della domanda sui termini di prescrizione e decadenza (art. 410, 2° comma, c.p.c., modificato dall'art. 31, 1° comma, della legge n. 183 del 2010) non ha subito modifiche sostanziali⁷⁰. Tuttavia, deve essere presa in considerazione perché sotto la vigenza del precedente art. 410, 2° comma, c.p.c. la dottrina prevalente sosteneva che tali conseguenze scaturissero dalla comunicazione dell'istanza di conciliazione alla controparte piuttosto che dalla presentazione della domanda all'organo amministrativo⁷¹. Sulla base dell'attuale disciplina, invece, sembra potersi asserire, in linea con una recentissima corrente dottrinale, che si abbia sospensione della decadenza in caso di presentazione dell'istanza alla Direzione provinciale del lavoro e interruzione della prescrizione a seguito della comunicazione della medesima alla controparte⁷².

Le modalità di accettazione della conciliazione da parte del datore di lavoro, invece, appaiono troppo complesse dal punto di vista tecnico e procedurale rispetto al breve termine che questi ha a disposizione per porle in essere. Il datore di lavoro, infatti, deve presentare, entro venti giorni dal ricevimento dell'istanza di apertura, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale.

Non sembra che una prospettiva così macchinosa, alla quale il datore di lavoro non è costretto a ricorrere, faciliti l'accettazione, da parte sua, della richiesta avanzata dal lavoratore. Si presume, invece, che lo stesso imprenditore preferisca sviluppare la

⁷⁰ La disciplina è diversa da quella prevista in materia dalla legge sulla mediazione civile e commerciale, in virtù della quale la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e, dalla stessa data, impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale (art. 5, 6° comma, del d.lgs. n. 28 del 2010).

Sugli effetti della domanda di mediazione in tema di prescrizione e decadenza cfr., per tutti, M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss.

⁷¹ In questi termini, per tutti, F.P. LUIO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1999, 384.

⁷² L'opinione è sostenuta da G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 62.

propria strategia di difesa in un arco di tempo più lungo e in un contesto dotato di maggiori garanzie qual è il processo.

L'accettazione potrebbe, inoltre, essere scoraggiata dal fatto che, come un'attenta dottrina mette in evidenza, il datore di lavoro, presentando una memoria tanto ricca di dettagli, sia costretto a scoprire le proprie carte e ad anticipare le proprie linee di difesa⁷³.

Secondariamente, la mancata accettazione della richiesta di conciliazione avanzata dal lavoratore non sempre determina l'apertura del giudizio di merito a prescindere dalla strategia processuale emersa dagli atti depositati fino a quel momento.

Vero è che formalmente, in un'ipotesi come questa, il conciliatore non dà corso alla comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, ragion per cui queste ultime possono dirsi libere di adire l'autorità giudiziaria. Tuttavia, nell'ipotesi in cui il lavoratore o il datore di lavoro depositi la memoria e successivamente agisca in giudizio, vi è il rischio che sorga l'obbligo di tentare la conciliazione e che il ricorso eventualmente presentato sia temporaneamente improponibile ai sensi e per gli effetti dell'art. 410, 7° comma, c.p.c.⁷⁴.

Un requisito altrettanto rilevante è costituito dalla mancata previsione di oneri o sanzioni a carico del datore di lavoro che decida di non aderire al tentativo di composizione della lite promosso dal lavoratore. La scelta del legislatore di astenersi da qualunque previsione al riguardo comporta l'assenza di strumenti di promozione della conciliazione in funzione della rimozione del traffico giudiziario.

La combinazione tra due disposizioni tanto diverse, pur non avendo presumibilmente questa finalità, potrebbe disincentivare la concreta utilizzazione dello strumento. Sulla base della prima appare probabile che il datore di lavoro ignori l'eventuale istanza di conciliazione del lavoratore. La probabilità diviene certezza, e così entra in gioco la seconda previsione menzionata, di-

⁷³ Sul punto si veda L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 111, 2010, 5, www.lex.unict.it.

⁷⁴ Una simile eventualità è messa in evidenza da L. DE ANGELIS, *Il tentativo*, cit., 412. In senso contrario M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime*, cit., 60.

nanzi all'assenza di qualunque onere o sanzione a suo carico quale conseguenza diretta della mancata adesione⁷⁵.

La deflazione del ricorso all'istituto appare, inoltre, desumibile dal fatto che la legge permette al giudice di decidere le controversie che, eventualmente, dovessero essere discusse in sede processuale a seguito del fallimento del tentativo di conciliazione, anche sulla base del comportamento tenuto dalle parti nel corso della negoziazione assistita. Com'è noto, il giudice deve tener conto della proposta presentata dal conciliatore in caso di precedente fallimento del tentativo e non accettata dalle parti senza motivo, dovendo essere questa riassunta nel verbale di conciliazione assieme alle valutazioni espresse dalle parti medesime (art. 411, 2° comma, c.p.c.). Una simile previsione si reputa disincentivante perché impedisce alle parti di tentare la composizione della lite «in assoluta libertà», imponendo loro di considerare esclusivamente che «una proposta transattiva (magari fatta solo per mettere in difficoltà l'altra parte ed ottenere un rifiuto) possa vincolarle anche nel giudizio successivo»⁷⁶.

Infine, l'imposizione di un termine di decadenza generalizzato, peraltro duplice, per il ricorso agli strumenti giudiziali e stragiudiziali di risoluzione delle controversie di lavoro potrebbe rivelarsi scoraggiante⁷⁷. Per effetto di tale novità, la preoccupazione più grande delle parti della controversia non sarà quella di tentarne la composizione nel rispetto di un termine prestabilito dalla legge. Sarà, invece, quella di ricorrervi, mediante la presentazione dell'istanza entro un preciso arco temporale, pena l'impossibilità di godere di qualunque forma di tutela. La presumibile conseguenza, come una parte della dottrina fa notare, è che molte liti che in passato non sarebbero mai state oggetto di ricorso al giudice, magari per mancanza di convenienza per entrambe le parti, e che, quindi, sarebbero state composte in via conciliativa, saranno sottoposte alla via processuale «perché i tempi ristretti consiglieranno di agire in ogni caso per non

⁷⁵ In questi termini A. PICCININI, C. PONTERIO, *La controriforma*, cit., 3-4.

⁷⁶ V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, n. 1, 142.

⁷⁷ Sul punto cfr. L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro*, cit., 11-12.

perdere il potere di tutela giudiziaria»⁷⁸. Inoltre, «l'attribuzione di competenze delicate a soggetti non del tutto collaudati ed affidabili» potrebbe determinare una gestione disinvolta delle liti suscettibile di generare «fenomeni di malcostume» e l'adeguamento delle «varie sedi conciliative, in competizione tra loro, (...) a pratiche sommarie e sbrigative ben poco garantiste»⁷⁹.

La novellazione dei profili procedurali esaminati, anche se di per sé apparentemente innocua, induce a ritenere altamente improbabile che la conciliazione amministrativa sarà concretamente impiegata in funzione della composizione delle controversie di lavoro. Per evitare un simile rischio, una disciplina più morbida della procedura conciliatoria, analoga a quella un tempo riservata alla conciliazione delle controversie di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione (artt. 65 e 66 del d.lgs. n. 165 del 2001, abrogati dall'art. 31, 9° comma, della legge n. 183 del 2010), sarebbe stata più adeguata.

7.2. *La conciliazione sindacale.* – L'espressione “conciliazione sindacale” compare, nell'ambito della disciplina legislativa sulla conciliazione delle controversie di lavoro, in seno all'art. 411, ult. comma, c.p.c., il quale si riferisce al “tentativo di conciliazione (...) svolto in sede sindacale”, senza, tuttavia, fornire ulteriori spiegazioni.

Secondo una parte della dottrina la nozione ad essa corrispondente assume una colorazione ampia, ossia comprende le ipotesi in cui le parti di una controversia di lavoro negoziano in vista della composizione della medesima con l'assistenza di organizzazioni collettive di natura sindacale⁸⁰. Non rileverebbe, a questo proposito, che si tratti o meno di procedure conciliative autorizzate o specificamente disciplinate dalla contrattazione collettiva, per cui il relativo ambito di applicazione sarebbe pressoché illimitato.

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ G. FERRARO, *La composizione stragiudiziale*, cit., 51.

⁸⁰ In questi termini, per tutti, E. AVANZI, *La conciliazione in sede sindacale delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1974, I, 544 ss.; M. GRANDI, *Sull'inoppugnabilità della conciliazione in sede sindacale*, in *Mass. giur. lav.*, 1975, 53 ss.

Un'altra corrente di pensiero, invece, circoscrive la formula alle sole conciliazioni sindacali disciplinate dai contratti collettivi, sulla base di una serie di argomentazioni testuali, che testimonierebbero come siano state individuate dal legislatore quali uniche alternative alla più diffusa ipotesi amministrativa⁸¹.

La soluzione del dubbio, che si considera fondamentale al fine di stabilire quali accordi conciliativi presentino il carattere dell'inoppugnabilità secondo l'art. 2113, 4° comma, c.p.c., non appare semplice. Non si rileva, infatti, l'esistenza di precisi elementi di disciplina che consentano di prendere posizione nell'uno o nell'altro senso, né di avanzare soluzioni alternative ragionevoli.

L'unica conclusione alla quale si ritiene di poter pervenire alla luce dei requisiti a disposizione è quella di individuare una serie di criteri utili ai fini della selezione delle ipotesi assoggettabili alle previsioni del citato art. 2113, 4° comma, c.p.c. In caso contrario si correrebbe il rischio di attribuire a qualsiasi conciliazione realizzata in sede sindacale il carattere dell'inoppugnabilità ivi previsto e, di conseguenza, di trasformare l'istituto in uno strumento di abuso ai danni del lavoratore. Un sindacato non accreditato, in sostanza, potrebbe dar luogo a «pratiche disinvolute, a volte speculative, che compromettono pesantemente importanti diritti dei lavoratori»⁸² e che, per questa ragione sono contrastate dalla giurisprudenza di legittimità⁸³.

In primo luogo, la lettera della legge si considera significativa al riguardo perché, se anche si riferisce testualmente al tentativo di conciliazione sindacale (art. 411, 3° comma, secondo capoverso, c.p.c.), in un altro passo della normativa in materia richiama le procedure (conciliative) previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 412-ter c.p.c.). Si ritiene, pertanto, che l'opinione restrittiva sia quella prediletta dal legislatore perché, in questo modo, è possibile argomentare un'interpretazione logica, coerente e si-

⁸¹ Per l'esame dell'opinione "restrittiva" si veda, per tutti, G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1975, 213 ss.

⁸² G. FERRARO, *Conciliazione*, cit., 74.

⁸³ A questo proposito, cfr., per tutte, Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, in *Lav. giur.*, 2004, 59, citata da G. FERRARO, *Conciliazione*, cit., 74.

stematicamente omogenea tra le due previsioni appena menzionate⁸⁴.

Un elemento che potrebbe rivelarsi decisivo è costituito dalla disposizione legislativa riguardante il deposito e l'esecutività del verbale di conciliazione (art. 411, ult. comma, c.p.c.), poiché pare introdurre un sistema di autoselezione delle conciliazioni sindacali capace di fare luce sulla questione.

Secondo quanto previsto dalla legge il processo verbale di avvenuta conciliazione deve essere depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Successivamente il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Avvenuto il deposito, il giudice, su istanza della parte interessata, ne accerta la regolarità formale e lo dichiara esecutivo con decreto (art. 411, ult. comma, c.c.).

La disciplina appena descritta sembra riferirsi ad una sorta di controllo della Pubblica Amministrazione sulle strutture sindacali dotate del potere di assistenza e consulenza alle parti che pongono in essere negozi dispositivi validi in deroga al principio di relativa indisponibilità dei diritti del lavoratore (art. 2113 c.c.).

Il controllo svolto dal direttore della Direzione provinciale del lavoro, naturalmente, non si limita a verificare l'autenticità delle sottoscrizioni apposte dalle parti sul verbale di conciliazione. Si propone, invece, di appurare l'intero contenuto dello stesso, con particolare riguardo alla «genuinità dell'istanza sindacale operante nella vicenda» e all'effettiva «appartenenza ad essa dei conciliatori»⁸⁵, al fine di evitare gli abusi che potrebbero provenire dai sindacati di comodo.

Sulla base delle osservazioni svolte si conviene con la prospettiva interpretativa secondo la quale le ipotesi riconducibili alla nozione di conciliazione sindacale sono solo quelle disciplinate dall'autonomia collettiva.

Non si intende con ciò affermare che siano tali tutte le procedure conciliative di matrice collettiva, ma solo quelle previste dai contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni comparativa-

⁸⁴ Sul punto si veda G. FERRARO, *Conciliazione*, cit., 73.

⁸⁵ E. AVANZI, *La conciliazione*, cit., 573.

mente più rappresentative sul piano nazionale o, nell'ambito del pubblico impiego, rispondenti al minimo indispensabile previsto dalla legge (art. 43 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). Il criterio selettivo, pertanto, consiste nella rappresentatività delle organizzazioni sindacali che svolgono la funzione di assistenza, la quale costituisce un vero e proprio indice di abilitazione al riguardo. Quanto appena sostenuto coincide con la posizione della giurisprudenza di legittimità⁸⁶, che assume un punto di vista rigorista e selettivo al fine di evitare pratiche pregiudizievoli nei confronti dei lavoratori.

Una simile concezione della fattispecie consente di specificare che solo gli accordi dotati di tale caratteristica siano assistiti dalla presunzione di inoppugnabilità e, conseguentemente, di validità di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c. Appare scontato che gli stessi accordi, per essere tali, debbano aver necessariamente ricevuto il controllo di autenticità da parte del direttore della Direzione provinciale del lavoro. In caso contrario, si considerano impugnabili ex art. 2113, 1°, 2° e 3° comma, c.c.⁸⁷. Se così non fosse, d'altro canto, l'attività di autenticazione sarebbe priva di un significato effettivo e, al tempo stesso, non si spiegherebbe la delega attribuita dall'ordinamento alle organizzazioni sindacali.

Per il resto, la legge non si occupa della conciliazione sindacale, perché consiste in una figura giuridica disciplinata dalla contrattazione collettiva, salvo sottintendere che la composizione delle controversie di lavoro ha luogo presso le commissioni o i collegi di conciliazione – presumibilmente a composizione paritetica – e secondo le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative.

⁸⁶ La posizione assunta dalla giurisprudenza in proposito emerge particolarmente in Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2003, 178, con nota di A. PARDINI, *Sui requisiti formali e sostanziali della conciliazione in sede sindacale*.

⁸⁷ Una parte della dottrina, al contrario, sostiene che l'assistenza delle organizzazioni sindacali sarebbe di per sé sufficiente a garantire la piena ed effettiva espressione dell'autonomia individuale del lavoratore (cfr., per tutti, E. AVANZI, *La conciliazione*, cit., 567 ss.; F. MANDELLI, *I requisiti della conciliazione in sede sindacale*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, I, 596).

Si può, dunque, mettere in evidenza l'impossibilità di individuare le caratteristiche, soprattutto procedurali, della fattispecie, che, allo stato attuale, sono imprevedibili perché, a seguito dell'intervento di modifica del 2010, è difficile ipotizzare come sarà disciplinata dall'autonomia collettiva.

Appare, comunque, ragionevole presumere che le parti sociali, non essendo assoggettate ad alcun vincolo di carattere legislativo, se non quello relativo al deposito e all'efficacia esecutiva del verbale, si trovino nelle condizioni di elaborare una disciplina che non presenti i difetti insiti nelle ipotesi di matrice legislativa. Dalla conciliazione sindacale, in sostanza, potrebbero scaturire le risposte ai problemi precedentemente menzionati e che, verosimilmente, emergeranno nel corso dell'applicazione della disciplina legislativa sulla conciliazione amministrativa⁸⁸.

7.3. *La conciliazione giudiziale.* – La conciliazione giudiziale consiste nel tentativo di composizione della lite effettuato dinanzi al giudice e si differenzia da quelle appena esaminate perché non ha carattere pregiudiziale, ma si svolge all'interno del processo (art. 420 c.p.c.).

Posta l'inoppugnabilità dell'accordo conciliativo (*supra*, § 2), si deve subito mettere in evidenza come il riferimento dell'art. 2113, 4° comma, c.c. all'art. 185 c.p.c. anziché all'art. 420 c.p.c. sia inadeguato⁸⁹.

La norma contenuta all'interno dell'art. 185 c.p.c. (come modificato dall'art. 1, 2° comma, della legge 28 dicembre 2005, n. 263, che apporta correttivi al D.L. 14 maggio 2005, n. 35, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80) si riferisce alla conciliazione giudiziale nel procedimento di cognizione ordinario. Quella giustizialistica, invece, è disciplinata dall'art. 420 c.p.c. (nella versione modificata recentemente dalla legge n. 183 del 2010), il quale trova applicazione in virtù del principio espresso nel brocardo "*lex specialis derogat generali*".

Ciò comporta che il riferimento alla disposizione generale sia il frutto di «un evidente difetto di coordinamento, che non

⁸⁸ In questi termini anche L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro*, cit., 6; E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 868.

⁸⁹ Negli stessi termini L.A. COSATTINI, *Rinunzie*, cit., 710.

muta la sostanza del rinvio», a meno che non si condivida l'opinione dottrinale secondo la quale potrebbe risultare utile a richiamare le conciliazioni intervenute in grado d'appello⁹⁰.

Esclusa una simile eventualità, in ragione del fatto che non si riscontra alcun riferimento legislativo sulla base del quale argomentarla, non sembrano esserci dubbi sul fatto che, anche se «l'art. 2113 c.c. richiama l'art. 185 c.p.c.», l'art. 420 c.p.c. contiene la normativa «direttamente applicabile»⁹¹.

Il profilo maggiormente stimolante che emerge dall'analisi della conciliazione giudiziale alla luce dell'art. 2113, 4° comma, c.c. consiste nell'individuazione delle caratteristiche che i negozi conciliativi devono possedere per rientrare tra quelli inoppugnabili.

Non si considerano tali gli atti o patti dispositivi venuti in essere dinanzi al giudice che svolge attività conciliativa nelle forme della conciliazione non contenziosa (artt. 321 e 322 c.p.c.). Allo stesso modo sono esclusi quelli sottoscritti con il liquidatore del concordato preventivo, anche se autorizzato dal Giudice Delegato nei termini previsti dall'art. 167 della legge fallimentare⁹² (R.D. 16 marzo 1942, n. 267, modificato dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169).

Non esiste alcun dubbio, invece, riguardo al fatto che le rinunce e le transazioni poste in essere presso il giudice siano inoppugnabili solo se intervengono nel corso del procedimento che si tiene dinanzi al Tribunale del Lavoro⁹³.

Occorre, tuttavia, precisare che i citati negozi dispositivi devono essere effettivamente conclusi dinanzi al giudice e che il contenuto dell'accordo deve essere attestato nell'apposito verbale di conciliazione dotato di efficacia esecutiva (art. 420, 3° comma, c.p.c.).

⁹⁰ A questo proposito cfr. M. GRANDI, *La conciliazione e gli arbitrati nella legge di riforma del processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1974, 58.

⁹¹ M. BUONCRISTIANO, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, vol. XV, *Impresa e lavoro*, I, Utet, Torino, 1986, 593.

⁹² In proposito si veda Cass. 2 aprile 1987, n. 3202, in *Fall.*, 1987, 1051.

⁹³ In questi termini G. PERA, *Le rinunce*, cit., 109; E. ROTONDI, *La transazione nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1993, 250.

Per l'integrazione di un negozio conciliativo inoppugnabile, in verità, l'avvenuta sottoscrizione al cospetto del giudice non appare sufficiente, dovendosi condurre ad esso solo gli accordi concernenti l'oggetto della controversia, il quale, com'è agevole intuire, può essere individuato sulla base del contenuto del ricorso introduttivo del giudizio⁹⁴. Ciò significa che non è possibile inserire nel verbale i negozi dispositivi riguardanti diritti – relativamente indisponibili – non vantati né contestati in giudizio, i quali, quindi, sono assoggettati alla presunzione di invalidità e al regime di impugnazione di cui all'art. 2113, 1°, 2° e 3° comma, c.c. Se così non fosse, tutte le conciliazioni giudiziali sarebbero inoppugnabili senza alcuna limitazione oggettiva e consisterebbero in un «potente strumento elusivo delle garanzie»⁹⁵.

L'analisi della fattispecie comporta la necessità di concentrarsi sull'impatto prodotto al riguardo dalle modifiche introdotte dalla legge n. 183 del 2010, al fine di verificare se sia sottoposta ad una disciplina disincentivante e idonea a scoraggiare le parti dall'impiegarla in alternativa al giudizio vero e proprio.

Un importante elemento di novità è dato dal fatto che, in caso di fallimento del tentativo endoprocessuale, il giudice deve presentare alle parti una proposta conciliativa ulteriore e tener conto dell'eventuale ingiustificato rifiuto da parte di queste ultime ai fini della determinazione delle spese del giudizio (art. 411, 4° comma, c.p.c.).

Da tale mutamento di disciplina scaturisce indubbiamente l'accentuazione del ruolo mediatorio del giudice, anche se non fino al punto di condividere l'opinione di quella parte della dottrina secondo la quale tale modalità di composizione delle controversie di lavoro è divenuta quasi obbligatoria⁹⁶.

Se si confronta la normativa attuale con quella previgente è possibile rilevare come il potenziamento della fattispecie e, spe-

⁹⁴ Per una panoramica del profilo si vedano G. ZILIO GRANDI, S. MARCHI, *Conciliazione e arbitrato nel diritto del lavoro*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, 2° Agg., 2003, 188-200 e, anche se non troppo recente, F. STOLFA, *Conciliazione nel diritto del lavoro*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.*, III, 1988, 252.

⁹⁵ F. STOLFA, *Conciliazione*, cit., 253.

⁹⁶ L'opinione fa capo a L. DE ANGELIS, *Il tentativo*, cit., 412, il quale parla di «perdurante obbligatorietà» del tentativo di conciliazione giudiziale.

cialmente, l'incremento dei poteri conciliativi del giudice sia più apparente che reale.

Sulla base del testo di legge anteriore al 2010 il giudice poteva valutare i comportamenti tenuti dalle parti in sede di conciliazione (giudiziale) ai fini della decisione della lite solo se i verbali contenevano allegazioni di fatto (delle parti) sulle quali la mancata comparizione all'udienza potesse avere un effetto di convincimento.

La nuova disciplina, invece, sembra prevedere che il contenuto del verbale sia meno incisivo, nel senso che il giudice non ne deve tener conto nell'ipotesi in cui contraddica la proposta conciliativa da lui avanzata. Ciò significa che il verbale deve essere valutato non più ai fini della decisione quanto sul piano delle spese⁹⁷.

La peculiarità di tale modifica legislativa, inoltre, è attenuata dal fatto che, come un'attenta dottrina mette in evidenza, si sarebbe potuti giungere ad una simile conclusione senza che il legislatore si pronunciasse appositamente, per effetto dell'interpretazione sistematica dell'art. 412, 4° comma, c.p.c., anche rispetto all'ipotesi del rifiuto della proposta⁹⁸.

Ciò considerato, si ritiene che le novità apportate dal legislatore del 2010, anche se evidentemente dirette ad incentivare il ricorso alla conciliazione giudiziale, siano troppo lievi per incidere significativamente sull'attuale, limitata, tendenza delle parti di una controversia di lavoro ad utilizzarla in funzione compositiva. Ciò non significa che la nuova disciplina sia tale da scoraggiarne l'impiego in questi termini, quanto, piuttosto, che non sia abbastanza innovativa da scardinare l'abitudine dei cittadini di ricorrere al giudice solo in vista del processo e non al fine di ottenere una soluzione alternativa imperniata sulla conciliazione.

Un incremento sostanziale dell'utilizzazione dell'istituto potrebbe effettivamente registrarsi in caso di conflitti di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, per via dell'estensione alla conciliazione giudiziale della regola secondo la quale i rappresentanti datoriali dell'organo conciliativo, anche in sede giudi-

⁹⁷ In questi termini, anche se a conclusione di iter argomentativi distinti, L. DE ANGELIS, *Il tentativo*, cit., 414; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime*, cit., 61; M. BOVE, *ADR*, cit., 10.

In senso contrario R. TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli*, cit., § 9.

⁹⁸ L'opinione fa capo a L. DE ANGELIS, *Il tentativo*, cit., 414.

ziale (art. 420, commi 1, 2, 3, c.p.c.), non sono soggetti a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave (art. 410, 8° comma, c.c.), con la conseguenza che non possono essere colpiti dagli effetti di un'eventuale danno erariale per il solo fatto di essere chiamati a valutare la convenienza della rinuncia o della transazione.

8. *La conciliazione monocratica.* – Un esame completo della conciliazione delle controversie di lavoro non può prescindere dalla disamina dell'omonima fattispecie, di carattere monocratico, che può avere luogo in sede di esercizio delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro⁹⁹ (artt. 11 e 12 del d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, che attuano l'art. 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30).

L'esame appare interessante perché l'istituto è denominato "conciliazione" e, allo stesso tempo, è sottoposto ad una regolamentazione distinta da quella che caratterizza la conciliazione "generale". Occorre, quindi, verificare se, al pari di quest'ultima, sia realmente in grado di assicurare la composizione delle controversie in materia di previdenza sociale e di lavoro.

Prima di entrare nel vivo del discorso si deve premettere che il legislatore del 2004 prefigura alcune specifiche fattispecie "conciliative"¹⁰⁰ che possono essere impiegate rispetto alle liti che sorgono in occasione o per effetto dell'esercizio della funzione ispettiva¹⁰¹ e che hanno ad oggetto uno o più diritti di carattere patrimoniale del lavoratore.

⁹⁹ Per un esame completo della fattispecie si vedano, per tutti, P. CRÒ, *La conciliazione monocratica: soluzione o problema?*, in *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2010, 221 ss.; M. CINELLI, *La conciliazione monocratica e la diffida accertativa*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Giappichelli, Torino, 2011, 92 ss.

¹⁰⁰ Una parte della dottrina dubita che le figure giuridiche in esame siano idonee a determinare una riduzione del contenzioso. Mette, anzi, in evidenza la possibilità che si presenti «un nuovo contenzioso, del tutto supplementare, determinato dalla necessità di ostacolare queste nuove procedure accertative e ispettive concepite in modo sin troppo sommario sino a far affiorare attendibili sospetti di incostituzionalità» (G. FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in WP, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2005, n. 30, 18, www.lex.unict.it).

¹⁰¹ Al riguardo si veda P. PENNESI, *L'attività ispettiva*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previ-*

La prima tipologia di conciliazione monocratica¹⁰², detta “preventiva”, riguarda i conflitti che emergono nell’ambito delle richieste di intervento ispettivo presentate alla Direzione provinciale del lavoro, prima del concreto esercizio della funzione ispettiva, e che possono essere composti in via stragiudiziale¹⁰³ (art. 11, 1° comma, d.lgs. n. 124 del 2004).

Il ricorso alla conciliazione monocratica è previsto, inoltre, nel corso dell’attività di vigilanza, se l’ispettore, nell’esercizio delle funzioni ispettive, ritenga che sussistono i presupposti per la definizione della lite in questi termini (art. 11, 6° comma, del d.lgs. n. 124 del 2004), nel qual caso si parla di “conciliazione contestuale”.

Infine, il tentativo può essere promosso dal datore di lavoro dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro (art. 12, 1° e 2° comma, d.lgs. n. 24 del 2004) «qualora riceva una diffida accertativa a corrispondere al lavoratore quei crediti patrimoniali che risultino dagli accertamenti compiuti nel corso dell’attività di vigilanza»¹⁰⁴.

La conciliazione monocratica è soggetta ad una regolamentazione peculiare – sulla quale non appare opportuno soffermarsi in questa sede – che è assai diversa da quella propria della conciliazione classica.

L’unico punto che le accomuna concretamente è costituito dall’inoppugnabilità dell’accordo conciliativo ai sensi del-

denza sociale, Giuffrè, Milano, 2004, 164; M. TIRABOSCHI, *Riorganizzazione dei servizi ispettivi e riforma del mercato del lavoro*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, 26; R. FOGLIA, *I servizi ispettivi nel sistema riformato e deflazione del contenzioso*, in *Lav. giur.*, 2006, 428-429. Cfr. anche P. RAUSEI, *Diffida accertativa per crediti patrimoniali*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, 224.

¹⁰² E. MASSI, *La conciliazione monocratica*, in C.L. MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, 193 ss.

¹⁰³ Se si verifica una simile condizione, la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente può avviare d’ufficio il tentativo di conciliazione per il tramite di un proprio funzionario, il quale, anche se adibito a mansioni ispettive, indossa le vesti del conciliatore.

¹⁰⁴ R. VOZA, *L’autonomia*, cit., 99.

l'art. 2113, 4° comma, c.c., che è prevista espressamente dalla legge¹⁰⁵.

Ciononostante una parte consistente della dottrina distingue le ipotesi in esame dalle fattispecie conciliative classiche sulla base di argomentazioni differenti.

Alcuni Autori sostengono che l'attività del conciliatore monocratico sia limitata – rispetto a quella dovuta dalle commissioni di conciliazione ordinarie – dal fatto che ha ad oggetto le sole controversie concernenti i diritti di contenuto patrimoniale e i crediti di lavoro¹⁰⁶.

Un secondo orientamento considera che, a differenza del conciliatore tradizionale, l'ispettore-conciliatore svolge un'attività informativa di carattere generale, piuttosto che una consulenza sui problemi tecnici di carattere particolare¹⁰⁷.

Un terzo indirizzo dottrinale individua quale requisito distintivo il fatto che il ricorso alla fattispecie possa essere presentato dalla Direzione provinciale del lavoro o dal datore di lavoro, mentre il lavoratore, essendo privo di legittimazione attiva, non è libero di scegliere i tempi nei quali agire.

¹⁰⁵ La conciliazione preventiva e quella contestuale sono sottratte alla regola generale dell'indisponibilità dei diritti patrimoniali del lavoratore (art. 11, rispettivamente 3° e 6° comma, del d.lgs. n. 124 del 2004). La conciliazione che può essere promossa dal datore di lavoro, invece, determina la perdita di efficacia della diffida accertativa e l'equiparazione del negozio conciliativo risultante dal verbale di conciliazione alle figure di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c. (art. 12, 6° comma, del d.lgs. n. 124 del 2004).

¹⁰⁶ In questi termini C. ZOLI, *La conciliazione monocratica*, in L. NOGLER, C. ZOLI (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003*, n. 30, *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 953; S. VERGARI, *La riforma della funzione di vigilanza in materia di lavoro*, in AA.VV. (a cura di), *Vigilanza sul lavoro*, Cedam, Padova, 2005, 110.

In senso contrario A. RIVARA, *Servizi ispettivi: le implicazioni della riforma*, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 42, Inserto, § II, XI ss.; P. PENNESI, *La riforma dei servizi ispettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro: prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276. *Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, 1098.

¹⁰⁷ Sul punto si veda V. BEGHINI, *La vigilanza: nozione e ambito di riferimento*, in L. NOGLER, C. ZOLI, *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003*, n. 30, *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 922 ss.

Le osservazioni svolte dai fautori delle teorie appena esaminate non appaiono sufficienti a sostenere la diversità oggettiva tra la figura in commento e la conciliazione classica.

La prima ipotesi non convince perché i diritti patrimoniali del lavoratore e i crediti di lavoro hanno la stessa natura dei diritti relativamente indisponibili del lavoratore menzionati dall'art. 2113 c.c.

Riguardo alla seconda, non è detto che l'organo monocratico non sia in grado di interporre i propri buoni uffici al fine di indurre le parti a conciliare, nonché a garantire al lavoratore lo stesso tipo di assistenza che deve essergli assicurata in sede di conciliazione ordinaria.

Neppure le modalità di apertura della procedura conciliativa possono essere considerate determinanti, perché non sono tali costringere il lavoratore ad «accettare un accordo solo perché nel corso dell'esercizio delle funzioni ispettive sia» un altro soggetto a ritenere «che vi siano i presupposti per una procedura conciliativa»¹⁰⁸.

La mancanza di obbligatorietà del tentativo di conciliazione monocratica, invece, non rileva a tali fini, per lo meno dal momento dell'entrata in vigore della legge n. 183 del 2010, che ha abrogato tale caratteristica rispetto alla conciliazione ordinaria¹⁰⁹ (*supra*, § 4), perché le due figure giuridiche sono accomunate riguardo a tale profilo.

La nostra opinione, dunque, è che le differenze di disciplina tra la conciliazione monocratica e le figure conciliative ordinarie finora prese in considerazione, per quanto innegabili, non costituiscano condizioni sufficienti ad escludere che si tratti di istituti analoghi.

Il solo requisito sulla base del quale è possibile sostenere effettivamente tale distinzione è dato dal fatto che quest'ultima ha efficacia vincolante non solo nei confronti dei terzi, ma anche rispetto agli uffici e agli enti titolari di interessi pubblici connessi al rapporto di lavoro¹¹⁰.

¹⁰⁸ G. DE MARZO, *Poteri*, cit., 1764.

¹⁰⁹ Negli stessi termini A. RIVARA, *Servizi*, cit., XI; C. ZOLI, *Commento all'art. 11*, in L. NOGLER, C. ZOLI (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003, n. 30*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 954.

¹¹⁰ La proposta ricostruttiva fa capo a P. RAUSEI, *Ispezione e procedure di rapporto*, in *Dir. prat. lav.*, 40, 2006, 2218. Cfr. anche *Id.*, *Conciliazione monocratica: vantaggi e limiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 313.

Una simile convinzione si desume dalla previsione legislativa secondo la quale “i versamenti dei contributi previdenziali e assicurativi riferiti alle somme concordate in sede conciliativa, in relazione al periodo lavorativo riconosciuto dalle parti, nonché il pagamento delle somme dovute al lavoratore estinguono il procedimento ispettivo” (art. 11, 4° comma, prima parte, del d.lgs. n. 276 del 2003).

Appare, dunque, ragionevole sostenere che l'accordo compositivo della lite sia efficace anche nei confronti di alcuni soggetti terzi, tra i quali, in particolare, l'Inps, e che determini la sanatoria della situazione di lavoro irregolare sul presupposto del versamento dei contributi assicurativi e previdenziali calcolati alla stregua dei periodi di lavoro riconosciuti prima dell'accertamento ispettivo, impedendo la contestazione e la sanzione degli illeciti amministrativi e/o penali relativi al rapporto conciliato.

Ciò comporta che la figura giuridica in esame, nonostante sia qualificata in termini di conciliazione e sia soggetta alla disciplina di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c., non possa essere equiparata alla conciliazione classica. Sembra, piuttosto, consistere in un'ipotesi di certificazione¹¹¹, poiché il provvedimento di chiusura, al pari dell'atto certificativo, è destinato alle parti e ai terzi interessati¹¹² (art. 80 del d.lgs. n. 276 del 2003).

¹¹¹ In questi termini S. BELLUMAT, *Attività di prevenzione e promozione*, in L. NOGLER, C. ZOLI, *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003*, n. 30, *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 933; V. BEGHINI, *La vigilanza: nozione e ambito di riferimento*, in L. NOGLER, C. ZOLI, *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003*, n. 30, *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 922.

¹¹² Non si condivide, invece, l'opinione secondo la quale «l'organo amministrativo agisce (...) come un arbitro chiamato a dirimere una controversia (mediante la richiesta d'ispezione del lavoratore ex art. 11, 1° comma, o su domanda del datore ex art. 12, 2° comma), e il suo intervento può spiegarsi nella logica promozionale d'una forma di composizione extragiudiziale che impedisca al lavoratore ogni ripensamento (è solo questo il punto di contatto con l'art. 2113, 4° comma, c.c.)» (P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in AA.VV., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè, Milano, 2009, 147) perché l'arbitrato ha una funzione diversa, che è quella di risolvere le liti sulla base di quanto previsto dalle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo.

Tutto ciò considerato, si può concludere che l'istituto introdotto e disciplinato dal d.lgs. n. 124 del 2004 risponda alla medesima logica di salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici e di deflazione del traffico giudiziario¹¹³ della novella del 2010, ma non a quella di soddisfare adeguatamente l'esigenza di tutela del lavoratore¹¹⁴. Se così fosse, infatti, la legge non legittimerebbe un'inaccettabile «occasione di risoluzione bonaria dei casi di accertata irregolarità, attraverso l'intervento di un'autorità amministrativa»¹¹⁵, ponendosi, presumibilmente, in contrasto con l'art. 38 Cost.¹¹⁶, né rischierebbe di violare l'art. 76 Cost. e il principio di indisponibilità dei contributi¹¹⁷.

9. *Conclusioni.* – Nonostante la dottrina si sia mobilitata sul testo della legge 183 del 2010 relativo alla certificazione e all'arbitrato, anche la conciliazione ha subito un cambiamento epocale che inciderà profondamente sul suo impiego ad opera delle parti di una controversia di lavoro.

Tra le valutazioni che sono emerse nel corso della ricostruzione dell'istituto si segnala, in primo luogo, l'incoerenza delle fattispecie amministrativa e giudiziale, che troveranno un'applicazione limitata, specialmente nel settore privato, perché carat-

¹¹³ Sul punto si veda S. VERGARI, *La funzione ispettiva in materia di lavoro: conciliazione e repressione*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, 433 ss.

¹¹⁴ Riguardo alla limitata attenzione della disciplina della conciliazione monocratica all'esigenza di tutela del lavoratore cfr., per tutti, D. MESSINEO, L. GRASSO, *La tutela del lavoratore nella conciliazione monocratica*, in *Lav. giur.* 2010, 432 ss.; M. CINELLI, *La conciliazione monocratica*, cit., 99 ss.

¹¹⁵ L. NOGLER, C. ZOLI, *Note introduttive*, in L. NOGLER, C. ZOLI (a cura di), *Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'art. 8 della L. 14 febbraio 2003, n. 30*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, 872

¹¹⁶ In senso contrario M. NOVELLA, *L'inderogabilità*, cit., 368-370. Si veda anche A. RIVARA, *Servizi*, cit., XI.

¹¹⁷ Sul punto cfr. A. RIVARA, *Servizi*, cit., XI. Una parte della dottrina, peraltro, afferma che l'incostituzionalità della norma potrebbe essere esclusa per altre vie (in questi termini C. ZOLI, *Commento*, cit., 954).

terizzate da una procedura confusa e irrazionale (*supra*, § 7.1). Non dovrebbero, invece, riscontrarsi variazioni riguardo alla loro attuazione nel settore pubblico, sia in caso di conciliazione amministrativa sia in caso di conciliazione giudiziale, poiché la procedura non solo è simile a quella previgente, ma è caratterizzata dall'esonazione dei rappresentanti dell'Amministrazione all'interno della commissione da responsabilità per danno erariale (*supra*, § 7.1 e 7.3).

Secondariamente, tale illogicità dovrebbe incentivare il ricorso alla conciliazione sindacale, sia perché, essendo più flessibile, sarà probabilmente impiegata ogni qualvolta vi sia la concreta possibilità di comporre la controversia, sia perché sarà priva di qualunque connessione con l'eventuale giudizio¹¹⁸ (*supra*, § 7.2).

L'applicazione dell'istituto potrebbe, inoltre, subire una contrazione a causa del tendenziale favore del legislatore del 2010 per le procedure arbitrali e certificadorie, le quali, pur essendo sottoposte ad una disciplina insensata, non solo sono più snelle ma sono suffragate da un costante impegno dello Stato a favore della loro incentivazione, sia sul piano legislativo – si pensi all'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in caso di impugnazione della certificazione (*supra*, § 4) e all'inoppugnabilità del lodo arbitrale ai sensi dell'art. 2113, 4° comma, c.c. – sia su quello organizzativo – si assiste ad uno sforzo senza precedenti diretto a convincere l'opinione pubblica che solo «liberando il lavoro dalla cattiva regolazione» e da un «formalismo giuridico esasperato»¹¹⁹ sia possibile risolvere i problemi della giustizia del lavoro¹²⁰.

Le diverse criticità che emergono dall'analisi della fattispecie lasciano intendere che il legislatore non si sia preoccupato tanto

¹¹⁸ Sul punto si veda G. FERRARO, *La conciliazione*, cit., 81.

¹¹⁹ M. TIRABOSCHI, *Premessa*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2010, XIII.

¹²⁰ Si pensi, in particolare, al fiorire di pubblicazioni, concernenti la novella del 2010, che sono uscite a ridosso della sua entrata in vigore e che provengono dallo stesso ambito nel quale la legge è nata e maturata (cfr., in particolare, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore Spa, Milano, 2010 e G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011).

di soddisfare l'esigenza di salvaguardia della posizione del lavoratore quanto di favorire il decongestionamento del traffico giudiziario. Si può, quindi, affermare che lo strumento conciliativo, così come è stato rinnovato, assicura concretamente una protezione del prestatore ridotta e ad attivazione limitata sia per le problematiche evidenziate sia perché vi è il rischio di sovrapposizione con altri rimedi di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro (*supra*, § 4, 5 e 6).

Sulla base di quanto appena asserito non si può certo negare che la logica dichiarata della legge n. 183 del 2010 sia quella di attribuire effettività all'impianto legislativo di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro, accrescendo la possibilità di evitare il giudizio. Non a caso una parte della dottrina, che ha contribuito in maniera determinante all'elaborazione della normativa in esame, sostiene che «un contenzioso abnorme» non deve essere imputato alla disciplina del processo del lavoro, quanto «alle norme di diritto sostanziale – incentrate sull'asse "norma inderogabile-giudice" e alla cultura conflittuale e antagonista che la pervade»¹²¹.

Tuttavia, in pratica, la nuova disciplina non appare in grado di fornire un apporto concreto neppure al deflazionamento del contenzioso del lavoro, ma di assicurare, «al massimo un contributo alla "legalità del lavoro"»¹²².

Il problema è che l'obiettivo dichiarato non può essere perseguito per il tramite di una regolamentazione così congegnata perché, come una parte della dottrina mette in evidenza, il legislatore non interviene sulle vere cause del malfunzionamento, quali la mancanza di mezzi e di strutture e l'insufficienza degli organici dei conciliatori e del personale amministrativo¹²³ (*supra*, § 3). Opera, invece, in direzione della riduzione dei diritti, e non nel senso della formale eliminazione degli stessi, quanto in quello dell'aggiramento indiretto delle tutele legislative sostanziali.

¹²¹ M. TIRABOSCHI, *Premessa*, cit., XIII.

¹²² M. CINELLI, *La conciliazione monocratica*, cit., 105.

¹²³ Il concetto è chiaramente espresso da V. SPEZIALE, *I limiti*, cit., 26-27. Sul punto si veda anche M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 114, 2011, in www.lex.unict.it.

Infatti, se da un lato si è preservata la possibilità di ricorrere alla conciliazione prevista dalla disciplina previgente, dall'altro si è introdotta una procedura che ne impedisce un impiego effettivo.

Per quanto concerne la certezza del diritto, la nuova normativa in tema di conciliazione riduce concretamente i vincoli tradizionalmente apposti dal diritto del lavoro alla sfera di autonomia dell'azienda e ne assicura pienamente le necessità organizzative, poiché conserva il tentativo obbligatorio in caso di impugnazione del provvedimento di certificazione, l'esenzione da responsabilità dei membri dell'organismo conciliativo in caso di controversie di lavoro pubblico e, infine, non prevede sanzioni a carico del datore di lavoro che non aderisce alla richiesta di conciliazione avanzata dal lavoratore.

Al tempo stesso, tuttavia, si pone in controtendenza rispetto a tale principio giuspolitico poiché prevede un doppio termine di decadenza per il ricorso alla conciliazione (al giudizio e agli altri strumenti stragiudiziali di risoluzione delle liti), assegna la funzione di assistenza conciliativa a soggetti non del tutto collaudati ed affidabili, prefigura complesse modalità di accettazione della conciliazione da parte del datore di lavoro e, infine, lo obbliga, suo malgrado, ad anticipare le proprie linee di difesa.

MANUELA TOLA

L'ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO

SOMMARIO: 1. La risoluzione delle controversie in ambito bancario e finanziario. - 2. L'Arbitro Bancario Finanziario: la competenza. - 3. (segue): il procedimento e la decisione.

1. *La risoluzione delle controversie in ambito bancario e finanziario.* – L'art. 5 del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28, prevede, quale sistema alternativo nati al quale può essere esperito il procedimento di mediazione rappresentativo della condizione di procedibilità della domanda giudiziale, quello «istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate».

Tale ultima norma è stata introdotta dall'art. 29, d. lgs. 28 dicembre 2005, n. 262, allo scopo di agevolare la tutela dei clienti nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari attraverso l'introduzione di meccanismi di risoluzione delle controversie alternativi alla giustizia ordinaria¹.

Il legislatore ha evidentemente ritenuto che nella materia in esame siano destinate a manifestarsi con particolare intensità le istanze che, sul piano generale, inducono a favorire la creazione dei sistemi di ADR². È un dato di comune esperienza, infatti, che in ambito bancario e finanziario, la sussistenza di un sostanziale squilibrio della posizione delle parti, la modesta dimensione del danno subito e gli elevati costi di accesso alla giu-

¹ La medesima norma, peraltro, ha previsto un sistema di conciliazione e arbitrato anche per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia finanziaria.

² Sul punto, cfr. E. QUADRI, *L'«arbitrato bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 306.

stizia impediscano, più che in altri settori, l'effettiva tutela delle ragioni dei singoli risparmiatori³. Da qui l'esigenza di agevolare l'azione dei soggetti lesi dalla scorretta attività degli intermediari sia in funzione incentivante del rispetto, da parte di questi ultimi, dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela, sia sul piano del miglioramento della fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari.

Va, altresì, osservato come un adeguato accesso alla giustizia in caso di comportamento scorretto degli intermediari consenta, da un lato, di rendere più efficace il sistema dei controlli sulla *conduct of business* e, dall'altro «di individuare tempestivamente eventuali disfunzioni gestionali», anche nell'ottica di un più efficiente esercizio della vigilanza prudenziale⁴.

Nei termini suddetti, il ricorso alle ADR si rivela un «utile presidio dei rischi legali e di immagine a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso», destinato a porsi su un piano complementare all'esercizio dei controlli da parte della pubblica Autorità⁵. Per questo motivo, nella valutazione dei relativi sistemi sembra emergere in maniera sempre più evidente l'idea del cd. *private attorney general*, ossia della funzione pubblica svolta anche dal singolo nell'esercizio dei suoi diritti. La forte interazione tra strumenti di carattere privatistico e pubblicistico che caratterizza il settore bancario e finanziario, rende possibile il realizzarsi di questa peculiare funzione la cui finalità è quella di «perseguire l'applicazione più efficace possibile del diritto»⁶.

Su questo specifico piano tende a delinearsi la rilevanza della risoluzione stragiudiziale delle controversie nella definizione del rapporto tra tutela del risparmio e vigilanza sugli intermediari: la prima da perseguirsi garantendo ai risparmiatori un age-

³ E. QUADRI, *op.cit.*, p. 306.

⁴ E.L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 247.

⁵ Come evidenziato dal Governatore della Banca d'Italia nelle sue *Considerazioni finali* all'Assemblea generale dei partecipanti svoltasi a Roma, il 31 maggio 2008, e reperibili all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/interventi/integov/2008/cf/cf07/cf07-considerazioni-finali>.

⁶ E.L. CAMILLI, *op. cit.*, p. 241.

vole accesso alla giustizia, la seconda destinata a dispiegarsi su un piano di *public enforcement*, implicante l'intervento istituzionale della pubblica Autorità, da calibrarsi in relazione all'effettiva condotta degli intermediari⁷.

A conforto di tale ultima affermazione mette conto richiamare la previsione secondo cui «gli esiti dei ricorsi sono valutati dalla Banca d'Italia per i profili di rilievo che essi possono avere per l'attività di vigilanza»⁸. Conseguentemente, i comportamenti degli intermediari sono destinati a trovare una significativa sanzione «nel quadro dell'organizzazione settoriale del credito, attraverso l'eventuale attivazione degli strumenti con cui l'ordinamento ha inteso assicurare il corretto ed efficiente funzionamento di tale settore»⁹.

Su questa forte commistione di interessi pubblici e privati si è innestato l'art. 29, l. 262/2005 che, nell'intento di potenziare, anche nel campo bancario e finanziario, il ruolo della giustizia alternativa, ha demandato alle Autorità creditizie la definizione dei «criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie e di composizione dell'organo decidente» prevedendo, quale unico vincolo alla disciplina attuativa, l'esigenza di assicurare l'«imparzialità» di tale organo, la «rappresentatività dei soggetti interessati», la «rapidità» delle procedure oltre che «l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela»¹⁰.

⁷ E.L. CAMILLI, *op.cit.*, p. 241 ss., spec. p. 248, il quale osserva come il ricorso a sistemi extragiudiziali di risoluzione delle controversie, soprattutto ove il compito di valutare le liti sia rimesso «ad un organo dell'autorità amministrativa competente anche per la valutazione delle condotte degli intermediari (.....) aumenta i canali attraverso i quali l'autorità è in grado di assumere informazioni sull'effettiva condotta degli operatori e di disciplinarne il comportamento».

⁸ Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, del 24 giugno 2009.

⁹ Così E. QUADRI, *op.cit.*, p. 311.

¹⁰ L'impostazione seguita in campo bancario e finanziario si discosta considerevolmente da quella adottata nell'ambito dei servizi finanziari. Infatti, a differenza dell'art. 29, l. 262/2005 che, in materia di giustizia alternativa, riconosce alle Autorità creditizie una semplice competenza regolamentare, l'art. 27 della medesima legge, sul presupposto della sussistenza di una forte interrelazione tra sistemi di ADR ed obiettivi di vigilanza sulla trasparenza e

Inoltre, al fine di accrescere la credibilità dell'istituendo sistema, la medesima norma ha posto in capo agli operatori un obbligo di adesione allo stesso, lasciando tuttavia impregiudicata la possibilità per le parti di ricorrere «in qualunque momento, a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento».

Tutte queste indicazioni hanno portato all'introduzione, nell'ambito bancario e finanziario, di un organismo di ADR spiccatamente settoriale che, nell'intento di scongiurare qualsivoglia rischio di confusione con quelle esperienze di autoregolamentazione che in passato non hanno certo dato buona prova di indipendenza ed imparzialità, si è preferito costituire *ad hoc* affidandone il funzionamento e la gestione all'organo istituzionalmente deputato al controllo sul sistema bancario¹¹.

2. *L'Arbitro Bancario Finanziario: la competenza.* – In attuazione delle prescrizioni dell'art. 128-bis Tub, dapprima il Cibr, con deliberazione del 29 luglio 2008, n. 275¹² e, successivamente la Banca d'Italia, con provvedimento del 18 giugno 2009, hanno proceduto all'istituzione del sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia bancaria e finanziaria denominato Arbitro Bancario Finanziario (ABF), prevedendone in dettaglio le regole di organizzazione e funzionamento¹³.

correttezza dei comportamenti degli intermediari, introduce un sistema accentrato, fortemente specializzato ed il cui funzionamento è direttamente demandato all'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari.

¹¹ Il riferimento è all'esperienza dell'*Ombudsman* bancario, istituito nel 1993 su iniziativa dell'ABI, il quale nel periodo di operatività non ha dato buona prova di sé, soprattutto sotto il profilo dell'imparzialità, a cagione della scarsa rappresentatività dei suoi componenti. Ora denominato *Ombudsman-Giurì* bancario per evitare fraintendimenti in ordine alla funzione esercitata, tale organismo ha una competenza che, a far data dal 15 ottobre 2009, in coincidenza con l'inizio dell'attività dell'ABF, ha subito un consistente ridimensionamento all'area dei rapporti non rimessi alla cognizione di quest'ultimo sistema. In arg., v. G. CARRIERO, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'ombudsman bancario*, in *Ec. e dir. del terziario*, 2003, p. 117.

¹² Recante la «Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell'articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni».

¹³ Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, cit.

L'ABF si articola territorialmente in 3 collegi, ciascuno dei quali costituito da cinque membri, ed ha iniziato ad operare il 15 ottobre 2009 subentrando all'*Ombudsman* bancario nelle questioni relative ai rapporti posti in essere dai soggetti destinatari della disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali di cui al Titolo VI (artt. 115 ss.) Tub¹⁴.

Rientrano perciò nella competenza del sistema in esame tutte le controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari, non anteriori al 1° gennaio 2007 e vertenti sull'accertamento di diritti, obblighi e facoltà, ovvero inerenti alla corresponsione, a qualsiasi titolo, di somme di denaro nei limiti del valore di centomila euro¹⁵.

Queste ultime indicazioni rispecchiano la generale tendenza del legislatore nazionale ad estendere l'ambito di operatività del nuovo meccanismo al di là dei cd. *small claims*. Il riferimento della competenza per valore alle sole controversie inerenti al pagamento di somme e la previsione di una competenza per materia che ricomprende tutti i diritti disponibili sembrerebbero, infatti, indicative della volontà di ricondurre alla cognizione dell'ABF «l'intera area delle possibili controversie»¹⁶.

Ovviamente, rimangono al di fuori di tale ambito generale tutte le vertenze non risolubili alla luce della regolamentazione bancaria e finanziaria e che, a cagione della spiccata settorialità dell'ABF, sarebbero logicamente estranee alla sua sfera di competenza. A questo riguardo, il provvedimento della Banca d'Italia esclude espressamente dalla cognizione del suddetto sistema le richieste di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione

¹⁴ I tre collegi, con sede a Milano, Roma e Napoli hanno una competenza territoriale distinta in relazione al domicilio del ricorrente: il collegio di Milano, infatti, è competente per il nord Italia, quello di Roma per il centro Italia, Sardegna e stati esteri, e quello di Napoli per il sud Italia e Sicilia.

¹⁵ Risultano, invece esclusi dalla cognizione dell'ABF le questioni inerenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al Titolo VI Tub. Tale normativa, ai sensi dell'art. 23, c. 4 Tuf, non trova applicazione ai servizi e alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'art. 25-*bis* Tuf.

¹⁶ In generale sul punto, cfr. E. QUADRI, *op.cit.*, p. 308.

dell'intermediario nonché le questioni relative a beni materiali o servizi diversi da quelli bancari e finanziari oggetto del contratto ovvero inerenti a contratti collegati¹⁷. Più in particolare, vengono menzionati a titolo esemplificativo, le questioni riguardanti gli eventuali vizi del bene concesso in *leasing* o acquisito mediante operazioni di credito al consumo, quelle relative alle forniture connesse a crediti commerciali ceduti nell'ambito di operazioni di *factoring* e, più in generale, tutti quegli aspetti applicativi conseguenti alla prestazione dei servizi bancari e finanziari ma non riconducibili alla relativa disciplina¹⁸.

All'ABF non possono essere proposti ricorsi inerenti a controversie già sottoposte all'autorità giudiziaria ovvero rimesse a decisione arbitrale o per le quali sia già stato avviato un tentativo di conciliazione ai sensi di legge¹⁹. Si intende così evitare che, in relazione alla stessa materia del contendere, possano coesistere più procedure conciliative innanzi a diversi organismi destinate, in ipotesi, a definirsi con soluzioni confliggenti che, ovviamente, impedirebbero o renderebbero più difficoltosa la risoluzione della lite. Per questo motivo, una volta accertato che rispetto alla stessa controversia sia già in corso una procedura di conciliazione, il procedimento davanti all'ABF deve necessariamente interrompersi²⁰.

Quest'ultimo rilievo, che trova espressa formulazione nel provvedimento della Banca d'Italia, consente di rimarcare l'alternatività del ricorso all'organismo in questione rispetto agli altri strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

¹⁷ Secondo E. QUADRI, *op. cit.*, p. 312, non dovrebbe escludersi la competenza dell'ABF in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale soprattutto nel caso di lesione dei diritti inviolabili della persona. Infatti, «anche i comportamenti degli intermediari possono mettere in gioco rilevanti valori propri della sfera morale della persona (come, in particolare, quello della reputazione), con conseguente eventuale, anche significativa violazione».

¹⁸ Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, cit., p. 3.

¹⁹ In questo senso, cfr. ad es. l'art. 141 d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo).

²⁰ Il ricorso all'ABF deve, invece, ammettersi in seguito al fallimento di una procedura conciliativa già intrapresa, rispetto al quale non si profilano gli effetti della litispendenza.

Va, conseguentemente, esclusa la sussistenza di qualsivoglia pregiudizialità nell'esperimento della relativa procedura rispetto a quelle attivabili dinanzi ai sistemi di mediazione previsti dall'art. 5, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che, conseguentemente, sono destinati a porsi sullo stesso piano per quel che concerne l'assolvimento della condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

La scelta tra l'uno e l'altro sistema è, dunque, rimessa alla libertà ed autodeterminazione del cliente che potrà procedervi più o meno accuratamente a seconda del grado di fiducia riposta nella giustizia alternativa (e di riflesso nell'abilità del conciliatore), ovvero sulla base di differenti valutazioni ove animato dalla mera volontà di preconstituirsì le condizioni per l'esercizio dell'azione giudiziale²¹.

3. (*segue*): *il procedimento e la decisione*. – Il procedimento davanti all'ABF deve essere sempre preceduto dalla presentazione di un reclamo all'intermediario e presuppone una valutazione negativa ovvero una mancata pronuncia da parte di questo nel termine di trenta giorni dalla ricezione. A partire da tale momento, il soggetto che ritiene di aver subito una lesione ha 12 mesi di tempo per sottoporre la relativa vertenza al Collegio territorialmente competente, mediante invio della necessaria documentazione.

Il reclamo, che integra una condizione preliminare e necessaria per la presentazione del ricorso all'ABF, risulta funzionale all'instaurazione di un effettivo e soddisfacente dialogo tra le parti contendenti, volto «a consentire il chiarimento delle rispettive posizioni e a favorire, ove possibile, una composizione bonaria dei possibili contrasti»²². La relativa proposizione, infatti, permette di operare un tempestivo intervento sulle «situazioni di potenziale insoddisfazione del cliente», finalizzato a prevenire l'insorgere o l'incancrenirsi di un'eventuale conflitto in vista

²¹ Sul punto, si rinvia a N. SOLDATI, *L'arbitrato bancario finanziario della Banca d'Italia (ABF)*, in *Contratti*, 2009, p. 855.

²² Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, cit., Sez. VI, par. 2 .

della ricostituzione di «quel clima di fiducia, il cui venir meno può riflettersi anche sulla stessa stabilità degli intermediari, con evidenti pericoli per il sistema finanziario nel suo complesso»²³.

Per questo motivo, è fondamentale che questi ultimi soggetti riservino la massima cura ed attenzione alla funzione di gestione dei reclami, dotandosi di adeguate strutture organizzative e procedure interne, nonché istituendo un ufficio all'uopo dedicato.

Il ricorso deve riprodurre la stessa contestazione del reclamo, ossia riguardare la medesima materia del contendere e può essere redatto utilizzando la modulistica messa a disposizione nel sito dell'ABF. Non essendo previsto un obbligo di assistenza tecnica, il ricorrente può sottoscriverlo personalmente ed inviarlo, unitamente alla necessaria documentazione, alla Segreteria tecnica del Collegio territorialmente competente o, in alternativa, consegnarlo presso qualunque filiale della Banca d'Italia che provvederà all'inoltro²⁴.

Dell'avvenuta presentazione del ricorso deve essere data notizia all'intermediario mediante invio, a cura del ricorrente, di una copia dello stesso a mezzo lettera raccomandata.

Tale ultima incombenza è finalizzata a consentire alla controparte di contraddire alla domanda mediante presentazione, nel termine di trenta giorni, delle proprie controdeduzioni corredate della relativa documentazione. Stante la rilevanza delle allegazioni delle parti ai fini della determinazione del *thema decidendum*, l'inerzia o il ritardo nell'invio della documentazione da parte dell'intermediario integrano un'ipotesi di mancata cooperazione alla procedura e, ove rendano impossibile una decisione sul merito, possono essere sanzionate sul piano reputazionale mediante pubblicità della relativa notizia²⁵.

²³ E. QUADRI, *op. cit.*, p. 312.

²⁴ Alla presentazione del ricorso può procedere, per conto del cliente, anche un'associazione di categoria alla quale il cliente medesimo aderisca ovvero un rappresentante a ciò autorizzato. In tali casi, il ricorso deve essere sottoscritto anche dal cliente o corredato di procura.

²⁵ Cfr. Banca d'Italia, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, cit., Sez. VI, par. 5, in cui si prevede che la notizia della mancata cooperazione dell'intermediario è pubblicata sul sito internet dell'ABF, in quello della Banca d'Italia e in due quotidiani ad ampia diffusione nazionale. Tale tipo di san-

Sulla documentazione prodotta dalle parti si apre la fase istruttoria che viene curata dalla Segreteria tecnica mediante la predisposizione del fascicolo da sottoporre al Collegio territorialmente competente il quale ha sessanta giorni di tempo per pronunciarsi. Tale termine è soggetto a sospensione ove sia necessario acquisire dalle parti ulteriori elementi, ovvero a interruzione, qualora consti che in relazione alla medesima controversia sia stato avviato un tentativo di conciliazione ai sensi di legge²⁶. Analogamente, si avrà interruzione qualora nel corso del procedimento l'intermediario decida di sottoporre la controversia all'autorità giudiziaria o a giudizio arbitrale, salvo che il ricorrente dichiari di avere interesse alla pronuncia dell'ABF decretando così la prosecuzione della procedura.

Il giudizio avviene sulla base della documentazione allegata dalle parti posto che l'Organo decidente è privo di poteri istruttori. Lo stesso, pertanto, non può disporre l'assunzione di prove costituende né il coinvolgimento di terzi estranei alla vertenza, quali esperti o consulenti tecnici e neppure la comparizione delle parti. Per queste l'unica possibilità di contatto con il Collegio è rappresentata dall'istanza scritta o dalla produzione documentale da attuarsi, in ogni caso, attraverso il filtro della Segreteria.

Tale caratteristica, unitamente all'assenza dell'obbligo di assistenza tecnica, rende il procedimento facilmente fruibile e quindi idoneo anche per la soluzione di quelle controversie di modico valore per le quali, di sovente, il cliente rinuncia a tutelare le proprie ragioni in giudizio. Questa possibilità si ricollega ai limitati costi di avvio che, peraltro, il cliente ha il diritto di recuperare in caso di soccombenza dell'intermediario²⁷.

zione, che risulta funzionale a gettare discredito sull'autore della violazione e ad esporlo al giudizio del mercato, risulta particolarmente diffusa nei paesi anglosassoni nei quali gli operatori sono particolarmente sensibili al cd. timore della vergogna.

²⁶ La sospensione del procedimento può essere disposta anche più volte ma per un periodo massimo complessivamente non superiore a 60 giorni. Ove se ne ravvisino i presupposti nel corso dell'istruzione preliminare il relativo provvedimento viene adottato dalla Segreteria tecnica .

²⁷ Per poter avviare la procedura, infatti, il cliente è tenuto a versare un contributo di 20 euro mentre per l'intermediario è previsto contributo di 200 euro.

L'ABF si qualifica come una ADR cd. aggiudicativa. La dislocazione territoriale e i limitati poteri dell'Organo decidente nonché la particolare articolazione della procedura ne impediscono l'espletamento di una funzione conciliativa ponendone in evidenza la natura prettamente arbitrale²⁸. Il relativo procedimento, infatti, si chiude con una decisione motivata che deve essere resa secondo diritto, ossia in applicazione delle norme di legge e regolamentari in materia nonché dei codici di condotta ai quali l'intermediario aderisca²⁹.

Tale pronuncia non è vincolante, posto che le parti mantengono il diritto di rivolgersi all'Autorità giudiziaria ordinaria ovvero di porre in essere qualsiasi altro mezzo previsto dall'ordinamento per la tutela dei propri diritti.

Tuttavia, la spiccata specializzazione dell'Organo giudicante, unita ai requisiti di imparzialità, professionalità ed esperienza dei suoi componenti, inducono a ritenere improbabile il ribaltamento delle sue decisioni.

²⁸ Cfr. N. SOLDATI, *op. cit.*, p. 856.

²⁹ La decisione, corredata della relativa motivazione, deve essere comunicata alle parti, entro 30 giorni dalla pronuncia, a cura della Segreteria tecnica.

CORTE COSTITUZIONALE 14 MAGGIO 2010 N. 178

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Francesco AMIRANTE Presidente
- Ugo DE SIERVO Giudice
- Paolo MADDALENA
- Alfio FINOCCHIARO
- Alfonso QUARANTA
- Franco GALLO
- Luigi MAZZELLA
- Gaetano SILVESTRI
- Sabino CASSESE
- Maria Rita SAULLE
- Giuseppe TESAURO
- Giuseppe FRIGO
- Alessandro CRISCUOLO
- Paolo GROSSI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale della legge della Regione Veneto 31 luglio 2009, n. 15 (Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso notificato il 2-6 ottobre 2009, depositato in cancelleria il 12 ottobre 2009 ed iscritto al n. 87 del registro ricorsi 2009.

Visto l'atto di costituzione della Regione Veneto;

udito nell'udienza pubblica del 28 aprile 2010 il Giudice relatore Gaetano Silvestri;

uditi l'avvocato dello Stato Maurizio Borgo per il Presidente del Consiglio dei ministri e gli avvocati Mario Bertolissi e Luigi Manzi per la Regione Veneto.

Fatto

Ritenuto in fatto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso, con ricorso notificato il 2-6 ottobre 2009 e depositato il successivo 12 ottobre, questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Veneto 31 luglio 2009, n. 15 (Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario), ed, in particolare, degli artt. 1, comma 2, 2 e 3 nonché delle «altre disposizioni inscindibilmente connesse ad essi», per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, secondo comma, lettera l), e terzo comma, della Costituzione. Preliminarmente, il ricorrente evidenzia come la legge impugnata sia finalizzata alla riduzione del contenzioso in materia sanitaria, attraverso la promozione di «modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie» (art. 1, comma 1). Per il perseguimento di queste finalità «la Regione individua e disciplina le procedure funzionali alla composizione stragiudiziale delle controversie, promuovendone l'utilizzo da parte dei cittadini» (art. 1, comma 2). L'art. 2 della legge impugnata istituisce una «Commissione conciliativa regionale» con il compito di comporre in via stragiudiziale le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende sanitarie locali ed ospedaliere, nonché dalle strutture private provvisoriamente accreditate. L'art. 3 attribuisce alla Giunta regionale il compito di disciplinare l'organizzazione della Commissione, il procedimento davanti alla stessa, i criteri e le modalità di presentazione delle domande, e l'indennità spettante ai componenti, ai supplenti ed ai consulenti della suddetta Commissione. Spetta alla Giunta individuare, altresì, i mezzi, le risorse, la sede ed il personale da assegnare alla Commissione per l'espletamento delle sue funzioni (comma 1). Il comma 2 dell'art. 3 stabilisce, inoltre, i principi ed i criteri direttivi cui si deve ispirare il procedimento davanti alla Commissione, fra i quali, la non obbligatorietà, volontarietà, gratuità, imparzialità, celerità e riservatezza del procedimento conciliativo (lettere a, b, c, e, g ed i), la non vincolatività della decisione della Commissione (lettera d) e la definizione della conciliazione, in caso di accordo fra le parti, con un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell'art. 1965 del codice civile (lettera h). L'art. 4 indi-

vidua le parti necessarie nel procedimento ed i soggetti che possono intervenire, anche a mezzo di rappresentanti, e stabilisce i criteri di imputazione delle spese; l'art. 5 prevede il monitoraggio dell'attività conciliativa; l'art. 6 dispone l'istituzione di un fondo regionale finalizzato a risarcire i danni da responsabilità civile di un certo ammontare ed infine l'art. 7 reca una norma relativa alla copertura finanziaria della legge in esame.

1.1. – Secondo il ricorrente, la legge reg. n. 15 del 2009 ed, in particolare, gli artt. 1, comma 2, 2 e 3 violerebbero, in primo luogo, l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., poiché avrebbero ad oggetto l'istituto della conciliazione la cui disciplina rientra nella competenza legislativa statale in materia di «ordinamento civile» (sono richiamate le sentenze della Corte costituzionale n. 50 e n. 384 del 2005). Sarebbe al contempo violata la competenza legislativa statale in tema di «giurisdizione e norme processuali», a causa dell'«incidenza che la previsione e la regolamentazione del tentativo di componimento bonario delle liti possono avere sullo svolgimento del processo».

La difesa dello Stato osserva che la necessità di una disciplina uniforme degli strumenti di conciliazione su tutto il territorio nazionale è confermata dall'esigenza di regolare, in modo unitario, i rapporti tra lo svolgimento del procedimento di composizione stragiudiziale della controversia e l'esercizio del diritto di azione in sede giurisdizionale, con particolare riguardo alla decorrenza dei termini di prescrizione e di decadenza durante il tempo occorrente per l'espletamento del tentativo di conciliazione.

L'Avvocatura generale sottolinea, inoltre, come di recente lo Stato abbia esercitato la propria potestà legislativa in materia con l'approvazione della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), il cui art. 60 contiene una delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali.

A tal proposito, il ricorrente ritiene che l'art. 2, comma 3, della legge reg. n. 15 del 2009, nella parte in cui stabilisce che la Commissione conciliativa regionale è nominata dalla Giunta regionale e dura in carica tre anni, si ponga in contrasto con l'art. 60, comma 3, lettera b), della legge n. 69 del 2009, il quale individua, tra i

principi e criteri direttivi, quello secondo cui la mediazione deve essere svolta da «organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione».

La violazione della competenza statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., sarebbe poi di tutta evidenza con riferimento all'art. 3, comma 2, lettera h), della legge reg. n. 15 del 2009, il quale prevede, tra i principi cui deve ispirarsi il procedimento davanti alla Commissione conciliativa, la «definizione della conciliazione, in caso di accordo fra le parti, con un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell'articolo 1965 del codice civile». Secondo il ricorrente, la norma in esame qualificherebbe come transazione l'accordo che conclude il procedimento di conciliazione anche qualora non sia caratterizzato dalle «reciproche concessioni», previste dall'art. 1965 cod. civ.

1.2. – Le norme della legge reg. n. 15 del 2009 sono impugnate anche per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., avuto riguardo alla competenza concorrente in materia di «professioni». Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, l'istituzione della Commissione conciliativa regionale (art. 2, comma 1) e la disciplina della sua composizione e del suo funzionamento determinerebbero la nascita di una nuova figura professionale – di conciliatore o mediatore – diversa da quella definita nell'art. 60 della legge n. 69 del 2009.

La difesa dello Stato richiama, al riguardo, la giurisprudenza costituzionale secondo la quale la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle «professioni» deve rispettare il principio per cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi titoli abilitanti, è riservata allo Stato, mentre spetta alle Regioni la disciplina dei profili che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale (sono citate le sentenze n. 153 del 2006 e n. 300 del 2007). Il ricorrente aggiunge che la giurisprudenza menzionata è stata pienamente recepita nel decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 30 (Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'articolo 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131).

Inoltre, le norme regionali impugnate si porrebbero in contrasto con i principi dettati, in materia di professioni, dall'art. 60 della legge n. 69 del 2009, il quale, al comma 3, lettera c), ha previsto

la creazione di un apposito registro degli organismi di conciliazione, sottoposto alla vigilanza del Ministero della giustizia, e alla lettera d) del medesimo comma ha regolamentato l'accesso a questa professione, prevedendo che i requisiti per l'iscrizione nel registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia.

1.3. – Il Presidente del Consiglio dei ministri lamenta, infine, la violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., da parte delle norme censurate. Queste ultime, infatti, si porrebbero in contrasto con i principi contenuti nella direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale), per il cui recepimento è stata conferita delega al Governo con l'art. 1 della legge 7 luglio 2009, n. 88 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2008).

Al riguardo, la difesa dello Stato rileva come la citata direttiva comunitaria, analogamente alla normativa interna prima richiamata, preveda, quale condizione per lo svolgimento dell'attività di mediazione, i requisiti di imparzialità e di competenza del mediatore (art. 3); imponga agli Stati membri di adottare misure per consentire che gli accordi risultanti dalla mediazione abbiano efficacia esecutiva (art. 6); impegni gli Stati membri a salvaguardare il diritto di azione delle parti, che abbiano fatto ricorso al procedimento di mediazione, dagli effetti pregiudizievoli della prescrizione e della decadenza (art. 8).

Pertanto, le norme regionali impugnate, ponendosi in contrasto con le citate prescrizioni comunitarie, violerebbero gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

2. – Nel giudizio si è costituita la Regione Veneto, eccependo l'inammissibilità e deducendo comunque l'infondatezza delle censure.

2.1. – In via preliminare, la difesa regionale si sofferma sul contesto nel quale si colloca la normativa impugnata, evidenziando come negli ultimi decenni, in Italia ed in altri Stati europei, si sia assistito ad un aumento esponenziale del contenzioso sanitario. I

successi della medicina moderna ed il conseguente aumento delle aspettative di vita hanno indotto il paziente a credere che l'esito infausto sia sempre e comunque attribuibile al medico, e non all'intrinseca gravità della malattia o all'imprevedibilità della risposta dell'organismo umano alle cure.

La cosiddetta overcompensation (cioè l'aumento dell'entità dei risarcimenti ed, in generale, l'aumento del contenzioso) avrebbe determinato «una pericolosa patologia» (la cosiddetta overdeterrence) della classe medica e della struttura ospedaliera, nonché, di riflesso, delle compagnie di assicurazione. In altre parole, il rischio di incorrere in procedimenti giudiziari ed eventualmente in pronunzie di condanna per il risarcimento dei danni provocati, indurrebbe molti medici ad abbandonare le specialità più a rischio o a ricorrere ad esami diagnostici superflui prima di ogni intervento (fenomeno della cosiddetta medicina difensiva). Tutto ciò determinerebbe un aumento dei rischi a carico della salute del paziente, dei costi per la spesa sanitaria e dei premi assicurativi; in qualche caso, addirittura, le compagnie di assicurazione avrebbero deciso di uscire dal mercato, rifiutandosi di assicurare medici operanti nei settori maggiormente esposti al rischio di procedimenti giudiziari per risarcimento dei danni.

Secondo la Regione Veneto, la normativa impugnata sarebbe finalizzata a contenere le crescenti spese affrontate dalle strutture sanitarie per il pagamento dei premi assicurativi (che, per l'anno 2004, ammonterebbero a 38.289.425 euro). Pertanto, la legge reg. n. 15 del 2009 (modellata su esperienze straniere, in particolare, tedesca ed austriaca), attraverso l'istituzione della Commissione conciliativa regionale, sarebbe volta a ridurre la spesa pubblica regionale e ad assicurare una migliore allocazione delle risorse, nel rispetto dei vincoli comunitari di finanza pubblica. La resistente evidenza, altresì, come la legge regionale censurata preveda una forma di monitoraggio dell'attività conciliativa al fine di rafforzare la gestione del rischio clinico; così facendo, la normativa impugnata darebbe attuazione all'art. 32 Cost.

Infine, la Regione Veneto precisa che la legge reg. n. 15 del 2009 ottempera a quanto sancito nell'intesa del 20 marzo 2008 (in particolare, nel punto 6) tra il Governo, le Regioni e le Province autonome, concernente, appunto, la gestione del rischio clinico e la sicurezza dei pazienti e delle cure.

2.2. – Quanto alle censure mosse dal ricorrente, la difesa regionale ne eccepisce, in primis, l'inammissibilità, poiché l'impugnativa riguarderebbe in modo generico l'intera legge reg. n. 15 del 2009.

Inoltre, l'affermazione, contenuta nel ricorso, secondo cui sono impugnate anche le altre disposizioni della legge regionale «in-scindibilmente connesse» alle norme espressamente censurate, rimetterebbe alla Corte costituzionale il compito di individuare le disposizioni oggetto dell'impugnazione, in violazione del principio della domanda (ex art. 34 della legge 11 marzo 1953, n. 87 - Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale). Quella appena rappresentata costituirebbe un'ulteriore causa di inammissibilità delle questioni.

2.3. – Nel merito, la Regione Veneto contesta le conclusioni cui è pervenuto il ricorrente.

2.3.1. – Quanto all'asserita violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., la resistente sottolinea come sia inconfidente il richiamo delle sentenze della Corte costituzionale n. 50 e n. 384 del 2005, giacché queste ultime riguarderebbero fattispecie molto diverse da quella oggetto dell'odierno giudizio.

In particolare, la difesa regionale rileva che, a differenza delle norme scrutinate nei giudizi definiti con le predette sentenze, la legge reg. n. 15 del 2009 disciplina un procedimento di conciliazione facoltativo e ad esclusiva iniziativa delle parti, come si desume dall'art. 3, comma 2, lettere a) e b), della stessa legge. I caratteri di non obbligatorietà e volontarietà del procedimento di conciliazione sarebbero resi ancora più evidenti da quanto previsto nell'art. 3, comma 2, lettere d) e h), della legge reg. n. 15 del 2009.

Dalle suddette caratteristiche del procedimento conciliativo in esame la resistente deduce l'infondatezza delle questioni promosse sia rispetto all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. (al quale, secondo la difesa regionale, possono essere ricondotte le sole fattispecie di tentativo obbligatorio di conciliazione), sia in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost. (in quanto il procedimento di conciliazione facoltativo e ad esclusiva iniziativa delle parti non può essere ricompreso in alcuna delle materie elencate nella citata norma costituzionale).

In definitiva, la Regione Veneto ritiene che le norme impugnate siano espressione della potestà legislativa regionale residuale di cui all'art. 117, quarto comma, Cost.

Per le ragioni anzidette la resistente esclude l'esistenza di un contrasto tra la legge reg. n. 15 del 2009 e l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, recante una delega legislativa in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali. La Regione Veneto precisa come non fosse affatto tenuta a rispettare il citato art. 60 (il quale riguarderebbe i soli casi di tentativo obbligatorio di conciliazione), dal momento che la disciplina del procedimento di conciliazione facoltativo e ad esclusiva iniziativa delle parti è ascrivibile alla potestà legislativa regionale residuale.

In ogni caso, le norme impugnate sarebbero «in piena sintonia» con quanto stabilito dall'art. 60 della legge n. 69 del 2009. In particolare, la resistente contesta la tesi della difesa statale, secondo cui la nomina della Commissione conciliativa da parte della Giunta regionale ne minerebbe l'indipendenza, osservando che, se così fosse, non potrebbero essere considerate indipendenti neppure le diverse Autorità esistenti nell'ordinamento italiano (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Isvap, Consob ecc.) ed i cui vertici sono, quasi sempre, di nomina politica. Inoltre, l'indipendenza e l'imparzialità della Commissione sarebbero garantite dall'art. 3 (recte, 2), comma 8, della legge reg. n. 15 del 2009, il quale prevede l'obbligo di astensione dei membri della Commissione in una serie di casi, «anche su richiesta delle parti». Nella stessa direzione andrebbe pure l'art. 3 (recte, 2), comma 7, secondo cui i componenti della Commissione «non possono essere scelti tra i dipendenti delle aziende ULSS ed ospedaliere nonché delle strutture private provvisoriamente accreditate della Regione del Veneto».

Infine, la difesa regionale ritiene che non sia condivisibile la lettura dell'art. 3, comma 2, lettera h), della legge reg. n. 15 del 2009, operata dal ricorrente, secondo cui la predetta norma qualificherebbe come transazione, ai sensi dell'art. 1965 cod. civ., l'accordo che conclude il procedimento di conciliazione «anche laddove non sia caratterizzato [...] da reciproche concessioni». A tal proposito, la resistente osserva che la non vincolatività della decisione della Commissione (art. 3, comma 2, lettera d) e quindi la possibilità per le parti di adire successivamente l'autorità

giudiziaria, implicano l'esistenza di reciproche concessioni tra le stesse parti, nel caso in cui queste decidano di accettare l'esito del procedimento di conciliazione.

2.3.2. – In merito all'asserita violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., la Regione Veneto evidenzia l'inconferenza del riferimento, contenuto nel ricorso, alle sentenze n. 153 del 2006 e n. 300 del 2007 della Corte costituzionale. L'oggetto dei giudizi di legittimità costituzionale definiti con le predette sentenze non sarebbe, infatti, assimilabile a quello dell'odierno giudizio, in quanto la normativa oggi impugnata non istituisce una nuova figura professionale di conciliatore o mediatore a valenza generale, ma affida ad una Commissione conciliativa regionale, di cui fanno parte un magistrato a riposo, un avvocato ed un medico legale, il compito di risolvere in via stragiudiziale le sole controversie indicate nell'art. 2, commi 1 e 2, della legge reg. n. 15 del 2009.

Pertanto, la resistente ritiene che il legislatore regionale non fosse tenuto a rispettare né i principi generali in materia di «professioni» dettati dal d.lgs. n. 30 del 2006, né quelli previsti dall'art. 60 della legge n. 69 del 2009. In ogni caso, la normativa impugnata sarebbe conforme ai suddetti principi.

2.3.3. – In merito all'asserita violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., la Regione Veneto sottolinea come l'ambito di applicazione della legge reg. n. 15 del 2009 sia diverso da quello della direttiva n. 2008/52/CE, la quale riguarda le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale.

Peraltro, la normativa impugnata non si porrebbe in contrasto con la richiamata direttiva comunitaria (ed in particolare con gli artt. 6 e 8 di quest'ultima), essendo al contrario dubitabile la conformità dell'art. 60 della legge n. 69 del 2009 ai principi espressi dal medesimo atto comunitario, in quanto il citato art. 60 conterrebbe una nozione di «mediatore» meno ampia di quella recata dalla direttiva n. 2008/52/CE.

3. – In prossimità dell'udienza pubblica, la Regione Veneto ha depositato una memoria nella quale ribadisce quanto già affermato nell'atto di costituzione, anche alla luce del decreto legi-

slativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali).

In particolare, la difesa regionale sottolinea la differenza tra la conciliazione (di cui all'art. 60 della legge n. 69 del 2009 ed al d.lgs. n. 28 del 2010) e la transazione (di cui agli artt. 1965 e seguenti cod. civ., espressamente richiamati dalla legge reg. n. 15 del 2009).

Diritto

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Veneto 31 luglio 2009, n. 15 (Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario) ed, in particolare, degli artt. 1, comma 2, 2 e 3 nonché delle «altre disposizioni inscindibilmente connesse ad essi», per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, secondo comma, lettera l), e terzo comma, della Costituzione.

1.1. – Preliminarmente, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla Regione Veneto. Quest'ultima evidenzia come il ricorrente abbia impugnato un'intera legge e richiama la giurisprudenza costituzionale che ha escluso l'ammissibilità di questioni in tal modo proposte.

Al riguardo, deve essere richiamato il costante orientamento di questa Corte, secondo cui l'impugnativa di un'intera legge è inammissibile «ove ciò comporti la genericità delle censure che non consenta la individuazione della questione oggetto dello scrutinio di costituzionalità, mentre ammissibili sono le impugnative contro intere leggi caratterizzate da normative omogenee e tutte coinvolte dalle censure» (sentenza n. 201 del 2008).

Nell'odierno giudizio l'eccezione di inammissibilità deve essere rigettata, innanzitutto, perché il ricorrente non si limita ad impugnare genericamente l'intera legge, ma formula specifiche censure agli artt. 1, comma 2, 2 e 3, oltre a precisare che le altre disposizioni (ed in particolare l'art. 4) sono inscindibilmente connesse a quelle impuginate. In secondo luogo, la legge reg. Veneto n. 15 del 2009 presenta un contenuto omogeneo, essendo

finalizzata a promuovere l'utilizzo di modalità di composizione stragiudiziale delle controversie sanitarie; pertanto, anche in assenza di specifiche censure, il ricorso sarebbe stato immune dal vizio di inammissibilità rilevato dalla Regione resistente.

2. – Le questioni non sono fondate.

2.1. – La ratio della legge della Regione Veneto censurata nel presente giudizio è, secondo la resistente, quella di prevenire controversie giudiziarie connesse all'erogazione di prestazioni sanitarie, con l'intento di ridurre l'ammontare dei risarcimenti, che gravano sui bilanci delle aziende sanitarie locali. La legge in questione nasce inoltre dall'esigenza di porre rimedio al forte aumento dei premi assicurativi, anch'essi a carico dei bilanci delle ASL, determinato dal rischio crescente di condanne al risarcimento dei danni derivanti dall'attività sanitaria. Ulteriore finalità della legge è quella di ridurre il fenomeno della cosiddetta "medicina difensiva", che porta alla prescrizione di accertamenti diagnostici non strettamente indispensabili prima di ogni intervento medico o chirurgico, al solo scopo di acquisire strumenti difensivi nella prospettiva di una eventuale, ma prevedibile, lite giudiziaria. La Regione resistente ha posto in rilievo, altresì, che le specialità mediche e chirurgiche più a rischio sono sempre meno ricercate, o addirittura abbandonate, dagli operatori e dagli specializzandi, con conseguenti difficoltà organizzative per le strutture sanitarie che intendono continuare a garantire livelli costanti di qualità e quantità delle prestazioni offerte ai cittadini.

2.2. – Quanto sopra premesso consente di individuare la materia in cui ricadono le norme impugnate nella «tutela della salute» - attribuita alla competenza legislativa concorrente, di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. - sulla base della considerazione che l'economicità, la completezza e la qualità delle prestazioni sanitarie devono necessariamente caratterizzare tutta l'organizzazione posta a tutela della salute dei cittadini. La prevenzione delle controversie, e dei loro costi elevati, rientra pienamente tra gli strumenti idonei a raggiungere i predetti obiettivi, che devono essere perseguiti dalle aziende sanitarie, con l'effetto di liberare risorse da impiegare nel miglioramento dei servizi.

3. – La suddetta individuazione della materia esclude che siano fondate le prospettazioni formulate in proposito dal ricorrente e dalla resistente.

3.1. – Non può essere condivisa l'evocazione, ad opera della difesa statale, dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., vale a dire della competenza legislativa dello Stato in tema di «giurisdizione e norme processuali» e di «ordinamento civile».

Le norme censurate, a differenza di quelle statali, non creano un sistema conciliativo imposto ai soggetti che reclamano un risarcimento per pretesi danni derivanti da prestazioni sanitarie. Infatti, l'art. 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) dispone (comma 1): «L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». L'art. 13 dello stesso atto normativo stabilisce inoltre: «Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta [di conciliazione], il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto».

Dalle due norme sopra richiamate - che attuano i principi ed i criteri direttivi dell'art. 60 della legge di delega n. 69 del 2009 - si ricava che la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali è contrassegnata dalla sua obbligatorietà, quale procedimento da esperire prima dell'instaurazione di una lite giudiziaria, pena l'improcedibilità della domanda. Altro effetto discendente dal procedimento conciliativo disciplinato dalle norme statali è quello sanzionatorio, previsto dal citato art. 13, per la parte che, pur avendo ricevuto una proposta di conciliazione ritenuta poi valida dal giudice, abbia costretto la controparte e l'amministrazione della giustizia ad un impiego di risorse, umane e materiali, che poteva essere evitato. In definitiva, il procedimento conciliativo disciplinato dalla legge statale, di cui il ricorrente

sostiene la violazione da parte della normativa impugnata, rientra nell'esercizio della funzione giudiziaria e nella sfera del diritto civile, giacché, con riferimento al caso di specie, condiziona l'esercizio del diritto di azione finalizzato al risarcimento dei danni da responsabilità civile e prevede ricadute negative per chi irragionevolmente abbia voluto instaurare un contenzioso davanti al giudice, nonostante fosse stata formulata una proposta conciliativa rivelatasi successivamente soddisfattiva delle proprie ragioni.

3.2. – Nulla di tutto quanto precede si ritrova nella disciplina contenuta nella legge regionale censurata.

Innanzitutto, l'avvio del procedimento conciliativo non è obbligatorio ed è subordinato al consenso di tutte le parti (art. 3, comma 2, lettere a e b); inoltre, la decisione non è vincolante, lasciando alle parti stesse la facoltà di adire successivamente l'autorità giudiziaria (lettera d). A differenza di quanto accade nel procedimento conciliativo previsto dalle norme statali, la scelta, anche di una sola delle parti interessate, di non avvalersi dell'opportunità offerta dalla legge regionale in esame non condiziona in alcun modo l'esercizio del diritto di azione, né il rifiuto della proposta conciliativa produce conseguenze sfavorevoli su chi lo esprime, quale che sia il contenuto di eventuali pronunce giurisdizionali successive.

Da queste caratteristiche della conciliazione disciplinata dalla legge regionale si evince che la Regione si è limitata a porre a disposizione dei cittadini e delle aziende sanitarie pubbliche e di quelle private accreditate uno strumento tecnico-giuridico di facilitazione e di supporto delle trattative, che i soggetti interessati ritengano liberamente di intavolare, allo scopo di individuare soluzioni condivise in relazione a pretese risarcitorie nascenti da attività sanitaria, consentendo al cittadino un più rapido soddisfacimento delle proprie richieste ed alle amministrazioni sanitarie una riduzione dei pesi finanziari ed amministrativi di lunghe e costose controversie.

La volontarietà dell'esperimento conciliativo, prevista dalle norme regionali, rende palese l'infondatezza della censura del ricorrente, basata sulla mancata previsione - del resto impossibile - di una sospensione dei termini di prescrizione e di decadenza: i soggetti interessati al bonario componimento, infatti, non sono

obbligati a ritardare l'esercizio del loro diritto fondamentale di azione - con conseguente necessità di tenerli indenni dagli effetti pregiudizievoli derivanti dalla decorrenza dei suddetti termini - e non fanno altro che svolgere un'attività di negoziazione rientrante nell'ambito della propria autonomia privata, avvalendosi, per propria libera scelta, di un servizio offerto dall'ente pubblico.

Lo stesso richiamo all'istituto della transazione, di cui agli artt. 1965 e seguenti del codice civile, contenuto nell'art. 3, comma 2, lettera h), della legge regionale impugnata, non solo non dimostra lo sconfinamento di quest'ultima nel campo dell'ordinamento civile, ma fornisce invece conferma dell'assenza di ogni condizionamento, sostanziale e processuale, sui soggetti interessati. La prova a contrario di tale ultima considerazione è fornita dall'art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010, che prevede invece l'efficacia esecutiva del verbale di accordo, dopo la sua omologazione da parte del Presidente del Tribunale competente per territorio. Neppure è condivisibile in proposito il rilievo del ricorrente, basato sulla presunta introduzione, da parte della normativa regionale, di un tipo di transazione, diverso da quello codicistico, in cui non avrebbero rilievo le «reciproche concessioni». La lettura del citato art. 3, comma 2, lettera h), della legge regionale impugnata dimostra viceversa che si è in presenza di un mero rinvio alle norme del codice civile, senza che vi sia traccia di alcuna innovazione o modifica, che certo sarebbe stata estranea alla competenza legislativa regionale.

In sintesi, la legge regionale, per avvalorare la natura volontaria del procedimento e la non vincolatività della pronuncia della Commissione conciliativa, si limita a precisare che tutto il procedimento è orientato a facilitare l'eventuale formazione di un accordo transattivo - teso ad evitare l'insorgenza di una lite, così come prevede l'art. 1965, primo comma, cod. civ. - che le parti possono stipulare, se lo vogliono, esattamente nei termini previsti dal medesimo codice civile.

3.3. – Neppure condivisibile è l'assunto della resistente, che inquadra la legge impugnata nella competenza legislativa residuale delle Regioni, di cui all'art. 117, quarto comma, Cost.

Tale tipo di competenza legislativa, avente carattere primario, escluderebbe la stretta connessione tra il servizio reso agli utenti

ed agli operatori sanitari dalla legge in oggetto e la tutela della salute, che, come chiarito prima, non implica soltanto l'obbligo delle istituzioni pubbliche di fornire adeguate prestazioni sanitarie ai cittadini, ma presuppone altresì una organizzazione in grado di contenere i costi e di razionalizzare le spese, in vista di un efficace uso delle risorse disponibili. In questo campo, il ruolo dello Stato, quale legislatore di principio, è ineliminabile, allo scopo di assicurare una coerenza ed unitarietà di disciplina e soprattutto di rendere chiari i limiti invalicabili tra attività volte alla facilitazione di accordi privati e procedimenti contenziosi, legati invece, in modo diretto o indiretto, alla tutela giurisdizionale dei diritti ed ai procedimenti che su questa incidono, di competenza esclusiva dello Stato stesso.

Lo Stato ha già esercitato in via generale la sua potestà legislativa in materia, mediante il d.lgs. n. 28 del 2010, che, nel disciplinare il procedimento di mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale relativa alle controversie anche in materia di responsabilità medica, stabilisce (art. 2, comma 2) che la normativa statale «non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi».

È evidente che negoziazioni volontarie possono sorgere nei più diversi campi e rientrare pertanto in differenti materie, di competenza legislativa dello Stato o delle Regioni, o di entrambi, a seconda dei casi. Sarà, volta per volta, necessario valutare il titolo di competenza che abilita le Regioni ad intervenire con proprie norme allo scopo di predisporre servizi di supporto a tali negoziazioni. Per quanto riguarda la materia delle richieste di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, si deve sottolineare che tale area di intervento è esplicitamente contemplata dall'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, con riguardo alla conciliazione obbligatoria, con la riserva contenuta nel citato art. 2, comma 2, che consente discipline non statali con riferimento a negoziazioni «volontarie e paritetiche», tali cioè da escludere qualsiasi posizione autoritativa di organi di mediazione non statali, da cui possano discendere effetti limitativi del diritto di azione.

Del resto, nell'ambito delle attività di leale collaborazione tra Stato e Regioni, è stata stipulata, in sede di Conferenza Stato-Regioni, l'Intesa del 20 marzo 2008, che, al punto 6, indica «l'op-

portunità di promuovere iniziative, anche di carattere normativo nazionale e regionale finalizzate a consentire l'adozione, presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliero-universitarie, i policlinici universitari a gestione diretta e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, nei limiti delle risorse finanziarie, umane e strumentali complessivamente disponibili, di misure organizzative atte a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del Servizio sanitario nazionale, fermo restando il contenimento delle spese connesse al contenzioso, tenendo conto dei seguenti criteri: previsione della non obbligatorietà della conciliazione, quale strumento di composizione stragiudiziale delle controversie; garanzia della imparzialità, professionalità, celerità delle procedure e adeguata rappresentatività delle categorie interessate, con la esplicita esclusione della possibilità di utilizzare gli atti acquisiti e le dichiarazioni della procedura di conciliazione come fonte di prova, anche indiretta, nell'eventuale successivo giudizio e con la previsione che, in caso di accordo tra le parti, la conciliazione sia definita con un atto negoziale, ai sensi degli articoli 1965 e seguenti del codice civile».

Tutti i criteri previsti nell'Intesa di cui sopra sono stati recepiti nell'art. 3 della legge regionale censurata nel presente giudizio, ad eccezione di quello relativo alla non utilizzabilità degli atti e delle dichiarazioni relative alla procedura di conciliazione in un eventuale successivo giudizio, per l'evidente motivo che tale esclusione, incidendo sull'attività giurisdizionale, non spetta alle Regioni, bensì allo Stato.

La predisposizione di servizi volti a facilitare la conciliazione stragiudiziale in materia di danni da responsabilità sanitaria, mediante l'offerta di un supporto tecnico-giuridico è stata ed è oggetto di altre leggi regionali: legge della Regione Abruzzo 9 maggio 1990, n. 65 (Integrazione della legge regionale n. 20 del 2 aprile 1985, recante «Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle U.L.S.S.»); art. 65-quater della legge della Regione Lombardia 7 gennaio 1986, n. 1 (Riorganizzazione e programmazione dei servizi socio-assistenziali della Regione Lombardia), abrogata dall'art. 28, comma 1, lettera a), della legge della Regione Lombardia 12 marzo 2008, n. 3 (Governo della rete degli interventi e dei ser-

vizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario); art. 4-bis della legge della Provincia di Bolzano 5 marzo 2001, n. 7 (Riordnamento del Servizio Sanitario provinciale).

Anche enti pubblici diversi dalle Regioni hanno emanato normative in materia: si veda, ad esempio, l'Ordine provinciale di Roma dei medici chirurghi e degli odontoiatri, che ha istituito l'ufficio "Accordia", quale sportello conciliativo delle controversie derivanti dai rapporti tra medici e pazienti.

In questo quadro variegato e complesso, fatto salvo nel suo insieme, e nei limiti indicati, dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2010, la legge regionale de qua si pone come uno degli interventi di razionalizzazione legislativa in una materia, quella delle controversie nascenti da prestazioni sanitarie, profondamente connessa alla gestione delle strutture di competenza regionale. Lo Stato ha già stabilito, in via generale, che gli accordi, facilitati da organismi conciliativi disciplinati da fonti diverse dalla legge statale, devono avere carattere volontario e paritetico. Tale principio si riflette nei vari campi di competenza regionale, delimitando l'area di intervento della corrispondente potestà legislativa, concorrente o residuale, a seconda dei casi, senza che tuttavia possa ipotizzarsi un'attività di supporto alla negoziazione privata e stragiudiziale delle controversie in materie estranee alla competenza legislativa regionale.

In definitiva, le Regioni possono predisporre servizi come quello previsto dalla legge veneta censurata, nell'ambito delle proprie competenze nelle singole materie, prevedendo organi e procedimenti specificamente adatti alla natura delle attività coinvolte, nel rispetto del limite generale della non obbligatorietà delle procedure e della non vincolatività delle proposte conciliative.

Nel fare salve tutte le negoziazioni volontarie e paritetiche, volte alla prevenzione delle liti, nonché le norme contenute nelle carte di servizi (che, nella materia della «tutela della salute», vengono emanate ed applicate nell'ambito di strutture sanitarie territoriali o ospedaliere dipendenti dalle Regioni), lo Stato riconosce ad altri enti (ivi comprese, naturalmente, le Regioni) l'implicita capacità di regolare la composizione stragiudiziale di controversie attinenti ad attività, nei limiti della propria sfera di competenza, senza sconfinare nella disciplina della funzione giurisdizionale o comunque di atti e procedure che possono incidere sulla stessa. In definitiva,

alla disciplina dell'attività volontaria e negoziale di prevenzione delle liti deve essere riconosciuta natura accessoria rispetto alla normazione delle attività ricadenti nelle singole materie, con le conseguenze che da ciò derivano in termini di limiti alla potestà legislativa regionale, di volta in volta esercitata.

4. – Deve ritenersi non fondata la censura del ricorrente basata sulla presunta violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., sotto il profilo della competenza statale ad individuare nuove figure professionali, affermata e ribadita dalla giurisprudenza costante di questa Corte.

La legge censurata non introduce alcuna nuova figura professionale, giacché, nell'art. 2, comma 4, prevede che la Commissione conciliativa regionale è composta da un magistrato a riposo, da un avvocato e da un medico legale, che possiedono già ben precisi profili professionali e non acquistano alcuna ulteriore qualificazione per effetto della loro partecipazione alle attività della Commissione stessa. Nessuna interferenza è possibile quindi ravvisare con la normativa statale, che disciplina la figura dei mediatori nell'ambito delle procedure conciliative obbligatorie, avendo la Regione scelto di avvalersi di figure professionali già esistenti.

5. – Deve essere dichiarata non fondata pure la censura relativa alla violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., basata sull'asserito contrasto della legge regionale in questione con la direttiva 21 maggio 2008 n. 2008/52/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale). L'art. 1, comma 2, del suddetto atto normativo comunitario dispone infatti che lo stesso si applichi soltanto alle controversie transfrontaliere. Tanto vale ad escludere ogni sua attinenza con l'oggetto della legge della Regione Veneto impugnata nel presente giudizio.

P.Q.M.

per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2, 2 e 3 della legge della Regione Veneto 31 luglio 2009, n. 15 (Norme in materia di gestione stragiudiziale

del contenzioso sanitario), promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri, per violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, secondo comma, lettera l), e terzo comma, della Costituzione, con il ricorso in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 10 maggio 2010.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 14 MAG. 2010.

COMMENTO

SOMMARIO: 1. La normativa di riferimento. - 2. Le censure di legittimità costituzionale. - 3. La decisione e le motivazioni della Corte. - 4. Alcune riflessioni.

1. *La normativa di riferimento.* – La legge portata al vaglio della Consulta è la l.r. Veneto 31 luglio 2009, n. 15 rubricata ‘Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario’¹ impugnata dal Governo con ricorso principale con particolare riferimento agli art. 1 c. 2, 2 e 3 e alle ‘altre disposizioni inscindibilmente connesse ad essi’, per violazione degli articoli 11 e 117, primo comma, secondo comma lettera l) e terzo comma della Costituzione. La legge regionale era stata promulgata con la finalità, espressa all’art. 1, di ‘*prevenire situazioni di contenzioso che possano coinvolgere gli operatori sanitari e migliorare il rapporto di fiducia con il servizio sanitario regionale*’. A tale scopo la legge impegna la Regione Veneto a promuovere ‘*l’utilizzo di modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell’erogazione di prestazioni sanitarie*’ (art. 1 c. 1) e a individuare e disciplinare ‘*le procedure funzionali alla composizione stragiudiziale delle controversie, promuovendone l’utilizzo da parte dei cittadini*’ (art. 1 c. 2). L’art. 2 istituisce la ‘Commissione Conciliativa Regionale’ sul modello della legislazione altoatesina² avente proprio il compito di ‘*comporre in via stragiudiziale le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende ULSS ed*

¹ Pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione Veneto n. 63 del 4 agosto 2009 e in G.U. Serie speciale- Regioni n. 4 del 23 gennaio 2010.

² Art. 4-bis l.p. Bolzano n. 7 del 5 marzo 2001 introdotto dalla l.p. n. 10 del 18 novembre 2005 e Regolamento di esecuzione emanato con d.p.p. n. 11 del 18 gennaio 2007.

ospedaliera nonché dalle strutture private provvisoriamente accreditate' (art. 2 c. 1) *'in tutti i casi in cui un paziente o i suoi aventi causa ritengono che vi sia stato un danno causato da un errore nella diagnosi o nella terapia ovvero dall'omessa o irregolare informazione, qualora obbligatoria per legge'* (art. 2 c. 2). Nominata dalla Giunta della Regione, la commissione resta in carica per un triennio ed è composta da un magistrato a riposo con funzioni di presidente, un medico legale iscritto all'albo dei consulenti tecnici scelto tra una terna di nominativi proposta dall'ordine regionale dei medici, un avvocato con documentata esperienza nel campo della responsabilità sanitaria, scelto tra terne di nominativi indicate da ciascun ordine della Corte d'Appello di Venezia fra gli iscritti con dieci anni di anzianità e altrettanti supplenti dotati dei medesimi requisiti (art. 2 c. 3, c. 4, c. 6). I membri della commissione, siano titolari o con funzioni vicarie, non possono essere nominati più di due volte consecutive (art. 2 c. 3); per ragioni di indipendenza non possono essere dipendenti delle aziende ULSS, ospedaliere o private accreditate dalla regione Veneto (art. 2 c. 7) e devono astenersi sostanzialmente³ negli stessi casi (art. 2 c. 8) in cui il codice di procedura civile impone l'obbligo al giudice. La commissione richiede di volta in volta la consulenza di un medico specialista nella branca in cui risulta attratta la materia attinente alla singola controversia, scegliendolo, da un elenco predisposto dall'ordine regionale, tra i soggetti estranei ad un rapporto di lavoro dipendente con le strutture pubbliche e private coinvolte nella vertenza (art. 2 c. 5) e, nei casi più complessi, *'può acquisire la perizia di un consulente tecnico, iscritto negli elenchi dei consulenti tecnici medico-legali presso i tribunali della Regione del Veneto'* (art. 2 c. 11). È previsto l'obbligo a carico delle strutture della Giunta regionale, delle

³ L'art. 2 c. 8 lett. a), b), c), d) l.r. Veneto n. 15/2009 riprende in maniera pressoché identica i casi enumerati all'art. 51 c. 1 nn. 1), 2), 3) e 5) c.p.c. mentre non contempla le ipotesi descritte al n. 4) dell'art. 51 c.p.c. (*"se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa o ha depresso in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico"*) la cui verifica, che non pare debba potersi escludere *a priori*, integrando gli elementi delle 'gravi ragioni di convenienza' di cui all'art. 2 c. 9 l.r., facultizzerebbe al più il membro colpito a richiedere l'autorizzazione ad astenersi.

ULSS, delle aziende ospedaliere, degli organismi privati accreditati, di fornire alla commissione, nel termine di trenta giorni, la documentazione e le informazioni che essa richiede (art. 2 c. 12). Compito della commissione è la formulazione di una proposta scritta di conciliazione da sottoporre alle parti come 'contenuto di una transazione stragiudiziale' (art. 2 c. 13)⁴. La regolamentazione dell'attività della Commissione, in ordine alla disciplina dell'organizzazione interna, alle modalità del procedimento davanti alla stessa, alle indennità spettanti ai membri e ai consulenti è deferita a provvedimento della giunta regionale che individui, altresì, la dotazione logistico-finanziaria necessaria per il funzionamento dell'organismo (art. 3 c. 1). L'art. 3 c. 2 indica quali sono i principi a cui deve ispirarsi la procedura di conciliazione⁵: la non obbligatorietà del procedimento, la volontarietà e il consenso di tutte le parti necessarie⁶, la gratuità per le parti salvo le eventuali spese per i propri difensori e consulenti⁷, la non vincolatività della decisione della commissione (rimanendo le

⁴ In analogia a quanto prevede l'art. 4-bis c. 8 l.p. Bolzano n. 7 del 5 marzo 2001.

⁵ In buona parte mutuati dalla normativa altoatesina: a tal proposito si veda l'art. 2 c. 1 d.p.p. Bolzano n. 11 del 18 gennaio 2007.

⁶ L'art. 4 della l.r. in esame rubricato 'Parti' così dispone:

"1. Sono parti necessarie nel procedimento davanti alla commissione:

- a) il paziente o, in caso di decesso, i suoi eredi che designano un comune procuratore;*
 - b) il personale del ruolo medico e sanitario coinvolto nel caso oggetto del procedimento;*
 - c) l'ente o la struttura sanitaria privata provvisoriamente accreditata di appartenenza degli operatori di cui alla lettera b).*
- 2. Le compagnie assicurative delle aziende ULSS ed ospedaliere e delle strutture private provvisoriamente accreditate nonché quelle dei sanitari, possono intervenire come parti accessorie nel procedimento davanti alla commissione.*
 - 3. Le parti possono farsi rappresentare o assistere nel procedimento da una persona di fiducia, munita di apposita procura, nonché invitare a partecipare al procedimento rappresentanti di associazioni non aventi scopo di lucro operanti nell'ambito sanitario o socio-sanitario e della tutela del malato.*
 - 4. Ogni parte sopporta le eventuali spese sostenute per la propria difesa e consulenza tecnica."*

⁷ Art. 4 c. 4 l.r. riportato *supra* nt. 6.

parti libere di adire l'autorità giudiziaria), l'imparzialità e la riservatezza nella procedura, l'adeguata rappresentatività delle parti e delle categorie interessate, la celerità del procedimento (dovendo concludersi entro centoottanta giorni dall'avvio), la definizione della conciliazione mediante un atto transattivo 'di diritto privato' ai sensi dell'art. 1965 c.c. La legge precisa che *'il procedimento davanti alla commissione non è un procedimento arbitrale ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile'* (art. 3 c. 3).

2. *Le censure di legittimità costituzionale.* – La Presidenza del Consiglio dei ministri contesta, in primo luogo, la violazione dell'art. 117 c. 2, lett. l), Cost., poiché gli artt. 1 c. 2, 2 e 3 della l.r. 15/2009 disciplinerebbero una materia di esclusiva competenza statale. L'istituto della conciliazione, a detta della difesa dello Stato, atterrebbe alla materia dell' 'ordinamento civile' e della 'giurisdizione e norme processuali' per l'incidenza che avrebbe sullo svolgimento del processo, con particolare riferimento alla decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza durante il tentativo di componimento bonario. Tali ragioni imporrebbero una normativa uniforme su tutto il territorio nazionale che disciplini unitariamente lo strumento della conciliazione e i suoi rapporti con l'esercizio dell'azione giudiziaria. E in materia, osserva il ricorrente, lo Stato ha recentemente legiferato con la legge 18 giugno 2009, n. 69 delegando il Governo, ai sensi dell'art. 60, ad adottare decreti legislativi in ambito di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali. L'Avvocatura generale dello Stato rileva, quindi, che l'art. 2 c. 3 della legge impugnata, laddove stabilisce la durata triennale della Commissione conciliativa e la nomina da parte della Giunta regionale, urterebbe contro il disposto dell'art. 60 c. 3 lett. b) l. n. 69/2009, il quale prevede che «la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione».

La sfera di esclusiva competenza statale, poi, risulterebbe con evidenza violata ad opera dell'art. 3, c. 2, lett. h), della l.r. n. 15 del 2009, il quale qualificerebbe come transazione l'atto conclusivo del procedimento di conciliazione anche in assenza delle «reciproche concessioni» previste dall'art. 1965 c.c.

Altra censura sollevata dalla Presidenza del Consiglio riguarda la violazione della competenza legislativa concorrente in materia di «professioni» enunciata all'art. 117 c. 3 Cost., dacché la normativa regionale darebbe origine a un organismo di Conciliazione differente da quello previsto dall'art. 60 della l. n. 69/2009. Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale richiamata dalla difesa dello Stato (Corte cost. n. 153/2006 e n. 300/2007), alla competenza statale è riservata l'individuazione delle figure professionali e dei relativi titoli abilitanti, alle Regioni la disciplina dei profili collegati alla realtà regionale. Per conseguenza la novella regionale infrangerebbe i principi, in materia di professioni, della l. n. 69/2009 sanciti all'art. 60 c. 3 lett. c, che ha previsto l'istituzione di un Registro degli organismi di mediazione presso il ministero della giustizia sotto la cui vigilanza i medesimi sono posti, e alla lett. d del medesimo comma che ha prescritto che i requisiti per l'accesso al Registro siano stabiliti mediante decreto del ministro della giustizia.

Da ultimo, il ricorrente solleva impugnazione per violazione degli artt. 11 e 117 c. 1 Cost. in relazione agli obblighi comunitari discendenti dalla direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE, per il cui recepimento è stata conferita delega al governo con l'art. 1 l. n. 88/2009 (Legge comunitaria per il 2008). La direttiva comunitaria, rileva l'Avvocatura generale dello Stato, imponendo, per l'esercizio dell'attività di mediazione, la presenza di requisiti di imparzialità e competenza del mediatore (art. 3), l'adozione di misure che determinino l'efficacia esecutiva dell'accordo di mediazione (art. 6), la salvaguardia del diritto delle parti da prescrizione e decadenza durante la pendenza del procedimento di mediazione (art. 8), verrebbe violata dalle impugnite norme regionali, che entrerebbero così, tramite la norma interposta, in conflitto con la Carta Costituzionale.

3. *La decisione e le motivazioni della Corte.* – La Consulta ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate.

La pronuncia prende le mosse dalla *ratio legis* che il giudice delle leggi individua, facendo propri gli assunti difensivi della Regione Veneto, nella prevenzione delle controversie giudiziarie conseguenti all'erogazione delle prestazioni sanitarie. La defla-

zione del contenzioso assolverebbe alla finalità di contenere l'entità dei risarcimenti, e il correlativo aumento dei premi assicurativi, che gravano sul bilancio delle aziende sanitarie, e di ridurre il fenomeno della medicina difensiva quale effetto della costante minaccia del ricorso alla giurisdizione. La legge regionale tenderebbe, dunque, a perseguire *'l'economicità, la completezza e la qualità delle prestazioni sanitarie'* che rientrano nella materia di legislazione concorrente «tutela della salute» di cui all'art. 117 c. 3 Cost. in quanto, aggiunge la Corte, *'la prevenzione delle controversie, e dei loro costi elevati, rientra pienamente tra gli strumenti idonei a raggiungere i predetti obiettivi, che devono essere perseguiti dalle aziende sanitarie, con l'effetto di liberare risorse da impiegare nel miglioramento dei servizi'*. Tale individuazione della materia esclude lo sconfinamento della legge regionale nel campo di esclusiva competenza statale di cui all'art. 117 c. 2, lett. l) Cost. in tema di «giurisdizione e norme processuali» e di «ordinamento civile». Ciò anche in considerazione del fatto che, afferma la Consulta, le norme impugnate dal governo non impongono *'un sistema conciliativo'* a chi avanza domanda di risarcimento a differenza di quanto prevede l'art. 5 c. 1 del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 60 della l. n. 69/2009, che eleva il procedimento di mediazione a condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria⁸. Né la legge regionale prevede

⁸ «5. Condizione di procedibilità e rapporti con il processo

1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. **L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.** L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già ini-

alcun tipo di sanzione per la parte che rifiuti la proposta di conciliazione come invece prescrive l'art. 13 del d.l.vo n. 28/2010⁹. In virtù di tali caratteristiche, non obbligatorietà del procedimento e non vincolatività della proposta di conciliazione, la legislazione regionale ha rispettato il campo di competenza statale perché non ha condizionato il diritto d'azione al previo esperimento della procedura, né ha previsto alcuna conseguenza negativa al rifiuto della stessa. Così, mentre il procedimento di conciliazione disciplinato dal dl.vo n. 28/2010 rientra a pieno titolo nell'ambito delle materie «giurisdizione e norme processuali» e «ordinamento civile» per i caratteri che sono stati esaminati, quello introdotto dalla l.r. Veneto 15/2009 ha la sola funzione di assicurare uno strumento tecnico 'in più' che agevoli gli utenti e le strutture sanitarie nella realizzazione dei reciproci interessi derivanti

ziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.»

⁹ « **13. Spese processuali**

- 1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.**
- 2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.**
- 3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.»**

da una sollecita e soddisfacente composizione delle controversie. Argomentando dalla volontarietà del procedimento la Corte esclude l'incidenza della normativa regionale sul corso della prescrizione e della decadenza dell'azione giurisdizionale: oltre al rilievo che una previsione sulla decorrenza dei termini sarebbe preclusa alle regioni, i soggetti interessati alla procedura di conciliazione *'non sono obbligati a ritardare l'esercizio del loro diritto fondamentale di azione'* non facendo altro che *'esercitare un'attività di negoziazione rientrando nell'ambito della propria autonomia privata'* cosicché non vi è necessità alcuna di tenerli indenni dal verificarsi di una eventuale perenzione.

Anche il riferimento alla transazione non è, per l'organo giudicante, motivo di censura della legge impugnata giacché la *voluntas legis*, correttamente intesa, presuppone un «mero rinvio» alla disciplina codice civile, senza nessuna deroga all'istituto. Con *argumentum a contrario*, fondato sull'assenza di una previsione analoga a quella contenuta all'art 12 d.lgs. n. 28 del 2010, che dispone l'efficacia esecutiva del verbale di accordo¹⁰, il giudice costituzionale, tracciando la differenza tra le previsioni statuale e quella regionale di cui all'art. 3 c. 2, lett. h)¹¹, trae confer-

¹⁰ «**12.** Efficacia esecutiva ed esecuzione

1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.
2. **Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.»**

¹¹ «**3.** Attività della commissione

1. La Giunta regionale, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, sentita la competente commissione consiliare, disciplina l'organizzazione della commissione, il procedimento davanti alla stessa, i presentazioni delle domande nonché l'indennità spettante ai componenti, ai rispettivi supplenti e ai consulenti di cui all'art. 2, commi 5 e 11; con il medesimo provvedimento la giunta regionale individua i mezzi, le risorse, la sede ed il personale da assegnare alla commissione per l'espletamento delle sue funzioni.

ma della legittimità della legge evocata in giudizio. Ration per cui, conclude la Consulta sul punto, *‘tutto il procedimento è orientato a facilitare l’eventuale formazione di un accordo transattivo’ ‘che le parti possono stipulare, se lo vogliono, esattamente nei termini previsti dal medesimo codice civile’*. Ma il Giudice non si ferma qui e, nel confutare l’assunto della difesa regionale che inquadrava la legge nella competenza residuale delle regioni ex art. 117 c. 4 Cost., svolge un passaggio ulteriore sussumendo l’istituto introdotto dalla legislazione impugnata nelle «negoziazioni volontarie e paritetiche» che, insieme con le «procedure di reclamo previste nelle carte dei servizi», non sono precluse dal dl.vo n. 28/2010 per espressa previsione in esso contenuta all’art. 2 c. 2¹². La Corte, dunque, sostiene che, avendo lo Stato esercitato la sua potestà legislativa anche in materia di risarcimento del danno

-
2. *Il procedimento davanti alla commissione si ispira ai seguenti principi e criteri direttivi:*
 - a) *previsione della non obbligatorietà del procedimento conciliativo;*
 - b) *previsione della volontarietà del procedimento davanti alla commissione e consenso di tutte le parti necessarie di cui all’art. 4, comma 1;*
 - c) *gratuità del procedimento davanti alla commissione, salvo quanto previsto dall’art. 4, comma 4;*
 - d) *previsione della non vincolatività della decisione della commissione, lasciando quindi alle parti la facoltà di adire successivamente l’autorità giudiziaria;*
 - e) *garanzia dell’imparzialità nel procedimento;*
 - f) *adeguata rappresentatività delle parti e delle categorie interessate;*
 - g) *celerità del procedimento, compatibilmente alla complessità e delicatezza della controversia, che deve comunque concludersi entro centottanta giorni dall’avvio;*
 - h) *definizione della conciliazione, in caso di accordo fra le parti, con un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell’art. 1965 del codice civile;***
 - i) *riservatezza del procedimento in ogni sua fase.*
 3. *Il procedimento davanti alla commissione non è un procedimento arbitrale ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile.»*

¹² «2. Controversie oggetto di mediazione

1. *Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.*
2. ***Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, ne’ le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.»***

da responsabilità medica (art. 5 c. 1 dl.vo 28/2010) con la riserva contenuta all'art. 2 c. 2 dl.vo 28/2010, le Regioni possono intervenire con proprie norme atte a favorire servizi funzionali alle negoziazioni volontarie e paritetiche che ineriscono a un campo in cui hanno potere di legiferare (materia della 'salute'). A conforto di ciò la Consulta si richiama all'Intesa siglata dalla Conferenza Stato Regioni del 20 marzo 2008, i cui contenuti contemplati al punto 6 (*rectius* 5)¹³ sono stati quasi interamente¹⁴ recepiti dall'art. 3 della l. r. Veneto n. 15/2009, e alla normativa, presente e passata, sperimentata in materia da parte di altre regioni¹⁵ e altri enti pubblici¹⁶. Pertanto, a chiusura del discorso, la

¹³ «5. Si conviene altresì sull'opportunità di promuovere iniziative, anche di carattere normativo nazionale e regionale finalizzate a consentire l'adozione, presso le aziende sanitarie locali, le aziende ospedaliere, le aziende ospedaliere universitarie, i policlinici universitari a gestione diretta e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di diritto pubblico, nei limiti delle risorse finanziarie, umane e strumentali complessivamente disponibili, di misure organizzative atte a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del Servizio sanitario nazionale, fermo restando il contenimento delle spese connesse al contenzioso, tenendo conto dei seguenti criteri: previsione della non obbligatorietà della conciliazione, quale strumento di composizione stragiudiziale delle controversie; garanzia della imparzialità, professionalità, celerità delle procedure e adeguata rappresentatività delle categorie interessate, con la esplicita esclusione della possibilità di utilizzare gli atti acquisiti e le dichiarazioni della procedura di conciliazione come fonte di prova, anche indiretta, nell'eventuale successivo giudizio e con la previsione che, in caso di accordo tra le parti, la conciliazione sia definita con un atto negoziale, ai sensi degli articoli 1965 e seguenti del codice civile».

¹⁴ Ad eccezione della previsione concernente 'la esplicita esclusione della possibilità di utilizzare gli atti acquisiti e le dichiarazioni della procedura di conciliazione come fonte di prova, anche indiretta, nell'eventuale successivo giudizio' che, sottolinea la Corte Costituzionale, 'incidendo sull'attività giurisdizionale, non spetta alle Regioni bensì allo Stato'.

¹⁵ Per ciò che più interessa stante la stretta connessione con la l.r. 15/2009 si veda la normativa della Provincia autonoma di Bolzano citata *sub* nt. 2.

¹⁶ La Corte fa esplicito riferimento allo Sportello per la conciliazione istituito per iniziativa dell'ordine dei medici e degli odontoiatri di Roma nell'ambito del progetto 'Accordia' attivato a partire dall'anno 2005 su cui si veda P. Altilli, *Progetto Accordia: dal conflitto alla conciliazione, rapporto marzo 2006*, [http. www. ordinedeimediciroma.it/ pdf.](http://www.ordinedeimediciroma.it/pdf), e C. Vaccà, *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'Ordine dei medici di Roma*, in *I Contratti*, 2007, 10, 933 ss.

Corte statuisce che *‘le Regioni possono predisporre servizi come quello previsto dalla legge veneta censurata, nell’ambito delle proprie competenze nelle singole materie, prevedendo organi e procedimenti specificamente adatti alla natura delle attività coinvolte, nel rispetto del limite generale della non obbligatorietà delle procedure e della non vincolatività delle proposte conciliative’*

Il giudice costituzionale respinge recisamente anche la censura involgente la violazione della competenza legislativa concorrente in materia di «professioni» di cui all’art. 117 c. 3 Cost, sul rilievo che i componenti la commissione conciliativa regionale del Veneto, di cui all’art. 2 c. 4 l.r. 15/2009, rispondono a figure professionali già definite dall’ordinamento che non acquistano alcuna ulteriore qualifica dalla partecipazione all’organismo.

Quanto alla violazione degli art. 11 e 117 c. 1 cost., invocata per effetto dell’interferenza della l. r. 15/2009 con gli obblighi derivanti dall’attuazione della direttiva comunitaria n. 2008/52/CE, la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale perché l’atto normativo comunitario si applica soltanto alle controversie transfrontaliere, come esso stesso dispone (art. 1 c. 2).

4. *Alcune riflessioni.* – La decisione della Corte Costituzionale è stata salutata con favore dai primi commentatori «sia nel metodo che nel merito»¹⁷. In questa sede preme evidenziare come la legge regionale del Veneto costituisca uno dei pochi tentativi riusciti¹⁸ di

¹⁷ COSÌ A. BENEDETTI, *“Malasanità” e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 7, 678 ss.

¹⁸ Nell’ultimo decennio sono state avanzate diverse proposte legislative in tal senso. A livello nazionale si segnalano il d.d.l Tomassini, *‘Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario’*, presentato al senato il 6 giugno 2001, che prevedeva (art. 4) la facoltà del danneggiato di deferire la controversia ad un collegio arbitrale; la proposta di legge della SIS.Di.C, *‘Norme sulla riparazione e prevenzione dei danni da attività sanitaria’*, che prescriveva, presso ogni struttura sanitaria pubblica o privata, l’istituzione di una commissione paritetica di conciliazione composta da giuristi, rappresentanti delle professioni sanitarie, delle imprese di assicurazione e delle associazioni per la tutela dei pazienti (art. 8) e la compromettibilità a un collegio arbitrale delle controversie in materia sanitaria (art. 9); il d.d.l. n. 1598, presentato al senato il 24 maggio 2007 ad iniziativa del ministro della salute, *“Disposizioni in materia di sicurezza delle strutture sanitarie e gestio-*

introdurre sistemi istituzionali di risoluzione delle controversie alternativi all'azione giurisdizionale in campo medico sanitario. Preceduta solo di qualche anno dalla normativa della provincia autonoma di Bolzano (art. 4-*bis* della l. p. n. 7/2001 introdotto dalla l.p. n. 10/2005 e relativo regolamento di attuazione emanato con d.p.p. n. 11/2007) che aveva istituito e disciplinato la 'commissione conciliativa per le questioni di responsabilità medica', la legge veneta ne riprende in maniera quasi mimetica i contenuti. Le legislazioni gemelle muovono dalla esigenza, comune a tutte le nazioni più avanzate, di limitare il contenzioso giudiziario sulla responsabilità sanitaria, esploso negli ultimi decenni, e di contenerne i costi connessi in termini di risarcimenti, di spese legali, di aumento dei premi assicurativi¹⁹ che, in definitiva, gravano sulle casse regionali. Non secondario è l'obiettivo di migliorare il rapporto con gli utenti del sistema 'salute' e di preservare la serenità della classe medica onde evitare che ripieghi sulla c.d. 'medicina difensiva' o abbandoni le specializzazioni a più alto rischio. Tali ambiziosi obiettivi non possono esser raggiunti esclusivamente agendo a valle, cercando cioè di limitare il ricorso alla via giurisdizionale

ne del rischio clinico nonché di attività libero professionale intramuraria e di esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale" che imponeva (art. 3) alle regioni e alle province autonome la costituzione, presso le Aziende sanitarie, di servizi atti a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del Servizio sanitario nazionale. In sede regionale, in Friuli Venezia Giulia, è al vaglio della III Commissione del consiglio regionale un testo unificato di tre proposte di legge avanzate nel corso dell'attuale legislatura, dai contenuti simili alla l.r. del veneto n. 15/2009, avente ad oggetto l'Istituzione della Commissione conciliativa per la responsabilità medica e sanitaria nell'ambito del Servizio sanitario regionale'. In Sardegna è stata recentemente avanzata (4 marzo 2010) la proposta di legge n. 127 dai consiglieri regionali Vargiu, Cossa, Dedoni, Fois, Meloni Francesco, Mula, intitolata 'Istituzione del Garante del diritto alla salute e della Camera di conciliazione sanitaria' che prevede la creazione, presso il Consiglio regionale, di un autorità indipendente (il Garante) fra i cui compiti rientra quello di attivare, su richiesta del cittadino, un arbitrato attraverso una commissione medico-legale, denominata Camera di conciliazione sanitaria, rappresentativa di entrambe le parti in causa, con il compito di proporre una transazione stragiudiziaria (art. 5).

¹⁹ La regione Veneto dichiara davanti al giudice delle leggi di aver pagato la somma di € 38.289.425 in premi assicurativi per l'anno 2004.

quando i sinistri si sono già verificati, ma con un complessivo sistema di prevenzione e gestione del rischio clinico²⁰, che in particolare le regioni del Nord Italia stanno già attuando²¹, in cui le A.D.R. giocano comunque un ruolo determinante. La migliore testimonianza dell'efficacia di tali strumenti in campo medico-sanitario giunge dall'esperienza delle nazioni di lingua tedesca a cui la legislazione delle regioni del triveneto è, non a caso, fortemente ispirata. Giova ricordare che in Germania operano da oltre un trentennio organismi camerali istituiti presso gli Ordini dei medici dei rispettivi *Bundesländer*²², con l'intento di favorire una rapida conciliazione stragiudiziarla delle controversie in materia sanitaria: le *Gutachterkommissionen*, espressione diretta dell'Ordine professionale medico e rette da uno statuto che promana dalla rispettiva *Ärztelammer*, e le *Schlichtungstellen* originate da una convenzione tra gli Ordini dei medici e l'organismo che rappresenta le assicurazioni. In Austria²³ a partire dal 1985 sono nate Camere di conciliazione (*Schiedsstellen*) analoghe a quelle tedesche sulla base di un accordo 'spontaneo' tra gli Ordini professionali di ciascun *Bundesland* con l'associazione delle imprese assicuratrici operanti nel ramo della responsabilità civile medica. Si tratta in ambedue i casi, a differenza delle Commissioni veneta e altoatesina, di istituzioni nate sotto l'esclusiva iniziativa dell'ordine professionale che non devono, pertanto, sottostare a rigidi parametri legislativi e giurisprudenziali. Mentre debbono obbedire ai propri statuti e regolamenti i quali risultano ispirati ai comuni principi

²⁰ La stessa legge regionale veneta n. 15/2009 tra le sue finalità all'art. 1 c. 3 riconosce, *'in un'ottica di qualità e di miglioramento continuo del servizio sanitario regionale', 'l'importanza della formazione del personale sanitario, volta al rafforzamento della cultura della gestione del rischio clinico, nonché della prevenzione degli eventi dannosi anche al fine di garantire la sicurezza dei pazienti e gli standard qualitativi delle cure in ambito sanitario'*.

²¹ Fra le regioni all'avanguardia nel *risk management* in sanità è d'obbligo citare la Lombardia, in altre regioni del nord Italia (Toscana, Emilia Romagna, Piemonte) i programmi di gestione del rischio sono stati integrati con progetti e sperimentazioni per la gestione stragiudiziale del contenzioso e mediante l'attivazione di percorsi di mediazione dei conflitti.

²² Cfr. S. WINKLER, *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche, in Danno e responsabilità*, 2003, 11, 1041 ss.

²³ S. WINKLER, *Risoluzione...*, cit., 1057.

della volontarietà, gratuità e non vincolatività del procedimento di conciliazione²⁴. L'esito del procedimento consiste, dinanzi alle *Gutachterkommissionen*, in un parere sulla eventuale sussistenza della responsabilità del sanitario. Davanti alle *Schlichtungstellen* all'accertamento dell'errore medico segue, altresì, una raccomandazione di conciliazione indirizzata dalla commissione alla compagnia assicuratrice. In ogni caso le Commissioni tedesche, sia che si tratti delle *Gutachterkommissionen* che delle *Schlichtungstellen*, si pronunciano esclusivamente sull'*an* della pretesa risarcitoria avanzata e mai sul *quantum* che è rimesso al negoziato tra le parti. Le Camere austriache si esprimono anche sul profilo quantitativo del danno tramite una raccomandazione che, se accettata dalle parti, viene recepita in un apposito negozio transattivo stipulato dinanzi alla commissione.

Il successo dell'operato delle Commissioni di matrice germanica è acclarato: con un *trend* in progressiva crescita, esaminano migliaia di domande di conciliazione l'anno e l'efficacia deflattiva del contenzioso è di palmare evidenza se si pensa che, in Germania, nel 90% dei casi le parti si 'accontentano' del responso dell'organismo e non percorrono ulteriormente la via giudiziaria²⁵.

La bontà di tali risultati, più che ragioni culturali e di vicinato, ha spinto il legislatore veneto e altoatesino ad imitare il modello germanico istituzionalizzandolo. Vero è che la susseguente normativa nazionale, l. n. 69/2009 e decreto delegato n. 28/2010, ha

²⁴ S. WINKLER, *Risoluzione...*, cit., 1047.

²⁵ Secondo i dati che annualmente diffonde la conferenza permanente per le *Gutachterkommissionen* e le *Schlichtungstellen* istituita presso la Federazione nazionale tedesca dell'ordine dei medici (*Bundes Ärztekammer*), riportati nel lavoro di S. WINKLER, *Risoluzione...*, cit., nel 2000 le commissioni conciliative hanno registrato 9.666 domande di intervento con un trend in costante crescita (nel 1999 erano 9545, l'8% in più che nel 1997). Il 30% di queste istanze non sono state trattate nel merito per la presenza di impedimenti pregiudiziali (incompetenza, mancanza di consenso, pendenza di procedimento giurisdizionale). Dei restanti 6.372 casi, 4189 sono stati decisi a favore del medico (65,74%), 1.749 si sono conclusi con esito favorevole al paziente (27,45%), su 20 non vi è stato pronunciamento perché era controversa la questione circa l'adempimento dell'obbligo di informazione al paziente. Nel 90% dei casi conosciuti nel merito, la domanda risarcitoria non è stata ulteriormente coltivata in sede giudiziaria, a testimonianza del fatto che il paziente si è ritenuto soddisfatto dalla decisione resa dalla commissione.

creato almeno dal punto di vista pratico, se non da quello strettamente giuridico, non trascurabili interferenze. Seppure il rapporto tra le due normazioni pare essere stato risolto dalla Consulta circoscrivendo il campo dell'intervento regionale agli spazi lasciati dalla (successiva) legislazione nazionale, rimangono da sciogliere i nodi pratici che derivano dalla coesistenza in quei territori, nell'ambito delle controversie medico-sanitarie, dei due diversi modelli conciliativi istituzionali. Ci si riferisce al modello che potremmo dire 'regionale', ispirato ai caratteri della volontarietà, gratuità, non vincolatività del procedimento, e al modello 'nazionale' contraddistinto dalla obbligatorietà, onerosità, sanzionabilità del rifiuto del procedimento o della definizione di esso: il primo gestito da una Camera rigorosamente qualificata (un magistrato a riposo, un medico legale, un avvocato d'esperienza (o un laureato in giurisprudenza nella provincia autonoma di Bolzano), il secondo facente capo a un organo monocratico, il mediatore, professionista iscritto a un ordine o collegio ovvero laureato, anche triennale, in qualsiasi disciplina, qualificato da un ente formatore accreditato a seguito di un corso della durata minima di cinquanta ore²⁶.

L'area della mediazione obbligatoria, prevista dal d.lvo 28/2010, invero, non pare totalmente sovrapponibile con il campo d'azione di ciascuna delle commissioni regionali. Già sotto l'ambito oggettivo il tenore della locuzione di cui all'art. 5 c. 1 d.lvo n. 28/2010 '*danno derivante da responsabilità medica*' sembra indicare un rapporto di *genus a species* rispetto alle omologhe disposizioni contenute all'art. 2 c. 2 l.r. Veneto n. 15/2009 e all'art. 4-bis c. 2 l. p. Bolzano n. 7/2001, le quali circoscrivono la materia al '*danno causato da un errore nella diagnosi o nella terapia ovvero dall'omessa o irregolare informazione*', ma è soprattutto sotto il profilo dei soggetti interessati dalla procedura di conciliazione che si riscontrano sicure differenze. In Veneto la commissione regionale è competente esclusivamente per '*le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende ULSS ed ospedaliere nonché dalle strutture private provvisoriamente accreditate*' (art. 2 c. 1 l.r. 15/2009) e non, dunque, quando la prestazione sia resa da un libero professionista non legato ad alcuna di tali strutture. E, infat-

²⁶ Art. 4 c. 3 e art. 18 c. 2 lett. f) d.m. 18 ottobre 2010 n. 180.

ti, nel procedimento davanti alla commissione regionale veneta sono sempre contemplate come parti necessarie sia *'il personale del ruolo medico e sanitario coinvolto nel caso oggetto del procedimento'* (art. 4 c. 1 lett. b l.r. 15/2009) che *'l'ente o la struttura sanitaria privata provvisoriamente accreditata di appartenenza degli operatori di cui alla lettera b)* (art. 4 c. 1 lett. c l.r. 15/2009). Una tale distinzione non appartiene alla normativa nazionale che si limita a sottoporre al tentativo obbligatorio di conciliazione le controversie in materia di risarcimento del danno derivante da *'responsabilità medica'*: in ciò si coglie il particolarismo della regione Veneto nell'impiegare le proprie risorse soltanto per misure che possano garantire un diretto beneficio alla finanza regionale. La normativa altoatesina è, sotto questo aspetto, più vicina alla legislazione nazionale: la rispettiva commissione è competente per le *'questioni di responsabilità medica'* senza alcuna differenza tra prestazioni erogate da medici appartenenti alle strutture del servizio sanitario provinciale o meno (art. 4-bis l.p. n. 7/2001). Conseguentemente l'art. 14 c. 1 del regolamento di esecuzione (d.p.p. n. 11/2007) prevede che siano parti necessarie del procedimento le strutture sanitarie, senza alcuna distinzione fra pubbliche o private, convenzionate o non, quando il medico coinvolto è legato ad esse da un rapporto professionale²⁷. Ma dall'esame di queste disposizioni è agevole rilevare anche una ulteriore diffe-

²⁷ «.14. Parti.

1. **Parti del procedimento sono il o la paziente in caso di decesso, i suoi eredi, e i medici coinvolti caso oggetto del procedimento. Se questi ultimi sono legati ad un ente o ad una struttura sanitaria pubblica o privata da un rapporto professionale, anche l'ente la struttura sanitaria medesima è parte necessaria.** Gli eredi designano un comune procuratore. Le assicurazioni dei medici rispettivamente dell'ente o della struttura sanitaria pubblica o privata possono intervenire come parti accessorie nel procedimento davanti alla commissione.
2. Le parti possono farsi rappresentare o assistere nel procedimento da una persona di fiducia, munita di apposita procura.
3. Qualora nel caso oggetto del procedimento coinvolta una struttura del Servizio sanitario provinciale o un medico o una struttura sanitaria convenzionati con il medesimo, il o la paziente o, in caso decesso, i suoi eredi, possono farsi rappresentare assistere nel procedimento dal difensore civico o dalla difensora civica.
4. Le parti hanno la facoltà di nominare un proprio consulente tecnico o una propria consulente tecnica.»

renza tra le normative delle due regioni: mentre la legge Veneta prevede tra i soggetti che debbono necessariamente partecipare al procedimento di conciliazione anche il personale sanitario non medico, il regolamento altoatesino contempla esclusivamente i medici, o eventualmente le strutture, mentre il restante personale sanitario non è contemplato nemmeno tra i soggetti che possono intervenire nella procedura. Non potendosi certamente far discendere da ciò una diversa ampiezza della materia di competenza dei due organismi di conciliazione, atteso che le rispettive leggi istitutive, come detto sopra, dispongono in maniera identica che deve trattarsi di un danno derivante *'da un errore nella diagnosi o nella terapia'* o *'dall'omessa o irregolare informazione'* (art. 4-bis c. 2 l. p. Bolzano n. 7/2001 e art. 2 c. 2 l.r. Veneto n. 15/2009), deve allora cogliersi come la disciplina veneta si dimostri più attenta nel considerare che alla prestazione complessivamente resa al paziente contribuisca molto spesso anche l'opera prestata da personale sanitario non medico che è necessario (e non soltanto opportuno) coinvolgere nella composizione della vertenza. L'ulteriore raffronto con la normativa nazionale porta ad evidenziare come questa rimanga silente sul punto, non individuando affatto i soggetti legittimati a partecipare al procedimento di mediazione²⁸, mentre la locuzione, utilizzata all'art. 5 c. 1 d.lvo 28/2010, *'danno derivante da responsabilità medica'* non dovrebbe essere affatto intesa, ad avviso di chi scrive, come *'danno derivante da responsabilità dei medici'*. La prestazione medica è di consueto un'attività complessa a cui contribuiscono anche professionisti non medici e dunque, come ha osservato attentamente autorevole dottrina, dovrebbe parlarsi più correttamente di responsabilità sanitaria *'in quanto maggiormente idonea a segnalare le posizioni di quanti sono, a vario titolo, coinvolti nella ero-*

²⁸ L'omissione è all'origine della *vexata questio* relativa alla necessità della coincidenza fra parti del giudizio e della mediazione e quindi all'applicabilità delle relative norme del codice di procedura civile, in argomento si segnala F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, 126 ss., che auspica che il problema sulla partecipazione al procedimento venga affrontato e risolto nei regolamenti degli organismi di mediazione'; M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, S. GIARRINI, S. ROMANO, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010, 78 ss.

gazione della prestazione²⁹. D'altra parte, il coinvolgimento del personale sanitario che a diverso titolo ha partecipato all'intero trattamento erogato al paziente si rende quanto mai opportuno sia a vantaggio del presunto danneggiato, che avrebbe la garanzia di aver assolto pienamente alla condizione di procedibilità, sia in favore del sanitario, che avrebbe l'opportunità di chiudere la vertenza anche nei confronti degli altri condebitori³⁰.

Se le considerazioni appena svolte sono esatte, è evidente che il perimetro di competenza delle neonate Commissioni del triveneto deve collocarsi all'interno dell'area della mediazione obbligatoria descritta dall'art. 5 c. 1 d.lvo n. 28/2010. Lo spazio operativo delle Camere regionali, dunque, rischia di essere soffocato *in subiecta materia* dall'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, introdotto dal d.lvo n. 28/2010, che giocherebbe a favore degli organismi accreditati dal ministero. Infatti, il preventivo ricorso alla conciliazione volontaria potrebbe costituire esclusivamente un ostacolo alla domanda di giustizia del paziente, ritardandola ulteriormente³¹. L'unico vantaggio che potrebbe indurre l'utente ad adire la commissione regionale sarebbe rappresentato dall'offerta di una concreta prospettiva di definire la controversia presso di essa: nel caso si realizzasse la soluzione conciliativa, infatti, lucre-

²⁹ C. PILIA, E. D'ALOJA, *La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile*, in *Quaderni di Conciliazione*, 2010, 1, 240.

³⁰ Sul punto si condivide pienamente l'opinione di C. PILIA, E. D'ALOJA, *La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile*, in *Quaderni di Conciliazione*, 2010, 1, 241, per cui 'Non è quindi ipotizzabile che la procedura di mediazione possa essere promossa dalla vittima della responsabilità sanitaria per ottenere il risarcimento soltanto nei confronti di alcuni, ma debbano ipotizzarsi meccanismi di coinvolgimento di tutti e di valutazione comparative delle loro posizioni'; nel senso che, in materia di risarcimento danni (sia da responsabilità medica, che derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti) occorra valutare, quantomeno nei regolamenti degli organismi di mediazione, 'le modalità per assicurare la partecipazione alla mediazione sia del danneggiante, sia della compagnia di assicurazione' si esprime F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, 127 in nota.

³¹ La legge Veneta impone un termine massimo di 180 gg. entro cui concludere il procedimento, la normativa altoatesina non ne prevede alcuno. Senza contare che l'art. 18 lett. b) del d.p.p. n. 9/2007 della provincia autonoma di Bolzano, prevede l'incompatibilità tra l'esercizio del diritto di querela e l'esperimento o la prosecuzione del tentativo di conciliazione.

rebbe le spese che invece avrebbe dovuto versare all'organismo che gestisce la mediazione obbligatoria. È quindi sulla credibilità, guadagnata con la capacità di conciliare le controversie, che si disputa il confronto. Sotto questo aspetto, teoricamente, le commissioni regionali sembrano tecnicamente più attrezzate e più autorevoli. Dall'esame della pratica, benché emergano risultati incoraggianti³², è ancora troppo presto per valutare compiutamente l'impatto della normativa regionale sulla deflazione del contenzioso anche sul terreno delle percentuali di definizione delle vertenze esaminate: la Commissione sudtirolese opera da circa quattro anni mentre non consta che quella veneta abbia ancora iniziato l'attività. E con l'entrata 'a pieni giri' della riforma dovranno confrontarsi in regime di concorrenza con gli organismi accreditati dal ministero per la mediazione obbligatoria nel campo della responsabilità sanitaria.³³ Tale situazione sembra che possa, almeno nel breve periodo, limitare l'esportazione del «modello tedesco» in altre regioni italiane³⁴ e portare, altresì, a un fisiologico rallentamento di quel fiorire di iniziative 'spontanee' che negli ultimi anni avevano visto la luce proprio nel campo della conciliazione delle controversie sanitarie³⁵ lasciando intuire una crescita della sensibilità ge-

³² In base ai dati pubblicati sul sito istituzionale della provincia autonoma di Bolzano all'indirizzo <http://www.provincia.bz.it/it/servizi> concernenti il rapporto stilato dalla Commissione altoatesina per l'anno 2010 si apprende che a fronte di un andamento sostanzialmente costante di domande (36 nel 2008, 28 nel 2009, 33 nel 2010) si è registrato un progressivo aumento percentuale di procedimenti giunti a conciliazione sul totale di quelli definiti (5 su 36 nel 2008, 7 su 27 nel 2009, 6 su 21 nel 2010). Non è dato sapere, invece, quanti dei restanti procedimenti chiusi davanti alla Commissione abbiano avuto un seguito giudiziario (83 su 105 nell'arco di tempo 2007-2010).

³³ I timori di una fuga dalla mediazione facoltativa a vantaggio di quella obbligatoria sono palesati dalla stessa Commissione conciliativa di Bolzano nel rapporto sull'attività 2010 pp. 14-15 consultabile sul sito istituzionale della provincia autonoma di Bolzano all'indirizzo <http://www.provincia.bz.it/it/servizi/>.

³⁴ Allo stato attuale si ispira al modello tedesco un testo unificato di tre proposte di legge che giace presso la III Commissione del consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia e che riprende i contenuti della l.r. del veneto n. 15/2009, come indicato *supra* alla nt. 18 a cui si rinvia.

³⁵ Su tutte lo Sportello per la conciliazione istituito per iniziativa dell'ordine dei medici e degli odontoiatri di Roma nell'ambito del progetto 'Accordia' avviato nel 2005, citato *supra* nt. 16, a cui fa esplicito riferimento anche la sen-

nerale su questo tema. In proseguo di tempo, se la cultura della conciliazione in materia sanitaria prenderà piede in Italia³⁶, riusciranno ad affermarsi sul «mercato della mediazione» gli organismi in grado di gestire in maniera efficiente le controversie incontrando la soddisfazione degli utenti, mentre resterà in secondo piano la loro attitudine a trattare la lite anche sotto il profilo del tentativo obbligatorio previsto dalla legge. L'esempio che giunge dall'area germanica ha dimostrato come, in presenza di un fertile substrato culturale, il successo della conciliazione possa prescindere da un intervento autoritativo, che imponga l'esperimento del procedimento, e risieda piuttosto nell'autorevolezza delle commissioni che in Austria e Germania è garantita da regole severe, contenute negli statuti, tese ad assicurare l'indipendenza, l'imparzialità e la competenza dei componenti delle camere³⁷.

GIUSEPPE MURGIA

tenza della Corte Costituzionale che si commenta, ma anche la 'Sperimentazione pilota per l'istituzione di un servizio regionale di conciliazione per le controversie che nascono nelle Aziende Sanitarie toscane presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria Careggi di Firenze e presso l'Azienda U.S.L. 6 di Livorno' avviata in Toscana con delibera della giunta regionale n. 1019 del 27-12-2007, le Camere di Conciliazione costituite a Palermo e a Messina per iniziativa congiunta dei rispettivi Ordini degli Avvocati e dei Medici Chirurghi e Odontoiatri per la composizione stragiudiziale delle controversie fra paziente e sanitario, i progetti per la creazione di analoghe Camere di Conciliazione avviati dall'Ordine dei medici di Monza e Brianza in convenzione con l'Ordine degli avvocati di Monza e dall'Ordine dei medici chirurghi ed odontoiatri della provincia di Salerno, il progetto per la realizzazione di una camera di conciliazione pilota presso l'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Cagliari a iniziativa di un gruppo di studiosi dell'Università degli studi di Cagliari, compiutamente illustrato nelle pagine di questa rivista da E. D'ALOJA, C. PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa della controversia (ADR) e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione nelle aziende ospedaliere*, in *Quaderni di conciliazione*, 2010, 1, 63 ss.

³⁶ Ci si riferisce alla maturazione nella coscienza civile di una effettiva volontà di adire percorsi alternativi alla giurisdizione al fine di comporre bonariamente le controversie nella consapevolezza che non tutti i rapporti debbano necessariamente risolversi con l'affermazione della dicotomia «torto - ragione» come argomenta con estrema lucidità F. SITZIA, *Mediazione e ricorso al giudice nella società postmoderna*, in *Quaderni di Conciliazione*, 2010, 1, 14 ss., a cui si rimanda integralmente per l'approfondimento delle questioni.

³⁷ Su cui ancora S. WINKLER, *Risoluzione....*, cit., 1060.

VITTORIO OCCORSIO

RESPONSABILITÀ MEDICA E MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La responsabilità medica oggi. - 3. La nascita della "medicina difensiva". - 4. L'intervento del legislatore regionale. - 5. L'ambito di applicazione del d.lgs. 28/2010 con riguardo alla responsabilità medica. - 6. Le proposte dei medici e il d.d.l. Saccomanno.

1. *Introduzione.* – Il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 sarà analizzato in questo lavoro per quanto riguarda la previsione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ai fini della procedibilità dell'azione giudiziaria per le controversie derivanti da "responsabilità medica" (art. 5 comma 1)¹.

Appare necessario, prima di occuparci delle problematiche che il decreto in questione pone con riguardo allo specifico settore della responsabilità professionale medica, soffermarsi sul-

¹ Al momento in cui si scrive la Corte Costituzionale non si è ancora espressa sulle questioni di legittimità sollevate dal TAR Lazio con ordinanza del 12 aprile 2011, n. 3202, relativamente al presunto contrasto tra gli artt. 24, 76 e 77 della Costituzione e gli artt. 5 e 16 del d.lgs. 28/2010.

Sul nuovo procedimento di mediazione, cfr. R. DI IORIO, *Prime applicazioni della «mediazione obbligatoria»: spunti di riflessione su una nuova forma di giurisdizione condizionata*, in *Giur. merito* 2011, 9, 2151; S. VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*, in *Giur. merito*, 2011, 1944; F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime e degli effetti*, in *Riv. notariato* 2011, 763; G. ARMONI, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, 626; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ivi*, 616; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575; F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Corr. merito*, 2010, 593; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, 619.

l'attuale contesto di questo specifico settore di responsabilità, che vive come noto un momento di ipertrofia del contenzioso che non ha eguali in altri campi del diritto e per il quale quindi una disciplina sulla conciliazione stragiudiziale può portare notevoli effetti.

L'analisi che segue costituisce il *prius* logico che, unitamente ad altri fattori, ha portato il legislatore ad intervenire nel campo della *malpractice* medica con lo strumento della mediazione².

2. *La responsabilità medica oggi*³. – Nel 2001 appariva sulla Rivista Italiana di Medicina Legale un articolo di Francesco Introina dal titolo “*Un paradosso: con il progresso in medicina aumentano i processi contro i medici*”. La provocazione coglieva nel segno: a partire dall'inizio del millennio, alcune svolte giurisprudenziali hanno segnato un vigoroso *revirement* della Corte di Cassazione nei giudizi sulla responsabilità civile dei medici: su tutte, la sentenza n. 589 del 1999, detta del “contatto sociale”, con cui la Corte inquadrò la responsabilità del medico nell'alveo della responsabilità contrattuale – modificando l'orientamento precedente che riconduceva la responsabilità medica nelle regole del danno extracontrattuale⁴; e la sentenza a Sezioni Unite del 30

² V. F. SITZIA, *Responsabilità del medico: linee evolutive e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Quaderni di Conciliazione*, I, 169, Cagliari 2010, in cui viene rilevato come gli operatori sanitari operino in “*uno dei campi nei quali avvertiamo in modo più evidente la natura 'liquida' della postmodernità, con la conseguente difficoltà di fissare in modo stabile e duraturo le linee di un ragionevole bilanciamento tra situazioni giuridiche soggettive in potenziale conflitto tra loro*”.

³ La bibliografia in materia è sterminata. Si considerino, senza alcuna pretesa di esaustività, solo per profili generali: G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 315; M. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova 2006; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1998 Milano; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica (un sottosistema della responsabilità civile)*, Padova 1995; A. FIORI, D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano 2009; P. STANZIONE e V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano 1998.

⁴ La sentenza Cass. 22 gennaio 1999 è commentata in: *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di F. DI CIOMMO, A. LANOTTE; *Danno e resp.*, 1999, 294, con nota di V. CARBONE; *Danno e resp.*, 1999, 781, con nota di R. DE MATTEIS; *Corriere giur.*, 1999, 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*

ottobre 2001, n. 13533⁵, in cui è stato stabilito che l'onere probatorio del creditore che agisce in giudizio anche solo per contestare un inesatto adempimento, in forza del principio di "vicinanza"⁶, si limita alla prova della fonte dell'obbligazione (il contatto con il medico) e del danno, e alla mera allegazione di un inadempimento astrattamente idoneo a causare quel danno, mentre il debitore convenuto (ossia il medico) è gravato dall'onere della prova dell'avvenuto, corretto adempimento.

Incombe in sostanza al medico-debitore, e alla struttura sanitaria con esso solidalmente responsabile, fornire la prova che il danno non è stato conseguenza del suo operato, ovvero che, pur essendolo stato, non è dovuto ad una mancanza di diligenza, ma ad una causa esterna imprevista e imprevedibile.

La Corte di Cassazione in successive pronunce ha condannato alcuni medici sulla base di presunzioni di sussistenza di nesso causale e di colpevolezza fondate sull'incompletezza della cartella clinica (*ex multis*, Cass. 13 settembre 2000, n. 12103; Cass. 21 luglio 2003, n. 11316; Cass. S.U. 11 gennaio 2008, n. 577; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1538; Cass. 17 febbraio 2011, n. 3847), che diviene così il perno su cui ruota tutto il giudizio di responsabilità.

approda in Cassazione; Giust. civ., 1999, I, 999; *Arch. civ.*, 1999, 713; *Resp. civ.*, 1999, 652, con nota di M. FORZIATI; *Contratti*, 1999, 999, con nota di E. GUERINONI; *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 7, 44; *Rass. amm. sanità*, 1999, 103; in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 831, con nota di A. FIORI ed E. D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del "contatto sociale". Trentadue anni dopo il fatto il medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale, bensì contrattuale: con le relative conseguenze.*

⁵ V. in particolare il commento critico di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, 1573; la sentenza è anche in *Guida al dir.*, 2001, fasc. 45, 40, con nota di E. SACCHETTINI; *Dir. e giustizia*, 2001, fasc. 42, 26, con nota di M.R. SAN GIORGIO; *Foro it.*, 2002, I, 769, con nota di T. LAGHEZZA; *Contratti*, 2002, 113, con nota di U. CARNEVALI.

⁶ Principio, di formazione giurisprudenziale, che introduce un criterio equitativo di ripartizione dell'onere della prova, smussando le rigidità dell'art. 2697 c.c. e del classico brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit*; infatti, in base a detto criterio, la prova deve essere data dalla parte che è più "vicina" ad essa, cioè la parte nella cui sfera di azione si è svolto il fatto da provare.

La cartella clinica è il documento redatto dalla stessa parte che svolge la prestazione, sicché il medico si trova in una posizione di assoluto dominio sulle fonti di prova della propria condotta.

Poiché, come abbiamo visto, l'onere della prova incombe quasi totalmente in capo al medico, e poiché – immediato corollario – le conseguenze della mancata prova si ripercuotono sulla parte che ne è onerata, ove la cartella clinica sia incompleta, e non si possa quindi accertare uno svolgimento dei fatti diverso da quello astrattamente prospettato dal paziente attore, la responsabilità del medico verrà presunta.

Questo orientamento ha ingenerato un vortice di colpevolizzazione del medico, acuito inoltre dalla progressiva riduzione della valenza pratica della distinzione tra obbligazioni di mezzi (nel cui alveo venivano tradizionalmente ricondotte le prestazioni mediche) e obbligazioni di risultato, come confermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 577/2008⁷, dove si apre la strada ad una configurazione “para-oggettiva” di questo tipo di responsabilità⁸.

⁷ In: *Foro it.*, 2008, I, 455, con nota di A. PALMIERI; *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 612, con nota di R. DE MATTEIS; *La responsabilità civile*, 2008, 397, con nota di R. CALVO; *Resp. civ.*, 2008, 849, con nota di M. GORGONI; *Danno e Resp.*, 2008, 788, con nota di G. VINCIGUERRA; *Giur. it.*, 2008, 1653, nota A. CIATTI; *Giur. it.*, 2008, 2196, con nota di M.G. CURSI; *Danno e resp.*, 2008, 871 (M), con nota di A. NICOLUSSI; *La responsabilità civile*, 2008, 687, con nota di M. DRAGONE; *Ragiusan*, 2008, Fasc. 289, 210; *Resp. e Risarcimento*, 2008, fasc. 2, 40, con nota di A. PARROTTA; *La responsabilità civile*, 2009, 221, con nota di C. MIRIELLO; *Giust. civ.*, 2009, I, 2532.

⁸ V. ad es. il recente contributo di M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupanti considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medici)*, in *Giust. civ.*, 2010, 10, 2218: “proviamo a metterci nelle vesti del medico convenuto in un giudizio di responsabilità medica. Che eccezioni solleveremo nella nostra comparsa? Non potremo dire «provi l'attore la fondatezza dei suoi assunti», perché saremo gravati da una presunzione di colpa ex art. 1218 c.c., anche se nessun contratto abbiamo concluso col paziente. Non potremo dire che l'intervento era di speciale difficoltà, perché praticamente nessun intervento è tale per la giurisprudenza, e anche se lo fosse saremmo sempre gravati dall'onere di provare che comunque l'insuccesso non poteva essere prevenuto. “Non potremo dire che il nesso causale manca, perché sol che la cartella clinica sia meno che certolina, quest'ultimo potrà essere presunto dal giudice. *Dulcis in fundo*, anche se per mostro e miracolo si dimostrasse l'assoluta ine-

3. *La nascita della “medicina difensiva”*. – Il crescente favor nei confronti del paziente pone però dei problemi di misura, in vista di possibili “effetti collaterali”.

La nuova tendenza lascia aperta un’ipotesi, cioè che la classe medica si veda “stretta d’assedio” e quindi si procuri una serie di “scudi” giuridici che possono anche assumere la forma della rinuncia ad interventi delicati ma cruciali, quelli che più facilmente li esporrebbero a ritorsioni perché più alta è la possibilità di fallimento: nasce così la “medicina difensiva”.

Già nel 1994 l’*Office of Technology Assessment* degli Stati Uniti, su commissione del Congresso, pubblicò un volume dal titolo *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, in cui veniva sottolineato con allarme il rischio di un’implosione del sistema sanitario.

Il risultato sarebbe paradossale: anziché conseguire una miglior sanità si otterrebbero prestazioni incomplete e insufficienti, e la tutela del cittadino anziché valorizzata risulterebbe compromessa.

È di tutta evidenza che questa è una vera e propria “patologia” del sistema, ed ha forti ripercussioni sulla gestione delle aziende sanitarie, sia pubbliche che private, e sulla qualità dell’erogazione del servizio⁹

sistenza di nesso causale tra la condotta del medico e il danno del paziente, questi potrebbe sempre sostenere che comunque il sanitario, non intervenendo od intervenendo in modo imperito, gli ha fatto perdere la chance di guarire, che è danno diverso ed ulteriore rispetto a quello alla salute!”.

⁹ Orbene, si consideri che, secondo i dati Istat, le morti causate negli ospedali da errori medici sono 32.000 ogni anno (il 2,5% del totale dei decessi in Italia), in numero sempre crescente; le richieste di risarcimento sono arrivate a quasi 30.000 l’anno; in media, il risarcimento effettivamente erogato è pari a 25.000 euro; il costo sociale del contenzioso è stato stimato in circa 2,5 miliardi di euro (V. CRUPI, G.F. GENSINI e M. MOTTERLINI, *La dimensione cognitiva dell’errore in medicina*, Milano 2006). Secondo lo studio di Fusciani il volume del contenzioso è aumentato del 148% dal 1994 al 2004 (M. FUSCIANI, *La responsabilità sanitaria valutazione del rischio e assicurazione*, Pescara 2004).

Sul tema v. anche M. DI MARZIO, in *Il nesso di causalità? Per la Cassazione il problema è politico*, 2007, in *www.altalex.it*, che si allarga ad una riflessione sulle deformazioni del nostro sistema: il marcato allentamento del nesso causale e la definitiva sovrapposizione del rischio al danno sembrano aprire la

I costi delle assicurazioni sono ormai un onere elevatissimo ed inevitabile per le strutture e per gli stessi medici. Circa 500 milioni di euro vengono spesi ogni anno dalle Regioni per assicurare ospedali e medici contro gli errori (secondo dati raccolti da *Panorama*, 14 ottobre 2010, p. 82 ss., la cifra sarebbe per la precisione 538.076.789 euro).

È pur vero che il costo del contenzioso viene assorbito dalle assicurazioni che le Regioni stipulano, il che vuol dire che esso ricade, in ultima analisi, sul cittadino. Un costo sociale, d'altra parte, che può valere la pena di sopportare, salvo il pericolo che ciò si traduca in un alleggerimento della responsabilità del medico.

Alla luce di quanto sopra esposto, emerge l'enorme rilevanza che procedimenti di soluzione stragiudiziale delle controversie – quale ad esempio la mediazione – rivestono nel campo dell'attività medico-sanitaria¹⁰.

4. *L'intervento del legislatore regionale.* – Alcune Regioni – che nella sanità allocano circa l'80% delle proprie risorse di bilancio – sono corse ai ripari ancor prima dell'emanazione del d.lgs. 28/2010.

La Regione Veneto, ad esempio, ha emanato la legge del 31 luglio 2009, n. 15: *"Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario"*, volta alla promozione di *"modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie"* (art. 1, comma 1).

Per il perseguimento di queste finalità, viene istituita una Commissione conciliativa regionale con il compito di comporre

strada "verso un'irrazionale previdenza sociale priva di qualsiasi programmazione a monte e che non tiene nel minimo conto se il beneficiario sia un Cresò o un poveraccio. Una previdenza sociale entro la quale il medico non pagherà, perché pagherà la struttura sanitaria, che neppure pagherà perché pagherà l'assicuratore, che neppure pagherà, perché aumenterà i premi per tutti, sicché alla fine pagheremo tutti, per questa via, un'altra bellissima tassa, indifferente per di più al principio costituzionale di progressività".

¹⁰ Cfr. il saggio di C. PILLA ed E. D'ALOJA, *L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo*, in *Quaderni di conciliazione*, 1, 181, Cagliari 2010.

in via stragiudiziale le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni erogate dalle aziende sanitarie locali, nonché dalle strutture private convenzionate.

Vengono inoltre stabiliti principi e criteri direttivi cui si deve ispirare il procedimento davanti alla Commissione, fra i quali la non obbligatorietà, la volontarietà, la gratuità, l'imparzialità, la celerità e la riservatezza del procedimento, la non vincolatività della decisione. La definizione della controversia, in caso di accordo fra le parti, avviene con "un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell'art. 1965 del codice civile" (art. 3, comma 2, lettera h, l.r. 15/2009) – ossia una transazione.

I successivi articoli disciplinano le parti necessarie nel procedimento, i soggetti che possono intervenire, i criteri di imputazione delle spese (art. 4), il monitoraggio dell'attività conciliativa (art. 5), e l'istituzione di un fondo regionale finalizzato a risarcire i danni di un certo ammontare (art. 6).

Questa legge regionale è stata oggetto di ricorso ex art. 127 della Costituzione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri: si osservi che il ricorso era stato proposto dopo l'emanazione della l. 69 del 18 giugno 2009, legge-delega al Governo per emanare il decreto sulla mediazione, ma prima che questo fosse approvato. La sentenza con cui la Corte costituzionale ha definito il giudizio, invece, è del 14 maggio 2010 (n. 178), quando il d.lgs. 28/2010 era già stato emanato.

Essenzialmente, ad avviso del ricorrente, la legge del Veneto avrebbe violato l'art. 117, comma 2, lett. l, della Costituzione in materia di competenza statutale riservata nel campo dell' "ordinamento civile" e della "giurisdizione e norme processuali".

La Corte Costituzionale ha rigettato il ricorso con una sentenza che certamente entrerà negli annali della giurisprudenza¹¹: la Corte ha innanzitutto sottolineato come la legge impugnata fosse finalizzata a ridurre il fenomeno della "medicina di-

¹¹ In questa sede non è possibile darne compiutamente conto, rinviandosi ai più estesi commenti di recente pubblicazione: v. A.M. BENETTI, *Malasanità e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle regioni nella tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Danno e resp.*, 2011, 675 e l'ampia bibliografia citata in nota; la sentenza è anche in *Giurisdiz. amm.*, 2010, 473.

fensiva”, che nuoce, in fin dei conti, alla qualità della prestazione sanitaria.

Perciò, le norme ivi contenute rientrano nella materia della tutela della salute, demandata alla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni ai sensi dell’art. 117, comma 3, Costituzione, sulla base della considerazione per cui *“l’economicità, la completezza e la qualità delle prestazioni sanitarie devono necessariamente caratterizzare tutta l’organizzazione posta a tutela della salute dei cittadini”*.

“La prevenzione delle controversie – prosegue il Giudice delle Leggi – e dei loro costi elevati, rientra pienamente tra gli strumenti idonei a raggiungere i predetti obiettivi, che devono essere perseguiti dalle aziende sanitarie, con l’effetto di liberare risorse da impiegare nel miglioramento dei servizi”. Si noti che la Regione Veneto, durante la propria difesa, aveva dichiarato di aver speso per i premi assicurativi in ambito sanitario la somma di Euro 38.289.425 per il solo 2004, somma probabilmente incrementata con gli anni, dato l’aumento vertiginoso delle condanne.

Inoltre, argomenta la Corte, mancano nella legge impugnata quelle caratteristiche di obbligatorietà del procedimento conciliativo e della sanzionabilità della condotta tenuta nel corso dello stesso, che invece sono specifiche della mediazione disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

Quanto poi alla tesi per cui il richiamo agli artt. 1965 e seguenti c.c. introdurrebbe un tipo speciale di transazione in cui non avrebbero rilievo le *“reciproche concessioni”*, è anch’essa priva di fondamento, in quanto, rileva la Corte, il rinvio alla transazione non contiene modifiche o innovazioni alla sua disciplina.

La stessa Consulta ricorda, conclusivamente, come *“la predisposizione di servizi volti a facilitare la conciliazione stragiudiziale in materia di danni da responsabilità sanitaria, mediante l’offerta di un supporto tecnico-giuridico è stata ed è oggetto di altre leggi regionali”*, quali:

- l’art. 1 della legge della Regione Abruzzo 9 maggio 1990, n. 65 (integrazione della legge regionale 2 aprile 1985 n. 20, recante *“Norme di salvaguardia dei diritti dell’utente dei servizi delle U.L.S.S.”*), che ha istituito, *“in ogni Unità Locale Socio-Sanitaria, una Commissione conciliativa con il compito*

- di dirimere le controversie insorte tra utenti ed operatori in ordine alla violazione dei diritti stessi”;*
- l’art. 65 *quater* della legge della Regione Lombardia 7 gennaio 1986, n. 1 (“*Riorganizzazione e programmazione dei servizi socio-assistenziali della Regione Lombardia*”), ora abrogata dall’art. 28, comma 1, lettera a, della legge regionale 12 marzo 2008, n. 3;
 - l’art. 4 *bis* della legge della Provincia di Bolzano 5 marzo 2001, n. 7, “*Riordinamento del Servizio Sanitario provinciale*” (articolo inserito dall’art. 15 l.p. 18 novembre 2005, n. 10), che prevede la creazione di una Commissione conciliativa provinciale “*competente per tutti i casi in cui un paziente ritiene che la propria salute sia stata danneggiata da un errore nella diagnosi o nella terapia... e per tutti i casi in cui si sostiene che il danno alla salute è una conseguenza dell’omessa o irregolare informazione*” (comma 2).
 - Si segnala infine la legge della Regione Liguria del 28 ottobre 2011, n. 28 – quindi successiva alla sentenza della Corte Costituzionale del maggio 2010 – sul “*Programma assicurativo per rischi di responsabilità civile delle Aziende ed enti del Servizio Sanitario Regionale*”, in cui è premesso che la Regione “*promuove la predisposizione di strumenti idonei a migliorare l’efficienza e l’economicità nella gestione dei rischi di responsabilità civile delle Aziende ed enti del Servizio Sanitario Regionale*” (art. 1, comma 1): per questo scopo, viene previsto “*un programma assicurativo di gestione diretta del rischio tramite un fondo speciale dedicato. Il fondo speciale è destinato al finanziamento degli esborsi che le Aziende ed enti del Servizio Sanitario Regionale debbono sostenere per il risarcimento dei sinistri (art. 1, comma 2)*”. Di tale recente norma non è stato ancora elaborato il regolamento attuativo, di competenza della Giunta regionale.

Tutte queste iniziative dovranno trovare un raccordo con la procedura prevista dal d.lgs. 28/2010 entrato in vigore dal 20 marzo 2011, che come noto colloca la responsabilità “medica” tra le materie per le quali è obbligatorio esperire il tentativo di conciliazione prima di poter adire l’autorità giudiziaria.

Ci si è chiesti, ad esempio, se l’attivazione della mediazione presso una delle commissioni regionali o provinciali possa in-

tendersi come equivalente alla procedura presso uno degli organismi di mediazione indicati dal d.lgs. 28/2010 e se, quindi, si possa considerare adempiuto il requisito del previo tentativo di conciliazione ai fini della procedibilità nell'ordinario giudizio di cognizione.

Invero, è stato sostenuto che solo la stretta osservanza delle norme di rito introdotte dal legislatore nazionale nel d.lgs. 28/2010 possa soddisfare la condizione di procedibilità di cui all'art. 5 d.lgs. citato. Sicché, qualora il paziente dovesse attivare la procedura di conciliazione prevista da una legge regionale o provinciale, e questa non dovesse avere esito positivo, ai fini della condizione di procedibilità ex art. 5 egli dovrà sempre attivare una nuova mediazione con le norme di cui al medesimo decreto¹².

5. *L'ambito di applicazione del d.lgs. 28/2010 con riguardo alla responsabilità medica.* – La mediazione è condizione di procedibilità della domanda, rilevabile anche d'ufficio, per controversie derivanti, *inter alia*, da "responsabilità medica" (art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010)¹³.

Si pone il quesito di cosa si intenda con il termine "medica", se esso si riferisca solo all'operato del medico, ovvero anche, ad esempio, alla responsabilità della struttura o alla responsabilità del personale paramedico.

Si pensi ad esempio alle infezioni intervenute in sala operatoria, o alle epidemie nosocomiali: si tratterà di responsabilità della struttura, ma incerta sarà l'ascrivibilità ad un medico, potendosi ravvisare ad esempio delle carenze nella pulizia dell'ospedale ovvero una mancanza di disinfezione dovuta alla negligenza del personale – oltre che, ad esclusione della responsa-

¹² Così M. ROCCO, *L'introduzione della mediazione nei settori assicurativo e della responsabilità medica*, in *Corr. tributario*, 2011, 10, 812.

¹³ V. S. SCIACCA e S. SCOVAZZO, *Nozione di danno e perimetro risarcitorio in tema di responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2010, 989. Cfr. C. PILIA ed E. D'ALOJA, *La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile*, in *Quaderni di conciliazione*, 1, 235, Cagliari 2010: in particolare, gli Autori affrontano con rigore sistematico i limiti oggettivi e soggettivi della norma in esame, rilevando, tra l'altro, come sarebbe stato preferibile il riferimento alla responsabilità "sanitaria" anziché "medica".

bilità, una infezione preesistente in un paziente che poi ha contagiato tutto il reparto¹⁴.

Un'altra ipotesi si potrebbe avere ad esempio allorché un paziente ricoverato riscontri l'insorgenza di piaghe da decubito: come noto tale infezione è dovuta a postura eccessivamente immobile, e pertanto ne saranno responsabili struttura e infermieri di guardia, piuttosto che medici.

Ovvero ancora, quando il paziente venga incontro a patologie a seguito di trasfusione con sangue infetto (v. il *leading case* delle Sezioni Unite n. 577/2008).

In questi casi, l'art. 5 del d.lgs. 28/2010 è di dubbia applicabilità: si tratta – a parere di chi scrive – di inquadrare i confini della responsabilità del medico e della struttura.

La Corte di Cassazione si esprime oramai univocamente nel senso di individuare un contratto atipico di ospedalità che viene concluso tra paziente e struttura, diverso – seppur funzionalmente connesso – da un lato rispetto a quello concluso tra quest'ultimo e l'operatore medico, dall'altro rispetto al contratto tra medico e struttura stessa¹⁵.

Infatti, la Suprema Corte ha più volte avuto modo di precisare come il rapporto che si instaura tra paziente e struttura sanitaria trova la sua fonte in un contratto atipico a prestazioni corrispettive, dal quale *“a fronte dell'obbligazione di pagamento del*

¹⁴ Si veda Cass. S.U. 1 luglio 2002, n. 9556, che configura una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura *“ove il danno subito dal paziente risulti causalmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, a nulla rilevando che l'eventuale responsabilità concorrente del medico di fiducia del paziente medesimo sia ancora sub iudice in altro separato processo”*. Cfr. anche: Trib. Marsala, 20 febbraio 2008, in *Corr. merito*, 2008, 686; Trib. Vicenza, 24 novembre 2005, in *Resp. civ.*, 2006, 515, ove si legge che *“La struttura sanitaria è responsabile nel caso in cui il danno subito dal paziente sia riconducibile, oltre che al – o a prescindere dal – negligente operato del proprio personale dipendente, ad un difetto della strumentazione in suo possesso e/o ad una disfunzione del suo apparato strutturale ed organizzativo”*.

¹⁵ Sulla responsabilità della struttura sanitaria v. ad esempio le recenti pronunce di legittimità Cass. 30 settembre 2009, n. 20954, e Cass. 16 gennaio 2009, n. 975. Presso i giudici di merito, v. ad es. T. Lamezia Terme, 4 maggio 2007, T. Bari 10 marzo 2009, T. Milano 5 marzo 2009, T. Lanusei 19 maggio 2009, T. Firenze 2 dicembre 2008.

corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura... accanto a quelli di tipo lato sensu alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze".

Ne consegue che la responsabilità della casa di cura "nei confronti del paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c. all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché ai sensi dell'art. 1228 c.c., all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in contrario, al riguardo, la circostanza che il sanitario risulti essere anche 'di fiducia' dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto" (Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ.*, 2005, 1, 2703 ed in *Resp. civ. previd.*, 2005, 1385; identico principio è stato poi adottato da Cass. 26 gennaio 2006, n. 1698; v. anche Cass. Sez. Un. 1 luglio 2002, n. 9556¹⁶).

Orbene, considerato che l'interesse del paziente (che è quello di farsi curare) non viene soddisfatto con il semplice apprestamento dei locali, della sala operatoria, eccetera, ma soltanto con la contestuale esecuzione della prestazione professionale del medico, risulta difficile scindere le due obbligazioni.

¹⁶ In *Giust. civ.*, 2003, I, 2195, con nota di V. GIACOBBE, *Sulla responsabilità della casa di cura e del danno morale risarcibile ai congiunti della vittima* ed in *Danno e responsabilità*, 2003, fasc. 1, 97.

Con quest'ultima decisione l'inadempienza della casa di cura era stata ravvisata nell'insufficienza delle apparecchiature a disposizione per affrontare l'emergenza da sindrome asfittica del neonato, e nel ritardo, ascrivibile al personale ausiliario, nel trasferimento del neonato in un centro ospedaliero attrezzato, e si è configurata una responsabilità autonoma e diretta della casa di cura laddove il danno subito dal paziente risulti casualmente riconducibile ad una inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico, a nulla rilevando che l'eventuale responsabilità concorrente del medico di fiducia del paziente medesimo fosse ancora *sub iudice* in altro separato processo.

È stato argomentato che in queste ipotesi si configura – piuttosto che un collegamento di negozi con cause autonome ma teleologicamente connesse – una *“obbligazione plurisoggettiva e latere debitoris, inquadrabile nella categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta (in quanto una esecuzione parziaria o non simultanea sarebbe inutiliter data, non essendo in grado di realizzare l’interesse del creditore)”*¹⁷.

In altre parole, il rapporto instaurato ai fini della cura costituisce, secondo questa ricostruzione un unico rapporto che si articola in attività distinte tra loro, ma da svolgersi in modo coordinato.

Allora, laddove venga in considerazione la responsabilità del medico, il risarcimento per inesatto adempimento dovrà essere sopportato in solido tra questi soggetti, rimanendo indifferente per il paziente, titolare della posizione creditoria, la ripartizione del peso economico del risarcimento nei rapporti interni¹⁸.

Alla luce di quanto sopra, di ancora maggior rilievo risulta l’interpretazione dell’aggettivo *“medica”* contenuto nell’art. 5 comma 1 del d.lgs. 28/2010, perché – se si accetta la configurazione del rapporto obbligatorio come sopra prospettato – prevedere la mediazione obbligatoria solamente per l’obbligazione del medico strettamente intesa, comporterebbe problemi di non lieve momento, e sarebbe in fin dei conti contraddittoria e controproducente.

Intenderlo riferito alla sola prestazione del medico, infatti, vorrebbe dire dividere un rapporto che per sua natura si compone anche dell’obbligazione della struttura di cura: non che vi siano ostacoli a che una sentenza o una transazione intervengano tra il creditore ed uno dei condebitori solidali (essendo dettata, al contrario, una specifica disciplina per queste ipotesi dagli artt. 1304

¹⁷ Così A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Rapporti medici e strutture pubbliche o private*, in *Dir. economia assicur.* 2010, 4, 969; cfr. S. MEANI, *La clinica privata risponde dei danni derivanti da un intervento chirurgico anche quando l’operazione è stata eseguita dal medico di fiducia del paziente: osservazioni critiche*, in *Corr. giur.*, 2010, 199.

¹⁸ *Ibidem*, p. 978.

e 1306 c.c.); ma ci si troverebbe nella situazione per cui un'azione giudiziale contro medico e struttura, fondata sul medesimo titolo, potrebbe essere proposta e proseguire senza problemi per la struttura, mentre sarebbe sospesa per esperire il tentativo obbligatorio di mediazione per quanto attiene all'attività riferibile al medico.

Tuttavia, non pare ammissibile estendere l'interpretazione di tale formulazione in via analogica, trattandosi di norma speciale, che prevede una restrizione del diritto di agire in giudizio (giudicherà la Corte Costituzionale se legittima o meno), e pertanto eccezionale (cfr. art. 14 disposizioni sulla legge in generale).

Si potrà discutere sulla possibilità di una applicazione estensiva, anche se sul punto si registra almeno un precedente di segno negativo. Il Tribunale di Pavia, con sentenza del 27 ottobre 2011, ha affermato che: *"In tema di conciliazione obbligatoria, l'elenco tassativo di materie di cui all'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, per le quali la conciliazione è coattiva, non è suscettibile di esegesi estensiva"*¹⁹.

Sarebbe forse opportuno un intervento di una interpretazione autentica dell'inciso in esame da parte del legislatore.

Per una delimitazione delle ipotesi riguardate dal termine "medica" utilizzato nel d.lgs. 28/2010, può risultare interessante comparare quest'ultimo con le discipline regionali che, come abbiamo visto, regolano procedure di mediazione affini a quelle dello stesso decreto.

L'art. 5 comma 1, d.lgs. 28/2010, si differenzia ad esempio dalla legge del Veneto n. 15/2009, che prevede che la Commissione conciliativa regionale abbia il compito di comporre le controversie per *"danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende ULSS ed ospedaliere nonché dalle strutture private provvisoriamente accreditate"* (art. 2 comma 1), ed esplicitamente fa riferimento all'ipotesi di

¹⁹ Nel caso di specie, nel giudizio ex art. 2901 c.c. per la revoca di un contratto bancario, una delle parti non esperiva il prodromico tentativo di conciliazione, sì che l'altra sollevava l'eccezione chiedendo la declaratoria di improcedibilità dello stesso; il giudice istruttore disattendeva la richiesta perché non rientrante nel novero delle materie indicate dalla legge, a nulla rilevando che l'oggetto – un contratto bancario – rientrasse nell'elenco suddetto.

“errore nella diagnosi o nella terapia ovvero dall’omessa o irregolare informazione” (art. 2 comma 2).

La legge della Provincia di Bolzano n. 7/2001, fornisce una delimitazione dell’ambito in cui opera la Commissione conciliativa provinciale riferendosi ai soli errori accaduti *“nella diagnosi o nella terapia”*, e per *“omessa o irregolare informazione”* (art. 4 bis, comma 2): la prospettiva è sempre rivolta al paziente, ma i danni rilevanti sono quelli potenzialmente cagionati dall’azione o dall’omissione dell’operatore sanitario (mentre la legge del Veneto, oltre a queste ipotesi, contempla come visto anche una fattispecie più ampia e riferibile ai danni ascrivibili alla struttura).

Al di là delle singole scelte lessicali, si deve dare merito al legislatore locale di aver posto maggiormente l’accento sul danneggiato-attore, cioè il paziente, rispetto al presunto danneggiato-convenuto, comprendendo così tutte le ipotesi di chi, sottoposti ad un intervento medico chirurgico, o anche soltanto entrato in contatto con la struttura di cura, agisca per danni.

Il legislatore nazionale, invece, ha scelto di riferirsi alla parte convenuta, i.e. quella *“medica”*, con ciò creando non pochi dubbi interpretativi di cui innanzi.

6. *Le proposte dei medici e il d.d.l. Saccomanno.* – I dubbi suscitati a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 28/2010 non hanno riguardato soltanto il ceto forense, che ha avverso il decreto in questione sino al punto di ricorrere al TAR Lazio che, come visto in apertura, ha rimesso alla Consulta questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli dello stesso, ma anche l’ordine medico, e nello specifico l’associazione AMAMI, associazione dei medici accusati di *malpractice* ingiustamente, che ha parlato di *“speranza delusa”* con riguardo alla mediazione obbligatoria.

In un intervento tenuto presso il Senato della Repubblica il 24 maggio 2011, il Presidente dell’AMAMI ha sostenuto che la disciplina di cui al d.lgs. 28/2010 è *“inapplicabile e pericolosissima”* nell’ambito sanitario.

In primo luogo, l’affidamento della scelta della sede della mediazione in capo a chi propone l’azione, comporterebbe una *“migrazione”* dei medici verso un luogo diverso da quello dove è stata svolta la prestazione, con *“enormi disagi”*. Ciò anche a

causa del frequente spostamento verso il nord da parte di tanti pazienti.

Anche la previsione per cui *“al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti”* (art. 3, comma 1, d.lgs. 28/2010) pone in effetti il rischio di una sorta di *forum shopping* da parte dell’attore.

In secondo luogo, proseguono le critiche dell’AMAMI, sulla base del rilievo per cui la problematica sanitaria coinvolge quasi sempre più soggetti, come nel caso dell’équipe operatoria e anche della struttura sanitaria, si coinvolgerebbero nella mediazione parti che inevitabilmente avrebbero interessi diversi ed in alcuni casi tra loro opposti.

Questo argomento deve essere considerato poi alla luce dell’ulteriore rilievo che facevamo innanzi, sull’incerto significato del termine *“medica”* rispetto ai soggetti per i quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In terzo luogo, si porrebbero problemi di raccordo con l’assicurazione, in quanto il sanitario assicurato non potrà pagare una somma a titolo di conciliazione se non in accordo con la sua compagnia che, allo stato delle cose, non sembrerebbe essere stata coinvolta dal legislatore.

Invero, con riguardo a questa critica, occorre ricordare che anche la materia assicurativa è oggetto di conciliazione obbligatoria (ai *“contratti assicurativi”* fa riferimento sempre l’art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010). Si pone però il seguente problema: se nel corso della conciliazione per controversia medica insorgesse una controversia tra medico e assicurazione, che ad esempio non volesse coprire la richiesta di risarcimento, si instaurerebbe un altro procedimento di mediazione, questa volta con riguardo all’estensione delle clausole contrattuali, di cui occorrerebbe attendere l’esito, ovvero si potrebbe convergere in un’unica mediazione tra medico, assicuratore e paziente? Il rischio che questa ipotesi si verifichi è tutt’altro che remoto, e comporterebbe un ulteriore rallentamento di un procedimento che nasce per accelerare.

In quarto luogo le critiche dei medici si appuntano sull’inutilità della conciliazione in campo medico in quanto il vero problema sarebbe il nesso di causalità tra azione od omissione e danno, più che la quantificazione del danno, su cui invece si concentra la mediazione.

Questo punto introduce il tema, non riducibile alla capacità di queste pagine, della funzione dell'ufficio del mediatore.

In questo contesto, giova ricordare la distinzione tra mediazione "facilitativa" e mediazione "valutativa": quest'ultima presupporrebbe competenze tecniche della materia trattata, essendo orientata ad esprimere indicazioni e suggerimenti alle parti in base alle norme che regolano il settore in esame; la prima, invece, sarebbe demandata ad un mediatore esperto di tecniche di soluzione stragiudiziale delle controversie, perseguendo il solo scopo di favorire l'accordo economico delle parti²⁰.

Negli Stati Uniti, dove la riflessione ha raggiunto livelli di maturazione profondi, un'indagine svolta dall'Università di Harvard ha accertato che il paziente, che si ritiene vittima di un errore medico usualmente mira a raggiungere tre obiettivi, oltre al risarcimento del danno: individuare la causa dell'errore, ricevere una dichiarazione di scuse da parte del medico o dell'ospedale, ottenere rassicurazioni che l'errore non si ripeterà²¹.

Prendendo spunto da queste considerazioni, è stato elaborato il concetto di mediazione "trasformativa"²², per differenziarla da quella "strumentale", volta cioè al raggiungimento di un accordo (come nel caso del d.lgs. 28/2010), ma con il solo scopo di consentire alle parti di confrontare i rispettivi punti di vista, e

²⁰ V., su aspetti diversi ma connessi, A. SPADAFORA, *Il demiurgo del contratto alla ricerca del «giusto prezzo»?*, in *Giust. civ.* 2011, 1113.

²¹ V. REITMAN, *"Healing Sound of a Word: "Sorry"; Doctors and Hospitals are learning to disclose their mistakes. Patients often respond with lowered demands for damages"*, apparsa sul *L.A. Times*, 24 marzo 2003. La ricerca è citata in S. MEANI, *Conciliazione in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica: spunti di riflessione sulla scorta dell'esperienza americana*, in *Corr. giur.*, 2011, 1163. In alcuni Stati americani è stato incentivato un meccanismo di mediazione chiamato *"apology based mediation"*, ossia mediazione fondata sulle scuse: grazie a questo sistema, basato sul dialogo e sulla restaurazione dell'alleanza terapeutica, il 90% dei casi sottoposti a questo procedimento sono stati risolti amichevolmente: v. C. GUADAGNINO, *Malpractice Mediation Poised to expand*, visibile al seguente indirizzo web: www.physiciansnews.com/2004/04/23/malpractice-mediation-poised-to-expand/.

²² F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 454; G. DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, in *Giust. civ.* 2011, 343.

di uscire dalla mediazione con una “*consapevolezza diversa dell’Altro*”²³.

Bisogna tuttavia considerare con particolare attenzione le possibili conseguenze di queste considerazioni: sia nella mediazione “trasformativa” che in quella “strumentale”, ad avviso di chi scrive, si corre il rischio di un eccessivo allontanamento dalle norme giuridiche.

Sebbene qualsiasi tipo di mediazione si possa e debba affrancare da un rigido formalismo, pensare che si possa andare in mediazione col solo fine di avere una maggiore “consapevolezza dell’altro”, e di far incontrare paziente e medico quasi fossero mondi contrapposti che si conoscono per la prima volta, rischierebbe di sovvertire le basi argomentative della mediazione “trasformativa”: si rischierebbe di introdurre nel procedimento – giacché pur sempre di procedimento si tratta – una serie di preconcetti e di “sentimenti” che non gioverebbero neanche al paziente stesso, che in tanto avrebbe un interesse a ricostruire l’alleanza terapeutica in quanto il medico eventualmente potesse intervenire *ex post* a rimediare al danno alla salute riscontrato (indipendentemente dalla sussistenza o meno del nesso di causa e della colpa), ma anche questo a ben vedere sarebbe improponibile, nel mondo reale, senza aver prima accertato la responsabilità (altrimenti si “costringerebbe” un medico a riparare un danno che non ha fatto solo perché si vuole restaurare un’alleanza terapeutica asseritamente infranta); nelle altre ipotesi, che sono la maggioranza, l’interesse del paziente – che potrebbe eventualmente sorreggere un’azione giudiziaria – sarebbe comunque quello di accertare delle responsabilità (anche nella mediazione “trasformativa”), che certamente, oltre al risarcimento economico, significa ricevere delle scuse e capire in cosa e dove si è sbagliato ma, anche in questi casi, sembrerebbe a chi scrive, al fine preminente di tutelare i propri diritti e interessi.

²³ Così M.R. FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *Contratti*, 2011, 425. V. anche A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, III, Milano, 2000; e A. DE PALMA, A. QUATTROCOLO, *La mediazione tra medico e paziente. Un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Modena, 2009.

Viceversa, nella mediazione “strumentale” (fatta propria dall’impianto del d.lgs. 28/2010), non ci si può che rimettere alla sensibilità del singolo mediatore per non far degenerare tutta la questione in un mero calcolo di dare / avere, in quanto si è portati a ritenere che il d.lgs. 28/2010 non incentivi un’analisi nel merito della controversia, ma solo il raggiungimento di un accordo sul prezzo, con ciò riducendo la controversia sul danno alla salute ad una mera operazione economica, retta – sia concesso il riferimento letterario – dalla “*loi de l’efficacité*” (si ricordi Albert Camus, *L’homme revolté*), con il risultato che il diritto sarebbe anche in questo ambito dominato dalle leggi del tecnicismo economico.

Parrebbe quasi, in sostanza, quale che sia la visione della mediazione, “strumentale” o “trasformativa”, che le alternative fossero solo la riduzione di questo istituto ad una mera regolazione di un rapporto dare / avere secondo le proposte di un mediatore esperto di *negotiation* (soluzione assunta, si direbbe, dal d.lgs. 28/2010), ovvero la sua attrazione in un procedimento di comprensione reciproca che, anche qui, non avrebbe nulla di giuridico, in una visione che si potrebbe definire “assistenzialistica” dell’istituto.

Delle norme giuridiche, scompaiono le tracce. Non si vede tuttavia come, sia che la mediazione fosse configurata come processo di sintesi tra due centri di interesse di profilo economico, sia che invece la si volesse immaginare come un processo maieutico di dialogo tra paziente e medico (senza la necessaria ricerca di un accordo), si possa prescindere dal concetto di responsabilità, l’accertamento della quale, sebbene non compete alle parti (che, si ricordi, concludono, eventualmente, un vero e proprio contratto), dovrebbe essere comunque compiuto, o quanto meno suggerito, dal mediatore che, in ogni caso, ha davanti parti le cui posizioni sono incompatibili tra loro: il diritto del paziente, il diritto del medico.

Questi diritti da un lato non si potrebbero certo ridurre a calcoli economici, ma dall’altro nemmeno rientrano in visioni “umaniste” totalmente svincolate, appunto, dal profilo della responsabilità, che è concetto precipuamente giuridico; ma il discorso, come si vede, richiederebbe di essere condotto in altra sede.

Volgendo alla conclusione, resta da notare che alcune proposte interessanti – che anche parte della classe medica auspica – sono contenute nel d.d.l. a relatore il Sen. Saccomanno²⁴, “*Nuove norme in materia di responsabilità del personale sanitario*”, in discussione alla commissione Igiene e Sanità del Senato, presieduta dal Sen. Tomassini.

Questa legge persegue gli obiettivi di:

- a) attenuare l’effetto della *malpractice* sull’assistenza sanitaria riducendo gli atteggiamenti di medicina difensiva;
- b) velocizzare e snellire i procedimenti di risarcimento dei danni subiti dai pazienti anche attraverso arbitrati o tentativi obbligatori di conciliazione;
- c) parificare nello status giuridico strutture sanitarie pubbliche e strutture sanitarie private ai fini dell’azione risarcitoria;
- d) prevedere coperture assicurative obbligatorie con azione diretta del danneggiato (come nei sinistri automobilistici);
- e) studiare la fattibilità di un fondo per le vittime dell’ “alea terapeutica” sul modello francese della *Loi Kouchner*;
- f) creare un osservatorio del contenzioso e dell’errore medico (per avere i primi dati “ufficiali” sull’argomento).

Sui profili della mediazione, l’art. 5 del d.d.l. Saccomanno prevede, rispetto al d.lgs. 28/2010 una ulteriore e diversa disciplina. Anche qui il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità della domanda, per il “*danneggiato o gli aventi diritto al risarcimento*” (comma 1); il coinvolgimento dell’assicurazione è però in questo caso necessario, e anzi presso di essa dovrebbe essere attivata la procedura di mediazione, tramite l’invio della richiesta di risarcimento (con determinati requisiti, comma 2).

L’assicurazione, entro 60 giorni, dovrebbe inviare al danneggiato una “congrua offerta” per il risarcimento ovvero i motivi specifici per i quali non ritiene di farne alcuna (comma 4).

Durante la pendenza di questo termine, chi ha attivato la procedura non può rifiutarsi di essere sottoposto agli accertamenti necessari (comma 5): invero, si potrebbe ravvisare in questa disposizione un rischio di critica per asserita violazione del-

²⁴ Testo unificato proposto per i disegni di legge nn. 6, 50, 352, 1067, 1183, che si sono succeduti nelle ultime legislature.

l'art. 32 comma 2 Cost. (*"nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"*), in quanto il comma 5 dell'art 5 del d.d.l. Saccomanno sembra delegare alle assicurazioni un potere riservato invece al legislatore, senza nemmeno contenere alcun riferimento al limite del *"rispetto della persona umana"* di cui al secondo periodo del comma 2, art. 32 Costituzione (sebbene questa disposizione resterebbe in ogni caso perfettamente applicabile).

Dopo l'offerta, il danneggiato avrà 30 giorni per decidere se accettarla o meno, e, come d'altronde nella procedura del d.lgs. 28/2010, il giudice potrà valutare ex art. 116, comma 2, c.p.c., la mancata conciliazione e il comportamento delle parti nel corso della procedura.

La mediazione delineata nel disegno di legge a relatore il Sen. Saccomanno, si differenzia dal d.lgs. 28/2010 essenzialmente per il fatto di svolgersi non presso un organismo di mediazione esterno, ma in seno alla compagnia assicuratrice, soluzione che sembrerebbe porre il paziente nelle mani del suo "peggior nemico", ma che ad una più attenta analisi potrebbe risolvere numerosi problemi di efficienza e rapidità che, come visto, sorgono invece nel procedimento descritto dal decreto 28.

Il d.d.l. Saccomanno contiene poi numerose altre norme di portata altamente innovativa, quale l'obbligo per le strutture di cura di adottare modalità informatiche di redazione e conservazione della documentazione clinica, nonché di costituire al proprio interno un nucleo di prevenzione del rischio clinico, composto da esperti di varie competenze.

L'idea di dotare le strutture di nuclei appositi di valutazione dei sinistri è stata espressa anche da autorevole dottrina²⁵, circa l'opportunità dell'introduzione all'interno degli ospedali e delle stesse ASL, di una "camera di conciliazione", che possa garantire, da un lato, per il paziente, un servizio di assistenza medico

²⁵ E. D'ALOJA e C. PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (adr) e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione nelle aziende ospedaliere*, in *Quaderni di conciliazione*, 1, 63, Cagliari 2010.

legale – con ciò migliorando anche il rapporto con gli utenti dei servizi sanitari – e dall’altro, per il medico e per la struttura ospedaliera, la possibilità di giungere ad una soluzione alternativa dell’eventuale azione giudiziaria.

Ad oggi tuttavia il disegno di legge Saccomanno è ancora in fase di approvazione, e i medici sono costretti a rifugiarsi nella “medicina difensiva”, o, come è stata chiamata dall’AMAMI, la “medicina dell’osservanza giurisprudenziale”, *“sempre con l’orecchio teso e preoccupati ad adattare le scelte terapeutiche secondo l’ultima sentenza della magistratura”*²⁶.

²⁶ Nota AMAMI del 24 maggio 2011, in www.amami.it.

MANUELA TOLA

ADR E MERCATO INTERNO DEI SERVIZI FINANZIARI NEGLI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Le politiche dell'Unione Europea per la tutela dei "consumatori". - 2. Dal diritto al giusto risarcimento all'accesso alla giustizia. - 3. La realizzazione del mercato interno dei servizi finanziari. - 4. Le ADR nella prospettiva della tutela degli investitori. - 5. ADR e ordinamenti nazionali.

1. *Le politiche dell'Unione Europea per la tutela dei "consumatori"*. – La libera circolazione delle merci e dei servizi consentita a livello europeo ed agevolata dalla diffusione delle transazioni a distanza realizzabili con l'ausilio della rete Internet ha aumentato considerevolmente le opportunità di scelta dei consumatori. La possibilità per questi ultimi di accedere senza difficoltà ai prodotti e servizi offerti da operatori stranieri, traendo vantaggio dalla maggiore competizione tra le imprese, rappresenta uno degli obiettivi della Comunità Europea che, da tempo immemorabile, si adopera attivamente per porre in essere le misure più opportune in funzione dello sviluppo del mercato interno¹.

Il presupposto della relativa azione è quello di creare le condizioni atte ad accrescere la fiducia di coloro che intendono accedere al mercato, allo scopo di eliminarne qualsivoglia remora verso le transazioni con operatori di altri Stati membri, soprattutto in quelle situazioni in cui le stesse, nell'apportare un reale beneficio a favore delle parti contraenti – in termini di migliori prezzi e qualità dei beni e dei servizi – possano concorrere ad accrescere l'efficienza del sistema economico².

¹ Cfr. art. 153, par. 3, lett. a) Trattato istitutivo Ce; Risoluzione del Consiglio 7 dicembre 1992, concernente i mezzi per far funzionare il mercato unico.

² Il rafforzamento della fiducia dei consumatori costituisce uno degli obiettivi cruciali in vista della creazione del mercato interno. Cfr. Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE del 30 marzo 1998; Documento

In via generale, “i diritti, il benessere e la prosperità dei consumatori” costituiscono valori essenziali dell’Unione europea che tende a perseguirli riconoscendo a tali soggetti una particolare protezione³. Questa trova la sua base di partenza nella predisposizione di regole chiare e uniformi la cui funzione non è semplicemente quella di facilitare gli scambi ma di eliminare le distorsioni concorrenziali originate dalle differenze tra le diverse regolamentazioni esistenti negli Stati membri.

Si spiega così il crescente interesse della legislazione comunitaria verso quelle transazioni coinvolgenti il contraente non professionale che agisce per il soddisfacimento di bisogni insopprimibili legati alla vita e alla sopravvivenza, al quale va garantita una maggiore consapevolezza delle possibili implicazioni connesse al compimento dei cd. “atti di consumo” al di fuori dell’ordinamento di appartenenza⁴.

L’intento è quello di richiamare l’attenzione sul livello minimo di tutela comune che ciascun ordinamento ha il dovere di

di Consultazione predisposto dalla Commissione europea in data 11.12.2008 MARKT/H3/JS D(2008), in materia di *Alternative Dispute Resolution in the Area of Financial Services*, p. 3. Sulla rilevanza del medesimo obiettivo nell’ordinamento inglese, si rinvia a E. L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un’analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 259 ss.

³ Cfr. il documento *La tutela dei consumatori nell’Unione Europea: dieci principi base*, reperibile su http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/10principles/it.pdf.

⁴ Sul punto, cfr. il *Secondo piano d’azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, approvato dalla Commissione europea il 28 luglio 1993, p. 12, reperibile all’indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?>, in cui si sottolinea come l’esigenza di porre in essere azioni di informazione e di istruzione dei consumatori non si limiti unicamente a stimolare tali soggetti a trarre i massimi vantaggi dalle possibilità offerte dalla realizzazione del mercato interno, ma intenda anche offrire agli stessi la possibilità di contribuire attivamente alla salvaguardia dei mercati concorrenziali. Sulla stessa linea si colloca il documento *La tutela dei consumatori nell’Unione Europea: dieci principi base*, cit., nel quale hanno trovato riconoscimento le regole fondamentali della tutela dei consumatori: 1) libera circolazione dei prodotti e dei servizi; 2) garanzie dei prodotti, 3) sicurezza degli alimenti e dei beni di consumo, 4) etichettature; 5) divieto di clausole abusive; 6) diritto di ripensamento e di recesso; 7) informazioni sui prezzi dei prodotti e dei servizi, 8) divieto di informazioni pubblicitarie e promozionali ingannevoli; 9) pacchetti turistici “tutto compreso”; 10) strumenti di ricorso in caso di controversie transfrontaliere.

assicurare ai consumatori anche attraverso l'emanazione di disposizioni di maggior favore. Per questo motivo, vi è un costante impegno alla massima diffusione delle prerogative riconosciute a tali soggetti e delle tutele dagli stessi azionabili, la cui effettività è rimessa anche al senso di responsabilità ed attenzione nella cura dei propri interessi.

In quest'ottica si collocano le innumerevoli iniziative di *consumer education* poste in essere a tutti i livelli dagli Organi europei al fine di sensibilizzare i consumatori rispetto alle problematiche che possono scaturire dal «libero gioco» del mercato unico⁵. Il punto di partenza è costituito dall'enucleazione delle regole che vi sovrintendono, la cui affermazione sembra voler superare quella relazione di diretta proporzionalità esistente tra la spinta all'accesso al mercato e l'effettività dei rimedi attivabili in caso di violazione dei diritti.

Quest'ultimo fenomeno, riconducibile alla sussistenza di una sorta di «sfasatura tra il contesto disegnato dal legislatore e la realtà vissuta dai cittadini», appare sintomatico di una scarsa percezione, da parte di questi ultimi, dell'unitarietà del mercato⁶. Per questo motivo, si è pensato di imboccare la via della prevenzione generale, implicante la predisposizione di adeguati ed efficaci strumenti di tutela in ipotesi di mancata o inadeguata esecuzione del contratto.

L'effettiva realizzazione dei diritti diviene così la chiave di volta della fiducia dei consumatori e del corretto funzionamento del mercato in quanto, se da un lato favorisce «l'esecuzione "spontanea" delle obbligazioni contrattuali», dall'altro, funge da limite ai casi di inadempimento che altrimenti sarebbero destinati ad aumentare⁷.

⁵ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea del 13 marzo 2007 (COM 2007 99 def.), *Strategia per la politica dei consumatori dell'Ue 2007-2011*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/overview/cons_policy/doc/cps.

⁶ Cfr. il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee in data 16 novembre 1993 su *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, COM (93), 576 def.

⁷ Cfr. il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee in data 16 novembre 1993, cit.

Gli effetti di tale impostazione dovrebbero percepirsi in modo particolare nelle transazioni che coinvolgono soggetti appartenenti a diversi Stati membri, rispetto alle quali vi è il forte timore che la sussistenza di una pluralità di normative di riferimento e la sottoposizione a differenti giurisdizioni possano minare la «“credibilità” della costruzione europea»⁸. Non va dimenticato, infatti, che all’abbattimento delle frontiere interne del mercato non si è accompagnato un corrispondente abbattimento delle frontiere giudiziarie, sicchè in ciascun ordinamento continuano a sussistere procedure operanti sulla base delle diverse normative nazionali. Ciò rischia di aumentare considerevolmente la distanza tra diritto e realtà e, soprattutto, di lasciare irrisolto il problema dell’effettività della tutela che, come si vedrà in seguito, nell’ordinamento comunitario assume dei contorni alquanto peculiari.

2. *Dal diritto al giusto risarcimento all’accesso alla giustizia.* – I problemi che impediscono l’efficace tutela dei consumatori hanno avuto un primo formale riconoscimento a livello comunitario in una Risoluzione del Consiglio europeo del 1975, che ne ha ricondotto le cause prevalentemente alla sussistenza di ostacoli all’accesso alla giustizia in termini di tempi, costi ed efficienza dei procedimenti. Per questo motivo, nell’enucleare le cinque categorie di diritti fondamentali di tali soggetti, la medesima Risoluzione vi ha inserito il diritto al giusto risarcimento dei danni «attraverso procedure rapide, efficaci e poco costose»⁹.

Ponendosi sulla stessa linea, i provvedimenti successivamente dedicati alla protezione dei consumatori hanno prestato specifica attenzione all’analisi delle barriere che ne possono ostacolare l’affermazione dei diritti al fine di poter individuare le misure più idonee al loro superamento¹⁰. In particolare, con

⁸ Cfr. il Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee in data 16 novembre 1993, cit.

⁹ Risoluzione del Consiglio europeo del 14 aprile 1975, recante il *Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e d’informazione dei consumatori*. Sul punto, v. anche la Risoluzione del Consiglio europeo del 19 marzo 1981, in GUCE del 3 giugno 1981, n. C 133.

¹⁰ V. Risoluzione del Consiglio europeo del 19 marzo 1981, recante il *Secondo programma per una politica di protezione e d’informazione per i con-*

una Comunicazione del 1985 la Commissione europea ha definito, quale obiettivo primario della politica comunitaria in materia, l'esigenza di assicurare che in tutta la Comunità tali soggetti possano «beneficiare di un livello di risarcimento globalmente identico»¹¹.

Da quel momento, l'esigenza di garantire al cd. contraente debole l'effettiva affermazione dei propri diritti in caso di violazione da parte del contraente cd. forte, si è delineata con particolare vigore negli ulteriori interventi degli Organi comunitari¹². Tra questi, si contraddistingue per la particolare incisività, il Secondo piano d'azione triennale in materia di politica dei consumatori, con il quale la Commissione europea, previa affermazione della rilevanza della tutela degli interessi di tali soggetti in rapporto alle «altre politiche di disciplina e d'accompagnamento del mercato interno», ne ha riconosciuto il ruolo di assoluta centralità nell'azione delle Istituzioni comunitarie¹³.

Alla base del provvedimento si pone la consapevolezza che il mercato europeo possa concretamente realizzarsi e svilupparsi solo se idoneo a tradursi in concreti vantaggi nella vita quoti-

sumatori; Comunicazione della Commissione europea sulla *Protezione giuridica dei consumatori*, presentata in forma di *Memorandum* al Consiglio il 4 gennaio 1985 (COM 84 692 def.), in *Boll. Com. europee*, supp. 2 / 85, cui ha fatto seguito la Comunicazione della Commissione europea del 7 maggio 1987 (COM 87 210 def.), e la Risoluzione del Consiglio 25 giugno 1987, sull'*Accesso dei consumatori alla giustizia* (87/C 176/029), in *GUCE* del 4 luglio 1987, n. C 176.

¹¹ Comunicazione della Commissione europea 84/692, cit.

¹² Cfr. Risoluzione del Consiglio del 23 giugno 1986, in materia di *Futuri orientamenti della politica comunitaria per la tutela e la promozione degli interessi dei consumatori*; Risoluzione del Consiglio 25 giugno 1987, cit., nella quale si riconosce come, nell'ambito del contesto economico comunitario, la scelta del consumatore sia nel complesso sempre più estesa ma le condizioni dell'offerta diventino al contempo sempre meno chiare; Risoluzione del Consiglio del 9 novembre 1989, sulle *Future priorità per il rilancio della politica di tutela dei consumatori*, nella quale, si esortano gli Stati membri a promuovere l'accesso alla giustizia attraverso la ricerca di sistemi giudiziari o extra giudiziari che permettano di assicurare la composizione rapida ed efficace delle controversie tra consumatori e fornitori di beni e servizi.

¹³ Cfr. *Secondo piano d'azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, cit., p. 6.

diana dei consumatori, posto che soltanto a tale condizione la sua istituzione potrebbe ottenere la loro necessaria fiducia. L'obiettivo, allora, diviene quello di eliminare gli elementi che ne potrebbero ostacolare la piena realizzazione, soprattutto in quei settori che coinvolgono la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei cittadini.

Tra le priorità selettive funzionali ad aumentare la fiducia nel mercato, il Provvedimento ribadisce l'accesso alla giustizia e la risoluzione delle controversie, da attuarsi mediante l'introduzione di meccanismi di mediazione che, comportando l'attivazione di procedimenti semplificati, dovrebbero rivelarsi idonei in tutti quei casi in cui il ricorso alla giustizia non venga percepito come «la soluzione migliore»¹⁴. Da qui l'opportunità di orientarsi verso procedure amministrative o extra giudiziarie ovvero verso forme di arbitrato o conciliazione che, unitamente, alle iniziative volte ad assicurare l'informazione dei consumatori, possano garantire loro un'adeguata affermazione dei diritti¹⁵.

L'opportunità di istituire regimi di protezione giuridica solidi ed efficaci si delinea altresì nella *Strategia europea dei consumatori (2007-2013)*, adottata dalla Commissione europea¹⁶ e nella conseguente Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2008 recante, a sua volta, la *Strategia comunitaria per la politica dei consumatori*¹⁷. In entrambi i provvedimenti, le due Istituzioni sottolineano espressamente l'opportunità di affidare le controversie tra i consumatori, da un lato, e i professionisti e i venditori, dall'altro, a meccanismi di risoluzione operanti in sede extragiuri-

¹⁴ Come ad es. quando la controversia abbia un valore esiguo, posto che in questi casi «l'inadeguatezza dei ricorsi giudiziari lascia il consumatore disarmato di fronte a comportamenti che tuttavia gli sono pregiudizievoli». Cfr. *Secondo piano d'azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, cit., p. 26.

¹⁵ Tale obiettivo è stato espressamente affermato nella Comunicazione della Commissione europea sulla protezione giuridica dei consumatori del 4 gennaio 1985, cit.

¹⁶ Comunicazione della Commissione europea 2007/99, cit.

¹⁷ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2008 sulla *Strategia per la politica dei consumatori dell'Unione europea 2007-2013* (2007/2189 (INI)), in GUCE del 19 novembre 2009, n. C 279 E/17.

diziaria, in ragione della maggiore rapidità delle decisioni e della limitatezza dei relativi costi.

Si assume al riguardo che, poichè i suddetti meccanismi rappresentano per loro natura una soluzione che si affianca ai sistemi giuridici tradizionali, la loro attivazione da parte dei singoli dipenderà «dall'esistenza di alternative di diritto positivo che consentano una riparazione efficace, prontamente accessibile e non discriminatoria»¹⁸.

In questi termini, il diritto al giusto risarcimento riconosciuto in via di principio al cd. contraente debole sembra ancorarsi inesorabilmente alla sussistenza di sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie che, unitamente all'applicazione della legislazione comunitaria da parte dei singoli Stati membri, costituiscono «fattori importanti per creare la fiducia del consumatore»¹⁹.

3. *La realizzazione del mercato interno dei servizi finanziari.* – Le posizioni delineatesi in seno alle Istituzioni comunitarie con riguardo alla generale tutela dei consumatori hanno trovato coerente sviluppo ed attuazione anche in relazione al settore dei servizi finanziari che, in ragione della loro particolare rilevanza sul piano del completamento del mercato interno, sono stati da sempre oggetto di specifica attenzione²⁰.

La materia si caratterizza oggi per la presenza di una cospicua legislazione che, a livello europeo, si giustifica in ragione dell'incoraggiamento, rivolto ai cittadini, a fare maggiore uso dei servizi finanziari «in particolare per quanto concerne le loro

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit.

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit.

²⁰ Soprattutto in relazione all'efficacia dei mezzi di pagamento transfrontalieri, ovvero alla responsabilità connessa all'uso delle carte di credito o anche ai servizi e alle attività di *home banking*. Sul punto si rinvia al *Secondo piano d'azione triennale in favore dei consumatori (1993-1995)*, cit., p. 26 ss. V. anche la Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit. Sulla rilevanza della materia finanziaria rispetto allo sviluppo economico-sociale del mercato europeo e sulla sua interazione con la storia istituzionale della Comunità europea, si rinvia a P. FRATANGELO, *La legislazione comunitaria in materia finanziaria: linee evolutive e prospettive di cambiamento*, in *Studi e note di economia*, 2002, p. 107 ss.

future pensioni»²¹. Si spiega in questo modo la forte spinta all'innovazione che pervade il settore in esame e la sua funzionalità a garantire ai consumatori migliori opzioni²².

Tale tendenza, comportando un consistente ampliamento delle possibilità di scelta negli investimenti ha determinato un rilevante accesso dei risparmiatori nel relativo mercato rendendo indispensabile la previsione di forme di tutela da attuarsi non soltanto sul piano dell'informazione ma anche, e segnatamente, su quello della consulenza.

Quest'ultima attività si rivela necessaria in ragione della complessità dei prodotti che possono costituire oggetto dei servizi in questione, e tende a garantire la protezione del contraente cd. debole mediante meccanismi atti a consentire il superamento dell'asimmetria informativa esistente con la controparte professionale che si correlano alla previsione di regole di competenza e correttezza degli intermediari²³.

L'idea di fondo è che chiunque intenda accedere al mercato necessiti di essere correttamente informato oltre che sulle condizioni e i servizi offerti anche sulla legittimità dell'agire dell'operatore con il quale viene in contatto²⁴.

Quest'ultima esigenza, peculiare alle transazioni che trovano compimento nei mercati finanziari, risulta intimamente connessa

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo 2007/2189 (INI), cit.

²² La progressiva apertura dei mercati finanziari nazionali agli operatori provenienti da altri Stati membri, realizzatasi a partire dal 1993, ha dato vita a quello che può definirsi il «Mercato unico dei servizi finanziari». Nell'ambito di tale mercato, un operatore finanziario stabilito in uno Stato membro può svolgere la propria attività nel territorio di tutti gli altri stati membri istituendovi una succursale o operando in regime di libera prestazione di servizi.

²³ Sulla disciplina di correttezza degli intermediari e sulla sua funzionalizzazione a garantire la fiducia degli investitori che, a sua volta, rappresenta il presupposto del buon funzionamento del mercato finanziario v. Corte di Giustizia, sent. 10 maggio 1995, in causa n. C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister Van Financiën*, in *Racc.*, 1995, p. 147 .

²⁴ Sulla rilevanza dell'informazione nell'ambito dei mercati finanziari e sulla sua funzionalità alla tutela del consumatore si rinvia a G. ALPA, *The Harmonization of EC Law of Financial Markets in the Perspective of Consumer Protection*, in *European Business Law Rev.*, 2004, 4, p. 356; H. VEDDER, *Competition Law and Consumer Protection: How Competition Law can be Used to Protect Consumers Even Better – Or Not?*, *ivi*, 2006, p. 85 ss.

a quel fattore "rischio" che, a sua volta, ne rappresenta l'elemento essenziale ed ineliminabile. Non a caso, la relativa affermazione ha trovato una propria definizione in occasione del massiccio contenzioso conseguente ai rovinosi *defaults* verificatisi tra il 2001 e 2003, in seguito ai quali l'attenzione del legislatore europeo si è spostata sulla cd. *conduct of business* degli intermediari e sulle conseguenze della relativa violazione²⁵.

Sotto questo profilo, la figura del "consumatore" si disarticola, al suo interno, in base alla transazione che la coinvolge e rispetto alla quale tende variamente ad assumere la connotazione di "acquirente", "utente", "risparmiatore" o "investitore"²⁶. L'elemento comune tra esse risulta essere quella libertà di scelta che si rivela fondamentale sul piano del completamento del mercato interno, nel quale i cittadini dovrebbero potersi muovere ed agire sulla base della più ampia informazione²⁷.

Nel settore dei servizi finanziari, tale prerogativa viene perseguita con particolare vigore, attesa la funzionalità a creare e mantenere negli investitori la fiducia verso il mercato e gli investimenti, a sua volta funzionale a garantire la soddisfacente allocazione delle risorse mediante interventi riequilibratori in grado di eliminare consolidate situazioni di debolezza negoziale²⁸. Si vuole

²⁵ Cfr. Dir. n. 2004/39/CE del 21 aprile 2004 (cd. "Mifid"), nella quale si prevedono discipline professionali volte a garantire la competenza e la correttezza degli intermediari finanziari in funzione di un maggiore riconoscimento della cd. *need of protection* dell'investitore. L'attenzione si sposta, così, sul comportamento degli intermediari e determina l'imposizione, in capo agli stessi, di norme volte a disciplinare la regolazione negoziale con i clienti.

²⁶ Sul punto cfr. E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 11, il quale ritiene difficile «ravvisare nei consumatori una classe o categoria composta da soggetti egualmente deboli», posto che, al contrario, la definizione di consumatore fatta propria dalla legislazione (comunitaria e sulla sua scia, da quella) interna, non solo lascia margini a diverse incertezze, ma, soprattutto, è di estensione tale da determinare l'applicazione della disciplina a soggetti (purché persone fisiche) caratterizzati dalle più diverse competenze ed esperienze personali.

²⁷ Sul punto cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, 8, reperibile all'indirizzo www.orizzontideldirittocommerciale.it.

²⁸ È noto che il continuo riferimento, nei provvedimenti comunitari e nei documenti programmatici, alla fiducia dei risparmiatori e degli investitori sia

così favorire ed accrescere la consapevolezza di tali soggetti e, per questa via, assicurare il pieno ed effettivo esercizio della libertà di contrattazione anche a livello sovranazionale mediante la previsione di regole che, sotto taluni profili, tendono talvolta ad assumere una valenza, per così dire, "paternalistica".

In tale contesto, risulta evidente come la protezione dell'investitore rilevi quale obiettivo immediato di una disciplina nella quale trovano affermazione ben più ampi interessi, la cui realizzazione risulta finalizzata alla creazione di un più vasto contesto in cui possono trovare affermazione i diritti individuali. Infatti, alle norme di tutela dei singoli si affianca un pregnante sistema di regole funzionali al conseguimento del fondamentale obiettivo dell'integrità e buon funzionamento del mercato, sicchè l'investitore risulta beneficiario di una tutela che, sebbene destinata a manifestarsi primariamente sul terreno della libertà di scelta, va oltre siffatta prerogativa per focalizzarsi sulla protezione contro il rischio dell'investimento²⁹.

Il relativo problema, pertanto, non è solo ed esclusivamente quello di poter scegliere liberamente un certo prodotto finanzia-

funzionale a garantire l'affermazione di interessi di carattere generale variamente riconducibili alla tutela del risparmio, alla garanzia della stabilità del sistema finanziario ovvero all'efficienza e al corretto funzionamento del mercato dei valori mobiliari ecc. Sul punto cfr. C. SANDRI, *Profili di tutela del consumatore nella disciplina del mercato interno dei servizi finanziari e nella disciplina della concorrenza*, in *Dir. e pol. dell'U.e.*, 2007, p. 136. La fiducia nel corretto funzionamento del mercato si caratterizza in quanto, una volta che gli investitori confidano nel comportamento virtuoso degli intermediari e degli emittenti esistenti, per questi ultimi risulta facile commettere abusi ponendo in essere condotte opportunistiche a danno dei primi. In questo senso, cfr. A.M. PACCES, *Financial Intermediation in the Securities Markets: Law and Economics of Conduct of Business Regulation*, in *20 Int. Rev. Law Ec.*, 2000, p. 484. Se la fiducia nel mercato dovesse venire meno, gli investitori sarebbero indotti a concludere contratti a prezzi inferiori, pregiudicando la permanenza sul mercato degli operatori più corretti con conseguente compromissione dell'efficiente funzionamento dello stesso e della stabilità complessiva. Sul punto cfr., J. FRANKS e C. MAYER, *Risk, Regulation, and Investor Protection*, Oxford, 1989, p. 154; BANCA D'ITALIA, *Intermediazione finanziaria non bancaria e gruppi bancari polifunzionali: le esigenze di regolamentazione prudenziale*, in *Temi di discussione del Servizio Studi della Banca d'Italia*, n. 113, Roma, 1989, p. 38 ss.

²⁹ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 19 ss.; G. VETTORI, "Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità", *Riv. dir. priv.*, 2003, 111 s.

rio – come la sua basilare connotazione di consumatore impone – bensì quello di farlo affidandosi ad un intermediario di fiducia e con la consapevolezza derivante da un'informazione adeguata. In caso contrario, deve essergli garantita la possibilità di far valere i propri diritti al fine di ottenerne una concreta tutela.

È ben evidente, dunque, come anche in questo specifico settore del mercato interno l'effettività del rimedio risarcitorio divenga la chiave di volta atta a mantenere o ricostituire la fiducia degli investitori soprattutto nei casi, rivelatisi non infrequenti, di cd. *fallimento del mercato*³⁰. La relativa esigenza risulta particolarmente avvertita in virtù del fatto che gli effetti degli eventuali inadempimenti – che in prima battuta si ripercuotono negativamente nei confronti degli investitori –, in realtà incidono in modo rilevante anche sul funzionamento del sistema economico, per la sussistenza di interessi ben più ampi e pervasivi di quelli propri dei singoli, attorno ai quali ruota tutta la disciplina dei fenomeni finanziari.

4. *Le ADR nella prospettiva della tutela degli investitori.* – La duplice peculiarità delle transazioni che si compiono nei mercati finanziari, in termini di rischio e di interessi coinvolti, ha indotto a ritenere che il mantenimento dell'indispensabile fiducia degli investitori non possa essere garantito dalla sola disciplina di natura sostanziale volta a riconoscerne i diritti.

La qualità e la sicurezza dei servizi finanziari, unitamente all'affermazione delle regole cui deve ispirarsi l'agere degli intermediari, infatti, sebbene rilevanti a tale scopo non costituiscono la condizione unica ed indispensabile dell'effettivo completamento del mercato interno, la cui realizzazione presuppone, invece, anche la possibilità di poter efficacemente e velocemente esperire un'azione giudiziale a tutela degli interessi lesi³¹.

Tale esigenza si è rivelata quanto mai impellente in seguito agli innumerevoli episodi di cd. «risparmio tradito» che, com-

³⁰ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 19 ss. Sul cd. *fallimento del mercato* scaturente dalla sussistenza di una cultura finanziaria incapace di opporsi all'affermazione di perverse logiche di *moral hazard*, si rinvia a M. PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007.

³¹ In arg. si rinvia al documento *The Cost of Legal Obstacles to the Disadvantages of Consumers in the Single Markets*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub03.pdf.

portando un considerevole aumento della litigiosità, hanno posto in luce i punti deboli del sistema.

Dalle relative esperienze è, infatti, emerso come sul piano della tutela anche il settore finanziario risenta pesantemente degli effetti negativi dei costi e dei tempi del processo oltre che della regola del giudizio. In particolare, quest'ultimo elemento, sebbene indispensabile ai fini della certezza dei rapporti giuridici, portato alle estreme conseguenze rischia talora di avere degli effetti che potrebbero apparire iniqui sul piano della giustizia sostanziale³². I numerosi casi di abusi conclamati a danno degli investitori, spesso non sanzionabili per la mera ricorrenza di requisiti formali o impedimenti processuali hanno, infatti, determinato un drastico calo di fiducia nel sistema delle regole e della giustizia³³. Il procedimento giurisdizionale, infatti, non sempre risulta adattabile alla natura delle controversie sicchè alle parti non è consentita la possibilità di instaurare un dialogo che in determinati frangenti può rivelarsi determinante ai fini dell'opportuno accomodamento della controversia in atto³⁴.

³² Un simile effetto rischia di porsi in contrasto con lo spirito della disciplina del mercato finanziario e, segnatamente della dir. cd. Mifid che, secondo taluni, sarebbe finalizzata a garantire valori come «efficienza e concorrenza e, quindi, in ultima analisi equità». Così, L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, «legislazione speciale» e «codici di settore»*, in *Riv. not.*, 2009, I, p. 17.

³³ Secondo le statistiche riferite all'anno 2006, risulta che a livello europeo soltanto il 14% degli investitori ha formalmente agito contro un operatore.

³⁴ L'adattabilità alla natura delle controversie e la possibilità di instaurazione di un dialogo tra le parti sono invece requisiti ampiamente riconosciuti ai sistemi di ADR. In questo senso cfr. il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (COM(2002) 196 def.). L'idea di che i litiganti, se adeguatamente aiutati, siano in grado di trovare la composizione più adatta per il loro conflitto senza doverne affidare il compito ad un terzo, è largamente dominante in dottrina. In proposito si rinvia a E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, p. 302; A. AVOLIO, *L'accesso alla giustizia: quali tendenze di riforma per affrontare la crisi. La posizione della comunità europea*, in *Contr. impr. Eur.*, 1997, I, 743, secondo la quale «viene reputato utile offrire ai litiganti il modo di riprendere il dialogo interrotto, sì da consentire loro la piena comprensione delle reciproche posizioni. Attraverso sifatto faticoso processo, infatti, si riesce talora a far abbandonare gli atteggiamenti di totale quanto sterile contrapposizione, cui segue la lenta emersione delle reali ragioni responsabili del conflitto, che a causa degli

Con riguardo alle transazioni su base transfrontaliera, a questi problemi vanno ad aggiungersi i conflitti normativi e giurisdizionali connessi al divario, tutt'ora esistente, nella legislazione dei diversi Stati membri. Tale situazione, oltre a non agevolare il processo di unificazione del mercato interno, rischia anche di acuire la concorrenza tra ordinamenti, a vantaggio di quelli che garantiscono una migliore, efficace e rapida tutela sul piano dell'affermazione dei diritti.

Dall'unitaria considerazione di tutti questi elementi si è fatta strada l'idea secondo cui la possibilità di una concreta riparazione delle violazioni perpetratesi nel mercato finanziario non possa prescindere dalla previsione di norme di natura processuale, riferibili anche a procedure di tipo stragiudiziale, finalizzate a rendere effettiva la protezione degli investitori.

La possibilità per questi ultimi di ottenere giustizia in tempi rapidi e a costi più contenuti, facendo ricorso a meccanismi di risoluzione delle controversie di natura non giudiziaria, rappresenta, infatti, un fattore importante per crearne o ricrearne la fiducia nel mercato³⁵. A questi fini, si rende indispensabile una stretta cooperazione tra gli Stati membri che consenta di superare le diversità tutt'ora esistenti sul piano delle regole e dell'accesso alla giustizia³⁶.

Ponendosi su questa linea, i diversi provvedimenti comunitari che hanno riguardato il mercato finanziario nell'ultimo decennio, da un lato, risultano fortemente orientati verso l'elaborazione e consolidamento di meccanismi di composizione delle liti atti ad «incoraggiare soluzioni extragiudiziali»³⁷, dall'altro, contengono la costante sollecitazione degli Stati membri a promuovere forme di collaborazione tra gli organismi di ADR, anche attraverso l'eli-

stani «giochi» della psiche umana risultano spesso poco chiare anche agli stessi litiganti».

³⁵ Cfr. la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2008 sulla *Strategia per la politica dei consumatori dell'Unione europea 2007-2013*, cit.

³⁶ In proposito v. *Il programma d'azione comunitaria sulla politica europea dei consumatori 2007-2013*, reperibile all'indirizzo internet <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:404:0039:0045:IT:pdf>.

³⁷ Secondo le indicazioni contenute nel *Programma d'azione comunitaria sulla politica europea dei consumatori 2007-2013*, cit.

minazione di eventuali disposizioni di legge o regolamentari che impediscano la concreta attuazione di iniziative in tal senso³⁸.

È evidente che solo a questa condizione può compiutamente realizzarsi quell'unicità del mercato più volte auspicata dalle Istituzioni comunitarie le quali, a tali fini, ritengono fondamentale che «i cittadini non nutrano preoccupazioni nell'acquisto di servizi finanziari in un altro Stato membro», in particolar modo se e «quando possono ottenere maggiori vantaggi»³⁹.

5. *ADR e ordinamenti nazionali.* – L'impulso alla diffusione e alla pratica della risoluzione extragiudiziale delle controversie impresso dalle Istituzioni comunitarie è servito a rafforzare il ruolo delle ADR nella valutazione dei singoli ordinamenti nazionali che, già da tempo, ne avevano avvertito la grande potenzialità ai fini di rafforzamento della fiducia degli investitori.

Tale percezione, particolarmente diffusa anche tra gli operatori, è sfociata innanzitutto nella predisposizione di procedure interne di risoluzione delle controversie che, pur ponendosi su un piano di cd. "autotutela privata" hanno comunque fatto emergere una particolare attenzione e sensibilità verso i diritti e le esigenze dei fruitori dei servizi finanziari⁴⁰.

³⁸ Cfr. Dir. 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori; Dir. 2002/92/CE sulla mediazione assicurativa; Dir. 2004/39/CE sui mercati degli strumenti finanziari; Dir. 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno; Dir. 2008/48/CE sui contratti di credito. La particolare propensione dei provvedimenti comunitari verso l'istituzione di organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia finanziaria sembrerebbe testimoniare la sussistenza, in questo campo, di una sfera di relazioni economiche in cui sono destinate a farsi avvertire con maggiore intensità le motivazioni che inducono a favorire sistemi di risoluzione alternativi alle ordinarie vie giudiziali. In arg., E. QUADRI, *L'«arbitrato bancario finanziario» nel quadro dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 306.

³⁹ Secondo quanto dichiarato dal Commissario per il mercato interno Frits Bolkestein nella conferenza stampa tenutasi il 2 settembre 2002, per la presentazione della nuova guida *Fin net*. Cfr. doc. IP/02/1258.

⁴⁰ In generale, sull'"autotutela privata" si rinvia, senza pretesa di esaustività, a E. BETTI, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 529; C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, *ivi*, Agg. IV, Milano 2000, p. 130; A. SATURNO, *L'autotutela privata*, Napoli, 1995.

A queste iniziative si è affiancata l'istituzione, su impulso delle associazioni di categoria degli operatori, di veri e propri organismi di ADR specializzati in particolari branche della materia finanziaria, la cui creazione è stata concepita sia in termini tutela attivabile con riguardo alle controversie di esiguo valore sia, più in generale, come forma di tutela «di sistema», destinata a porsi come antecedente rispetto al giudizio ed in funzione di evitarne l'instaurazione⁴¹.

Sin dall'origine, lo scopo perseguito da tutte queste iniziative è stato quello di valorizzare l'interazione ed il dialogo tra operatori e investitori secondo meccanismi atti a gestire correttamente la relazione in funzione delle ricadute positive sul mercato finanziario, sulla qualità dei servizi erogati e dei prodotti offerti⁴². La possibilità che la questione controversa possa essere risolta dallo stesso intermediario o, comunque, possa trovare soluzione all'interno del sistema al quale questi appartiene, funge infatti da stimolo all'attivazione di processi di auto-correzione e di reciproca informazione che si ripercuotono favorevolmente sulla relativa categoria.

I meccanismi in questione, sin dall'origine, sono stati concepiti come una sorta di "valore aggiunto" funzionale ad incre-

⁴¹ Come, ad es., l'*Ombudsman* bancario, istituito nel 1993 per volontà dell'ABI (Associazione Bancaria Italiana), in forma di organismo collegiale composto da 5 membri con la funzione originaria di esprimere giudizi sulle controversie insorte fra banche e clienti.

⁴² Cfr. la Relazione al Regolamento n. 24 del 19 maggio 2008, concernente la procedura di presentazione dei reclami all'Isvap, di cui all'art. 7 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private) e la procedura di gestione dei reclami da parte delle imprese di assicurazione. Nello stesso senso, v. altresì le *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, emanate dalla Banca d'Italia e reperibili all'indirizzo <http://www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/normativa/disposizioni/provv/disposizioni/Disposizioni.pdf>, in cui si afferma che «I sistemi stragiudiziali assumono rilievo per le finalità della vigilanza e, più in generale, per l'efficienza del sistema finanziario. Meccanismi efficaci di definizione delle liti incentivano il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela; migliorano la fiducia del pubblico nei prestatori dei servizi bancari e finanziari; costituiscono un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso».

mentare il livello di serietà, professionalità ed attenzione dell'intermediario nei confronti della clientela.

Tuttavia, il fatto che a doversi esprimere sulla controversia sia la stessa parte "forte" della contesa, che vi provvede in via diretta nei casi di procedura interna di reclamo, ed in via indiretta con riguardo alle ADR di categoria, in passato ha avuto un'incidenza negativa sulla valutazione dell'efficienza, efficacia e affidabilità dei corrispondenti sistemi⁴³.

Si capisce allora l'insistenza con la quale, sia a livello europeo sia, e per riflesso, a livello nazionale si è declamato l'accesso ai sistemi di ADR che, improntati ai canoni di indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza, dovrebbero consentire di sostenere ed integrare le iniziative degli Stati membri finalizzate a garantire quell'«elevato livello di protezione dei consumatori» che risulta imprescindibile per la piena realizzazione del mercato interno⁴⁴.

⁴³ Emblematico è il caso dell'*Ombudsman* bancario che, in origine, a causa della sua composizione esclusivamente di estrazione bancaria (infatti, suoi membri erano nominati dall'Abi ed il presidente invece era nominato dal Governatore della Banca d'Italia), figurava per lo più come un organo orientato a favore del sistema bancario piuttosto che dei risparmiatori. Dal 1° giugno 2007, la gestione dell'*Ombudsman* è passata all'Associazione Conciliatore bancario finanziario che ha riunito tutti i mezzi di sistema per risolvere le possibili controversie tra banche e clienti. Attualmente, la metà dei membri che lo compongono viene nominata dalle associazioni rappresentative dei consumatori.

⁴⁴ Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE del 30 marzo 1998, cit.

PASQUALE STANZIONE

PROFESSIONALITÀ ED OBBLIGHI DI AGGIORNAMENTO. FORMAZIONE E DEONTOLOGIA DEL MEDIATORE

SOMMARIO: 1. Riflessioni sul concetto di professionalità. - 2. Obblighi deontologici del professionista e aggiornamento. - 3. La formazione del mediatore. - 4. Deontologia del mediatore. - 5. Conclusioni.

1. *Riflessioni sul concetto di professionalità.* – Il tema della responsabilità dei professionisti sollecita una riflessione sulla qualifica della professionalità. Di là dalla specifica disciplina delle professioni intellettuali (art. 2230 ss. c.c.), si rinvengono forme ambigue ed eterogenee per la definizione di tale qualifica: penso all'art. 2083; all'art. 1176, comma 2, c.c.; alle attività manuali.

Ne deriva un ampliamento e quindi un superamento della stessa nozione di professionalità: è professionale, pertanto, qualsivoglia attività lavorativa svolta in forma autonoma, con i connotati di libertà e tecnicismo. Ma libertà e tecnicismo si traducono in una sfera ampia di autonomia contrattuale nonché nell'utilizzo dei naturali mezzi e strumenti tecnici per la realizzazione della prestazione contrattuale.

Se questo è, la domanda che si deve porre il civilista è: esiste un "microsistema" tendenzialmente ordinato delle responsabilità professionali? E se esiste, è esso conseguenza di un disegno razionale del legislatore e della giurisprudenza oppure è frutto dell'influsso di formanti crittотipici?

Pur nella variegata molteplicità delle professioni e delle relative discipline, forse è dato cogliere una tensione continua al sistema, cosicché i principi della responsabilità civile per le professioni legali, tecniche e sanitarie sembrano orientate ad uniformarsi.

Ma il processo non è né lineare né costante né uniforme.

Così, se proprio si vogliono individuare alcuni *trends*, è certamente comune e diffusa la tendenziale socializzazione del ri-

schio, talora fino alla obbligatorietà legale della copertura assicurativa per il rischio professionale specifico. Così come è comune l'abbandono della rigida contrapposizione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato, a favore di una visione più sensibile al profilo funzionale e relazionale del rapporto giuridico, a tutela dell'interesse concretamente individuato.

In questa prospettiva, è noto che le responsabilità professionali diventano il luogo ideale di incontro-scontro tra regola aquiliana e responsabilità contrattuale: sottilissima si palesa la linea di confine tra l'art. 1218 e l'art. 2043 c.c.

Ma anche la finalità risarcitoria, piuttosto che sanzionatoria o preventiva, risulta prevalente come linea-guida della responsabilità: si pensi, sia pure con itinerari diversi, all'evoluzione della responsabilità del medico (specialmente ospedaliero), dell'internet provider e del giornalista.

Ma la determinazione di non lasciare alcun danno privo di riparazione conduce talora a sacrificare anche i presupposti dell'art. 2043 e comunque ad allocare le pretese risarcitorie sempre in capo al soggetto che si presume economicamente più forte (o, se si preferisce, più solvibile).

La stessa variabile configurazione del nesso di causalità diviene misura dell'andamento funzionale della fattispecie: esito del giudizio e criterio della c.d. certezza morale per la responsabilità dell'avvocato; criterio probabilistico per quella del notaio; *res ipsa loquitur* per la responsabilità del medico.

È un andamento schizofrenico del sistema che pur ambiva ad una sorta di inquadramento uniforme: infatti, per un verso le prestazioni del professionista sono costruite come ipotesi di obbligazioni di mezzi e per un altro si assiste allo svilimento del nesso di causalità e alla presunzione di colpevolezza per le attività di minore complessità (nel segno del "danno necessariamente da riparare").

D'altra parte, le responsabilità professionali si sono nel tempo – normativamente e giudiziariamente – specializzate, sì da sembrare irriducibili al quadro generale dell'istituto della responsabilità civile *tout court*. Si pensi a tanta legislazione speciale: alla l. 117 del 1988 per i magistrati; alla responsabilità del curatore fallimentare, del commissario giudiziale; ai professionisti tecnici per la progettazione, sicurezza, direzione dei lavori,

elaborazione dei calcoli, indagini geologiche e così via; si pensi ai promotori finanziari, agli agenti di assicurazione, all'internet provider, al mediatore civile e commerciale e via seguitando.

E tuttavia, lo studio delle molteplici figure della responsabilità professionale mi pare dimostri come esse si inseriscano nella evoluzione complessiva della responsabilità civile, pur condividendone le incertezze e la schizofrenia. Ma si tratta ovviamente di una nozione di responsabilità civile molto differente da quella che la tradizione ci aveva consegnata.

2. Obblighi deontologici del professionista e aggiornamento. –

Se poi si passa al secondo profilo, che attiene all'impatto che sul sistema della responsabilità professionale può determinare la specificazione degli obblighi deontologici di aggiornamento, si scoprono immediatamente due fronti: a) quello del generalizzato innalzamento dello *standard* oggettivo di diligenza e perizia (che è fattore di considerevole incidenza sul livello compensativo del sistema della responsabilità in generale); b) quello della specificazione e differenziazione degli *standards* di diligenza per il professionista che utilizzi titoli di specializzazione (e cioè per quello che la dottrina, che di recente si è occupata del tema della responsabilità dell'avvocato, ha definito "specialista di fatto").

Si tratta, in altri termini, non soltanto di capire se le disposizioni deontologiche in questione possono incidere sul sistema della responsabilità professionale, ma di comprendere anche *perché* dovrebbero incidere in tal senso.

La risposta al quesito va ricercata in una analisi di contesto, che qui attiene al più ampio tema del mercato europeo delle professioni.

In primo luogo, l'orientamento, ormai risalente e noto, della Corte di Giustizia circa l'applicabilità al regime delle professioni delle disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei servizi e delle persone: il che ha contribuito ad aprire il mercato europeo delle professioni, riconoscendo il diritto di prestazione transnazionale delle prestazioni professionali e di stabilimento degli avvocati europei dotati di titolo equivalenti.

Poi, ha indubbiamente inciso la previsione, anch'essa di derivazione europea, dell'esercizio professionale in strutture dota-

te di personalità giuridica: ciò ha determinato, sul fronte della responsabilità civile, una riaffermazione della oggettività dello *standard* di diligenza, nella misura in cui si è spersonalizzata la prestazione professionale in sé considerata.

Nella definizione europea dell'esercizio professionale manca ogni riferimento a caratteri di personalità, di assunzione e di gestione del rischio, di intellettualità, di organizzazione dell'esercizio professionale. Significativamente, essa si riferisce esclusivamente al profilo della formazione, che individua il *discrimen* tra professioni e altre attività economiche.

Infine, ha sicuramente avuto rilievo determinante la qualificazione della nozione di impresa comunitaria. Essa, com'è noto, fa riferimento ad un unico profilo. L'esercizio di un'attività economicamente rilevante. Non lo *status* (ad esempio, l'assoggettabilità a fallimento); non la dimensione dell'organizzazione (che nel nostro ordinamento distingue, invece, il grande dal piccolo imprenditore, e il piccolo imprenditore dal lavoratore autonomo); non la continuità dell'esercizio o il perseguimento dell'utile. Un'attività è d'impresa se ha valenza economica. Una definizione, questa, talmente ampia da comprendere senza dubbio anche l'attività professionale e, dunque, quella dell'avvocato.

Ma di certo dove c'è concorrenza vi è anche, quale conseguenza naturale, la necessità di tutela del mercato attraverso l'imposizione di elevati *standards* di correttezza e, nel caso delle professioni, soprattutto di quelle legali, di competenza.

Ebbene, è da ritenersi che tale obbligo rilevi e rileverà proprio perché la regolazione del mercato è una regolazione giuridica, un ordine giuridico, che impone il rispetto di precisi obblighi di lealtà e di competenza. È già inesorabile il processo di attribuzione della qualifica di consumatore (come già espressamente ha fatto da quasi un decennio la Corte di giustizia europea) anche al cliente dell'avvocato, che diviene sempre più utente di servizi legali. È inevitabile che ciò influirà sugli *standards* oggettivi di diligenza, permeandoli del contenuto proprio delle regole deontologiche attinenti, anche, al profilo della formazione e dell'aggiornamento.

Sicuramente, la precisazione degli obblighi formativi inciderebbe sullo *standard* di diligenza.

La natura anfibologica del dovere di formazione e aggiornamento, per un verso imposto a tutela del decoro e della professionalità dell'esercizio forense, ma dall'altro indirizzata a completare e definire la prestazione assunta dal professionista verso il cliente, fa sì che possa condividersi l'idea di chi ha già affermato come il dovere in questione sia da ascrivere alla categoria di quei doveri che contribuiscono ad individuare lo *standard* di diligenza, che dovrà dar riferimento, da oggi, al buon professionista e cioè al professionista che cura, in modo permanente, il suo aggiornamento.

La regolazione, inoltre, della pubblicità dei titoli specialistici, legata alla effettiva acquisizione di adeguata formazione in specifici settori, potrà selezionare gli *standards* di diligenza, elevandoli per i professionisti specialisti. Ma tale effetto avverrà su base contrattuale, ritenendo che la pubblicizzazione del titolo costituisca pratica precontrattuale che incide sul contenuto del rapporto contrattuale, al fine di individuare un più elevato livello di competenza dovuto. Il che potrà portare, ad esempio, a graduare il giudizio di particolare complessità della questione - ai fini dell'applicazione dell'art. 2236 c.c. - a seconda del tipo di professionista (specialista che pubblicizza i suoi titoli oppure no) che assume l'incarico.

3. *La formazione del mediatore.* – Con il recente intervento legislativo rappresentato dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in materia di “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali” è stata introdotta nel nostro ordinamento una nuova e autonoma categoria professionale: quella del “mediatore”.

L'art. 1 lett. b) del d.lgs. 28/2010 definisce il mediatore, come la persona o le persone fisiche che conducono il procedimento di mediazione, per conto dell'organismo, e che sono chiamati a operare per la composizione della controversia, senza essere però dotati di poteri decisionali¹.

¹ L'articolo recita testualmente: «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».

La disciplina concreta relativa ai requisiti per l'esercizio delle funzioni di mediatore, alle modalità di formazione, aggiornamento, selezione e coordinamento della nuova figura professionale del mediatore è contenuta nel D.M. n. 180 del 18 ottobre 2010².

L'intento del legislatore, attraverso l'emanazione di tale decreto attuativo, è stato quello di rafforzare la qualità della formazione e al contempo di non disperdere la formazione finora svolta ai sensi del precedente D.M. n. 222 del 23 luglio 2004.

Il nuovo D.M. 180/2010³ introduce criteri più stringenti sugli enti di formazione, sui formatori e sui percorsi formativi, un periodo di 30 giorni dalla comunicazione del Ministero per le verifiche del possesso dei nuovi requisiti in capo agli enti di formazione già iscritti al registro, pena la decadenza dell'iscrizione⁴ ed un periodo transitorio, di dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto, per i mediatori già abilitati a prestare la loro opera presso gli organismi di mediazione al fine di acquisire o integrare la formazione prevista, o, in alternativa, attestare di aver svolto almeno venti procedure di mediazione, conciliazione o negoziazione volontaria e paritetica, in qualsiasi materia, di cui almeno cinque concluse con successo anche parziale.

I mediatori, fino alla scadenza dei dodici mesi, possono, pertanto, continuare a esercitare l'attività di mediazione, con l'obbligo, per gli organismi di mediazione presso i quali sono iscritti, di dare immediata comunicazione al responsabile dell'avvenuta acquisizione dei requisiti (art. 20, comma 2).

² Decreto Ministeriale n. 180 del 18 ottobre 2010, "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28".

³ A sua volta integrato e modificato dal D.M. n. 145 del 6 luglio 2011.

⁴ Il Capo VI, art. 20 (Disciplina transitoria), comma 3 letteralmente chiarisce che: « Si considerano iscritti di diritto all'elenco gli enti abilitati a tenere i corsi di formazione, già accreditati presso il Ministero ai sensi del decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222. Salvo quanto previsto dal comma 4, il responsabile, dopo aver provveduto all'iscrizione di cui al periodo precedente, verifica il possesso in capo a tali enti dei requisiti previsti dall'articolo 18 e comunica agli stessi le eventuali integrazioni o modifiche necessarie. Se l'ente ottempera alle richieste del responsabile entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, l'iscrizione si intende confermata; in difetto di tale ottemperanza, l'iscrizione si intende decaduta».

Il legislatore ha, dunque, previsto che tali soggetti possano operare da subito come “mediatori professionisti”, e quindi possano gestire mediazioni nel rispetto delle normative emanate e all’interno degli enti presso cui sono già accreditati. I percorsi formativi passati, quindi, sono fatti salvi dal legislatore del nuovo D.M. (ovviamente solo di quelli di almeno 40 ore, erogate da enti accreditati dal Ministero della Giustizia per la formazione dei conciliatori professionisti di cui al D.M. 222/2004) ad una condizione: che il professionista già formato si adegui alle nuove disposizioni emanate e, quindi, aggiorni la propria formazione entro 12 mesi dall’entrata in vigore del D.M., mediante la partecipazione a corsi integrativi che gli permettano di raggiungere la soglia delle 50 ore previste dall’attuale normativa. In alternativa tali professionisti, come già chiarito, potranno attestare di aver svolto almeno 20 procedure di mediazione, conciliazione o negoziazione volontaria e paritetica, in qualsiasi materia, di cui almeno 5 concluse con successo anche parziale.

Il D.M. 180/2010 ha, quindi, espressamente previsto i requisiti per l’esercizio delle funzioni di mediatore.

Nell’art. 4 comma 3 lett. a) e b) viene precisato che il responsabile dell’organismo presso cui si svolge l’attività di mediazione deve verificare i requisiti di qualificazione dei mediatori, i quali devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale, nonché possedere una specifica formazione e uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione, nonché la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti⁵. Devono inoltre possedere alcuni requisiti di onorabilità (non aver riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa, non essere interdetti dai pubblici uffici, non essere stati sottoposti a misure di

⁵ Periodo così modificato dal D.M. n. 145 del 6 luglio 2011. L’inserimento del “tirocinio assistito” va inteso nell’ottica, più volte indicata dal Ministero della Giustizia, di professionalizzare con maggiore forza il ruolo del mediatore e garantire qualità, efficienza e serietà nell’erogazione del servizio di mediazione ad opera dei vari organismi iscritti nel Registro tenuto presso il Ministero.

prevenzione o di sicurezza, non aver riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento).

Il legislatore, quindi, considerato l'incremento di lavoro atteso, apre l'attività di mediatore ad un numero indefinito di professionisti che non dovranno più necessariamente essere laureati in materie giuridiche o economiche, ma potranno provenire dalle più variegata esperienze di studi universitari o, al limite, essere professionisti non laureati ma iscritti a collegi o albi professionali. Con questa disposizione di apertura l'ordinamento italiano si avvicina alle previsioni contenute in molteplici disposizioni di legge straniere, in cui l'attività di mediazione è gestita da mediatori provenienti dalle più svariate professionalità.

Il percorso formativo, dunque, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, deve essere articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica; i corsi teorici e pratici devono avere per oggetto le seguenti materie: normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore (art. 18, comma 2, lett. f).

L'aggiornamento, poi, consiste in corsi della durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione; detti corsi di aggiornamento devono avere per oggetto le stesse materie previste per la formazione dei mediatori (art. 18, comma 2, lett. g).

Presso ciascun organismo di mediazione è tenuto un elenco dei mediatori che si dichiarano disponibili allo svolgimento del servizio⁶. Nessun mediatore può dichiararsi disponibile a svol-

⁶ Ai sensi dell'art. 6, comma 2, del D.M. 180/2010 «l'elenco dei mediatori è corredato: a) della dichiarazione di disponibilità, sottoscritta dal mediatore e

gere le funzioni di mediatore per più di cinque organismi; inoltre le violazioni degli obblighi inerenti alle dichiarazioni previste dall'art. 6 D.M. 180/2010, commesse da pubblici dipendenti o da professionisti iscritti ad albi o collegi professionali, costituiscono illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle rispettive normative deontologiche (art. 6, comma 4).

Dal canto loro, i formatori abilitati a prestare la loro attività presso gli enti di cui al comma 3 devono acquisire, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, i requisiti di aggiornamento indicati nell'articolo 18. Gli stessi formatori, fino alla scadenza del periodo transitorio, possono continuare a esercitare l'attività di formazione, con l'obbligo, per gli enti di formazione presso i quali sono iscritti, di dare immediata comunicazione al responsabile dell'avvenuto aggiornamento (art. 20, comma 4).

Il Capo V del D.M. 180/2010 è dedicato agli Enti di formazione e ai formatori, prevedendo all'art. 17 l'istituzione dell'elenco degli enti di formazione abilitati a svolgere l'attività di formazione dei mediatori, tenuto presso il Ministero della giustizia nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già esistenti presso il Dipartimento per gli affari di giustizia. La gestione dell'elenco avviene con modalità informatiche che assicurano la possibilità di rapida elaborazione di dati, inoltre gli elenchi dei formatori e dei responsabili scientifici sono pubblici.

Per poter essere iscritti come organismi di formazione in mediazione nel Registro tenuto dal Ministero della Giustizia, i richiedenti dovranno dimostrare di possedere: 1) idonea capacità finanziaria ed organizzativa, nonché compatibilità dell'attività di formazione con l'oggetto sociale o lo scopo associativo. Per la dimostrazione della capacità finanziaria la norma prevede che l'ente privato deve possedere un capitale non inferiore a quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una

contenente l'indicazione della sezione del registro alla quale questi chiede di essere iscritto; b) del curriculum sintetico di ciascun mediatore, con indicazione specifica dei requisiti di cui all'articolo 4, comma 3, lettere a) e b); c) dell'attestazione di possesso dei requisiti di cui all'articolo 4, comma 3, lettera c); d) di documentazione idonea a comprovare le conoscenze linguistiche necessarie all'iscrizione nell'elenco dei mediatori esperti nella materia internazionale».

s.r.l); 2) i requisiti di onorabilità dei soci, associati, amministratori o rappresentanti, in conformità con quelli fissati dal Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 13); 3) trasparenza amministrativa e contabile dell'ente, compreso il rapporto giuridico ed economico tra organismo ed ente di cui eventualmente costituisca articolazione interna al fine della dimostrazione della necessaria autonomia finanziaria e funzionale; 4) il numero dei formatori che non può essere inferiore a 5 unità; 5) idonea sede dell'organismo con l'indicazione delle strutture amministrative e logistiche per lo svolgimento dei corsi di formazione; 6) la previsione e l'istituzione di un corso di formazione per mediatori professionisti della durata complessiva non inferiore a 50 ore, tra formazione teorica e pratica, con un massimo di trenta partecipanti ad edizione di corso, comprensivo di almeno quattro ore di valutazione finale; 7) la previsione e l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento per i mediatori professionisti che hanno l'obbligo di aggiornamento su base biennale e dovranno, quindi, frequentare corsi di aggiornamento di almeno 18 ore; 8) l'individuazione di un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie che attesti che tutti i percorsi formativi dell'organismo siano completi ed adeguati.

Per quanto concerne i requisiti che devono sussistere in capo ai formatori dei mediatori professionisti, ai sensi dell'art. 18, comma 3, sono previste quattro tipologie di attestazione necessarie: a) I formatori dei corsi di formazione teorici, per poter insegnare, devono aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o *ADR*; b) I formatori dei corsi di formazione pratici per poter insegnare, devono attestare di aver operato in qualità di mediatore in almeno tre procedure presso organismi di mediazione o conciliazione (siano essi pubblici o privati); c) Tutti i formatori (sia dei corsi teorici che dei corsi pratici), inoltre, devono provare di aver svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o *ADR* presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere, nonché di impegnarsi a partecipare in qualità di discenti, presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiorna-

mento nel corso di un biennio; d) Tutti i formatori, infine, devono possedere i requisiti di onorabilità previsti per i mediatori dall'art. 4, co. 3, lett. C) del D.M. 180/2010.

La disciplina risulta in coerenza con la *ratio* della norma volta ad assicurare ai partecipanti che i formatori abbiano una esperienza, sia pur minima, sulla teoria e pratica della mediazione e che vi sia un responsabile scientifico di "chiara fama" nel settore che vigili e che si assuma la responsabilità della realizzazione dei corsi.

4. *Deontologia del mediatore.* – Il mediatore, in relazione al singolo procedimento di mediazione, è scelto dal responsabile dell'organismo tra i suoi professionisti adeguatamente formati e aggiornati attraverso percorsi didattici in linea con le prescrizioni normative e ministeriali vigenti e iscritti in appositi elenchi (mediatori, mediatori esperti in materia internazionale, mediatori esperti nella materia dei rapporti di consumo), i quali abbiano requisiti di competenza, professionalità, esperienza necessari per gestire un procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione, oltre agli altri requisiti richiesti dal D.M. 180/2010 e D.M. 145/2011.

Aspetto degno di nota della disciplina dettata in materia di mediazione consiste nella volontà di assicurare una procedura di mediazione corretta, posto che il legislatore si preoccupa dell'imparzialità e della professionalità del mediatore. La nuova normativa si preoccupa, infatti, della professionalità dei singoli mediatori, richiedendo garanzie di serietà ed efficienza agli enti, pubblici o privati che intendano costituire gli organismi (art 16, comma 1), l'iscrizione in apposito registro e la vigilanza sul medesimo operata dal Ministero della giustizia, i requisiti di qualificazione professionale del mediatore da stabilire con decreto ministeriale, la previsione di un albo dei formatori presso lo stesso ministero (art 16, comma 5). In quest'ottica è da considerare appropriata anche la previsione di conciliazioni "specializzate" grazie all'istituzione di organismi presso gli ordini professionali (art. 19 comma 1) indirizzati alla soluzione di controversie nelle materie di competenza dei professionisti aderenti ai singoli ordini.

Il d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, all'art. 16, individua, dunque, le caratteristiche di qualità professionale degli organismi di me-

diazione richiedendo poi il deposito, ai fini della loro iscrizione nell'elenco ministeriale, oltre che di un regolamento di procedura anche di un codice etico.

Il contenuto minimo di detto "codice etico" è individuato sempre nel d.lgs. n. 28/2010 che ha recepito e fatto proprie alcune delle indicazioni di cui al codice europeo dei mediatori (*The European Code of Conduct for Mediators*) redatto nel 2004 e adottato oggi da molti organismi di mediazione dell'Unione Europea.

Il decreto infatti, sulla scorta del paradigma europeo, ha indicato cinque punti fondamentali cui la condotta del mediatore, a garanzia della sua indipendenza e imparzialità, deve attenersi: obbligo di riservatezza (art. 9); segreto professionale (art. 10); divieto di percepire compensi direttamente dalle parti (art. 14 comma 1, ultimo periodo); imparzialità (art. 14 comma 2, lett. a); indipendenza (divieto di "assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati" (art. 14 comma 1).

Sul piano strettamente legato agli aspetti deontologici, pertanto, l'articolo 14 del d.lgs. 28/2010 definisce gli obblighi del mediatore e dei suoi ausiliari, finalizzati ad assicurarne la terzietà e il rispetto di vincoli anche di carattere disciplinare⁷.

In particolare, quanto al primo profilo a garanzia dell'imparzialità si prevede il divieto, per i mediatori, di assumere diritti o

⁷ Dal canto suo, in perfetta coerenza sostanziale, l'art.55 del codice deontologico forense, recita: «L'avvocato (leggi d'ora in poi: il mediatore) non può assumere la funzioni di arbitro quando abbia in corso rapporti professionali con una delle parti.

II - L'avvocato non può accettare la nomina ad arbitro se una delle parti del procedimento sia assistita da altro professionista di lui socio o con lui associato, ovvero che eserciti negli stessi locali. In ogni caso l'avvocato deve comunicare alle parti ogni circostanza di fatto e ogni rapporto con i difensori che possano incidere sulla sua indipendenza, al fine di ottenere il consenso delle parti stesse all'espletamento dell'incarico.

III -L'avvocato che sia stato richiesto di svolgere la funzione di arbitro deve dichiarare per iscritto, nell'accettare l'incarico, l'inesistenza di ragioni ostative all'assunzione della veste di arbitro o comunque di relazioni di tipo professionale, commerciale, economico, familiare o personale con una delle parti. Diversamente, deve specificare dette ragioni ostative, la natura e il tipo di tali relazioni e può accettare l'incarico solo se le parti non si oppongono entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione».

obblighi comunque connessi con gli affari trattati, fatti ovviamente salvi quelli riferibili, in senso stretto, alla prestazione dell'opera o del servizio. Si fa altresì divieto al mediatore di percepire compensi direttamente dalle parti.

Quanto al secondo aspetto, il mediatore deve informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento dell'attività e, in ogni caso, corrispondere immediatamente a ogni richiesta, di natura organizzativa, del responsabile dell'organismo.

Il terzo comma disciplina le modalità di sostituzione del mediatore per incompatibilità, specificando che provvede il responsabile ovvero altro soggetto la cui individuazione deve essere predeterminata dal regolamento dell'organismo.

La sostituzione deve essere richiesta da almeno una parte; altrimenti, permanendo la fiducia dei soggetti in lite nei confronti del mediatore, non vi è ragione per un suo avvicendamento.

Con riguardo al contenuto dell'attività del mediatore, infine, si enuncia il principio generale per cui le sue proposte devono rispettare il limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative.

Si è poi sottolineata l'importanza della riservatezza all'interno ed all'esterno della procedura di mediazione, ricevendo la stessa, nel decreto, apposita disciplina.

L'articolo 9 del d.lgs. 28/2010 prescrive, appunto, i doveri di riservatezza che incombono su coloro che svolgono la loro attività professionale o lavorativa presso l'organismo, rispetto alle dichiarazioni e informazioni comunque acquisite durante il procedimento di mediazione.

Per il mediatore, tale dovere si estende (comma 2) alle parti del procedimento, rispetto alle dichiarazioni e alle informazioni che egli ha raccolto da ciascuna delle parti durante le sessioni separate. È infatti pratica diffusa che la mediazione, ispirata alla logica della composizione anche facilitativa della lite, si caratterizza per il fatto di utilizzare tecniche diverse da quelle che contraddistinguono il processo ordinario; tra queste vi è quella che suggerisce al mediatore di ascoltare le parti anche separatamente, onde assumere informazioni che la parte potrebbe non essere propensa a rivelare davanti alla controparte, ma che sono comunque utili al mediatore per ricercare l'accordo. A garanzia

della efficacia degli incontri separati vi è, dunque, il dovere del mediatore di non rivelare quanto appreso in quella sede neppure alle altre parti del procedimento e di non trasfondere le informazioni nella proposta o nel verbale che chiudono la mediazione.

Il dovere di segretezza rispetto alle dichiarazioni rese separatamente può essere tuttavia derogato dalle parti, rientrando pienamente nella loro disponibilità negoziale.

L'articolo 10 del decreto disciplina, poi, il segreto professionale cui è tenuto il mediatore, e il regime probatorio di cui sono oggetto le informazioni riservate acquisite durante lo svolgimento della mediazione.

In particolare, è previsto che le dichiarazioni e informazioni acquisite nel corso della mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avviato a seguito dell'insuccesso della mediazione, né possono formare oggetto di testimonianza in un qualunque giudizio.

Il mediatore, inoltre, non può essere costretto a deporre sulle stesse dichiarazioni o informazioni davanti ad ogni autorità, giudiziaria o di altra natura.

A quest'ultimo, in particolare, sono estese le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. e le garanzie assegnate dall'art. 103 c.p.p. al difensore (art. 10, comma 2).

Questa norma si collega alla regolamentazione della riservatezza che - anche nei rapporti bilaterali tra le singole parti e il mediatore - deve accompagnare il procedimento di mediazione, affinché i soggetti coinvolti si sentano liberi di manifestare i loro reali interessi davanti al mediatore professionista. Dall'esperienza concreta si evince che solo su queste premesse la mediazione può essere realmente efficace ed alternativa alle soluzioni autoritative del conflitto sociale ed avere, pertanto, successo.

A completamento della disciplina, e in coerenza con la sua *ratio*, è stato accolto il suggerimento del Parlamento volto a prevedere l'inammissibilità della prova testimoniale e di deferimento del giuramento decisorio (art. 10, comma 1).

5. *Conclusioni.* – Sotto il profilo soggettivo, dunque, gli strumenti di mediazione si caratterizzano per la presenza di terzi professionisti appositamente formati ed esperti nella composizione negoziata di un conflitto.

La differenza con l'approccio giudiziario è palese in quanto le logiche dello strumento conciliativo vanno in direzione diametralmente opposta rispetto alla prospettiva tradizionale operante in sede giudiziaria, la quale si basa su una sorta di doppia delega operativa che vede coinvolti, con differenti poteri e ruoli, da un lato l'avvocato e dall'altro il giudice. Il primo è chiamato, attraverso il mandato, a portare avanti le ragioni del proprio assistito, seguendo le logiche proprie del contesto in cui opera, ricorrendo a costruzioni tecnico-giuridiche per articolare i propri assunti e convincere il giudice; quest'ultimo, dal canto suo, è chiamato a dare una valutazione dei fatti oggetto di causa (corrispondenza tra chiesto e pronunciato), giudicando la fattispecie sottoposta alla sua attenzione e determinando, ad esempio, a chi spetta una determinata somma, a chi deve essere concesso un dato bene, a chi deve essere risarcito un dato danno, di chi sono le ragioni e i torti di una controversia.

Le tecniche conciliative, al contrario, non prevedono l'utilizzo di un potere decisorio in capo al mediatore terzo professionista, né il ricorso a una struttura rigida o formale, né termini o meccanismi in grado di condizionare i comportamenti delle parti.

Il mediatore ha il compito di mettere a proprio agio le parti, ascoltarle attentamente, lasciare che si confrontino, senza che vi siano regole prefissate, assistere allo scontro iniziale e al confronto, partecipare, agevolare la comprensione, invitare le parti a riflettere sulle potenzialità della mediazione, a interrogarsi sulle strade percorribili per superare il contrasto.

Il percorso di mediazione viene gestito con molta flessibilità, consentendo al mediatore di poter alternare incontri congiunti (con la contemporanea presenza di tutte le parti in conflitto) a incontri separati (i cd. *caucuses*, in cui ogni parte incontra singolarmente e in modo riservato il mediatore), nel pieno rispetto di pochi, ma importanti principi del procedimento, tra cui si ricordano ancora una volta l'imparzialità, la neutralità e l'indipendenza, la riservatezza (interna ed esterna), la celerità, l'ascolto attivo, la comunicazione efficace.

Un nuovo ruolo, dunque, quello del mediatore, che apre le porte a una nuova professione, impegnativa sia dal punto di vista emozionale, sia dal punto di vista negoziale, che merita ri-

conoscimento e richiede dedizione, scrupolosità e metodo, a prescindere dal valore economico in gioco.

La mediazione finalizzata alla conciliazione, strumento di definizione amichevole e stragiudiziale delle controversie è oggi, pertanto, compiutamente inquadrata in una più ampia manovra di riforma dell'intero sistema giustizia.

Il legislatore e il Ministero della Giustizia sono stati parallelamente impegnati nella ricerca di quella necessaria qualità e professionalità imprescindibile per ogni servizio di mediazione e formazione in tema di gestione stragiudiziale dei conflitti.

Dalla legge delega 69/2009 al decreto legislativo 28/2010, fino a giungere al Regolamento di attuazione (D.M. 180/2010) e sue modifiche (D.M. 145/2011), la mediazione si è mostrata incisivo, sia pur discusso, strumento di innovazione del sistema-giustizia, nella prospettiva di accogliere l'importante sfida di ampliare concretamente e in modo efficiente i canali di accesso alla giustizia, in armonia con il monito comunitario del *better access to justice*.

MANUELA TOLA

IL SISTEMA DI RACCORDO DELLE ADR DEPUTATE ALLA RISOLUZIONE EXTRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE TRANSNAZIONALI IN MATERIA DI SERVIZI FINANZIARI

SOMMARIO: 1. Il problema. - 2. L'istituzione del sistema Fin Net: finalità. - 3. segue: organizzazione. - 4. segue: funzionamento. - 5. Sistemi di ADR in materia finanziaria e vigilanza. - 6. Valutazione di insieme.

1. *Il problema.* – Allo stato attuale, nei diversi Stati membri, relativamente al settore dei servizi finanziari operano sistemi di ADR variamente differenziati tra loro in ragione della natura, della forma giuridica e della competenza¹.

Infatti, all'interno di una più generale bipartizione tra sistemi di emanazione pubblica (come ad es. il *Complaints Service* istituito presso la Banca Centrale spagnola e il *Financial Services Ombudsman's Bureau* irlandese) e sistemi privati – questi ultimi variamente istituiti da associazioni di operatori finanziari (ad es. l'*Ombusman of the German Cooperative Banks-Ombudsman* delle Banche Cooperative tedesche), talvolta anche in cooperazione con le associazioni rappresentative dei consumatori (v. il *Complaint Boards* danese o il CBF italiano) – si collocano organizzazioni operanti su base nazionale, che ne costituiscono la maggior parte, ovvero locale (come l'*Arbitration Centre for Consumer Conflicts* portoghese), talvolta dotati di competenza generale in materia di consumo (es. il *Financial Ombudsman Service* operante nel Regno Unito), talaltra settoriale (come l'*Arbitro Bancario Finanziario* italiano e l'*Insurance Ombudsman* tedesco).

Ciascuno di essi, inoltre, risulta sottoposto a proprie regole di funzionamento che ne caratterizzano il modo di operare, po-

¹ In generale sulle ADR europee si rinvia a S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004, p. 66; E.L. CAMILLI, *Sistemi di risoluzione alternativa delle controversie e sistemi di vigilanza: un'analisi comparativa*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 240 ss.

tendosi distinguere tra ADR cd. consensuali o facilitative (*consensual ADR*), che si limitano ad assistere le parti al fine di agevolare tra di esse una soluzione concordata della lite e ADR cd. aggiudicative o determinative (*adjudicatory ADR*), in cui la risoluzione extragiudiziale si definisce mediante la proposizione o l'imposizione di una soluzione alle parti contendenti². Quest'ultima, inoltre, mentre in taluni sistemi viene resa secondo diritto, in altri, invece, avviene secondo equità e, a prescindere dalla regola del giudizio, talvolta vincola entrambe le parti talaltra, invece, il solo operatore finanziario ovvero risulta priva di qualsivoglia effetto vincolante³.

Ulteriori differenziazioni possono inerire all'esistenza di limiti ai risarcimenti, al modo di presentazione della domanda, alle lingue utilizzabili, alla gratuità o meno del procedimento, alla sussistenza di un obbligo di rappresentanza ecc.

Se i suddetti elementi sono facilmente individuabili in relazione ai sistemi di ADR nazionali, le cui caratteristiche possono risultare più o meno note ai cittadini i quali, comunque, si presume, dispongano di adeguati strumenti per acquisirne conoscenza, in ambito extranazionale può essere difficile districarsi tra la varietà di meccanismi esistenti.

Il problema si presenta in modo evidente rispetto a quegli ordinamenti in cui la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi finanziari si distribuisce fra una pluralità di organismi deputati a conoscerne solo particolari profili, per cui si pone l'esigenza di individuare tra essi quello dotato della specifica competenza⁴.

² Sulla distinzione v. *infra*.

³ Ad es. mentre la decisione di alcuni organismi obbliga entrambe le parti (così, ad es., il *Lisbon Arbitration Centre* portoghese), quella di altri può essere vincolante per il solo operatore finanziario (v. *Financial Service Ombudsman* inglese ovvero l'*Ombudsman-Giurì bancario* italiano). Inoltre, esistono sistemi che si limitano a formulare delle proposte conciliative da sottoporre alle parti, le quali sono libere di seguirle o disattenderle (*Consumer Dispute Board* finlandese). Rientrano in quest'ultima categoria i sistemi istituiti ai sensi del d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

⁴ Ad es. in Germania la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia bancaria si distribuisce tra diversi sistemi di ADR la cui competenza si definisce in relazione alla natura giuridica della banca. Così, il reclamo avente ad

Ai problemi connessi alle differenziazioni normative e procedurali, vanno altresì ad aggiungersi le difficoltà linguistiche nonché il – non trascurabile – disagio scaturente dal fatto che un'ipotetica controversia con il fornitore di servizi finanziari di un diverso Stato membro è di regola sottoposta alla normativa vigente nel paese in cui questi opera⁵. Conseguentemente, l'investitore che intenda difendere i propri interessi, dovrebbe recarsi *in loco* assumendosene ogni onere non soltanto in termini economici ma anche di tempo e far valere i propri diritti in una lingua diversa dalla propria⁶.

In un simile contesto, in cui il ricorso alle ADR rischia di rivelarsi uno strumento di tutela più apparente che reale, la funzionalità del mercato interno, insita nella possibilità di concludere transazioni transfrontaliere senza necessità di alcuno spostamento fisico, è destinata ad essere mortificata⁷, o comunque svilita, al punto che un ipotetico fruitore di servizi finanziari potrebbe essere indotto a rinunciare a qualsivoglia possibilità di affermazione dei propri diritti ovvero, il che è peggio, a non concludere la transazione.

Tutto ciò rischia di penalizzare in modo particolare il settore dei servizi finanziari ove, in ragione della peculiarità della ma-

oggetto un mutuo andrà inoltrato alla *Deutscher Sparkassen- und Giroverband*, ove il relativo contratto sia stato stipulato con una banca costituita nella forma di Cassa di risparmio, all'*Ombudsmann der deutschen genossenschaftlichen Bankengruppe* se stipulato con una Banca cooperativa ovvero all'*Ombudsmann der privaten Banken* se stipulato con una Banca commerciale privata. Sulla frammentarietà dei sistemi di ADR europei in materia finanziaria, si rinvia a E.L. CAMILLI, *op. cit.*, p. 251, il quale ne individua la causa «nella radice privatistica che buona parte dei sistemi di ADR tuttora mantengono».

⁵ In questo modo, infatti, vi è una maggiore possibilità che la decisione venga rispettata dagli operatori. Sul punto, si rinvia al Documento di Consultazione predisposto dalla Commissione europea, *Alternative Dispute Resolution in the area of financial services. Consultation document* (MARKT/H3/JS D(2008)), p. 4.

⁶ Senza considerare che, come posto in luce nel Libro Verde della Commissione europea in data 9 febbraio 2000 sull'*Assistenza giudiziaria in materia civile: i problemi che si presentano al contendente transfrontaliero* (COM (2000), 51 def), la risoluzione dei conflitti transnazionali richiede tempi e costi mediamente superiori rispetto a quella dei conflitti nazionali.

⁷ Sul punto cfr. S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 66.

teria, la sussistenza di efficienti meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie si rivela fondamentale nella prospettiva «di prevenire la rottura definitiva del rapporto di fiducia tra cliente e intermediario o di ristabilirlo il più velocemente possibile»⁸.

2. *L'istituzione del sistema Fin Net: finalità.* – Al fine di superare le innumerevoli difficoltà legate alla risoluzione delle controversie transfrontaliere, si è ritenuto che la strada da intraprendere fosse innanzitutto quella di replicare, a livello sovranazionale, condizioni di tutela corrispondenti a quelle offerte dai singoli Stati membri per le controversie della medesima natura⁹.

Muovendosi su questa linea, le Istituzioni comunitarie, nel regolamentare la materia dei servizi finanziari, non hanno mancato di intervenire anche sugli aspetti relativi alla tutela extragiudiziale, ribadendo la necessità di istituire forme di collaborazione tra organismi di ADR operanti nei diversi Stati membri. Così, ad esempio, nelle Dir. 2002/65/CE del 23 settembre 2002, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori¹⁰, 2002/92/CE del 9 dicembre 2002, sulla mediazione assicurativa¹¹, 2004/39/CE del 21 aprile 2004, sui mercati degli strumenti finanziari¹², 2007/64/CE del 13 novembre 2007, sui servizi di pagamento nel mercato interno¹³, 2008/48/CE del 23 aprile 2008, sui contratti di credito ai consumatori¹⁴, vi è una costante sollecitazione degli Stati membri a promuovere forme di collaborazione tra gli organismi di ADR funzionali alla risolu-

⁸ E.L. CAMILLI, *op. cit.*, p. 242.

⁹ La necessità di garantire agli investitori l'accesso ai sistemi di ADR sia a livello nazionale che a livello transnazionale, è stata affermata anche dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 5 giugno 2008 relativa al Libro Verde sulla vendita al dettaglio di servizi finanziari nel mercato unico, (2007/2287(INI)).

¹⁰ Cfr. art. 14, par. 2.

¹¹ Cfr. art. 11, par. 2.

¹² Cfr. art. 83, par. 2.

¹³ Cfr. art. 53, par. 2.

¹⁴ Cfr. art. 24, par. 2.

zione delle controversie transfrontaliere anche attraverso l'eliminazione di eventuali disposizioni di legge o regolamentari che impediscano il concreto realizzarsi di iniziative in tal senso.

L'idea di fondo è quella di facilitare l'accesso alla tutela alternativa attraverso la creazione di meccanismi che tengano conto di due necessità. Anzitutto, quella di garantire al fruitore dei servizi finanziari che abbia una controversia con un fornitore operante in un diverso Stato membro la possibilità di individuare agevolmente l'ADR straniera competente a decidere la controversia e di conoscerne le caratteristiche mediante l'ausilio di informazioni di dettaglio (relative ad es., alla lingua o alle lingue con cui la stessa opera, alle eventuali spese da sostenere, alla vincolatività o meno della decisione, ai tempi medi di definizione dei giudizi); secondariamente, quella di evitare il disagio (in termini di costi e di tempo) scaturente dalla necessaria competenza di un sistema extragiudiziale operante nel luogo di residenza del convenuto, che imporrebbe ad un ipotetico reclamante o al suo rappresentante di recarsi personalmente presso la sede in cui questi opera.

Dando seguito alle suddette istanze, nel 2001 la Commissione europea ha istituito una rete di cooperazione tra sistemi nazionali di risoluzione extragiudiziale delle controversie, denominata Fin Net (*Financial services complaints NETWORK*), che, dopo una prima fase sperimentale conclusasi il 31 dicembre 2001, è entrata definitivamente a regime il 1° gennaio 2002¹⁵.

L'iniziativa è stata agevolata dall'esistenza, in pressoché tutti gli ordinamenti, di organismi deputati alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, dotati di specifiche competenze nella materia dei servizi finanziari ed operanti sulla base di principi comuni.

Si tratta dei principi affermati dalla Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE che, a dispetto del carattere non vincolante del relativo provvedimento, risultano osservati dalla pressoché totalità degli Stati membri i quali vi si sono con-

¹⁵ La creazione di tale rete si inserisce nel *Financial Services Action Plan* del 1999 (COM) 1999/32, come misura di vigilanza nel settore dei servizi di investimento da attuarsi nel quinquennio 2000-2005. Sulla genesi e sviluppo di tale sistema si rinvia a S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 143 ss.

formati in sede di regolamentazione dei meccanismi di ADR nazionali¹⁶. Ciò ha reso possibile la formazione di un nucleo forte di regole che, a prescindere dalla specifica natura e tipologia degli organismi interessati, appare funzionale a disciplinare in maniera pressoché omogenea l'attività di risoluzione extragiudiziale delle controversie da parte degli stessi¹⁷.

La diffusione di principi comuni, se a livello nazionale tende ad assicurare che le controversie tra fruitori e fornitori di servizi finanziari appartenenti allo stesso Stato membro possano essere decise sulla base di procedure di ADR efficienti e imparziali, a livello sovranazionale consente il raggruppamento in un unico contesto degli organismi ad essi vincolati, agevolando la «mappatura» delle ADR preposte alla risoluzione extragiudiziale delle controversie transfrontaliere in ciascun ordinamento e le relative modalità di contatto¹⁸.

Tale ultima condizione si è rivelata fondamentale nella creazione di Fin Net la cui finalità è quella di prestare assistenza a quanti siano parte di una controversia scaturente da transazioni transnazionali in materia di prestazione di servizi bancari, finanziari e assicurativi, mediante l'istituzione di meccanismi di collaborazione che, senza sovvertire le ordinarie regole di competenza proprie di ciascun sistema di ADR aderente, consentano di addivenire ad una definizione della lite con le medesime garanzie che assistono la risoluzione dei reclami scaturenti dalle transazioni nazionali¹⁹.

In questo modo, alle forme di tutela alternativa cosiddetta "domestica", viene ad aggiungersi una forma di tutela alternati-

¹⁶ Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in GUCE, L. 115, del 17 aprile 1998. Un espresso richiamo di tale provvedimento si trova nella disciplina istitutiva dell'Arbitro Bancario Finanziario di cui alle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari*, emanate dalla Banca d'Italia il 18 giugno 2009.

¹⁷ E.L. CAMILLI, *op. cit.*, p. 244.

¹⁸ Sul punto cfr. S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 147.

¹⁹ Cfr. il Documento di Consultazione predisposto dalla Commissione europea in data 11.12.2008, *cit.*, p. 4.

va che potrebbe definirsi “extradomestica”, la cui istituzione e regolamentazione sembrerebbe funzionale ad accrescere «la reciproca fiducia degli organismi extragiudiziali esistenti nei vari Stati membri nonché la fiducia dei consumatori nelle varie procedure nazionali»²⁰.

Anche nell’ambito dei servizi finanziari, dunque, l’impiego di sistemi non giurisdizionali, senza dubbio più idonei alla composizione di controversie in materia di consumo, per i costi ridotti ed i tempi processuali brevi, risulta finalizzato ad assicurare a quanti intendano servirsene le medesime garanzie offerte dal processo ordinario²¹.

3. (*segue*): *organizzazione*. – Il sistema Fin Net si fonda sulla collaborazione – nella forma di scambio di notizie – tra organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di servizi finanziari istituiti negli Stati facenti parte dello Spazio Economico Europeo (Stati Membri dell’UE, Islanda, Liechtestein e Norvegia), ed opera sotto il coordinamento dei Servizi della Commissione europea che si cura di gestirne gli aspetti amministrativi.

Questi ultimi riguardano prevalentemente la gestione, all’interno del portale della stessa Commissione europea, di un sito *web* dedicato, liberamente accessibile nel quale, suddivise in differenti sezioni, sono pubblicate, oltre le notizie riguardanti le finalità generali ed il funzionamento della rete, la cd. *Guida del consumatore*²², contenente la modulistica e le istruzioni necessarie per la presentazione dei reclami transfrontalieri nonché la cd. *Lista dei partecipanti* nella quale risultano elencati gli organismi di ADR aderenti al sistema, con indicazione delle relative caratteristiche²³.

²⁰ Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE, cit.

²¹ S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 59.

²² La *Guida* è attualmente disponibile nelle 11 lingue ufficiali dell’Ue ma risulta diffusa in 19 lingue.

²³ Reperibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs_en.htm. Attualmente aderiscono a Fin Net soltanto due organismi di ADR italiani (*Ombudsman* - Giurì bancario e *Isvap*). Secondo quanto stabilito dalla Banca d’Italia nelle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle con-*

Il contenuto di quest'ultima sezione viene calibrato in base alle informazioni che ciascun aderente è tenuto ad inviare alla Commissione europea relativamente al proprio sistema, con particolare riguardo alla natura, competenza, organizzazione, elementi di contatto, lingue utilizzate per l'istruttoria e la decisione, eventuali costi a carico del consumatore, carattere vincolante o meno della decisione, tempi medi del procedimento ecc., la cui conoscenza si rivela fondamentale ai fini dell'eventuale presentazione di un reclamo²⁴.

Tali informazioni, una volta pervenute alla Segreteria della Commissione, vengono riordinate in modo da formare una sorta di banca dati e, successivamente, poste a disposizione del pubblico sotto forma di schede nelle quali sono attivati i collegamenti funzionali ad un accesso diretto ai siti *web* di ciascun aderente²⁵.

La partecipazione alla rete avviene su base volontaria ed è riservata esclusivamente agli organismi di ADR che si impegnano al rispetto dei principi minimi affermati dalla Raccomandazione della Commissione europea 98/257/CE, relativamente alla creazione e funzionamento delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di consumo. Si tratta dei principi di indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza, che costituiscono la cornice entro la quale, nei diversi ordinamenti, hanno trovato sviluppo gran parte dei sistemi di risoluzione extragiudiziale dotati di specifiche competenze in materia finanziaria e la cui affermazione, come evidenziato dalla stessa Commissione europea, si rivela imprescindibile al fine di sostenere ed integrare le iniziati-

troverse in materia di servizi bancari e finanziari, cit., dovrebbe aderire alla rete anche l'Arbitro Bancario Finanziario, ma alla data odierna tale organismo non risulta presente nella *Lista dei partecipanti* reperibile nel sito *web* di Fin Net.

²⁴ Si tratta di informazioni cd. «standardizzate» in quanto tutti gli organismi interessati sono tenuti a inviare alla Commissione dati e notizie aventi il medesimo contenuto. La comunicazione presuppone l'invio di una scheda «*standard*» che garantisce la diffusione di indicazioni omogenee.

²⁵ Reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm. La segreteria della Commissione europea si occupa anche dell'aggiornamento delle informazioni contenute nel sito *web*.

ve degli Stati membri finalizzate a garantire «un elevato livello di protezione dei consumatori»²⁶.

Sulla scorta di tale riferimento, l'adesione a Fin Net dovrebbe risultare aperta alle sole procedure di ADR di tipo cd. aggiudicativo o determinativo (*adjudicatory ADR*), in cui la risoluzione extragiudiziale si definisce mediante la proposizione o l'imposizione di una soluzione alle parti in lite, alle quali soltanto si applicano i principi della predetta Raccomandazione. Dovrebbero, invece, rimanerne fuori le cd. ADR consensuali o facilitative (*consensual ADR*)²⁷, ossia quei sistemi che si limitano ad assistere le parti al fine di agevolare tra di esse una soluzione concordata della lite e che, allo stato attuale, sono ammessi a far parte dell'Eej-Net (*European extra judicial Network*), ossia la rete di collaborazione europea deputata alla risoluzione extragiudiziale delle controversie transazionali in materia di consumo²⁸.

L'individuazione degli organismi che risultano in linea con i dettami della citata Raccomandazione è rimessa agli Stati mem-

²⁶ Raccomandazione n. 98/257/CE, cit. In base al principio di *indipendenza* la persona designata a conoscere della controversia deve possedere la capacità, l'esperienza e la competenza necessaria allo svolgimento delle relative funzioni; il principio di *trasparenza*, invece, implica la preventiva determinazione delle regole che sovrintendono al funzionamento e all'operatività dell'ADR; il principio del *contraddittorio* riguarda l'esigenza delle parti interessate di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente oltre che l'opportunità di poter apprendere le posizioni assunte e i fatti prospettati dalla controparte; il principio di *efficacia* si concretizza nell'insussistenza dell'obbligo di patrocinio, nella limitatezza dei costi della procedura e nella rapidità dei tempi di definizione della controversia; il principio di *legalità* riguarda la regola del giudizio che può avvenire secondo diritto, ma anche in base all'equità o sulla scorta dei codici di condotta; il principio di *libertà* garantisce alla parte l'accesso alla giustizia ordinaria; il principio di *rappresentanza* indica la possibilità per le parti di farsi rappresentare da terzi in qualunque fase del procedimento. L'osservanza dei predetti principi risulta assistita da una sanzione indiretta, in quanto solo i meccanismi che vi si conformano possono entrare a far parte della rete delle ADR europee e, nello specifico, di Fin Net. Sulla rilevanza del suddetto presupposto nell'ottica dell'armonizzazione organizzativa dei sistemi di ADR europei, si rinvia a S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 123, *sub* nt. 6.

²⁷ A questi sistemi si riferisce la Risoluzione della Commissione europea 2001/210/CE in materia di ADR consensuali.

²⁸ In arg., S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 145.

bri i quali vi provvedono nell'esercizio di un potere accertativo finalizzato a verificare la conformità dei relativi regolamenti istitutivi ai parametri comunitari.

Ricorrendo quest'ultimo presupposto l'organismo viene notificato alla Commissione europea e solo in seguito a tale adempimento potrà essere ammesso a far parte della rete e, quindi, a prestare assistenza a coloro che intendano presentare un reclamo transfrontaliero.

4. (*segue*): *funzionamento*. – Secondo quando espressamente affermato nella *Guida del consumatore*, la collaborazione tra gli organismi aderenti a Fin Net, dovrebbe consentire la definizione dei reclami transfrontalieri «nel modo più rapido, efficace e professionale possibile». Il conseguimento di tale obiettivo, presuppone un'operatività improntata alle medesime regole²⁹.

Queste sono consacrate in un *Memorandum d'intesa* che, allo stato attuale, assume natura di mera dichiarazione di intenti le cui disposizioni sono prive di valore giuridico vincolante sicchè la relativa osservanza avviene esclusivamente su base volontaria³⁰. Per questo motivo, al momento dell'adesione ciascun partecipante deve impegnarsi espressamente al rispetto dei meccanismi e delle condizioni in esso contenuti e, segnatamente, a seguire la «procedura applicabile alla rete per la risoluzione extragiudiziale delle liti transfrontaliere».

Sotto quest'ultimo profilo, il *Memorandum* si limita a prevedere un procedimento di base che i membri aderenti sono liberi di derogare concordando modalità ritenute maggiormente funzionali ad una più efficace risoluzione delle liti³¹.

Il procedimento trae impulso dall'iniziativa del fruitore dei servizi finanziari che intenda presentare un reclamo transfrontaliero, e presuppone un preliminare contatto con l'organo di ri-

²⁹ Cfr. «Fin-Net - Risoluzione extragiudiziale di controversie finanziarie transfrontaliere - Guida del consumatore», reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/fin services-retail/docs/finnet-guide/italy-light_it.pdf.

³⁰ *Memorandum of Understanding* (reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou_en.pdf).

³¹ In questo modo, l'efficienza del sistema non dipende soltanto dal mero scambio di informazioni ma si lega strettamente all'esperienza pratica.

soluzione extragiudiziale delle controversie per il pertinente settore dei servizi finanziari operante nel paese di residenza dello stesso (cd. «sistema più vicino»)³².

Quest'ultimo deve essere individuato tra quelli indicati nella *Lista dei partecipanti* e può essere contattato anche mediante invio (con le modalità indicate nella relativa scheda) del *form* reperibile nel sito *web* di Fin Net, ove devono essere inserite le informazioni necessarie per l'identificazione delle parti (nomi e recapiti) e della controversia (natura del servizio prestato e breve descrizione della contesa).

Ricevuta la richiesta, il «sistema più vicino» provvede, a sua volta, a verificare se, all'interno della medesima *Lista dei partecipanti*, vi sia un organismo di ADR competente nel paese in cui è stabilito il fornitore dei servizi finanziari (cd. «sistema competente»), e fornisce le indicazioni necessarie per la valida presentazione del reclamo evidenziando, in particolare, l'eventuale esistenza di condizioni di procedibilità (ad es. necessità di preventivo ricorso al competente ufficio contenzioso del fornitore dei servizi finanziari), ovvero di termini di prescrizione o decadenza anche in riferimento ad un ipotetico esercizio dell'azione giudiziaria in via successiva³³.

Qualora alla luce degli elementi appresi, il fruitore dei servizi finanziari intenda dar seguito al procedimento, il «sistema più vicino», operata una sommaria valutazione del caso controverso finalizzata ad accertarne l'idoneità alla definizione extragiudiziale, lo assiste nella redazione del ricorso, indicando gli elementi necessari e la documentazione da allegare, nonchè fornendo un opportuno supporto linguistico³⁴.

³² A tale fine è sufficiente consultare la «Guida del consumatore» nella quale è dato reperire tutte le informazioni utili per l'individuazione e del sistema di ADR nazionale le modalità di realizzazione di un contatto.

³³ Tali informazioni possono essere assunte direttamente dal fruitore dei servizi finanziari mediante accesso al sito *web* di Fin Net. Tuttavia, trattandosi di indicazioni disponibili soltanto in inglese, francese e tedesco è altamente probabile che tale soggetto possa avere necessità di assistenza.

³⁴ Nei casi in cui il contatto con il «sistema più vicino» sia avvenuto mediante invio del *form* reperibile nel sito *web* di Fin Net, ai fini della presentazione del reclamo può essere sufficiente la semplice integrazione dei dati in esso inseriti.

La lingua di presentazione del reclamo, infatti, varia da sistema a sistema e nella maggior parte dei casi, può essere scelta tra l'inglese e il francese in alternativa alla lingua ufficiale dello Stato in cui il «sistema competente» opera. Al fine di agevolare gli investitori, taluni organismi di ADR prevedono l'uso della stessa lingua di redazione del contratto (v. il *Financial Arbitrator of the Czech Republic*) ovvero della lingua prescelta dalle parti contendenti in accordo tra loro (v. *Ombudsverfahren der privaten Banken* tedesco).

Alla trasmissione del reclamo al «sistema competente» procede di regola il «sistema più vicino», salvo che esigenze di maggiore celerità della risoluzione rendano preferibile un invio diretto da parte del reclamante. In questo caso, il «sistema più vicino» gliene dà comunicazione provvedendo, nel contempo, a fornirgli tutte le indicazioni necessarie allo scopo³⁵.

È ammessa la possibilità che il «sistema più vicino» possa risolvere direttamente la lite purchè il fornitore dei servizi finanziari straniero abbia accettato la sua giurisdizione, (rinunciando, conseguentemente, a quella dell'organismo di ADR competente nel proprio ordinamento), ovvero vi sia un obbligo giuridico di pronunciarsi.

Al di fuori di tali eventualità, una volta ricevuto il reclamo, il «sistema competente» è tenuto alla definizione dello stesso secondo le disposizioni che ne disciplinano il funzionamento e le competenze e nel rispetto della disciplina applicabile alla controversia sottoposta al suo esame.

A quest'ultimo fine, ove abbia necessità di acquisire informazioni aggiuntive rispetto a quelle già indicate nel reclamo o ulteriore documentazione ritenuta rilevante ai fini della decisione, il «sistema competente» ne fa specifica richiesta al fruitore dei servizi finanziari il quale, per la relativa comunicazione, può avvalersi della stessa lingua di redazione del contratto controverso ovvero di quella utilizzata durante le trattative con il fornitore dei servizi finanziari anche se differente dalla lingua del reclamo³⁶.

³⁵ Se per procedere al contatto si è provveduto all'invio del *form* è possibile che il «sistema più vicino» ovvero il «sistema competente» possano richiedere delle informazioni più dettagliate sulla controversia. Sul punto v. *infra*.

³⁶ Cfr. *Memorandum of Understanding*, cit., p. 3.

Le richieste di informazioni di carattere più generale o di natura tecnica, invece, (ad es. indicazione della normativa applicabile alla controversia, vigente nell'ordinamento del reclamante), sono rivolte direttamente al «sistema più vicino» che è tenuto a darvi riscontro anche nel caso in cui alla trasmissione del reclamo abbia provveduto personalmente l'interessato.

Se per la decisione è stabilito l'uso della lingua dello Stato in cui opera il sistema adito, può essere messa a disposizione delle parti una copia del relativo provvedimento (in versione integrale o in sunto) tradotto in inglese³⁷. L'esito della controversia, viene normalmente comunicato al «sistema più vicino» che provvede a darne notizia al reclamante, ovvero direttamente a quest'ultimo.

Il procedimento appena descritto non costituisce un percorso obbligato per la definizione delle controversie transfrontaliere. Infatti, i fruitori dei servizi finanziari che intendano presentare un reclamo possono rivolgersi direttamente al sistema di ADR competente nel paese di residenza del fornitore, senza richiedere l'assistenza del cd. «sistema più vicino». La possibilità di un contatto diretto risulta agevolata dal libero accesso alle indicazioni pubblicate sul sito *web* di Fin Net che, sotto tale profilo, può essere considerato una sorta di servizio informativo "di base" funzionale all'accesso immediato alla tutela alternativa da parte dei soggetti più avveduti.

5. *Sistemi di ADR in materia finanziaria e vigilanza.* – Nonostante il carattere non vincolante della Raccomandazione 98/257/CE, il rispetto dei principi in essa affermati è assistito da una seppur indiretta "sanzione" costituita dall'esclusione, di tutti quei sistemi che non ne risultino conformi, dalla rete degli ADR europei in materia di prestazione di servizi finanziari³⁸.

Tale presupposto vale ad evidenziare il ruolo incentivante di Fin Net sul piano dell'armonizzazione organizzativa degli organismi di ADR, recisamente perseguita dalla Commissione euro-

³⁷ Mentre in taluni sistemi viene messa a disposizione la versione in inglese del provvedimento integrale in altri è prevista la traduzione di un sunto della stessa.

³⁸ Sul punto, v. *sub* nt. 26.

pea oltre che da taluni ordinamenti nazionali tra cui il nostro che, nel regolamentare la tutela stragiudiziale in campo bancario e finanziario ha riposto particolare attenzione sul relativo aspetto.

Ne rappresenta dimostrazione evidente la disciplina istituita dall'Arbitro Bancario Finanziario che, nel prevedere la partecipazione obbligatoria degli operatori, anche esteri, a tale organismo di ADR, introduce un'eccezione a favore degli «intermediari aventi sede in un altro Stato dell'Unione Europea che operano in Italia in regime di libera prestazione di servizi, purchè aderiscano o siano sottoposti a un sistema di composizione stragiudiziale delle controversie estero partecipante alla rete Fin.Net promossa dalla Commissione Europea»³⁹.

In questo caso, l'adesione alla rete diviene presupposto di attivazione della tutela transnazionale e ne determina la prevalenza sulle forme di tutela che sarebbero comunque garantite a livello domestico, soltanto se il reclamo sia destinato alla definizione da parte di un organismo di ADR straniero operante secondo gli stessi principi che informano l'attività del competente sistema di ADR nazionale⁴⁰.

La scelta di riconoscere ai fruitori dei servizi bancari e finanziari la possibilità di accedere a forme di tutela stragiudiziale atte ad offrire equivalenti garanzie di efficienza ed effettività, risulta strumentale al perseguimento di interessi più generali che, nella disciplina sopra richiamata, la Banca d'Italia individua espressamente nelle «finalità della vigilanza» e nell'«efficienza del sistema finanziario»⁴¹.

La sussistenza di efficaci meccanismi di definizione delle liti in caso di comportamenti scorretti degli intermediari, infatti, se da un lato, si pone in diretto rapporto con la vigilanza sulla *con-*

³⁹ Cfr. *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, cit., Sez. VII, par. 1, c. 1.

⁴⁰ Come risulta dalle *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, cit., Sez. II, l'adempimento dell'obbligo di adesione all'ABF integra una condizione per lo svolgimento dell'attività bancaria e finanziaria e per la prestazione di servizi di pagamento. Lo stesso, pertanto, assume valenza di requisito di operatività.

⁴¹ *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, cit., Sez. I, par. 1, c. 3.

duct of business, fungendo da incentivo all'osservanza dei principi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con la clientela⁴², dall'altro, costituisce «un utile presidio dei rischi legali e reputazionali a beneficio della stabilità degli intermediari e del sistema finanziario nel suo complesso»⁴³.

L'effettiva applicazione delle norme che sanzionano i comportamenti scorretti, infatti, permette di individuare tempestivamente eventuali disfunzioni gestionali e di ripristinare le condizioni di efficienza che costituiscono il presupposto fondamentale per rendere effettiva la concorrenza ed accrescere la fiducia del pubblico nella prestazione dei servizi bancari e finanziari.

La strumentalità delle ADR al perseguimento di obiettivi di carattere più generale emerge anche nel settore assicurativo ove i relativi sistemi vengono considerati efficaci strumenti di controllo, indirizzo e analisi dell'attività d'impresa, di misurazione del grado di soddisfazione del consumatore e, in ultima istanza, di stimolo all'attivazione di processi di auto-correzione del mercato⁴⁴.

6. *Valutazione di insieme.* – Allo stato attuale, aderiscono a Fin Net circa 50 sistemi di ADR operanti in 22 Stati che annualmente definiscono controversie transnazionali in materia di assicurazioni, servizi di pagamento, depositi bancari, finanziamenti, investimenti, valori mobiliari, carte di credito ecc. L'Italia vi partecipa con l'*Ombudsman-Giurì bancario* e l'*Isvap*⁴⁵.

Nonostante il rilevante aumento del contenzioso registratosi negli ultimi anni, il numero dei reclami transfrontalieri gestiti attraverso la rete rimane sempre irrisorio, attestandosi su soglie in-

⁴² Sul punto cfr. E.L. CAMILLI, *op. cit.*, p. 247.

⁴³ *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari*, cit., Sez. I, par. 1, c. 3.

⁴⁴ Regolamento Isvap n. 24 del 19 maggio 2008, *Concernente la procedura di presentazione dei reclami all'isvap di cui all'articolo 7 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 – codice delle assicurazioni private e la procedura di gestione dei reclami da parte delle imprese di assicurazione.*

⁴⁵ Sebbene il regolamento istitutivo dell'ABF preveda l'adesione anche di tale organismo, allo stato, lo stesso non risulta ancora inserito nella Lista dei partecipanti.

feriori all'1% rispetto al numero totale di quelli trattati a livello nazionale dai singoli organismi aderenti⁴⁶.

Tale dato sembrerebbe rapportabile a situazioni differenti, potendo risentire tanto della persistenza di un atteggiamento di rinuncia dei fruitori dei servizi finanziari a qualsivoglia forma di tutela in caso di lite con operatori stranieri, quanto della permanenza, a dispetto dell'ampliamento dell'offerta di servizi finanziari nel mercato unico, di resistenze verso il compimento di operazioni transfrontaliere, proprio in considerazione dei disagi nascenti da un'eventuale controversia.

In altri termini, i risultati sopra richiamati potrebbero essere il riflesso tanto di casi di rinuncia alla lite tanto di situazioni di rinuncia alla transazione in funzione di evitare la lite.

Sotto entrambi i profili, occorre osservare come, in via generale, l'atteggiamento di rinuncia dei fruitori di servizi finanziari non è sempre il frutto di una scelta consapevole o, per meglio dire, di una scelta informata.

Va considerato, infatti, che in diversi Stati membri non è previsto l'obbligo per i fornitori dei servizi finanziari di aderire a sistemi di risoluzione extragiudiziale delle controversie e meno che mai di informare i clienti circa l'organismo di ADR deputato alla definizione di un'eventuale lite o circa l'esistenza di meccanismi di assistenza per la presentazione di reclami transfrontalieri⁴⁷.

Questa situazione crea uno scompensamento nel funzionamento della rete la cui efficienza dipende da molteplici fattori.

Innanzitutto, dal numero dei sistemi aderenti, posto che se la collaborazione risulta estesa il servizio di assistenza nella presentazione dei reclami transfrontalieri può rivelarsi fruibile rispetto ad una più vasta platea di operatori e di servizi finanzia-

⁴⁶ Secondo quanto riportato nel *Framework Contract for projects relating to Evaluation and Impact Assessment activities of Directorate General for Internal Market and Services, Evaluation of FIN-NET, Final report*, predisposto nel 2009 dal Cses (*Centre for Strategy and Evaluation Strategy*), i reclami gestiti attraverso Fin Net sono stati 335 nel 2001, 1041 nel 2007 e 1045 nel 2008, ossia lo 0,8% di quelli definiti a livello nazionale.

⁴⁷ Ma, v. l'art. 7 del Regolamento Isvap n. 24 del 19 maggio 2008, cit., integralmente dedicato alla presentazione dei reclami transfrontalieri attraverso il sistema Fin Net.

ri. E più alto è il numero di membri aderenti, maggiori saranno le possibilità di definizione dei reclami.

In secondo luogo, dall'informazione circa l'esistenza ed il servizio reso dalla rete che, benchè esista e sia operativa da circa un decennio, rischia di rivelarsi inutile o, comunque, poco utile, posto che se il consumatore di servizi finanziari non ne viene messo a conoscenza, non ne farà ovviamente uso ponendo in essere una rinuncia inconsapevole.

In entrambi i casi vi è il rischio che qualsivoglia base di valutazione circa il funzionamento della rete possa essere falsata con conseguente difficoltà nell'individuazione ed eliminazione di eventuali inefficienze.

Nel primo caso, infatti, la mancanza, tra i membri aderenti, di un organismo di ADR competente a definire la controversia contro un determinato operatore o avente ad oggetto uno specifico servizio finanziario, preclude ogni possibilità di assistenza incidendo negativamente sulla percentuale dei reclami gestiti rispetto a quelli presentati. Nel secondo caso, invece, la mancanza di informazione sul servizio, destinata a sfociare in un'inconsapevole rinuncia alla tutela extragiudiziale, incide sul numero dei reclami presentati che sarebbe presumibilmente maggiore in presenza di un'adeguata informazione sul servizio.

Nonostante la gestione del sistema Fin Net da parte della Commissione europea rappresenti un sicuro indice di qualità e imparzialità della rete e degli organismi che vi fanno parte, allo stato attuale i risultati raggiunti sono ancora molto lontani da quelli attesi per diversi motivi.

Bisogna considerare, innanzitutto, la sussistenza di un rilevante numero di ADR specializzate in materia finanziaria che, non essendo in regola con i principi della Raccomandazione europea, non possono essere ammessi a far parte di Fin Net, con conseguente creazione di vuoti di tutela extragiudiziale rispetto a taluni operatori o servizi finanziari. Il medesimo problema può rilevarsi anche rispetto ai meccanismi di ADR che si conformino ai suddetti principi, rispetto ai quali non sussiste un obbligo di adesione alla rete né un'incentivazione in questo senso a livello nazionale⁴⁸.

⁴⁸ Come già osservato a p. 14, un'eccezione può reperirsi nel provvedimento istitutivo dell'Arbitro bancario Finanziario di cui alle *Disposizioni sui siste-*

Inoltre, sempre a livello nazionale, non sono sempre previsti obblighi informativi in capo agli intermediari circa i sistemi di ADR competenti a definire la controversia anche su base transnazionale. Taluni intermediari rivelano l'informazione volontariamente e al solo fine di rafforzare la propria immagine di serietà e professionalità. Tuttavia, la soluzione migliore sarebbe quella di prevedere uno specifico obbligo di informazione in tal senso, da assolversi nella fase precontrattuale e in quella di conclusione del contratto, in cui più alta è l'attenzione delle parti nella valutazione dei propri diritti.

La rete europea rappresenta la giusta soluzione per rendere efficiente la previsione sia a livello nazionale sia a livello comunitario delle procedure di mediazione finalizzate alla risoluzione extragiudiziale delle controversie transnazionali in materia di servizi finanziari⁴⁹.

Affinchè questo meccanismo possa funzionare presupposto necessario è l'adesione massiccia degli operatori ad organismi di ADR in linea con i dettami della Raccomandazione europea che ne rendano possibile l'adesione, nonché la previsione a livello nazionale di obblighi di informazione finalizzati a consentire ai fruitori dei servizi finanziari la conoscenza dei sistemi di ADR nazionali cui rivolgersi in funzione della presentazione di reclami transfrontalieri⁵⁰.

mi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di servizi bancari e finanziari, cit., Sez. VII, par. 1, c. 1.

⁴⁹ Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁰ Come rilevato nel Documento di Consultazione predisposto dalla Commissione europea in data 11.12.2008, cit., p. 2, non tutti i fornitori di servizi finanziari aderiscono a sistemi di ADR ed informano i clienti di tale circostanza.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA*

EL DIVORCIO NOTARIAL QUE VIENE ... A ESPAÑA (O DE LA INEVITABLE DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO AMISTOSO)

SUMARIO: I. La posible desjudicialización del divorcio voluntario en Derecho español. - II. De la constitucionalidad del divorcio en sí, y de su natural evolución fundada en la libertad. Matrimonio y divorcio consensual como las dos caras de una misma moneda. - III. Las exigencias de agilidad, celeridad y abaratamiento en el divorcio amistoso, y de la conveniente descongestión, en general, en la función judicial. - IV. La conformidad del divorcio notarial, y del administrativo, con la exigencia de un control heterocompositivo de legalidad y seguridad jurídica. Ley, estado civil, y orden público: la imposibilidad de un divorcio transigido o arbitrado. - V. Alcance de la homologación en el divorcio convencional, o del alcance de la jurisdicción voluntaria en sede de crisis matrimonial. La necesaria alternativa entre ambas vías: judicial y notarial. - VI. La necesaria protección de los hijos, y la imprescindible intervención del Ministerio Fiscal.

I. *La posible desjudicialización del divorcio amistoso en Derecho español.* – No son pocos, casualmente en su mayoría notarios¹, los que proponen una reforma legal que admita en España el divorcio notarial, sea el modelo cubano, pionero en la materia, o cualquier otro (como el colombiano, el brasileño o el pe-

* Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Sevilla.

¹ Así, entre otros, CAMPO GÜERRI (*“Notariado y jurisdicción voluntaria”*, en AAMN, T. XLV-XLVI, pp. 444, 462-466); GOMEZ-FERRER SAPIÑA (*“Jurisdicción voluntaria y función notarial”*, en RJN, 1992-II, pp. 154-157); CARRION GARCIA DE PRADA (*“Aspectos jurídicos y fiscales del divorcio amistoso”*, en RJN, 2000, p. 90 ss.); DE LA PRADA GONZALEZ (p. 1632); FAJARDO ESTIVILL (*“En torno a la necesaria reforma de la jurisdicción voluntaria”*, en La Notaría, 2008, tomado de vlex); MARFIL GOMEZ (*“El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro”*, en Revista de Derecho de Familia, 2010, pp. 25-34);...

ruano), o incluso el divorcio administrativo mejicano o portugués (hecho ante el juez del Registro Civil)².

² Sin necesidad de referirse a algunos sistemas escandinavos, de origen difuso y de difícil encaje en otros sistemas por su singularidad, sin duda ninguna, la alternativa al divorcio judicial que más seguimiento ha tenido en Derecho comparado es el divorcio notarial en Cuba, un país donde, especialmente en las últimas décadas, ha proliferado el divorcio por múltiples razones, a veces endémicas, otras coyunturales, que lo convierten – parafraseando a Carbonnier – en una especie de divorcio de miseria (o por pobreza). Aunque admitido ya el divorcio en Cuba desde principios del siglo XX, es después de la Revolución socialista, en 1959, cuando se incrementa el número de divorcios, sobre todo en la década de los 70 y 80. Al tratarse, por entonces, de un divorcio judicial, lento y costoso, a agilizarlo y abaratarlo, descongestionando, además, con ello el aparato judicial, vino el Decreto-Ley n. 154/1994, de 6 septiembre, *“Del divorcio notarial”*, que será desarrollado por el Reglamento n. 182/1994, de 10 noviembre, del Ministerio de Justicia, teniendo toda esta reforma su oportuno reflejo en el Código de Familia (cfr., arts. 43.4], 50, ...). Con tal innovación la competencia queda atribuida en exclusiva a los notarios cuando se trata de un divorcio por mutuo acuerdo, permaneciendo atribuida a los jueces cuando se trata de un divorcio contencioso. El resultado de la reforma fue exitoso. Tan bien acogido ha sido el actual divorcio notarial cubano, entre expertos y en la práctica, que no se ha dejado esperar su influencia en otros países – de momento – sudamericanos, como son, por orden cronológico: Colombia, con la Ley n. 962/2005, de 8 julio, desarrollada por el Decreto n. 4436, de 28/11/2005; Ecuador, en la Ley n. 2006-62, de reforma de la Ley Notarial; Brasil, con la Ley n. 11411/2007, de 7 enero, desarrollada por la Resolución n. 35, de 24/4/2007; y, por último, Perú, en la Ley 29227/2008, de 15 mayo, reglamentada en el Decreto 009-2008-JUS, de 12 julio, que, como novedad frente a los demás países, junto al notario también confiere autoridad para el divorcio consensual a los Alcaldes.

Como fuente inspiradora más remota de esta modalidad de divorcio notarial suele citarse – también en esta materia – el Código de Familia soviético de 1926. Mas, en este caso al menos, no es del todo cierta tal paternidad del divorcio notarial: dicho Código ruso sí desjudicializa, en efecto, el divorcio consensual (limitando la intervención judicial al contencioso, art. 24), pero no para atribuir su competencia al notario, sino al encargado del – denominado – Registro de actos de ciudadanía, donde se inscriben – voluntariamente – tanto matrimonios como divorcios (cfr., arts. 19, 20, 131 ss.); una autoridad que, ante el acuerdo habido entre los cónyuges en divorciarse, se limita a levantar acta y dejar constancia del mismo en aquel Registro (arts. 21 y 22); permitiéndose, eso sí, que tal acuerdo fuese ejecutivo mediante acta notarial (art. 23). En dicho Código soviético se admite, incluso, un auténtico repudio, al estilo romano (que se hacía por carta): la posibilidad de cesación a instancia de un solo cónyuge, que será comunicada al otro cónyuge mediante copia del acta de inscripción (art. 140). En cambio, en aquellos otros

Nosotros, sin presentar un interés particular en tal propuesta, creemos poder apoyarla, también como invitación de futuro, *de lege ferenda*. En absoluto cabe hacerlo *de lege lata* ante la innegable exigencia legal de que sea siempre un juez mediante sentencia quien declare cualquier divorcio (cfr., arts. 85 y 89 CC, y el 777 LEC, sobre procedimiento judicial en caso de divorcio convencional). A lo sumo, sólo cabe, como en efecto a veces sucede en la práctica, una separación notarial, que encajaría, no obstante, en la modalidad de separación fáctica, frente a la también judicial que admite nuestro CC. Se trata aquí, pues, sólo de hacer una propuesta de futuro, *de lege ferenda*, cuyo único límite infranqueable a respetar, sin requerimiento de reforma, se contiene en nuestra Constitución (la española – en adelante, CE –, especialmente, como se verá, en sus arts. 9.2 y 3, 10.1, 14, 24, 32, 39, y 117 CE). Respetando dicho límite constitucional, nuestra propuesta de futuro no implicará, al menos en nuestra intención, ni publicación, ni privatización del Derecho de familia; tan sólo aspira a proseguir en el adecuado camino de su socialización, manteniendo un equilibrio entre justicia y libertad, en provecho del matrimonio, y, por ende, de la familia.

sistemas divorcistas notariales (cubano, colombiano, ...), ya sea por mutuo acuerdo o instado unilateralmente por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, todo divorcio ha de sustanciarse ante el notario en presencia de ambos cónyuges. Sí ha tenido más directa influencia este sistema ruso en Méjico, lo cual no es de extrañar, habida cuenta de que aquella modalidad de divorcio – que la doctrina mejicana llama – “administrativo” fue prontamente introducido en su Código civil federal de 2/10/1932 (art. 272). Y curiosamente, sus pasos han sido seguidos fuera de Latinoamérica, en Portugal, donde, superado tras mucho tiempo el retroceso habido en los 60 y 70 en materia de divorcio por la fuerte presión católica, se introduce la posibilidad de divorcio por mutuo acuerdo en los Registros Civiles, en tanto no haya hijos menores (o la cuestión relativa a su guarda y visitas se haya ventilado previamente ante los tribunales), con el Decreto-Ley n. 131/1995, de 6 junio, que aprueba el nuevo Código del Registro Civil, con modificación también del propio Código civil, y que se verá también modificado posteriormente: primero, con el Decreto-Ley n. 272/2001, de 13 octubre, donde se atribuye a los Conservadores del Registro Civil la sustanciación de los divorcios consensuales como competencia exclusiva; y luego, con la Ley n. 61/2008, de 31 octubre, que introduce la intervención del Ministerio Público en aquel divorcio consensual administrativo para cuando el matrimonio que se divorcia tenga hijos (evitando así aquella duplicidad procedimental que imponía el Decreto de 1995).

No nos parece, sin embargo, que cualquier divorcio notarial admitido en Derecho comparado sirva de modelo. Al margen de precisiones y razones menores (que se irán viendo), creemos que, como parangón, han de tomarse el divorcio notarial cubano, y supletoriamente, de no convencer o parecer excesivo tal modelo, el administrativo portugués. La propia evolución habida en estos dos países en materia de divorcio refuerza nuestro hermanamiento con ellos, porque también la evolución habida en nuestro divorcio, más tardía que la de aquellos, es muy semejante. Tan sólo nos diferencia el no haber culminado dicho avance con una desjudicialización del divorcio. Veámoslo.

II. *De la constitucionalidad del divorcio en sí, y de su natural evolución fundada en la libertad (ex arts. 1.1, 10.1 y 32 CE³). Matrimonio y divorcio consensual como las dos caras de una misma moneda.* – Aunque parezca sorprendente, no es debate aún cerrado en España el relativo a la constitucionalidad del divorcio, en cuyo fondo subyace aún la defensa, entre los propios civilistas, de la indisolubilidad del matrimonio. Curiosamente, muchas de las críticas, a veces apocalípticas, que en su día recibió la Ley-1981, hace poco las recibió idénticas la Ley-2005.

Aun excediendo tal cuestión del objeto del presente estudio, se nos antoja ineludible hacerle una referencia, aunque breve, no tanto por defender a estas alturas la constitucionalidad del divorcio en España⁴, sino a fin de demostrar su inevita-

³ Art. 1.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Art. 10.1: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Y art. 32: “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. (...) 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

⁴ Cosa que ya hicimos con más detalle en nuestro “*Divorcio a la española*”, publicado en España, en 2008, del que se ha publicado una síntesis en Italia, bajo el título “*Divorzio alla spagnola*”, en Rivista Famiglia, Persone e Successioni, n. 3, 2011 (marzo), pp. 166 a 179.

ble evolución tras ser reintroducido en la actual democracia, tras su efímera consagración en la II República, y de mostrar con ello: por un lado, su similitud con la evolución del divorcio habida en Cuba y en Portugal, y, por otro, que el paso natural siguiente por dar en nuestro sistema es la desjudicialización del divorcio consensual, ya sea adoptando el divorcio notarial cubano, ya sea el “administrativo” portugués.

Ante todo, que nuestra Carta Magna no hablara expresamente del divorcio era inevitable si el constituyente deseaba ser prudente. Dado el tenso clima político y social en que se gestó nuestra actual Constitución, poco después de fallecido el Dictador Franco, ésta no pudo ser tan clara, ni mucho menos tan revolucionaria como la republicana de 1931, cuyo art. 43 permitía la disolución del matrimonio *“por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación, en este caso, de justa causa”*, siendo luego tal mandato desarrollado en la ley del divorcio de 1932. En cambio, nuestra vigente Constitución, de 1978, en su art. 32 sólo hace expresa mención de la *“separación”*, lo que no provocó problemas al ser siempre admitida en nuestro Derecho, así como en el canónico. Dice íntegramente, dicho art. 32 CE, en su ap. 2: *“La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”*. Intencionada y cautelosamente, no se pronunciaba el art. 32 acerca del divorcio, pero empleaba la expresión más amplia de *“disolución”* para dejar la puerta abierta, la última decisión al legislador, para que éste pudiera introducir el divorcio junto a la muerte como causa también de disolución del matrimonio. No en vano, la CE habla de *“causas de... disolución”*, en plural, cuando por entonces, al redactarse tal frase, el CC sólo contemplaba la muerte como causa de disolución (art. 52 CC anterior, frente a las tres causas que recogerá luego el vigente art. 85 CC). No hay duda, pues, de que la CE explícitamente no imponía – o constitucionalizaba – el divorcio, pero tampoco lo prohibía; implícitamente lo permitía. El constituyente se limitaba a delegar en el legislador ordinario (recuérdese del art. 32.2 CE cuando dice que *“la ley regulará... las causas de... disolución y sus efectos”*).

Así lo hizo el Parlamento español, primero, con la *Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del ma-*

trimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (Ley-1981, en adelante). En ella, como regla se introduce un divorcio-remedio objetivo que siempre requiere de una previa separación y cuya causa ha de estar justificada, acreditada. A salvo los casos de los antiguos arts. 82.3^a y 86.5^a CC⁵, que lo fueron de divorcio sanción fundados en la idea de culpa, en todos los demás la separación y el divorcio se contemplaban como posibles remedios a quiebras o crisis matrimoniales, no como pena o sanción para el cónyuge que por su actitud fuese el causante o desencadenante de la crisis. No bastaba, sin embargo, con la sola voluntad para divorciarse, ni siquiera la común de ambos cónyuges: había ésta de estar justificada y supeditada a la previa separación que, dependiendo de su causa, habría de durar 1, 2 ó 5 años.

Consolidado dicho sistema con el tiempo, el siguiente paso lógico en su evolución fue dado por la vigente *Ley-2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (en adelante, Ley-2005). En ella, como una de sus mayores novedades, por razones de economía separación y divorcio quedan en pie de igualdad como alternativas de libre elección, no siendo ya la separación requisito previo para el posterior divorcio. Quedará de esta manera la separación como posible período de reflexión, antes de decidirse definitivamente por el divorcio, o como única salida a la crisis matrimonial para quienes por sus propias convicciones crean en la indisolubilidad del matrimonio. En cuanto al divorcio, la ley-2005 refuerza su carácter objetivo o no culpabilístico (haciendo desaparecer ya cualquier caso de divorcio-sanción y cualquier atisbo de culpabilidad), y lo naturaliza, equiparándolo en su voluntarismo al propio matrimonio, permitiendo que por mutuo acuerdo, o por voluntad de uno de los esposos con el consentimiento del otro, o incluso por la voluntad de uno solo de ellos, pueda instarse el divorcio sin necesidad de justificarlo, de alegar causa, y sin posibilidad de que el otro se oponga.

⁵ Decía el art. 82 CC: “Son causas de separación: ... 3^a La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años”. Y art. 86 CC: “Son causas de divorcio: ... 5^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes”.

No por ello puede hablarse técnicamente de un divorcio abstracto o sin causa, ni estimarse, entonces, que dicho divorcio sea, como algunos creen, inconstitucional por el simple hecho de que el art. 32.2 CE hable de las “*causas de separación y disolución*”, en plural, y la ley regule, en cambio, un divorcio sin causa ninguna⁶. Acaso como si el matrimonio, su opuesto, fuese también abstracto o sin causa, cuando su causa (ex arts. 66, 67 y 68 CC), es la *affectio maritalis*. Lógicamente, la causa del nuevo divorcio es la *desaffectio maritalis*. Y como tal aparece en la Ley-2005. De esa forma, la libertad para casarse queda equiparada a la libertad para descasarse. El cambio, por tanto, del nuevo divorcio no es la desaparición de la causa, sino presumirla *iuris et de iure* una vez interpuesta, conjunta o separadamente, la demanda de divorcio. La propia Exposición de Motivos de la Ley-2005, tras referirse a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad como fundamento constitucional (ex arts. 1.1 y 10.1 CE) del nuevo divorcio – supuestamente – sin causa, dice: “*Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud*”. Con este nuevo divorcio se evita que la crisis se manifieste y explique por una causa cruel (como los malos tratos), o por una causa indigna (como la infidelidad), ya producida, ya una vez hecho el daño. Se cumple, así, el mandato constitucional del art. 32.2 CE en su exigencia de causas, palabra ésta que, sin duda, se emplea en tal norma *in sensu lato*.

A un punto de evolución semejante han llegado los divorcios cubano y portugués; pero no los otros (colombiano, ecuatoriano, brasileño, mejicano y peruano), a pesar de recogerse también en estos el divorcio amistoso extrajudicial. Se mantiene aún en ellos un divorcio en muchos casos subjetivo o culpabilístico, un divorcio-sanción, fuertemente causalizado, para el que siempre se exige una separación previa (al menos, así es en Brasil⁷ y Perú). En

⁶ *Vid.*, por todos, RAMOS CHAPARRO (“Objeciones jurídico-civiles a las reformas del matrimonio”, en *Actualidad Civil*, 2005, pp. 1159-1161).

⁷ Donde su propia Constitución, en su art. 226, lo exige, concretándolo por su mandato el art. 1580 de su Código civil, donde la separación previa (de 1

cambio, en Cuba y en Portugal, tras seguirse una evolución peculiar en cada país (obstaculizada por la influencia católica más la portuguesa que la cubana), se ha arribado a un divorcio remedio, “sin causa” también (en el sentido antes aclarado), en el que no se requiere de previa separación. ¿Por qué no sintonizar aún más la sinonimia acogiendo también en nuestro Derecho un divorcio consensual desjudicializado?

III. *Las exigencias de agilidad, celeridad y abaratamiento en el divorcio amistoso, y de la conveniente descongestión, en general, en la función judicial, ex arts. 9.2 y 24.2 CE*⁸. – Es unánime en todos los sistemas que han desjudicializado el divorcio consensual destacar que ello ha obedecido a una exigencia de ahorro en tiempo y en costes (no sólo económicos, sino también psicológicos, de los justiciables, y sociales en general), tanto en los procesos de divorcio amistoso, como también, más allá, para descongestionar de trabajo a los tribunales de justicia, cuya labor quedaría circunscrita a los divorcios contenciosos⁹.

En nuestro caso, agilizar y abaratar el divorcio, cuando es voluntario, sería incluso una exigencia constitucional, basada en la necesidad de que los Poderes Públicos (en nuestro caso, el

año si es judicial, o de 2 años si es de hecho), se requiere para todo posterior divorcio, sea causal o consensual, judicial o notarial.

⁸ Art. 9: “2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Art. 24: “2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (...) La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*”.

⁹ Así, a.e., comienza advirtiéndolo el Preámbulo del Decreto-Ley n. 154/1994 cubano, y de semejante modo lo justifican en sus respectivos Preámbulos la Resolución n. 35, de 2007, de Brasil, y el Decreto-Ley n. 272/2001 portugués.

legislativo haciendo la pertinente reforma) remuevan los obstáculos en pro de la libertad (art. 9.2 CE, en nuestro caso, de la libertad a divorciarse, o descasarse), y de que los procesos públicos se ventilen sin dilaciones innecesarias (ex art. 24.2 CE, que, no obstante referirse a la efectividad en la tutela judicial, puede extenderse en su *ratio* a cualquier mecanismo heterocompositivo, como sucede, *a.e.*, con el arbitraje a pesar de ser una justicia privada, aunque no sustitutiva, sino alternativa a la judicial, fundada en la libertad de elección, ex arts. 1.1 y 17.1 CE, que también es deber de los Poderes públicos promover, ex art. 9.2 CE).

Por supuesto, tanto en la ley-1981, como en la ley-2005, nuestro legislador ha respondido a tales exigencias cuando trataba del divorcio consensual: en la primera regulando un procedimiento especial en su Disposición Adicional 6ª; que sería trasladado, con ciertas reformas, a inicios del presente siglo al art. 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)¹⁰, al que alguna reforma, no obstante intrascendente a estos efectos, hará la Ley-2005. Luego, en 2009, vendría dicha norma a ser reformada en la misma dirección al introducirse, en su ap. 3, la ayuda del Secretario Judicial, en suplencia del juez, en la sustanciación de dicho procedimiento.

Pero parece que tal singularidad del procedimiento no ha satisfecho el objetivo de lograr la economía procesal, que no llegó a realizar la Ley-2005, a pesar de ser bautizada como la ley del divorcio “expres”. Baste, como dato significativo, que cuando se gesta aquella Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, un senador que participó en su tramitación parlamentaria, el Sr. Ruíz Risueño, consideraba, en su defensa, que tales pleitos se sustanciarían en 3 ó 4 meses. Por entonces, tal aspiración era loable, plausible. El lograrlo era un reto. Pero hoy, transcurridos 30 años desde que se introdujo tal procedimiento, trasladada y reformada aquella norma en el actual art. 777 LEC, no se ha ganado en mayor rapidez. Según nota de prensa del INE (Instituto Nacional de Estadística), hecha en 2010, del total de divorcios y de separaciones (100.000 en aquel año), un 65% fue de mutuo acuerdo (frente a un 35 % contencioso), siendo la duración media de un procedimiento de divorcio, siempre judi-

¹⁰ Ambas normas será reproducidas luego, en lugar más oportuno.

cial, de entre 5 y 6 meses. La cuestión es, pues, obvia: ¿por qué hoy se ha de seguir esperando como hace ya tiempo en la sustanciación de un divorcio, o de una separación, cuando hay acuerdo entre los cónyuges? ¿No cabría sustanciar más ágilmente aquel divorcio amistoso ante otra autoridad, diversa de la estrictamente judicial? ¿Para qué, en el fondo, un procedimiento judicial? Por muy veloz que se quiera, no hay un juicio que pueda ventilarse por menos tiempo sin quebranto de las exigencias de legalidad y, sobre todo, de seguridad.

Añádase a ello que cuando se introduce aquel procedimiento en 1981, el divorcio de por aquel entonces es muy diferente del actual: en aquél, fuertemente causalizado, había que acreditar ante el juez el transcurso de los plazos de tiempo de matrimonio transcurrido, desde su celebración (que debía de ser, al menos, un año), y del cese efectivo (de separación previa), a fin de poder alcanzar, finalmente, el divorcio. Hoy, en cambio, para el divorcio consensual, basta con acreditar que han transcurrido tres meses desde las nupcias (arts. 81 y 86 CC¹¹), y nada más. Como es sabido, la Ley-2005, en lo que ha logrado agilizar el divorcio voluntario, no requiere de previa separación para divorciarse y tampoco requiere acreditar la causa del divorcio. ¿Por qué, entonces, tener hoy que seguir esperando meses una vez deseado el divorcio? Del mismo modo que no hay excesivo obstáculo en lo procedimental para casarse (apenas el de la compro-

¹¹ Art. 81: *“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. (...) 2º A petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de ese plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. (...) A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”*. Art. 86: *“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”*.

bación de capacidad y consentimiento, cfr., arts. 56 y 58 CC), ¿por qué ha de haberlo en su *contratrius actus*, como es hoy el divorcio voluntario?

Ni siquiera es una excusa, a fin de alcanzar la descongestión, la existencia de jueces especializados, como son en España los Juzgados de familia. Ya fueron creados hace 30 años, mediante RD 317/1981, de forma coetánea a la Ley-1981, y en todo este tiempo no han logrado abreviar, por ser materialmente imposible, los divorcios por mutuo acuerdo. Como, por lo demás, también ha sucedido en aquellos países, como Méjico, Colombia, o Portugal, donde la existencia de tribunales especializados en Derecho de familia no ha impedido la desjudicialización del divorcio amistoso¹².

Bien puede, pues, ser el notario el encargado de asegurar tales exigencias de economía y descongestión. Célebre entre los notarios españoles es ya aquella frase de don Joaquín Costa: "A notaría abierta, juzgado cerrado"¹³.

No en vano, su labor práctica en materia de crisis matrimoniales es ya un hecho: por un lado, no empieza a ser extraña su intervención en las propias capitulaciones matrimoniales donde de antemano, antes de casarse, se pacta ya un convenio regulador para el caso de posible crisis matrimonial (cuya validez, muy dudosa desde luego, no vamos a tratar aquí); por otro lado, tampoco son extraños los supuestos en que se escrituran separaciones, que al no ser estrictamente judiciales, la ley estima como separaciones fácticas o de hecho (que el CC español admite). Y, en lo que importa, en ellas el notario asegura una rapi-

¹² En Méjico ya existían tales tribunales en 1932, cuando se introduce el divorcio ante el Encargado del Registro Civil. En Colombia, por su parte, existen los llamados "tribunales de familia o promiscuos de familia"; y aún así, la ley del divorcio notarial se dictó "en aras de descongestionar los despachos judiciales". Por último, en Portugal, también son numerosos desde hace un tiempo los Tribunales de familia (habiendo, en total, 16, situados en las principales ciudades).

¹³ Más "*in extenso*", decía: "El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, Juzgado cerrado" (COSTA MARTINEZ: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración del Justicia*, en sus Obras completas, XIII, Madrid, 1917, p. 205).

dez, una facilidad e incluso un ahorro económico frente a lo que supondría sustanciar una separación acordada ante el juez. Por eso, permitir directamente el divorcio (consensual) ante notario probablemente acabaría con dicha práctica.

No es, desde luego, gratuita la intervención del notario; en ello va su ciencia y dedicación profesional. Pero comparados los costes notariales con los posibles procesales no hay encarecimiento en la propuesta. En los propios países que admiten el divorcio notarial, el coste de sus aranceles, por su comedimiento, no ha sido un obstáculo para su recurso en la práctica¹⁴.

Por supuesto, siendo la razón de economía y descongestión del aparato judicial la que – por ahora – justifica nuestra propuesta, también podría tramitarse el divorcio amistoso ante el Encargado del Registro Civil, máxime cuando ya hoy, *de lege lata*, sobre él también recae la autoridad para contraer matrimonio.

Ahora bien, por esa misma razón, ¿por qué no admitir también el divorcio arbitral, como algunos proponen abiertamente, o, más allá aún, un divorcio transigido, aunque sea judicialmente, como alguno ha llegado a insinuar¹⁵?

IV. *La conformidad del divorcio notarial, y del administrativo, con la exigencia de un control heterocompositivo de legalidad y seguridad jurídica (de formalidad y publicidad), ex arts. 9.3 y 10.1 CE*¹⁶. *Ley, estado civil, y orden público: la imposibilidad de*

¹⁴ Por ejemplo, en Colombia el notario cobra lo mismo que por una actuación sin cuantía; en Ecuador, se impone el arancel básico unificado (de 170 dólares); y en Brasil, incluso puede ser gratuita el acta notarial para los pobres (que allí son estadísticamente numerosos). Por nuestra parte, no nos atreveríamos a tanto, ni siquiera a concretar en un trabajo de esta índole el arancel más adecuado. Quede este “detalle” para nuestro legislador, si gusta de introducir esta reforma que proponemos.

¹⁵ Con tal fundamento, MARFIL GOMEZ (“El arbitraje en el Derecho de familia en España: un reto de futuro”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2010, pp. 25-34), insinúa el nombramiento judicial del árbitro (al amparo del art. 8.1 de la Ley de Arbitraje); pero claramente lo defiende IBOLEON SALMERON (“Arbitraje y divorcio”, en *La Ley*, 2007, pp. 1602-1615).

¹⁶ Art. 9: “3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la

un divorcio transigido o arbitrado. – Sin dilación hay que responder negativamente (a la pregunta planteada al final del epígrafe anterior), acerca de un posible divorcio resuelto mediante transacción o declarado mediante laudo arbitral. Ni la transacción, ni el arbitraje encajan en la hipótesis particular que nos ocupa, la del divorcio por mutuo acuerdo, por una razón evidente: sobre todo el arbitraje, pero también la transacción, presuponen una contradicción de intereses, un litigio, que se contradice con la idea de acuerdo que de antemano subyace en aquel divorcio para resolver – eso sí – una crisis matrimonial. En el arbitraje el árbitro cumple una función paralela a la judicial: la de resolver un pleito, un conflicto, en que hay auténticas partes, cada una con sus pretensiones y razones, al que aquél pone fin imponiendo su solución, a favor sólo de una de las partes, mediante un laudo (equivalente a la sentencia), que se dicta ajustado a Derecho o a su sentido de equidad (según el tipo de arbitraje de que se trate). En la transacción, por su parte, aunque sea ésta alcanzada por las propias partes (como remedio autocompositivo), subyace también una controversia, que en su concepción legal (ex art. 1809 CC) y en su incertidumbre inicial, no admite semejanza con la controversia que – también lo es – se resuelve en el convenio regulador, que, además, ni se limita a evitar un pleito, ni a solucionar cuestiones sólo de presente, sino también de futuro.

Pero más allá de tales diferencias, hay una mayor, fundamental, que también impide admitir el arbitraje y la transacción para resolver cualquier crisis matrimonial, aunque se tratara de un divorcio contencioso: que el convenio regulador, en su contenido, no se limita a las cuestiones patrimoniales que se derivan de la crisis matrimonial (como son la liquidación del régimen económico, la pensión compensatoria, o la de alimentos, la atribución de la vivienda familiar, ...). El divorcio, como su contrario (el matrimonio), afecta al estado civil de las personas

seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos". Art. 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

(que de casadas pasan a estar divorciadas); implica, por tanto, una cuestión de interés social, de orden público, indisponible privadamente, ya sea mediante la transacción o a través de arbitraje (cfr., arts. 1814 CC y 2 de la Ley Arbitral-2003¹⁷). De ahí el necesario control público y externo a que siempre ha de quedar sujeto el convenio regulador, sea consensual o sea propuesto por uno sólo de los cónyuges. Porque en él están en juego el estado civil de los esposos, y, en caso de haberlos, el interés superior de los hijos. Esto explica que no quepa admitir un divorcio privado, en el que baste el consenso (la *desaffectio maritalis*), como tampoco es bastante el consentimiento (la *affectio maritalis*) para que haya matrimonio. Por eso mismo, en el art. 89 CC¹⁸, más allá de que en él quede prohibido cualquier divorcio puramente convencional, o absolutamente privado, solo declarado por los esposos interesados, se exige la intervención de un tercero, no bastando al respecto que se trate de un divorcio heterocompositivo, sino de que quien, estando ajeno a la crisis matrimonial, declare el divorcio sea una autoridad pública (en particular, que sea judicial, según exige tal norma); se exige, en fin, para el divorcio un control público, por parte del Estado, como también lo hay para celebrar el matrimonio. No cabe, por tanto, ni que los propios cónyuges declaren su divorcio, ni tampoco basta con que lo haga un árbitro, legitimado en su actuación por las partes, pero no por el Estado. Porque, de nuevo es necesario recordarlo, con el divorcio no se trata de resolver simplemente un contrato, aunque sea por mutuo disenso, sino de disolver un matrimonio, algo, que a diferencia de cualquier contrato, resulta

¹⁷ Art. 1814: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros”. Art. 2 Ley de Arbitraje: “1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. (...) 2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

¹⁸ Artículo 89: “La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil”.

de interés social o general. De nuevo, pues, es el orden público el que impide en esta sede cualquier mecanismo privado, sea auto o heterocompositivo. Por la misma razón, de orden público, que el matrimonio es acto consensual y solemne, ha de serlo también su antónimo: el divorcio por mutuo acuerdo.

Al respecto, que el juez encargado del Registro Civil, sea autoridad pública suficiente para declarar un divorcio consensual resulta incuestionable, máxime si para el acto matrimonial ya es hoy autoridad pública competente (cfr., arts. 49 y ss. CC).

Aunque carente, hoy, de tal competencia para el himeneo, que el notario sea autoridad pública bastante en este sentido, tampoco es objetable. Sin necesidad de penetrar ahora en su auténtica posición dentro del aparato público, nadie duda del control de legalidad y de seguridad jurídica que, a modo de justicia preventiva o cautelar alternativa (no sustitutiva) a la judicial, cumple la notaría como función pública – aunque sea – desempeñada privadamente (cfr., arts. 1 de la Ley y del Reglamento notariales). A ello se une que la escritura notarial es título ejecutivo (art. 517 LEC), legitimador de derechos y probatorio (ex arts. 319 LEC, 1218 CC y 17 *bis* de la Ley Notarial): *inter partes* la escritura constituye prueba de su contenido, *erga omnes* de su existencia y fecha, y en general de su presunta legalidad – lo que no impide su impugnación –, de la suficiencia en capacidad y legitimación y de la libertad de consentimiento en los intervinientes; asimismo, la escritura notarial, al ser documento público, goza de acceso directo a los registros públicos, como el de Propiedad y el Civil (lo que ya es hoy una realidad, cfr., arts. 3 LH, 8 C.Com, 1333 CC, ...) ¹⁹, mostrándose así conforme a lo que exige el art. 89 CC *in fine*, en materia de divorcio, si se quiere que éste sea plenamente eficaz, frente a cualquier tercero ²⁰.

¹⁹ Suele ser tema debatido, aunque menor, el de si la inscripción de la escritura (o del acta del encargado) en el Registro debe hacerse de oficio o a instancia de parte. Aun con opinión propia al respecto, creemos que ante todo debe regir la homogeneidad de criterio, para referirlo tanto a la celebración del matrimonio como a su disolución por divorcio (cfr., arts. 61 y 89 CC, entre otros).

²⁰ Esta es, precisamente, una de las razones en que el Decreto-Ley n. 154/1994 cubano, en su Preámbulo, fundamenta el divorcio notarial.

No en vano, en materia matrimonial, ya interviene el notario con una importante función de control de legalidad y de seguridad jurídica (habilitando la publicidad para los terceros), como sucede, a.e., con las capitulaciones, cuya consignación en escritura pública es obligada por ley (ex art. 1327 CC), y cuya licitud, en su contenido, queda al criterio del notario (art. 1328 CC), permitiendo que, de ser conforme a Derecho, tal documento público sea título suficiente registrable, para que así su contenido sea cognoscible y oponible *erga omnes* (cfr., arts. 1332 y 1333 CC).

V. *Alcance de la homologación en el divorcio convencional, o del alcance de la jurisdicción voluntaria en sede de crisis matrimonial ex arts. 24 y 117.3 y 4 CE*²¹. *La necesaria alternativa entre ambas vías: judicial y notarial.* – Al no haber litigio – en sentido estricto – cuando se trata del divorcio amistoso, averiguar cuál es el alcance del control de legalidad que ha de desempeñar la autoridad pública en tales divorcios constituye *punctum dolens* para determinar la verdadera función y competencia que dicha autoridad ha de realizar y poseer.

En el divorcio notarial cubano, como en los demás sistemas que acogen un divorcio consensual desjudicializado (sea notarial o “administrativo”), hay siempre un control de homologación: el notario, o el conservador del Registro civil, controla

²¹ Art. 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. (...) 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. (...) La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”. Art. 117: “... 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. (...) 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

el contenido del convenio de los esposos, de modo que, según sea o no dicho acuerdo conforme a la legalidad y a los intereses de los propios cónyuges y, sobre todo, de los hijos, concederá o denegará, en su caso, el divorcio, aunque sin decidir, sin fijar sus efectos, pues no había contienda que resolver, sino sólo un convenio que legitimar. A lo más, podrá el notario asesorar (como, por lo demás, es función propia suya); pero no podrá forzar ni suplir, ni corregir la voluntad de los cónyuges si ellos no lo quieren. Por eso, en caso de discrepancia entre lo pactado y la decisión de la autoridad, o, especialmente, si la autoridad considera que la propuesta de convenio es ilícita o perjudicial para el interés superior de los hijos, y, aún así, los cónyuges no corrigen tal defecto, no lo hará por ellos la autoridad competente, imponiendo ella misma tal necesaria corrección, sino que se limitará a denegar el divorcio, quedando expedita la vía judicial²².

Se trataría, pues, de un mero control de homologación como, entre nosotros, se exige a los matrimonios canónicos, a fin de conferirles – generosamente – eficacia civil, tanto a su celebración, como a su anulación (cfr., arts. 60, 63 y 80 de nuestro CC). No por casualidad, sabido es que para homologar civilmente una sentencia canónica de nulidad se aplica el *exequatur* del art. 954 LEC-1881 (aún vigente). A idéntico mecanismo ha recurrido en no pocas ocasiones nuestro Tribunal Superior para homologar – y reconocer así efectos en España a – los divorcios notariales cubanos (los únicos aquí destacables de reseña²³). Ahora bien, si en tales ocasiones queda claramente advertida la labor homologatoria del notario en los divorcios por mutuo acuerdo, también queda dicho que en tal desempeño “la

²² Cfr., a.e., los arts. 1, 8 y 11 del código cubano; en Colombia los arts. 34 Ley n. 962/2005 y 3 de su Decreto n. 4436/2005; y, en Portugal, sobre todo el nuevo art. 1776-A de su Código Civil, y el art. 14 del D-Ley n. 272/2001, tras su reforma habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre.

²³ Entre otras muchas, lo advertía el Auto del TS de 20 enero 1998, en su Fundamento de Derecho 5º, y repitiéndolo, hasta la saciedad, reproduciendo tal razonamiento, los autos del TS de 16 y 23 julio 1996, 12 mayo y 7 julio, ambos de 1998, de 23 febrero y 5 octubre, las dos de 1999, de 15 febrero 2000, de 3 junio y 31 julio de 2003, y seguramente tantas otras más aquí omitidas.

intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias”; ¿acaso son ya funciones jurisdiccionales, más propias del aparato judicial?

En efecto, podría tildarse aquella función de jurisdiccional. Lo hace el propio Preámbulo del Decreto-Ley n. 154/1994, del divorcio notarial cubano, y hace poco también el Decreto-Ley n. 272/2001 portugués, pero para ubicarla ambos dentro de la jurisdicción voluntaria, no de la contenciosa, que ya antes de aquella norma y para otras materias había sido conferida a la notaría. *Mutatis mutandis*, lo mismo podría decirse de nuestro Derecho, con la gran diferencia de que en el nuestro aún está pendiente la gesta-ción de una Ley general sobre jurisdicción voluntaria, después de los varios intentos abortados habidos en cumplimiento – con bastante retraso ya – del mandato contenido en la Disposición Final 18ª LEC-2000. No sería, pues, un mal comienzo hacerlo en la materia que aquí proponemos *de lege ferenda*, cuando, además, siempre el divorcio amistoso ha estado configurado, en el fondo, como jurisdicción voluntaria: tanto antes, con la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, como ahora, con el art. 777 LEC, el divorcio consensual se sustancia a través de un acto de jurisdicción voluntaria, no contenciosa²⁴: en lo for-

²⁴ Ahora sí es el momento de reproducir, al menos, el art. 777 LEC: “1. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo. (...) 2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo. (...) 3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el art. 770. Contra esta resolución del Secretario judicial podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal. (...) 4. Ratificada por ambos cónyuges la

mal, expresiones como “petición”, “escrito” o “solicitud”, en lugar de demanda, o como “procedimiento”, en lugar de proceso, el hecho mismo de que en ningún hito del mismo se pretenda – con acierto – la reconciliación²⁵, o la posibilidad de que intervinieran un solo abogado y procurador en defensa y representación de ambos cónyuges, revelan que, en el fondo, aunque cada cónyuge tenga sus propios intereses (en conflicto, cierta-

solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador. (...) 5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días. (...) 6. Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador. (...) 7. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente. (...) 8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. (...) La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal. (...) 9. La modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el art. 775”.

²⁵ Curiosamente, en cambio el Derecho portugués exige en el Encargado del Registro civil que realice algún intento de reconciliación.

mente), no hay contradicción en sentido estricto, en cuanto contienda, u oposición, ni, en una palabra *litis* (cfr., art. 1817 LEC-1881), que justifique la intervención del juez en su genuina – que no única – función jurisdiccional de juzgar, de aplicar la norma para resolver un pleito en que las partes, demandante y demandado, defienden su posición una frente a la otra y que el juez solventa a favor de una de ellas. Aquí no hay partes, sino solicitantes que, en la divergencia de sus intereses, han llegado previamente a un acuerdo, a un convenio regulador.

Acorde con ello, la labor del juez es de simple control, de mera homologación en su caso. A la vista de lo que establecía antes la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, y establece hoy el art. 777 LEC, el juez se limita a controlar la legalidad del acuerdo, especialmente, que éste no sea perjudicial para los hijos habidos del matrimonio (decía solamente el ap. 6 de aquella disposición adicional 6ª), ni que lo sea gravemente para alguno de los cónyuges (ex art. 90.2 CC). Conforme a tales parámetros, el juez se limitará a aprobar o a rechazar la petición de divorcio y, en su caso, a aprobar o a rechazar, en todo o en parte, el convenio regulador, sin que su potestad alcance a corregirlo ni a suplir en él sus carencias (cfr., aps. 4 *in fine* y 6, del art. 777 LEC); a lo más podrá el juez sugerir, que no imponer, a los cónyuges las enmiendas y adiciones que, conforme a los intereses de las partes (cónyuges e hijos), considere oportunas para que los propios cónyuges las subsanen en una nueva propuesta de acuerdo (cfr., aps. 7 y 8 del art. 777 LEC). Sólo cuando se trate de un divorcio contencioso, el juez podrá decidir por sí mismo, en defecto de acuerdo o en lugar de lo acordado cuando éste sea atentatorio contra los intereses en lid (como así se prevé en muchas de las normas del CC; cfr., sus arts. 91 y ss.).

Más aún, desde la ley-1981 hasta la actual ley-2005, el divorcio ha cambiado tanto que la función homologatoria se ha visto reajustada, aún más circunscrita o limitada: antes, con la

²⁶ Que se recoge en un texto (probablemente interpolado y glosado) de las Instituciones de MARCIANO, que se toma en el Digesto (1.16.2, pr. 1): “*Omnes procónsules statim, quam Urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem: sed non contentiosam, sed voluntariam, ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi, et adoptiones fieri*”.

ley-1981, al estar el divorcio fuertemente causalizado, aunque hubiera acuerdo previo entre los cónyuges había que acreditar ante el juez el tiempo de matrimonio transcurrido, desde su celebración (que había de ser, como mínimo, de un año), y el del cese efectivo de la convivencia (de separación previa), a fin de poder alcanzar, finalmente, la sentencia de divorcio. Hoy, en cambio, para el divorcio consensual, basta con acreditar que han transcurrido tres meses desde las nupcias (cfr., de nuevo, los arts. 81 y 86 CC), nada más. Como es sabido, la Ley-2005, en lo que ha logrado agilizar el divorcio voluntario, no requiere de previa separación para el divorcio y tampoco requiere acreditar la causa del mismo. Basta con la voluntad de divorciarse, como expresión suficiente de la *desaffectio maritalis*. Porque cabe que cualquiera de los cónyuges pida por sí solo al juez directamente el divorcio, sin tener que alegar causa o razón alguna y sin que el otro pueda oponerse.

¿Para qué, entonces, un procedimiento judicial en que sustanciar un acto de jurisdicción voluntaria meramente homologatorio de la voluntad – y no perjuicio – de los intervinientes? Pues, ¿acaso no recuerda el poder que ostenta el juez español en el divorcio voluntario al del notario cubano, o al del conservador del Registro civil portugués, en idénticos supuestos de divorcio amistoso catalogados como actos de jurisdicción voluntaria? ¿Por qué no, entonces, admitir que también el notariado español, o el juez encargado del Registro civil español, puedan tramitar tales divorcios? No en vano, si bien la jurisdicción voluntaria fue en Roma ejercida sobre todo por los Magistrados²⁶, también lo sería, ya en época postclásica, por determinados funcionarios públicos, y por los *tabeliones* (que de ser taquígrafos, pasaron a ayudar a los tribunales, como los actuales secretarios judiciales), que constituyen como es sabido el precedente romano más inmediato de los actuales notarios. De hecho, la noción de *iurisdictio voluntaria* pasó desde la Compilación justiniana a los textos medievales, utilizándose esta expresión en los inicios del Medievo, para designar la competencia del magistrado auxiliado por el notario, para conocer determinadas actuaciones (entre las que, desde luego, no estaba la del divorcio); así hasta que se pasó a llamar jurisdicción voluntaria a la realizada tanto por jueces, como por notarios. Y si hoy el art. 1811 LEC-1881 (aún vigente, con

otros que regulan en general la jurisdicción voluntaria), refiere tal función sólo a los jueces lo hace por razones históricas, producidas ya en tiempos de Justiniano, en que se mezclan jurisdicción y administración, siendo ambas encomendadas a los jueces, pasando tal situación al Medievo, incluidas nuestras Partidas, y así por los siglos de los siglos hasta hoy²⁷.

¿O tal vez sea así porque hoy la jurisdicción voluntaria, en que se imbuiría el divorcio consensual, ha de ser exclusivamente judicial por aplicación del art. 117 CE? Entra, así, en juego el modo de interpretar los aps. 3 y 4 de dicha norma constitucional²⁸, y con ello, la propia constitucionalidad de nuestra propuesta de reforma legislativa favorable al divorcio notarial²⁹.

²⁷ Téngase, además, en cuenta que en España cuando se promulga la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, aún no hay Código civil (hasta 1889), rigiendo por entonces las Partidas de Alfonso X El Sabio, y que tal legislación procedimental civil se apoya, al regular la jurisdicción voluntaria, en la Ley de 1855, cuando aún no se había promulgado la Ley Notarial, de 1862, ni la primera Ley Hipotecaria española, de 1861.

²⁸ Art. 117: "... 3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. (...) 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*".

²⁹ Es, como se ve, una cuestión clave, tanto que las dudas y discrepancias habidas al respecto hicieron que en Cuba el divorcio notarial no fuese realidad en su primera previsión legislativa, hecha con la Ley notarial de 17/12/1937, ante su discutida compatibilidad con los arts. 170 y 197 de su Constitución de entonces, de 1940. A su vista, que la Ley Notarial de 17/12/1937 atribuyera (en su art. IV, inciso q]) al notario el divorcio por mutuo acuerdo fue motivo de disputa, acerca de si tal función era o no propia y exclusiva de jueces y si, por tanto, aquella ley era o no constitucional: no lo era en opinión de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5/12/1940, pues la Constitución se refería a la labor de "juzgar", no a la función judicial en toda su extensión, entendiéndose que juzgar significa dirimir contiendas, lo que no sucede en aquel divorcio; en cambio, según la Resolución hipotecaria de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo cubano n. 9 de 16/6/1947, aquella ley era inconstitucional porque la función judicial en general, expresada en la Constitución, es exclusiva de los jueces. No hubo, sin embargo, pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y los notarios decidieron no practicar ningún divorcio, más que por convicción, por

Desde su difusión por Belloch³⁰ con apoyo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 noviembre 1983 (sobre homologación, precisamente, de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado), que en parte reitera la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 mayo 2002 (sobre adopción y acogimiento de menores), hay que entender que el art. 117 CE: en su ap. 3 se refiere a la función jurisdiccional por antonomasia: la contenciosa (la de “juzgar y hacer cumplir lo juzgado” que dice tal apartado), para conferirla “exclusivamente” a los jueces, conforme a la división de Poderes y a la exigencia de tutela judicial efectiva (del art. 24 CE). En cambio, en su ap. 4, el art. 117 CE se refiere a otras funciones judiciales posibles, pero no estrictamente jurisdiccionales (que son las del ap. 3), pudiendo por ello el legislador ordinario atribuirles – no de forma exclusiva necesariamente – a los jueces; de modo que la judicialización o desjudicialización de toda o de parte de la jurisdicción voluntaria sería una cuestión que no decide la propia Constitución, al delegar tal decisión en el legislador, quien por ello, según el alcance de la materia, podrá conferirla, efectivamente, a los jueces, o a otras autoridades públicas (como pudieran ser notarios, registradores, secretarios judiciales, cónsules, alcaldes, ...). En ningún caso tal opción vulneraría la tutela judicial efectiva (del art. 24.1 CE), siempre que se permitiera la oposición, por vía judicial contenciosa ya, frente al acto de jurisdicción voluntario emanado de una autoridad diversa de la judicial.

Delegada, pues, la decisión en el legislador, ya es cuestión de conveniencia, de política legislativa, delimitar la materia de jurisdicción voluntaria atribuible a los jueces o a otras autoridades. Por supuesto, menos traumático para nuestro Derecho, por

respeto al Tribunal Supremo. Hoy, sin embargo, como proclama el preámbulo del Decreto-Ley n. 154/1994, que lo regula, el fundamento constitucional del divorcio notarial está fuera de toda duda al ser calificado como un acto de jurisdicción voluntaria, no de la contenciosa, que, por tanto, no ha de estar necesaria ni exclusivamente atribuido al poder judicial.

³⁰ En sus “*Notas en torno al notariado y la jurisdicción voluntaria*”, en RJN, 1992-I, pp. 9-42. En contra, FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su monografía sobre jurisdicción voluntaria), apoyado en una afirmación que – en *obiter dictum* – hace una – sólo – sentencia del Tribunal Supremo – no del Constitucional – de 22 mayo 2000.

requerir de una menor reforma, sería, en esa desjudicialización, admitir que la competencia en la declaración de divorcio consensuado corresponde al Encargado del Registro Civil. No en sí por su carácter judicial, cuya continuidad o administrativización está hoy por ver, máxime cuando en estos quehaceres no desempeña aquél la genuina función judicial de dirimir contiendas juzgando y haciendo cumplir lo juzgado. Sino porque, de entre esos otros quehaceres que ya hoy aquél asume como autoridad competente, se encuentra la contraria al divorcio por mutuo acuerdo: el matrimonio (cfr., arts. 49 y ss. CC). ¿Por qué no, entonces, hacerle también competente para declarar el divorcio consensual? Si es competente para controlar la entrada al matrimonio, ¿por qué no hacerlo igualmente competente para controlar la salida del mismo? Esa es, precisamente, la razón por la que en Perú también se confiere competencia para declarar tales divorcios a los Alcaldes; por estar autorizados también a formalizar matrimonios; aunque cometiendo el error de presumirles juristas, y con el vano intento de corregirlo imponiendo el asesoramiento del abogado municipal³¹.

En cambio, proponer el divorcio notarial cuando hay voluntad de los propios cónyuges, si bien no choca con ninguna exigencia constitucional de que la autoridad en tal caso deba de ser judicial, sí encuentra el escollo de que actualmente el notario, a diferencia del juez encargado del Registro civil, no es funcionario competente para celebrar matrimonios civiles. Pero tal inconveniente sería fácilmente superable si, en la propuesta *de lege ferenda* que hacemos, se añade la – insignificante – reforma de también conferirle tal competencia, como de hecho ocurre en Cuba y en otros países, como Brasil, que admiten el divorcio ante notario, y ante el juez, pues también ante ambas autoridades (notarial y judicial) se formalizan los matrimonios (cfr., art. 7 del Código de familia cubano³²)³³. Al fin y al cabo, en su celebración, la autoridad pública ha de controlar la sufi-

³¹ Todo lo cual es muy criticado en el país.

³² En Cuba la autoridad judicial, si bien no está facultada para conocer del matrimonio; solo lo reconoce judicialmente, pero no lo formaliza.

³³ Así lo proponen CAMPO GUERRI (p. 444); GOMEZ-FERRER SAPIÑA (pp. 154-157); DE LA PRADA GONZALEZ (p. 1632); y CARRION GARCIA DE PRADA (p. 70 ss. y 90 ss.).

ciencia de capacidad y la libertad en el consentimiento de los contrayentes, que documenta en su expediente para su inscripción en el Registro Civil (cfr., arts. 56, 58, y 62 CC). Y para tales menesteres el notario está, sin duda, profesionalmente cualificado al cumplir con aquel control una de sus funciones más genuinas. No en vano, también ejerce tal función, en sede de familia, cuando se trata de capitulaciones matrimoniales (cfr., arts. 1327, 1329 y 1330 CC). Baste, pues, como reforma legal incluirle en el listado de autoridades que son competentes para celebrar civilmente matrimonios (art. 51 y ss. CC)

En lo demás, en absoluto parece haber razones que impidan que la notaría pueda desempeñar actos de jurisdicción voluntaria: como es sabido, la función notarial cumple, como la jurisdicción voluntaria y a diferencia de la contenciosa, un papel de justicia cautelar o preventiva, en evitación de litigios; al notario acuden las partes voluntariamente cuando han llegado ya a un acuerdo, o pretenden alcanzarlo – precisamente – con el asesoramiento del notario, no con una decisión por él impuesta (conforme al clásico aforismo “*respondere et cavere*”, o aconsejar y prevenir; cfr., arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial español), sin que, por tanto, en el consenso obtenido haya vencedores ni vencidos (en cualquier caso, aunque sea más por razones de conveniencia política, parece oportuno que junto al asesoramiento notarial lo haya también – voluntariamente – de mediador y – obligatoriamente – de letrado o abogado, que incluso podría ser único para la defensa de ambos cónyuges al tratarse de un divorcio consensuado; cfr., el ap. 2 de los arts. 750 y 777 LEC³⁴); el nota-

En cambio, FERNÁNDEZ DE BUJÁN (en su monografía, 1ª parte, pp. 104, 217 y 218), sólo cree necesaria la intervención del notario para celebrar un matrimonio, pero no para el divorcio, ni para la separación, que debe ser siempre judicial, al menos en el caso de que haya hijos menores o incapacitados; no obstante, propone acreditar la reconciliación ante el juez (ex art. 84 CC), mediante acta notarial.

³⁴ Hacemos tal aclaración, o concesión más bien, con el deseo de que nuestra propuesta, de admitirse por convincente, no sea rechazada, finalmente, por razones más políticas que jurídicas, como sería la oposición de la abogacía española de verse privada de su intervención en este tipo de divorcio, cuando en sentido estricto sus servicios para estos casos bien pudieran ser sólo voluntarios (para el asesoramiento, más que para la defensa de los cón-

rio, como autoridad pública que actúa por delegación del Estado (como los jueces), aunque carente de *imperium*, goza de *auctoritas*, suficiente hoy, a diferencia de los tiempos de Roma, para el desempeño de actos de jurisdicción voluntaria; es, asimismo, autoridad imparcial e independiente; en particular, aplicada su función en materia de divorcio consensual, su actuación, reflejada necesariamente en escritura pública (al no parecernos bastante el acta³⁵): por un lado, serviría para homologar el convenio regulador, en caso de ser favorable a su legalidad y

yuges, que, por supuesto, tiene mayor importancia en el caso de divorcio ante el encargado del registro, que ante notario, ante la función asesora que también éste asume). Ha sido, no en vano, esa razón más política, de presión política a veces (dada la fuerza de los Colegios de Abogados), la que ha motivado prácticamente en todos los sistemas divorcistas extrajudiciales la imposición, como preceptiva, de la intervención de abogado (e incluso de procurador) en los divorcios consensuales (con la salvedad de Cuba). Y ha sido aquella misma la razón, entre otras, que ha provocado entre nosotros el aborto de los diversos intentos de legislar con alcance general la jurisdicción voluntaria, por prescindirse en todos esos proyectos de la intervención de letrado como obligatoria. De atender, en cambio, a razones estrictamente jurídicas, no parece haberlas para defender como necesaria la intervención de abogado: ¿acaso ha de serla en el acto de celebración del matrimonio? ¿Por qué ha de serla, entonces, en su *contrarius actus*: el divorcio consensual? Ni siquiera pueden alegarse a favor de la intervención de letrado posibles motivaciones asesoras en cuestiones jurídicas más técnicas; ¿o acaso es preceptiva la intervención de abogado en la elaboración de capitulaciones matrimoniales? Para ello bastará con la intervención notarial, ¿por qué no así también en el caso de un convenio regulador consensuado (incluso por el solo e imparcial notario)?

³⁵ Ya en la gestación del divorcio en Cuba, en 1994, se discutió si el divorcio se debía reflejar en escritura o en acta notarial (entre nosotros, DE LA PRADA GONZALEZ, p. 1639, tiene sus dudas); de hecho, basta con el acta en Ecuador y Perú (también en Méjico, aunque recuérdese que se trata de un acta que expide el Encargado del Registro Civil). Por nuestra parte, creemos en la oportunidad de la escritura, pues en el divorcio por mutuo acuerdo no se trata simplemente de dar fe de un hecho, sino de homologar unas declaraciones de voluntad convergentes que implican un cambio de estado civil con consecuencias personales y económicas con trascendencia para terceros. No por casualidad, en el anterior divorcio soviético, donde no había control de fondo del acuerdo de los cónyuges, el Código simplemente exigía al encargado del – denominado – Registro de actos de ciudadanía levantar acta y dejar constancia del mismo en aquel Registro (arts. 21 y 22); permitiéndose, asimismo, que tal acuerdo fuese ejecutivo mediante acta notarial (art. 23).

a los intereses afectados, y, por otro, sería título constitutivo del divorcio, conforme exige hoy el art. 89 CC (pues no sería, desde luego, la primera vez que una escritura notarial presenta naturaleza constitutiva, no meramente declarativa; cfr., arts. 633, 1327, 1628, 1667, 1875 ... CC). A ello se une, como se advirtió antes (en el epígrafe anterior), que la escritura notarial es título ejecutivo (art. 517 LEC), legitimador de derechos y probatorio (ex arts. 319 LEC, 1218 CC y 17 *bis* de la Ley Notarial), y que, al ser documento público, goza de acceso directo a los registros públicos, como el de Propiedad y el Civil (lo que ya es hoy una realidad, cfr., arts. 3 LH, 8 C.Com, 1333 CC, ...), mostrándose así conforme a lo que exige el art. 89 CC *in fine*, en materia de divorcio, si se quiere que éste sea plenamente eficaz, frente a cualquier tercero.

Además, que la escritura pública notarial no produzca efecto de cosa juzgada, como sucede también en general con la jurisdicción voluntaria, no representa, para nuestra propuesta, ningún inconveniente. Al contrario, ello permite que la escritura sea atacable judicialmente, en un auténtico proceso de jurisdicción contenciosa, respetándose así la exigencia constitucional de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. De ahí que, en nuestra propuesta, no creamos acertado imponer legalmente la vía extrajudicial como exclusiva para tramitar el divorcio amistoso. Sí lo hacen, en cambio, Cuba y Portugal. Más aconsejable nos parece, sin embargo, no imponerla como única vía, impidiendo *a priori* la judicial, en cuyo caso, no obstante, los propios cónyuges habrán de sufragar los excesos de coste (en tiempo y dinero). De esta forma, no hay riesgo de entender que nuestra propuesta sea inconstitucional, por ser contraria a la exclusividad jurisdiccional que proclama el art. 117 CE. Antes bien, la opción inicial para los cónyuges de poder elegir entre ambas vías, notarial y judicial, amén de mostrarse respetuosa con tal exigencia constitucional, satisfaría otra, la de una tutela efectiva, la de un proceso público (notarial o judicial) sin dilaciones indebidas, como proclama el art. 24.2 CE. Y aun en el caso de que, ante la opción, los cónyuges optaran preferentemente por el divorcio notarial, nada impediría que la escritura resultante del mismo, aun siendo título ejecutivo (como lo es una sentencia), pudiera ser recurrida ante los tribunales, que-

dando, así, asegurada la tutela – estrictamente – judicial que proclama el art. 24 CE. Este sistema alternativo es ya seguido en algunos países como Colombia, Méjico, Brasil, o Perú.

Acorde con esa libertad de elección y con la libertad que, en general, sustenta el divorcio, nos atreveríamos incluso a proclamar, siguiendo también en ello a Cuba, Colombia (y hoy a Portugal³⁶), la libertad para la elección de notario (dentro de su distrito territorial, naturalmente; cfr., arts. 3 de la Ley y del Reglamento Notariales), frente a la competencia territorial que fundada en el domicilio de uno o de ambos cónyuges hoy establece la ley, sea para el divorcio judicial (cfr., art. 769.2 LEC) o incluso según algunos países para el notarial³⁷. Una vez más, así lo aconseja el paralelismo que debe haber entre matrimonio y divorcio consensual como actos antagónicos; de modo que si hay libertad para decidir el lugar donde casarse (art. 57.II CC), idéntica libertad debe haber para elegir el lugar donde descasarse.

VI. *La necesaria protección de los hijos, y la imprescindible intervención del Ministerio Fiscal, ex arts. 39 y 124.1 CE*³⁸. – Sin

³⁶ Así tras la reforma operada mediante Decreto-Ley n. 324/2007, de 28 septiembre, pues antes de ella era sólo competente el encargado del registro civil del lugar en que el matrimonio tuviera su residencia.

³⁷ Los demás, prácticamente, que determinan la competencia territorial del notario, bien según el lugar de formalización del matrimonio, bien según el último domicilio familiar (previo a la ruptura), que lo fuese de uno o de ambos cónyuges.

³⁸ Art. 39: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. (...) 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. (...) 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. (...) 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Art. 124: “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”.

duda el más delicado de los temas que en su práctica suscita el divorcio extrajudicial concierne al caso en que el matrimonio a divorciar tiene hijos menores, incapacitados o dependientes. La delicadeza lo demuestra la propia divergencia de criterios adoptados al respecto por los diversos sistemas de divorcio extrajudicial (notarial o administrativo), que suelen adoptar dos soluciones alternativas:

Una, adoptada en Perú, Ecuador, Brasil y México, es sólo admitir el divorcio extrajudicial en caso de que el matrimonio que se divorcia no tenga hijos que sean menores, que estén incapacitados o que dependan económicamente de sus padres; de modo que habiéndolos, sólo quepa el divorcio judicial, ante el juez, y con la intervención también del Ministerio Fiscal (o de su homónimo, aun con denominación diversa), que vele por los intereses de dichos hijos, así como declare en su caso disuelto el matrimonio y sus demás efectos personales (entre los cónyuges) y económicos³⁹.

En un punto intermedio se encontraba, hasta hace poco, el Derecho portugués, que en aquel caso (de existencia de hijos menores, ...), sin renunciar al posible divorcio declarado ante el Conservador del Registro Civil, exigía que los efectos relativos a los hijos (pensión alimenticia, guarda y custodia, visitas), debían quedar previamente sustanciados en un procedimiento judicial. Ya luego, una vez declarados judicialmente aquellos efectos, al Conservador del Registro Civil le quedaba declarar disuelto el matrimonio por divorcio y sus efectos interconyugales y patrimoniales⁴⁰. En su última reforma, sin embargo, habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre, Portugal ha venido a adoptar la solución colombiana, que para algunos mejora en este punto a la cubana. Esta otra solución, adoptada desde un principio en Cuba, Colombia, y finalmente en Portugal, consiste

³⁹ Es la solución que adopta la mayoría de países latinos que regulan el divorcio notarial (art. 4.a] de la ley en Perú, y el art. 5 de su Reglamento; art. 18, ap. 22] de la ley ecuatoriana; art. 3 de la de Brasil, reformadora del art. 1124.A] de su Código de Proceso Civil), y también es la solución adoptada en el divorcio "administrativo" mejicano (arts. 272 y 273 de su Código civil federal).

⁴⁰ Así, originariamente, en sus arts. 1773 de su Código civil, 272.1.b] de su Código de Registro Civil, y 1419.1.c] de su Código de Procedimiento civil.

en permitir la sustanciación del divorcio amistoso ante notario (o ante el encargado del Registro civil, en el caso portugués), sin necesidad de acudir previa o alternativamente a los tribunales, aun habiendo hijos menores o incapacitados. Para asegurar, no obstante, la protección de tales hijos, que son siempre la parte más débil en cualquier divorcio (aun en el amistoso), se exige la intervención del Ministerio Fiscal (“Defensor de Familia”, así llamado en Colombia, o Ministerio Público en expresión legal portuguesa). Su dictamen, al respecto, cuando proceda en aras del *bonum filii*, será vinculante para el notario (o para el Conservador del Registro Civil en Portugal), y para los propios cónyuges, que deberán adecuar su acuerdo a dicho dictamen en caso de haber discrepancia entre ambos; de lo contrario, siendo desfavorable el dictamen del M^o Fiscal y reacia la voluntad de los cónyuges a modificar su preacuerdo, no quedará más vía que la del divorcio ante el juez. Sólo proseguirá el divorcio ante notario (o ante el Encargado del Registro Civil, en Portugal), sin necesidad de acudir al juez, cuando el dictamen del Fiscal sea favorable al acuerdo propuesto por los cónyuges, o bien aun cuando no siendo favorable, los cónyuges adecuen su propuesta a las “sugerencias” del Ministerio Público⁴¹.

A la vista de este panorama normativo, ¿cuál sería la solución más acertada entre nosotros de admitirse, previamente, el

⁴¹ Cfr., en Cuba, los arts. 7, 8 y 11 de su Decreto-Ley n. 154/1994; en Colombia los arts. 34 Ley n. 962/2005 y 3 de su Decreto n. 4436/2005; y, en Portugal, sobre todo el nuevo art. 1776-A de su Código Civil, y el art. 14 del D-Ley n. 272/2001, tras su reforma habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre. Según tales normas, la fuerza vinculante de dicho dictamen del M^o Fiscal es común en los divorcios de Cuba, Colombia y, ya hoy, de Portugal. Difieren, sin embargo, en la decisión de cuándo es preceptivo dicho dictamen: en Cuba sólo lo es cuando presentada la propuesta de acuerdo de divorcio por los cónyuges el notario considere, o sospeche al menos, que el acuerdo es perjudicial para los intereses de los hijos (cfr. arts. 4 a 6 de su Decreto-Ley n. 154/1994). En cambio, en Colombia y actualmente en Portugal, el informe del Fiscal es siempre preceptivo, al margen del juicio que al notario o al Encargado del Registro Civil le merezca el pacto de los cónyuges en lo relativo a los hijos (cfr., en Colombia los arts. 34 Ley n. 962/2005 y 3 de su Decreto n. 4436/2005; y, en Portugal, sobre todo el nuevo art. 1776-A de su Código Civil, y el art. 14 del D-Ley n. 272/2001, tras su reforma habida por la ley n. 61/2008, de 31 octubre).

divorcio amistoso ante notario (o ante el encargado del Registro Civil)⁴²?

En nuestra opinión, sin duda, de admitirse también en aquel caso el divorcio extrajudicial, debe haber una protección especial, a favor de los hijos, máxime si también la hay, siendo generalmente judicial, en la vida familiar normal, cuando ni siquiera hay crisis matrimonial (cfr., entre otros, los arts. 156.2 y 5, 158, 159, 163, 167, 170, ... CC). Ciertamente, en el divorcio de que tratamos, el amistoso, hay acuerdo previo entre los cónyuges, pero lo hay para un caso de crisis matrimonial en que se va a administrar el ejercicio de la patria potestad, determinándose el régimen de guarda y custodia (aunque sea compartido, según acuerdo), y, en su caso, el de visitas.

Que la protección consista en negar la opción del divorcio notarial o administrativo, para exigir que lo sea judicial, o que previamente a aquél se haga uno judicial para la sola cuestión de la guarda y visitas, presenta, sin embargo, en ambos casos el mayor inconveniente que venimos denunciando desde un principio en materia de divorcio – que no olvidemos es – por mutuo acuerdo: su falta de celeridad, de economía y descongestión para los tribunales; haciendo a veces incluso, como sucede en el segundo caso (que lo es el de Perú, Ecuador, Brasil, ...), que haya duplicidad procedimental (primero judicial y después ante notario). A la necesidad del ahorro, económico y procesal, responde mejor, en cambio, la reciente reforma habida en Portugal, que unifica el procedimiento en uno solo, el administrativo, en el que se hace intervenir al Ministerio Público, al fin y al cabo, baluarte específico de menores e incapaces de obrar en cualquier

⁴² Curiosamente, de entre sus defensores patrios existen las mismas divergencias que entre los sistemas normativos extranjeros: los hay que estiman sólo acertado permitir el divorcio notarial cuando el matrimonio no tiene hijos (menores, incapacitados, ...), como así proponen algunos hoy en Cuba; y los hay que lo admiten, aunque bajo la supervisión del Ministerio Fiscal.

⁴³ Lo decía expresamente, el art. 2.1.c) de la anterior Ley arbitral de 1988 (cuyo espíritu, sin embargo, puede mantenerse vivo): *“No podrán ser objeto de arbitraje: ... c) Las cuestiones en que, con arreglo a las Leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos”*.

procedimiento. En el fondo, se trataría simplemente de introducir su intervención y presencia en el divorcio extrajudicial, como normalmente se introduce en cualquier proceso judicial (incluido el divorcio, aun consensual: cfr., arts. 749.2 y 777.5 LEC).

Por supuesto, no negamos con ello la protección que para con los hijos, menores e incapaces en general, procura también el juez en cualquier proceso (como, precisamente, sucede con cualquier crisis matrimonial, cfr., arts. 90 y ss. CC). Mas ese papel, que el juez coprotagoniza con el Ministerio Fiscal, creemos que también puede desempeñarlo con igual acierto en España el Notario (o el Encargado del Registro Civil):

Constitucionalmente, nada se opone a ello. No se vulnera ni queda en riesgo la igualdad del art. 14 CE (que, entre otras razones, alude al nacimiento): no se trata en este caso, en que hay divorcio amistoso, de tomar una decisión que afecte a la filiación misma, como estado civil, ni tampoco a su titularidad por parte de los padres (a la patria potestad en sí), sino a su ejercicio (al régimen de guarda y custodia, y visitas). De lo contrario, la intervención judicial sí sería imperativa. Pero no siéndolo, como sucederá siempre con el divorcio voluntario, la intervención del notario, como autoridad pública, satisfará la exigencia constitucional, del art. 39 CE, de que los Poderes Públicos (en nuestro caso, el Estado delegando en el Notariado) protejan a los hijos.

Descendiendo del terreno constitucional al legal, no debemos obviar que el notario ya interviene hoy en materia de filiación, cuando hay consenso o voluntad: a.e., en la determinación de la filiación no matrimonial (por reconocimiento, ex art. 120.1º CC, que también puede hacerse por el Encargado del Registro Civil), o en la emancipación por concesión de los padres (art. 317 CC). Y que, en general, es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública (cfr., arts. 1 y 147 del Reglamento Notarial), como, en nuestro caso, sería el convenio regulador, en que los hijos, si bien no son parte en sentido estricto, en cuanto parte negociadora, son terceros directamente por aquél afectados (cfr. arts. 6.2 CC y 19.1 LEC).

Ahora bien, al tratarse de hijos, que además son menores, incapaces o dependientes (unos terceros, por tanto, cualificados), la cooperación del Ministerio Fiscal (que lo sería de la cir-

cunscripción territorial a la que está adscrito el notario, o el encargado del Registro civil) parece no sólo conveniente, sino ineludible: aunque el art. 124.1 CE pueda resultar excesivamente genérico en la atribución de competencias a favor de tal órgano (*“sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos”*, que dice aquella norma en su ap. 1), es muy probable que en su misión principal de velar por el *“interés público”* y por el *“interés social”* (que dice en dos ocasiones aquel mismo apartado), subyazcan las funciones tradicionalmente atribuidas al Ministerio Fiscal, entre las que se encuentran, no sólo la defensa y representación de los menores e incapacitados (a pesar de su imparcialidad), sino también cualquier otra que afecte al estado civil (como sería nuestro caso del divorcio amistoso), lo que, en definitiva, justifica que sobre las materias cuya competencia dicho órgano tiene atribuida no quepa – como vimos – la transacción, ni el arbitraje por tratarse de materias que son indisponibles por ser de orden público⁴³.

Por eso, al menos cuando haya hijos menores o incapacitados, proponemos que en el divorcio voluntario tramitado ante notario, intervenga también el Ministerio Fiscal (cfr., art. 749.2 LEC); ahora bien: ¿siempre que haya hijos menores, incapacitados, ..., como se prevé en Colombia y ahora en Portugal; o sólo cuando, como en Cuba, el notario considere o sospeche que el acuerdo propuesto por los cónyuges es perjudicial para los hijos? En esto, al menos, creemos más acertado el criterio – colombiano y portugués – de exigir siempre, en todo caso, el dictamen del Ministerio Fiscal como preceptivo. Así se ha venido haciendo en España, en el procedimiento judicial de divorcio amistoso, tanto antes, con la Disposición Adicional 6ª de la Ley-1981, como hoy en el ap. 5 del art. 777 LEC. Todo ello sin demérito de que también sea necesaria la estimación del Notario, como en cualquier procedimiento de jurisdicción voluntaria cuenta también la consideración del juez, tanto o más que la del Ministerio Fiscal.

La preceptiva concurrencia de ambos dictámenes, sin embargo, puede originar un problema cuando haya discrepancia entre ambos: ¿habría tal vez que resolverla dándole preferencia al del Ministerio Fiscal? Por su tradición está el Mº Fiscal más experimentado en tratar tales asuntos, mas el divorcio no es en

ningún caso declarado o denegado por él, sino por el notario (como en cualquier procedimiento, aunque sea de jurisdicción voluntaria, quien sentencia es el juez, no el Ministerio Fiscal). ¿Acaso entonces habría que otorgar preferencia al dictamen del Notario? Es quien finalmente decide acerca del divorcio, pero no parece prudente hoy otorgarle tal privilegio cuando no es juez, ni está ejerciendo en el divorcio por mutuo acuerdo la genuina función judicial de juzgar, que sólo es competencia de los jueces desempeñar, como exige el art. 117.3 CE. Por eso, el hecho mismo de que haya discrepancia evidencia la necesidad de que exista un mayor juicio, una estricta labor de valoración, de enjuiciamiento. Debe, por tanto, quedar expedita en tal caso la vía judicial, para que sea el juez quien valore la propuesta de acuerdo (al menos en el punto conflicto relativo a los hijos).

ELENA LÓPEZ BARBA*

LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA *SOBRE CIERTOS ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

La situación de colapso de los Tribunales de justicia producida por el exceso de asuntos en cursos y la consecuente dilación en la resolución de los litigios está poniendo en serio peligro el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución española. Pero este mal no sólo aqueja a nuestros órganos jurisdiccionales, también es predicable de otros Estados miembros de la Unión Europea¹. Al deseo de fomentar la utilización de medidas extrajudiciales de resolución de conflicto que a la postre disminuyan el número de procesos judiciales y que garanticen el principio de acceso a la justicia responde la Directiva que ahora comentamos y que deja a los Estados miembros la labor de adaptar sus ordenamientos para dar debido cumplimiento a sus disposiciones.

Lo primero que habría que destacar es que el Estado español ha incumplido el plazo de incorporación marcado por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles². El artículo 12 de la citada Directiva prevé

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil Universidad de Huelva - elopez@uhu.es.

¹ Para un conocimiento más profundo sobre el origen de esta Directiva puede consultarse el trabajo de H. AGUILAR GRIEDER, "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 308 a 338, en esp. pp. 325 a 327.

² Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008.

que éste no debería exceder del 21 de mayo de 2011³. Sin embargo, al tiempo del cierre de esta publicación, finales del mismo año, no existe una norma aprobada al respecto en España, ni siquiera un texto en fase de tramitación que pueda servir como base a nuestros comentarios. Hay que aclarar que la falta de un texto en tramitación se debe a la caducidad del presentado en abril de 2011⁴ consecuencia de la disolución de las Cortes Generales tras la convocatoria de Elecciones Generales⁵.

Tampoco el análisis del contenido de esta iniciativa legal frustrada⁶, entendemos, puede resultar revelador de cómo será la norma que sobre mediación se apruebe finalmente en España de acuerdo con la Directiva 2008/52/CE, pues el Partido que gobierna en la X Legislatura del Estado español es el mismo que ocupaba el puesto de principal partido de la oposición en la IX Legislatura (2008-2011)⁷, por lo que no ha de esperarse que se sienta comprometido a seguir las mismas pautas ya mostradas en el anterior Proyecto de Ley. Sin perjuicio de las dudas que pudieran surgir al hilo de la norma proyectada⁸ y de los debates sobre

³ Artículo 12. Incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados miembros. 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar (...).

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 28 de octubre de 2011.

⁵ Artículos 62 b) y 115.1 Constitución Española de 1978.

⁶ Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentado el 11 de abril de 2011, calificado el 26 de abril de 2011 y caducado el 28 de octubre de 2011 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 29 de abril y 28 de octubre de 2011).

⁷ No resulta muy explícito al respecto el Programa electoral presentado por el Partido Popular, en la actualidad en el poder, donde al hilo de las medidas encaminadas a la modernización de la justicia se propone el fomento de la mediación y el arbitraje, y en el ámbito de las propuestas de actualización del Derecho de familia para adaptarlo a las nuevas realidades sociales plantea la necesidad de promover la mediación familiar, sin más desarrollo al respecto que nos pueda servir de guía en estas reflexiones sobre qué criterios seguirá en los asuntos más conflictivos que esta norma conlleva.

⁸ Destaca al respecto las palabras de CALVO SÁCHES que en el Prólogo a la obra de su discípulo MARTÍN DÍZ plantea que, sin menospreciar las vías alternativas a la judicial, “no sería preferible destinar nuestros esfuerzos y bajo

cómo resolver los aspectos más conflictivos⁹, España no puede eludir ni retrasar innecesariamente la incorporación de esta norma pues, como hemos advertido, ha excedido el plazo previsto por la misma.

A la vista de lo expuesto, no pretendemos aquí hacer un análisis de *lege ferenda* en relación a la esperada Ley de mediación en aspectos civiles y mercantiles, de la que ni siquiera conocemos si se llamará así, o si prescindirá de regular la mediación civil y mercantil de forma general en España¹⁰ y se limitará,

presupuesto a reducir, con garantías, la excesiva duración del proceso". M. DEL C. CALVO SÁCHES, en el Prólogo a la obra de F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 14.

⁹ Enumeración no exhaustiva de aspectos que necesariamente debería de resolver la futura Ley sobre mediación: Coste de la mediación; remuneración del mediador, posible gratuidad de la mediación; formación y preparación exigida al mediador y si ésta ha de pasar necesariamente por una formación jurídica que pueda garantizar que el acuerdo de mediación no es contrario a Derecho; quiénes serán los encargados de esa formación que habilite a un sujeto para que actúe como mediador; qué papel le corresponde en este punto a la Administración; responsabilidad derivada de la acción del mediador – necesidad de un seguro –; mediador individual o instituciones de mediación; Registro de mediadores; relación entre la norma y el Registro estatal y las normas y Registros de las Comunidades Autónomas si los hubiera; elección de lengua; duración del procedimiento; medidas de aseguramiento que el mediador puede adoptar mientras dura el procedimiento; papel de los abogados en el procedimiento; custodia de los documentos; deber de confidencialidad; modos anómalos de finalización de la mediación; eficacia del acuerdo; elevación del acuerdo a escritura pública; homologación judicial; causas de anulación; órganos competentes para conocer de la anulación; plazos para esta acción; plazos en la vía judicial mientras transcurre la mediación; eficacia de acuerdos de mediación con elementos transfronterizos; modificación Ley de Enjuiciamiento Civil...

¹⁰ Aunque esta falta de texto normativo no supone un desconocimiento total de la figura pues como señala el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles "quizás debamos relativizar esa novedad y desconocimiento, pues la carencia de tratamiento legal no significa que la mediación no haya sido empleada *de facto* como método para alcanzar la resolución de controversias, naturalmente sobre la base de una absoluta libertad para articular el procedimiento de mediación y para diseñar el modo y alcance de la intervención del mediador, y sin que los acuerdos adoptados pudieran beneficiarse de la nota de la ejecutividad" p. 6. http://www.ammediadores.es/pdf/Informe_CGPJ_mediacion.pdf

por el contrario, al mínimo previsto por la Directiva: esto es, regular las controversias surgidas con elementos transfronterizos¹¹.

Lo que sí nos parece oportuno en este momento de falta de un texto legal y cuando aún no se ha presentado el nuevo proyecto que marque el camino a seguir en la regulación de esta compleja materia, es llamar la atención sobre una tendencia observada en la doctrina¹², en alguna norma autonómica¹³ o en el propio Proyecto de Ley de abril de 2011¹⁴ relativa a vincular de uno u otro modo la figura de la mediación con el contrato de transacción por lo que parecería que la conclusión con éxito de la mediación se traduciría necesariamente en la celebración de un contrato de transacción o, lo que es lo mismo, de un acuerdo de mediación.

Tomando en consideración el anterior Proyecto de Ley ahora caducado, la cuestión estaría en resolver si para una correcta re-

¹¹ En la consideraciones iniciales de la Directiva 2008/52/CE en el número 8 se establece que “las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional”.

¹² De forma muy significativa ROGEL VIDE concluye que “la mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo o el proceso a la sentencia” C. ROGEL VIDE, “Mediación y transacción en el Derecho civil”, L. GARCIA VILLALUENGA, J. TOMILLO URGINA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO (Codirectores), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I, *Mediación*, Madrid, Reus, 2010, pp. 19 a 39, esp. p. 31.

¹³ Ley 15/2009, de 22 de julio, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del derecho privado (BOE 17 de agosto de 2009), en su artículo 2.2 contempla: “la mediación civil a la que se refiere la presente ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro y, en particular, entre otros: e) Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción”.

¹⁴ En su Exposición de Motivos afirma que “La proximidad del acuerdo de mediación con el contrato de transacción del Código Civil ha llevado a introducir en esta norma el ajuste correspondiente que se ha considerado necesario”. De esta forma, en la Disposición final primera de la norma se propone la modificación del artículo 1.816 del Código civil al que se añade un inciso final”.

gulación de la mediación es preciso modificar o conectar ésta con los artículos relativos al contrato de transacción previsto en el Código civil¹⁵ o si bastaría con su propia regulación dejando al margen la figura de la transacción. Anticipamos que nuestras apreciaciones se inclinan por la defensa de esta segunda opción, tal y como expuso en su momento el Informe emitido el 9 de marzo de 2010 por el Consejo General del Poder Judicial a propósito del Anteproyecto de Ley, en el que expresaba que “la equiparación de efectos entre acuerdo de mediación y transacción (...) no termina de entenderse muy bien (...)”¹⁶ al tiempo que “la proyectada reforma del artículo 1.816 CC (...) no resulta necesario y puede además redundar en una incorrecta identificación entre transacción y mediación”¹⁷. Con posterioridad el Consejo de Estado, en su Dictamen al Proyecto de Ley de 17 de febrero de 2011 aboga por la desaparición de la propuesta de reforma del artículo 1.816 C.c.¹⁸ aunque los argumentos contrarios al tándem medi-

¹⁵ Propuesta de modificación del artículo 1.809 C.c. incluida en el Anteproyecto de Ley “Se añade un segundo párrafo al artículo 1809, con la siguiente redacción: El acuerdo de mediación civil y mercantil tendrá efectos de transacción cuando se realice como procedimiento alternativo para la solución de un conflicto entre particulares, se lleve a cabo con intervención de un tercero que reúna los requisitos legales y profesionales para su intervención, de acuerdo con su ley reguladora”.

Propuesta de modificación del artículo 1.816 C.c. incluida en el Anteproyecto de Ley “El artículo 1816 queda redactado de la siguiente forma: La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial o cuando se hubiere formalizado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.

En el Proyecto de Ley desaparece la propuesta de reforma del artículo 1.809 C.c. y se mantiene la propuesta de reforma del artículo 1.816 C.c. en la Disposición Final Primera en los mismos términos que lo hiciera el Anteproyecto.

¹⁶ Punto 9º del Informe, página 100. http://www.ammediadores.es/pdf/Informe_CGPJ_mediacion.pdf

¹⁷ Punto 9º del Informe, páginas 100 y 109. http://www.ammediadores.es/pdf/Informe_CGPJ_mediacion.pdf

¹⁸ Sus argumentos son: “la primera versión del Anteproyecto modificaba el Código civil no solo en el artículo 1816, sino también, en el propio artículo 1809, que define la transacción, equiparando el acuerdo de mediación civil y mercantil con la transacción. Al haberse suprimido esa modificación del

acción-transacción no resultan tan claros ni contundentes como en el Informe del Consejo General del Poder Judicial.

La clave, entendemos, está en dilucidar si el acuerdo alcanzado por las partes como consecuencia de su participación en un procedimiento de mediación tiene una naturaleza propia, distinta y separada de la transacción o si por el contrario se tratan de una misma cosa.

Dado que carecemos en la actualidad de una regulación general de ámbito estatal sobre mediación, sólo nos queda iniciar el estudio desde el análisis de la regulación del contrato de transacción y concretar qué se entiende por transacción y si en todo caso sus elementos definitorios establecidos legalmente coinciden con lo que comúnmente se entiende por acuerdo de mediación¹⁹, para posteriormente valorar si el resultado de uno u otro tipo de acuerdo *autocompositivo* disfruta de la misma eficacia amén de las mismas causas de ineficacia²⁰.

Los artículos 1.809 a 1.819 del Código civil contienen el régimen jurídico aplicable al contrato de transacción: qué sea contrato de transacción y cuál sea su causa típica, se van a deducir de cuáles se consideren elementos esenciales en su regulación legal. Es comúnmente admitido que no hay transacción sino cuando

artículo 1809, entiende este Consejo que debe también eliminarse la modificación de artículo 1816 del Código civil, que, al establecer una suerte de conexión imprecisa entre la transacción y la mediación requiere ser adecuadamente perfilada." http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2010-2222

¹⁹ Una guía de lo que hemos dado en llamar *lo que comúnmente se entiende por acuerdo de mediación* puede encontrarse en la premiada obra de F. MARTÍN DIZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit. En particular el capítulo primero desarrolla una teoría muy completa sobre la mediación, pp. 49 a 167.

²⁰ Informe del Consejo General del Poder judicial, p. 67 "La cuestión a dilucidar es, en definitiva, si el acuerdo de mediación es asimilable a cualquier otro contrato suscrito entre particulares, y está sujeto por tanto a las reglas generales sobre eficacia e ineficacia de los contratos, o si dada la intervención del mediador y su función como garante del ordenamiento jurídico y del respeto a los principios informadores de la mediación, debe descartarse la aplicación de los remedios generales sobre anulación de los contratos en el entendimiento de que el acuerdo de mediación no sería un contrato, o no sería solamente un contrato".

concurrir tres requisitos indispensables para la existencia de este contrato que son: premisa, medio y fin. De este modo, para la válida celebración del contrato de transacción es esencial la existencia de *res litigiosa*, una cuestión controvertida previa (premisas)²¹. Que las partes *autocompongan* las diferencias que esta con-

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2008, reconoce como premisa del contrato de transacción en el FD 2º la existencia de *res dubia*. Contrariamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2006 afirma que “El artículo 1.809 del Código civil ha sido interpretado de forma amplia por la jurisprudencia de esta Sala, de manera que se ha llegado a admitir que la controversia existe cuando las partes mantienen sus diferencias, lo que equivale a dar por buena una incertidumbre meramente subjetiva” (sentencias de 24 octubre 1954, 6 noviembre 1965, 16 mayo 1991). Se ha discutido ampliamente por la doctrina científica si la exigencia previa para la existencia del contrato de transacción ha de ser la *res dubia* o la *res litigiosa*, entendida la primera como la falta de seguridad en torno al problema de saber si una determinada relación jurídica es o no regulada por el derecho, y en caso afirmativo, en qué forma y hasta qué límites (A. Gullón Ballesteros, *La transacción*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, p. 9.), o si se trata de *res litigiosa* que presupone, exclusivamente, que exista una controversia viva al tiempo de celebrarse el acuerdo de transacción. Controversia, que es objetivamente comprobable atendiendo a la incompatibilidad existente entre los derechos alegados por ambos litigantes, sin necesidad de valorar el origen y justificación previa de cada uno de ellos. En consecuencia, basta con que la duda sobre los derechos defendidos surja con posterioridad al mismo choque de pretensiones, y que no sea otra sino la incertidumbre acerca de cuál será el contenido exacto del futuro pronunciamiento judicial, para que se dé la premisa necesaria para la válida celebración del contrato de transacción (E. LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, Laborum, Murcia, 2001, p. 29). Pese a que la doctrina jurisprudencial y científica parecen haber asumido en los últimos años de forma mayoritaria la teoría de la *res litigiosa*, siguen existiendo pronunciamientos, como el señalado, que hacen expresa mención a la *res dubia*. La clara determinación sobre cuál sea la premisa del contrato de transacción y su presencia o no en el acuerdo celebrado es clave para valorar si existe o no contrato de transacción o si pudiéramos estar ante otras figuras afines. En los casos de pactos donde sólo se incluye como contenido del acuerdo la dación en pago, la cesión de bienes, la quita, la espera o la quita y espera no puede decirse que exista transacción, pues no se actúa sobre una realidad jurídica previa controvertida en cuanto a su existencia, así la parte deudora reconoce la existencia del crédito pero ante la imposibilidad de cumplir acuerdan una de las figuras anteriormente relacionadas que no es un contrato de transacción por falta precisamente de *res litigiosa*. Para el estudio más detallado de estas cuestiones puede consultarse E. LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, cit., pp. 28 a 77.

troversia genera mediante el acuerdo de recíprocas concesiones (medio)²². Y que con este acuerdo las partes deseen poner término de forma definitiva al conflicto que las enfrenta, sustituyendo la situación inicialmente controvertida por otra cierta (fin)²³.

²² Para la existencia del contrato de transacción es esencial la concurrencia de recíprocas concesiones, pues es la sola presencia de este elemento en el acuerdo de transacción lo que lo diferencia de figuras jurídicas afines como el allanamiento o la renuncia, que aunque ponen fin a una controversia jurídica anterior, no tienen el carácter de transacción, justamente por la falta en los mismos de recíprocas concesiones. Hay que llamar la atención sobre la cuestión de que los conceptos: recíprocas concesiones y recíprocas prestaciones no son equiparables. El Tribunal Supremo ha reiterado que “las recíprocas prestaciones patrimoniales no son esenciales para la perfección del contrato de transacción”, sentencia de 14 de marzo de 1955, en el mismo sentido la de 19 de diciembre de 1960, 8 de marzo de 1962, 26 de junio de 1969 o 6 de noviembre de 1993, incluso, las recíprocas concesiones pueden carecer de un contenido económico “ni siquiera se exige, que estas concesiones tengan que ser siempre de orden económico, pues las mismas pueden tener un contenido exclusivamente moral” STS 30 de junio de 2001. Además, el valor que corresponde a las recíprocas concesiones es puramente potencial o eventual y no cierto, como sí lo tienen las recíprocas prestaciones en un contrato de compraventa o de permuta, donde el valor de cada una de las prestaciones se conoce *a priori*. En el contrato de transacción no puede saberse si la concesión de una parte guarda equilibrio con la concesión de la otra parte, ni qué valor tiene, en tanto en cuanto se parte de una situación jurídica previa controvertida, por ello “no se requiere que haya equivalencia u otro género de igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hagan las partes en los contratos de transacción” STS 30 de junio de 2001, en el mismo sentido las Sentencias de 14 de marzo de 1955, 19 de diciembre de 1960, 8 de marzo de 1962, 26 de junio de 1969 o 6 de noviembre de 1993. *Pero la diferencia fundamental entre recíprocas concesiones y recíprocas prestaciones está en los objetos sobre las que recaen. Mientras que las primeras afectan al derecho de acción para reclamar la titularidad de un bien o derecho, las segundas se refieren a la titularidad del propio bien o derecho y no a la acción para su reivindicación*”, E. LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, cit., p. 323. *Apud thema vid.* pp. 77-102 y pp. 319 a 328.

²³ El fin perseguido por el contrato de transacción es dar por zanjada la polémica que enfrenta a las partes poniendo fin al proceso judicial en marcha o evitando que éste se inicie en el futuro. La cuestión está en valorar si esta afirmación supone el cierre definitivo de la cuestión controvertida como lo haría una sentencia o un laudo arbitral o cabe volver nuevamente sobre las antiguas pretensiones en caso de incumplimiento de lo acordado o por concurrencia de algún vicio en el consentimiento. E. LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, cit., pp. 102 a 120.

A la vista de lo anterior y en atención a la propuesta de la doctrina clásica de De Castro Y Bravo²⁴ según la cual la causa de los contratos típicos se desprende de lo que son sus presupuestos esenciales en la específica regulación hecha por el legislador, cabría aceptar la propuesta de causa del contrato de transacción efectuada por CARNELUTTI²⁵, para quien la causa de este contrato puede definirse como la composición de la *litis* mediante una parcial renuncia a las recíprocas pretensiones²⁶.

¿Son predicables del acuerdo de mediación la premisa, el medio y el fin previstos por el legislador como esenciales para la perfección del contrato de transacción? ¿Comparten la misma causa uno y otro acuerdo *autocompositivo*?

²⁴ F. de Castro Y Bravo, *El negocio jurídico*, reimpresión de la edición de 1985, Cívitas, Madrid, 1991, p. 231.

²⁵ F. Carnelutti, "Sulla causa della transazione", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1914, II, pp. 573-583, esp. p. 575.

²⁶ A. Luna Serrano, "Ineficacia de la transacción", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXIII, pp. 107-150, esp. pp. 115-116, propone un concepto de causa del contrato de transacción en el que se resume con toda claridad los tres elementos esenciales que componen esta figura *la causa del contrato de transacción es la composición de un conflicto de intereses en razón de una controversia existente entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los mismos interesados evitando provocar un pleito o acabando, mediante su acuerdo, el que habían comenzado y realizan mediante recíprocas concesiones, dando, prometiendo o reteniendo cada una de ellas alguna cosa, según determina la definición de la transacción, descriptiva de la causa, contenida en el artículo 1.809 del Código. Esta configuración de la causa – superación de la controversia, asunción de su solución por los propios interesados y realización de la misma mediante recíprocas concesiones – me parece integradora la complejidad de la misma a la que aludía al principio de esta disertación y creo que es bastante reveladora de la virtualidad del animus transigendi de los agentes del negocio. Por otro lado si planteamos la causa del contrato de transacción, entendida como la función práctico-social concreta querida por los contratantes al tiempo de celebrar el negocio, tal y como sostiene L.H. Clavería Gosálbez, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, p. 289, concluiremos que, en este contrato, la causa no es ni la consecución exclusiva de lo acordado en forma de recíprocas concesiones, de un lado, ni la eliminación del conflicto iniciado o no en la vía judicial, de otro. Es, por el contrario, una suma de ambos elementos, justificados en la existencia de un tercer requisito: la controversia jurídica cualificada que enfrenta a las partes. E. LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, cit., pp. 25 a 28, esp. p. 28. STS de 20 de diciembre de 2001.*

En cuanto a la premisa nos decantamos por defender que para la celebración de una mediación no se precisa de la concurrencia de *res litigiosa*, basta con que exista un procedimiento judicial abierto o la posibilidad de abrirlo en el futuro sin que éste se derive de la incompatibilidad entre los derechos alegados por las partes²⁷. Nos estamos refiriendo, *ad exemplum*, a los casos de incumplimiento de una obligación surgida en el seno de un contrato civil o mercantil que puede ser reclamado en la vía judicial. Antes o durante la realización de esta vía cabría la posibilidad de que las partes se sometieran a una mediación que podría finalizar con la celebración de un acuerdo en el que la parte acreedora accediera a una quita o a una espera de su crédito o a una quita y espera, o bien, admitiese una dación en pago o la cesión de bienes. En todos estos casos el acuerdo de mediación se ha celebrado, se ha puesto fin al proceso judicial iniciado o se ha evitado que comience, pero lo decidido no participa de la naturaleza del contrato de transacción pues no ha habido presencia de *res litigiosa*, toda vez que el deudor nunca negó la existencia de la deuda, lo único que planteó fue su imposibilidad o su negativa sin fundamento jurídico a hacer frente al pago²⁸.

Por lo que se refiere al medio: la presencia de recíprocas concesiones, tampoco encontramos imprescindible su concurrencia para la celebración con éxito de un acuerdo de mediación. Podría darse el supuesto de que el contenido de este acuerdo únicamente supusiera el allanamiento de una de las partes que en el transcurso de la mediación y gracias a la labor desarrollada por el mediador alcanzara a entender que la postura que inicialmente defendía y los argumentos que esgrimía para ello

²⁷ La Directiva establece en el artículo 1.2 que “se aplicará, en los litigios transfronterizos, en asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente...” de donde pareciera que *asuntos civiles o mercantiles* sería el mero incumplimiento de un contrato sin que ello suponga discusión en cuanto a los derechos y obligaciones preexistentes originados en el contrato.

²⁸ Queda pendiente a la aprobación de la Ley conocer qué materias podrán ser susceptibles de mediación y si estas coinciden con las habilitadas para la transacción. En cuanto a la cuestión de las materias disponibles y no disponibles en la mediación puede consultarse F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., pp. 87 a 91.

carecían de fundamento alguno, por lo que nada impediría que el contenido del acuerdo resultante de la mediación fuera el allanamiento o la renuncia a las iniciales pretensiones.

Por último y en cuanto al fin de la transacción: dar término al conflicto que enfrenta a las partes, éste se cumple cuando se da fin o se evita el pleito ya comenzado o el que podría iniciarse. Esta finalidad no siempre se cumple en la mediación, como en el caso de que el acuerdo alcanzado fuera un acuerdo parcial²⁹, que no resolviera todo el objeto de la polémica dejando abierta en parte la vía judicial o que ni siquiera lo resolviera a pesar de existir acuerdo. A modo de ejemplo, así sucedería cuando dos sujetos unidos por una relación de tracto sucesivo en la que surgiera un conflicto y que como consecuencia del mismo decidieran dar por finalizada la relación contractual que los une, consiguieran alcanzar a través de la mediación un acuerdo que sólo incluyera continuar con la relación contractual preexistente sin perjuicio de que sean los Tribunales los que resuelvan el conflicto puntual que en el seno de esa relación los enfrenta y sobre los que no consiguen alcanzar un acuerdo que vaya más allá de salvar la propia relación³⁰.

A pesar de todo lo expuesto, somos conscientes de que en la práctica seguida hasta ahora, marcada por la falta de una norma concreta que regule qué sea con exactitud la mediación, qué eficacia tiene lo decidido en la mediación y por medio de qué vías alcanza esa eficacia; con esos mimbres es difícil encontrar las diferencias entre este acuerdo y el contrato de transacción, si sólo nos limitamos a analizar la premisa, el medio y el fin³¹. Si bien conviene no olvidar un elemento que en modo alguno es baladí³²,

²⁹ F. MARTÍN DIZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., p. 125.

³⁰ Aunque quizás esto último linde con la esfera de lo que MARTÍN DIZ cataloga de mediación terapéutica a las que el autor sitúa fuera del ámbito de la mediación como mecanismo complementario a la jurisdicción. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, pp. 61 y 64.

³¹ A mayor abundamiento lo ya destacado de las páginas 101 y 109 del Informe del Consejo General del Poder Judicial.

³² La importancia del mediador y de su labor en el acuerdo de mediación viene destacada por MARTÍN DIZ, en la página 92 de su obra y ampliamente desarrolla-

cual es la presencia de un tercero cualificado en la mediación que no aparece en la regulación del contrato de transacción. El mediador es consustancial a la mediación y al acuerdo final, aunque éste lo celebren las propias partes enfrentadas. Dos cuestiones evidencian la importancia de su presencia: de una parte en cuanto al contenido mismo del acuerdo de mediación y, de otra, el valor o eficacia que este acuerdo tenga merced a la intervención del mediador. Sin ánimo de discutir la participación neutral e imparcial del mediador o el hecho de que no proponga soluciones al conflicto, su neutralidad no debería ser confundida con su insignificancia en el acuerdo. En atención a los conocimientos y habilidades que se presumen o mejor dicho, que se deberán de exigir en la futura norma que reúna el mediador, no parece acertado concluir que el contenido del acuerdo *autocompositivo* sería el mismo con o sin la asistencia de éste³³. El mediador es una figura crucial en el desarrollo de la mediación, aun cuando sea, recordemos una vez más, desde la neutralidad y la imposibilidad de imponer soluciones. Una materia básica es que la presencia de un mediador garantiza los principios de igualdad y contradicción entre las partes desde el respeto mutuo, circunstancia que en un contrato de transacción no quedan garantizadas *a priori* sin perjuicio de que quede abierta la posibilidad de impugnación posterior de lo acordado (artículo 1.817 C.c.). Su conocimiento del derecho y del procedimiento de mediación, además de las habilidades mediadoras necesariamente han de reflejarse en el contenido del acuerdo facilitando, por ejemplo, que haya acuerdos de mediación que supongan una simple renuncia o allanamiento fruto del sinceramiento de una parte, sin necesidad de recibir del otro una recíproca concesión. Por último, la participación del mediador, asegurará que lo acordado por las partes es el fruto de una adecuada negociación y que el

da a lo largo de todo el capítulo número dos de la parte primera, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., pp. 169 a 221.

³³ El exacto conocimiento de la figura de la mediación y de la labor del mediador ha de venir completado desde una perspectiva psicológica imprescindible para lo cual puede consultarse la obra de R. de Diego Vallejo y A. Guillén Gestos, *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ediciones Pirámides, Madrid, 2010 (Profesor Titular y Catedrático del área de psicología social).

contenido fijado por los contendientes respeta la legalidad vigente, garantía de la que carece el contrato de transacción. Entendemos que el contrato de transacción, por el contrario, sí aparecerá en todos los casos en los que las partes tras seguir la mediación celebran un acuerdo final que no es llevado a la firma por el mediador o que éste no acepta firmar³⁴, aquí ya encontramos claros indicios de conexión aunque salvando siempre que el acuerdo celebrado reúna los requisitos esenciales para la existencia de una transacción que conocemos como premisa, medio y fin.

Otro planteamiento sería pensar que el acuerdo de transacción pudiera ser un subtipo de transacción, por eso en la proyectada y frustrada propuesta de modificación del artículo 1.816 C.c. quedaba equiparada a la transacción judicial en cuanto al reconocimiento de la vía de apremio. Con ocasión de estudios anteriores sobre el contrato de transacción tuvimos la oportunidad de afirmar que cuando en el capítulo primero del título decimotercero del libro cuarto del Código civil se desarrolla bajo la rúbrica *De las transacciones*, este plural no es casual, sino que hace alusión a una diversa tipología de contratos de transacción lo que justifica que deba de hablarse de transacciones en plural³⁵. El propio texto normativo, artículo 1.816 C.c., incluye entre las diferentes tipologías posibles en los contratos de transacción la consideración de la figura de la transacción judicial como contraposición a la transacción extrajudicial³⁶ otorgando sólo a las primeras la vía de apremio, al tiempo que la Ley

³⁴ La mediación es un mecanismo de solución de conflictos al margen de la vía judicial que otorga libertad a las partes, pero que no les garantiza que se culmine con éxito, o lo que es lo mismo, con la celebración de un acuerdo final, como sí existe el laudo al final del procedimiento de arbitraje.

³⁵ Cabría distinguir entre transacción judicial y transacción extrajudicial. O entre transacción novativa extintiva y transacción no novativa y dentro de esta última categoría entre transacción mixta o transacción simple. E. LÓPEZ BARBA, *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, cit., pp. 121 a 185.

³⁶ El término transacción extrajudicial no está recogido expresamente en la ley, pero es el que de forma generalizada utiliza la doctrina científica y la jurisprudencia para referirse a ese tipo de acuerdo de transacción que no es judicial, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2009.

de Enjuiciamiento civil de 2000 contempla sus especiales requisitos de forma en el artículo 19.2. Qué sea exactamente un contrato de transacción judicial no lo aclara el Código civil³⁷ pero es un concepto que paulatinamente ha ido conformando la jurisprudencia³⁸, que ha establecido los criterios que han de concurrir para considerar a una transacción como judicial y, en consecuencia, sujeta a la vía de apremio. La expresada consecuencia legal relativa a la vía de apremio no puede, en modo alguno, considerarse intrascendente por cuanto otorga importantes efectos a la transacción judicial que adquiere, así, una suerte de garantía en orden al recto cumplimiento de lo acordado frente al resto de transacciones, las no judiciales. El artículo 517 LEC de 2000 reconoce a la transacción judicial acción ejecutiva y la considera título ejecutivo, por lo que sin perder en ningún momento su carácter contractual goza de la categoría de acto procesal.

De este modo, no habrá transacción judicial sino cuando concurren los siguientes requisitos:

Primero- Que exista un proceso pendiente ante el Poder Judicial al que la transacción pretende poner fin³⁹.

Segundo- Que la transacción sea incorporada al proceso en marcha⁴⁰.

Tercero- Que la transacción sea autorizada por el Juez que hasta entonces venía conociendo del asunto controvertido, que

³⁷ Tampoco se contempla en la LEC de 2000, pese a regular la transacción judicial ex artículos 19.2; 22; 415; 517.

³⁸ Son un hito en la formación del concepto del contrato de transacción judicial y clave en cada una de las tres fases que se han ido sucediendo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1911; 21 de abril de 1942; 10 de julio 1969. De acuerdo con esta última sentencia resulta el pronunciamiento de la STS de 8 de julio de 2008 “la transacción judicial, con el mismo efecto ejecutorio que una sentencia (art. 1.816) es aquella que queda incorporada al proceso, aprobada por resolución judicial y produce los efectos propios del acto procesal que termina el proceso, quedando resuelta la *res dubia* que se trató en el mismo”. Sentencia Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010.

³⁹ Pues si las partes no han iniciado la vía judicial para resolver sus controversias, el acuerdo al que lleguen no puede ser catalogado como transacción judicial.

⁴⁰ Si la transacción no se incorpora al proceso judicial, aunque éste esté en marcha no se convierte en judicial STS 30 de noviembre de 2009.

dará fin a las actuaciones judiciales mediante auto y no por sentencia⁴¹.

Pero tampoco nos parece el modo más adecuado deducir que el acuerdo de mediación tiene fuerza ejecutiva porque junto a la transacción judicial y previa modificación del Código civil se extiende esta eficacia. La posibilidad de la vía de apremio debiera venirle por las garantías que ofrece que el acuerdo haya sido adoptado en el seno de un procedimiento de mediación⁴², por la valiosa intervención del mediador y porque éste sea expresamente el poder que le otorgue la futura norma que lo regule⁴³, sin perjuicio de la pertinente modificación que haya de producirse en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, sería preciso reflexionar a la luz de lo que contemple la futura norma cuánto de naturaleza pública tiene lo resuelto a través de la mediación aunque sean las propias partes las que hayan dado contenido al acuerdo. Del valor que se dé a lo finalmente resuelto en la mediación para el caso de ejecución por incumplimiento de una de las partes dependerá el poder de esta institución y a la postre sus posibilidades de éxito⁴⁴.

Como ya estudiáramos en el año 2000, desde los orígenes de la institución del contrato de transacción en el Derecho romano, cualquier regulación hecha sobre esta figura viene inevitable-

⁴¹ Homologación mediante Auto emitido por el órgano judicial que conocía del asunto.

⁴² Sin perder de vista que ha de tratarse de un procedimiento sencillo, ágil, eficaz y económico pues de lo contrario desnaturalizaría la figura de la mediación y en cualquier caso voluntario pues de lo contrario vulneraría el artículo 24.1 de la Constitución Española que propugna el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁴³ El informe del Consejo General del Poder Judicial vaticina que la declaración de los derechos y obligaciones que hacen las partes en la controversia y tras el acuerdo de mediación habrá de estar revestido de *auctoritas, por imperativo de la Ley*, p. 17.

⁴⁴ F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, cit., p. 126. "De ahí que uno de los elementos que deben reforzar la construcción de una teoría general de la mediación sea la de dotar de verdadera eficacia jurídica y legal al acuerdo logrado a través de la mediación. Si el acuerdo obtenido en mediación para resolver un litigio tiene un valor jurídico cierto, la mediación se verá obviamente impulsada, será un acicate y un incentivo que acreciente su consideración y estabilidad...".

mente unida al reconocimiento de su eficacia igual a la de la cosa juzgada⁴⁵. Sin embargo, qué deba entenderse por esta eficacia reconocida al contrato de transacción no está claro. Existen interpretaciones diversas, incluida la de quienes abogan por la desaparición de este precepto por entender que está vacío de contenido, que es inútil, pues no aporta nada nuevo que no quede ya regulado por los artículos 1.091 y 1.278 C.c.⁴⁶. En la posición opuesta se encontrarían quienes piensan que de acuerdo con lo declarado en el artículo 1.816 C.c., los sujetos que han intervenido en una transacción que ha dado término a un asunto conflictivo adquieren una excepción igual a la excepción de cosa juzgada, sin embargo, la doctrina procesalista se ha encargado de demostrar lo insostenible de esta interpretación en el Derecho español⁴⁷. De este modo, y de acuerdo con COLIN Y CAPITANT⁴⁸, la excepción de transacción no se apartaría de la que se origina de cualquier otro contrato, por el que las partes quedan sujetas a una determinada obligación de la que después no pueden desvincularse unilateralmente⁴⁹. La exi-

⁴⁵ Derecho romano C. 2, 4, 20. Derecho de las Partidas ley 34, título 14, Partida quinta, Proyecto de Código civil de 1836 – artículos 1.644 y 1.645 –, de 1851 – artículo 1.726 –, Anteproyecto de Libro IV – artículo 12 –. De la misma forma en el Derecho comparado, Código civil francés de 1804 – artículo 2.052 – y Código civil italiano de 1865 – artículo 1.772 –.

⁴⁶ A. Moxo Ruano, “Notas sobre la naturaleza de la transacción”, *Revista de Derecho Privado*, 1950, pp. 673 a 694, esp. p. 691; J. Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo II, Vol. II, segunda edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 638.

⁴⁷ A. de la Oliva Santos y M.Á. Fernández López, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, tercera edición, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 275. F. Ramos Méndez, *Enjuiciamiento civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1997, p. 484. J. Montero (et allí), *Derecho jurisdiccional*, novena edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 304. F. Peláez Sanz, *La transacción. Su eficacia procesal*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 165.

⁴⁸ A. Colin y H. Capitant, *Curso elemental de Derecho civil*, Traducido al castellano de la segunda edición francesa por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas de D. de Buen, Tomo IV, reimpresión de la tercera edición revisada por F. Ortega Lorca, Reus, Madrid, 1984, p.991.

⁴⁹ Caso de desvincularse ambas partes de común acuerdo de lo contenido en el contrato de transacción, no sería una negación a la eficacia de la cosa juzgada de la transacción, sino el resultado del mutuo disenso o de una novación del contrato.

stencia de una previa transacción no evita un pronunciamiento judicial posterior sobre el fondo del asunto, a la manera de la *exceptio rei judicatae*, pero sí permite que como contraposición de la excepción de transacción celebrada el pronunciamiento judicial que sobre el fondo haya de realizar el Juez no se separe de lo acordado en la transacción – siempre que ésta haya sido eficaz y válidamente celebrada – en virtud de la *exceptio litis per transactionem finitae*. Recuérdese que entre los elementos esenciales para la existencia del contrato de transacción estaba el deseo de poner definitivamente fin a la controversia que enfrentaba a las partes, lo que por efecto del propio contrato se convierte en una barrera infranqueable para cualquiera de los contratantes que unilateralmente pretendan dar nueva vida al conflicto ya zanjado, reabriéndolo en la vía judicial⁵⁰. Según GROPALLO⁵¹, de nada serviría este contrato si no se dedujera como una consecuencia lógica del mismo la imposibilidad de utilizar mecanismos legales que dieran en el futuro nueva vida a la polémica, a la manera de la reapertura de la vía judicial. A esta realidad de la *exceptio litis per transactionem finitae* en el caso de la transacción judicial se suma la especialidad de la vía de apremio para el caso de incumplimiento de lo acordado⁵² por una de las partes⁵³. Eficacia y valor ejecutivo del acuerdo de mediación que la propia Ley de mediación debería resolver por sí mismo sin necesidad de recurrir a la modificación del Código civil.

Otra cuestión importante que la proyectada norma debería de aclarar es la relativa al régimen de ineficacia del acuerdo de mediación – en atención a su especial eficacia –, las concretas causas de ineficacia y el procedimiento y órganos competentes para resolverlo. Aun cuando opinemos desde la ausencia de un texto legal de referencia, es fácil concluir que cuanto más limitadas sean las posibilidades de impugnación con éxito del acuerdo de mediación más fuerte resultarán las decisiones adoptadas en el mismo, lo que favorecerá si duda su presencia y permanencia con éxito en el panorama de los mecanismos de solución de conflictos extraprocesales.

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO*

BASES JURÍDICAS PARA LA MEDIACIÓN PROPOSITIVA,
CUANDO EN LA CONTROVERSIA INTERVIENE
UN SUJETO ESPAÑOL

SUMARIO: I. Premisa: la pluralidad de Ordenamientos civiles en España. II. La vecindad civil como criterio de determinación del Derecho civil aplicable a cada español. III. El Derecho inter-regional en España: principios y normas de conflicto.

Mediación es término con el que se hace referencia a un modo de resolver los conflictos jurídicos entre particulares, por medios distintos al tradicional del recurso al Juez o árbitro. Más concretamente, se trata de procurar la resolución de los mismos a través de la actuación de un tercero, que no es Juez ni árbitro, cuya función es, o bien ayudar a las partes a que alcancen por sí mismas un acuerdo amistoso a su disputa (mediación compositiva o facilitativa), o bien formular él directamente una propuesta de resolución a la controversia, aunque no sea vinculante para las partes (mediación propositiva o evaluativa)¹.

Estas páginas se centran en la segunda modalidad de mediación señalada, y tratan de apuntar algunas premisas jurídicas a tener en cuenta a la hora de llevarla a cabo. Lo que se justifica al considerar que si bien el mediador no ejerce funciones de Juez, no cabe tampoco pretender que al tiempo de elaborar su propuesta de resolución no deba de tomar en consideración las normas jurídicas relacionadas con el caso. Esto es así por dos razones.

* Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla (España).

¹ C. CICERO, *L'opposizione dell'avvocatura all'obbligatorietà del ricorso alla mediazione*, en *Quaderni di conciliazione*, n. 1, 2011, 74.

En primer lugar, porque las pretensiones de cada una de las partes con toda seguridad estarán en buena medida sustentadas en lo que tales normas disponen al respecto, o al menos en lo que las partes creen que aquéllas disponen. Pues en todo conflicto de intereses los criterios culturales de las partes están siempre presentes, y el aspecto jurídico, aunque sea de un modo más o menos inconsciente, es una parte importante de la cultura.

Y en segundo lugar, porque la propuesta de solución que en este caso formule el mediador es natural pensar que no será aceptada por las partes en conflicto si la composición que les presenta está demasiado alejada o desconectada de lo que ellas consideran estatuyen las normas jurídicas.

En la mediación propositiva o evaluativa, por tanto, el mediador ha de tener un cierto conocimiento de las normas con que las partes cuentan cuando se someten a mediación, pues sólo así podrá entender sus planteamientos y sólo así podrá formular una composición de los intereses en disputa que resulte aceptable para las partes.

Pues bien, en un mundo tan globalizado como el actual es perfectamente posible, y probable, que se presenten ante el mediador conflictos entre personas de nacionalidad distinta. ¿Cuáles son las premisas jurídicas del sujeto extranjero de esa controversia? Más concretamente, estas páginas se redactan pensando en una disputa entre un italiano y un español. ¿Cuáles son las normas a partir de las que el español ha formado su idea y sus expectativas en la controversia? Este trabajo pretende proporcionar al mediador italiano algunas bases para entender el funcionamiento del sistema civil en España.

1. Premisa: la pluralidad de Ordenamientos civiles en España. – Una de las características más singulares del Derecho civil en España, que encuentra su explicación en razones históricas, es su falta de uniformidad². En España el Derecho civil no es único, sino que está compuesto por una pluralidad de sistemas civiles distintos, que coexisten. Resultando entonces que no todos los españoles se rigen por el mismo Derecho civil.

A esta realidad es a la que se hace referencia cuando en el contexto del Derecho español se habla de Derecho civil común y de Derechos civiles forales, regionales o autonómicos. Alu-

diéndose, con la primera de esas expresiones – Derecho civil común –, al Derecho civil de origen estatal, al Código civil español, que se aplica con carácter general en España salvo que exista Derecho foral aplicable; y con las otras expresiones – Derecho civil foral, regional o autonómico –, al Derecho civil particular propio de algunas regiones de España.

Los territorios o regiones de España con Derecho civil propio o particular son los siguientes:

- a) Galicia: comprende el territorio propio de la actual Comunidad autónoma del mismo nombre³. En él rige el Derecho civil foral de Galicia.
- b) Tierra Llana o Infanzonado: comprende toda la provincia de Vizcaya – excepto Bilbao, Orduña y otras doce villas, que se rigen por el Derecho civil común (estatal) – y también los municipios de Llodio y Aramayona, en la provincia de Alava. En este territorio rige el Fuero de Vizcaya.
- c) Tierra de Ayala: territorio de dimensión muy reducida, se limita a varios términos municipales y localidades dentro de la provincia de Alava. Se rige por el Fuero de Ayala; en el resto de la provincia de Alava rige el Derecho civil común.
- d) La provincia de Guipúzcoa ha sido tradicionalmente territorio de Derecho civil común, es decir de aplicación del Código civil español (estatal), sin perjuicio de unas pocas singularidades que constituyen el Fuero de Guipúzcoa, que en tiempos recientes se han visto sin embargo incrementadas.
- e) Navarra: comprende el territorio de su provincia. Regido por el Fuero de Navarra.
- f) Aragón: abarca las tres provincias que componen esta región o Comunidad autónoma. Se rige por el Derecho civil foral de Aragón.

² Sobre esto, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 1, Madrid 2005, 317 ss; GOMA SALCEDO, *Instituciones de Derecho civil común y foral*, t. I, Barcelona 2004, 53 ss.

³ Las Comunidades Autónomas son las entidades territoriales en que tras la Constitución de 1978 se organiza políticamente España, dotadas de autonomía legislativa y competencias ejecutivas, así como de capacidad de administrarse mediante representantes propios.

- g) Cataluña: comprende las cuatro provincias de la región o Comunidad autónoma de ese nombre⁴. Se rige por el Derecho civil de Cataluña.
- h) Baleares: dentro de las islas hay que distinguir, por un lado Mallorca, por otro Menorca, y por otro Ibiza y Formentera. Cuenta cada una con instituciones civiles particulares, recogidas en el Derecho civil de las Islas Baleares.
- i) Extremadura: esta Comunidad autónoma no tiene, en general, Derecho civil propio, aunque en determinadas poblaciones de la misma se aplica el Fuero del Baylío⁵.

Considerando la situación actual, tenemos que la Constitución española de 1978 proclama en su art. 149.1.8 que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil, pero que esto es sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan. Aunque estableciendo que en todo caso son de competencia exclusiva del Estado las reglas sobre aplicación y eficacia de las normas jurídicas, formas de matrimonio (no su régimen económico), ordenación de los Registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, si bien esto último con respeto a la normas de Derecho foral.

Esto supone que la cuestión se establece hoy sobre las siguientes premisas. En primer lugar, que la Constitución reconoce y consagra la pluralidad de Ordenamientos civiles dentro de España. Y en segundo lugar, que se atribuye capacidad legislativa sobre los Derechos civiles particulares o forales a los Parlamentos de las Comunidades autónomas en que tales Derechos civiles existan.

⁴ Sin perjuicio de Derechos locales de poblaciones o comarcas concretas: Barcelona, Tortosa, Campo de Tarragona, Obispado de Gerona, Valle de Arán, Pallares Subirá y Cuenca del Tremp.

⁵ Alburquerque, Jerez de los Caballeros y otras, y además parece que se aplica también en Ceuta (territorio español situado en el norte de Africa, al otro lado del estrecho de Gibraltar). Sobre este Derecho y su contenido, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *El fuero del baylío: Su erivencia y contenido en parte de Extremadura*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2003, 2655 ss.

No todas las Comunidades autónomas, ahora bien, tienen competencia para legislar en materia civil, sino sólo aquellas que en el momento de promulgar la Constitución tenían compilado su Derecho foral: Galicia, País vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares⁶.

Hoy, por tanto, los Derechos forales son el Derecho civil propio de determinados territorios dentro de España, y constituyen sistemas civiles distintos e independientes del Derecho civil estatal. Los Derechos forales no se insertan dentro del sistema del Derecho civil estatal como normas excepcionales o privilegiadas, sino que constituyen un Derecho civil distinto, que en su territorio juega el mismo papel que el Derecho civil común en el suyo.

Hoy las relaciones entre el Derecho civil común (estatal) y los Derechos civiles forales, o de éstos entre sí, no se organizan con criterios de jerarquía sino de competencia material y de territorio, de acuerdo a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad con Derecho foral. Lo que supone que en las materias civiles que sean de competencia de una Comunidad autónoma, las leyes dictadas por ésta son las únicas aplicables, con el mismo valor y eficacia que las estatales tienen en las materias y territorio de su competencia⁷.

⁶ Pero además algunas otras Comunidades autónomas, a pesar de que no tenían en ese momento Derecho foral escrito sino sólo consuetudinario – Valencia; Extremadura, tal vez Asturias – han hecho también alguna mención en ese sentido en sus Estatutos. Esto ha dado luego lugar a que se haya discutido la constitucionalidad de algunas de las normas dictadas sobre tal base: vid. Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) de 28-9-1992 (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi RJ 121/1992).

⁷ Lo expuesto en el texto es cuestión pacífica. Otra cosa es determinar si las Comunidades autónomas con Derecho foral tienen competencia para legislar en cualquier materia civil, o si sólo la tienen en un ámbito más reducido. El art. 149.1.8 de la Constitución habla de competencia de las Comunidades autónomas para “*la conservación, modificación y desarrollo*” de los Derechos forales, allí donde existieran al tiempo de la promulgación de la Constitución. ¿Cuál es el sentido de esta expresión? Existen varias posibilidades:

a) Considerar que los Derechos forales existentes al tiempo de la Constitución de 1978 se mantienen y no se pueden derogar por el Estado, pero que las Comunidades autónomas sólo pueden adaptarlo a los cambios sociales, para así conservarlo, pero nada más.

Resulta así que el Derecho civil en España está integrado actualmente por una pluralidad de subconjuntos de distinto ámbito territorial – el Derecho civil común o estatal, y los Derechos civiles forales, regionales o autonómicos⁸ –, cada uno con sus principios y sus fuentes propias⁹.

-
- b) Considerar que la competencia legislativa de las Comunidades autónomas forales se limita a sus instituciones civiles peculiares – las reguladas tradicionalmente en su Derecho foral (más o menos, las de las Compilaciones de Derecho civil foral elaboradas entre 1959 y 1973) –, aunque ello les permite no sólo conservar esas instituciones sino modificarlas y desarrollarlas, con gran amplitud. No pueden, sin embargo, legislar sobre otras cuestiones civiles, al margen del dato histórico (un compendio de las principales instituciones forales tradicionales puede verse en FERNANDEZ DOMINGO, *Curso de Derecho civil foral*, 2ª ed. revisada, Madrid 2005).
- c) Considerar que, salvo las materias civiles que el art. 149.1.8 de la Constitución de 1978 reserva en exclusiva al Estado, las Comunidades autónomas forales pueden legislar en cualquier otra materia civil.

La primera explicación está descartada, porque no es conciliable con el propio concepto de Derecho (expresión que aquí equivale a Ordenamiento jurídico), que no es sólo un elenco de materias a conservar “en un museo” sino el producto histórico de la capacidad para darse normas propias de determinados territorios; y porque no parece conforme con la Constitución de 1978. Pero la decisión entre las otras dos es polémica. Aunque hoy el entendimiento dominante es que la competencia legislativa de esas Comunidades autónomas no se restringe a las materias reguladas en las Compilaciones, ya que la capacidad de legislar supone la posibilidad de innovar. Y el Tribunal Constitucional ha resuelto que las Comunidades autónomas forales pueden legislar sobre instituciones que no estén integradas entre las suyas tradicionales, siempre que presenten algún tipo de conexión con ellas: STC 12-3-1993 (RJ 88/1993). Y que, en ese marco, las Comunidades autónomas pueden desarrollar su Derecho civil propio con la misma libertad con que las Cortes generales pueden modificar y desarrollar el Derecho civil común (estatal).

⁸ Las principales leyes civiles forales o autonómicas son hoy las siguientes: Comunidad autónoma de Galicia: Ley del Parlamento gallego 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Comunidad autónoma del País vasco: Ley del Parlamento vasco 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral vasco. Comunidad autónoma de Navarra: Ley 1/1973, de 1 de marzo, de la Jefatura del Estado, que aprueba la Compilación de Derecho civil de Navarra (Fuero Nuevo). Comunidad autónoma de Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, que aprueba el Código de Derecho foral de Aragón. Comunidad autónoma de Cataluña: En la idea de elaborar un Código de Derecho civil de Cataluña dividido en seis libros, a partir del año 2002 se inicia un

Aunque hay también numerosas e importantes materias civiles reguladas por normas estatales de aplicación general a toda España, contenidas en parte en el Código civil y en parte en otras leyes especiales.

Por supuesto, la Constitución es norma superior a todas las leyes, sean estatales o forales, y por tanto también éstas han de acomodarse a la Constitución.

II. *La vecindad civil como criterio de determinación del Derecho civil aplicable a cada español.* – ¿Cuál es el criterio que determina qué Derecho civil es aplicable a cada español? Ese criterio es la vecindad civil, factor cuya operatividad es determinar por qué Derecho civil – si por el común (estatal) o por uno foral (regional, autonómico) – se ha de regir cada uno de los españoles (art. 14.1 Cc). Todos los españoles, por tanto, tienen una vecindad civil (y sólo una).

Es importante destacar esto, pues aunque cada uno de los Derechos civiles que coexisten en España tiene un territorio propio, eso no significa que las normas de cada uno de ellos se apliquen a todos los que viven en él. Esto no es así. Hay personas que viven en un determinado territorio y sin embargo no se rigen por el Derecho civil propio del mismo, si no tienen esa vecindad civil.

Vecindad civil, que es cosa distinta de la vecindad a efectos políticos, y de la vecindad administrativa. La vecindad política

proceso en ese sentido, habiéndose a fecha de hoy aprobado ya cinco libros: Libro I – Disposiciones generales: Ley del Parlamento de Cataluña 29/2002 –; Libro II – Persona física y familia: Ley 25/2010 –; Libro III – Persona jurídica: Ley 4/2008 –; Libro IV – Sucesiones *mortis causa*: Ley 10/2008 –; Libro V – Derechos reales: Ley 5/2006 –. Queda por hacer sólo el Libro VI, relativo a Obligaciones y contratos, que es materia que hoy se sigue rigiendo por lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1/1984, que integra la Compilación de 1960. Comunidad autónoma de las Islas Baleares: Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, del Gobierno balear, que aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de Baleares de 1961.

⁹ El art. 149.1.8 de la Constitución establece que el Derecho civil estatal es supletorio de los Derechos civiles autonómicos. Pero, aunque añade también que la determinación de las fuentes del Derecho es competencia exclusiva del Estado, precisa que esto será con respeto a las normas sobre fuentes de los Derechos forales.

atañe a los derechos políticos en el marco de una Comunidad autónoma. La vecindad administrativa afecta a cuestiones de Derecho público-administrativo¹⁰. Y la vecindad civil es relevante en orden al sometimiento de un español a un Derecho civil u otro, de entre los varios existentes en España. Cada una de esas vecindades es independiente de las demás, y pueden coincidir o no en un sujeto¹¹.

La determinación de los modos de adquirir la vecindad civil corresponde en exclusiva al legislador estatal, dada la reserva que hay a su favor de la regulación de las normas para resolver los conflictos de leyes (art. 149.1.8 de la Constitución)¹².

Los modos de adquirir la vecindad civil se establecen en el Código civil español (arts. 14 y 15): por filiación; por atribución por parte de los padres; por el lugar de nacimiento; por opción; por residencia. Los analizamos brevemente a continuación¹³.

A) Adquisición por filiación (*iure sanguinis*) (art. 14 – n. 2 y 3 – C.c.): los hijos de padres que tengan la misma vecindad civil (común o foral), adquieren al nacer esa vecindad. Este criterio es aplicable también en el caso de adopción de menores no emancipados.

¹⁰ Prueba de lo dicho es que el art. 2 de la Ley balear de 28-6-1990, que reformaba su Compilación disponiendo que esas normas se aplicarían a quienes residieran en ese territorio sin necesidad de probar su vecindad civil, ha sido declarado inconstitucional por STC 6-5-1993 (RJ 156/1993).

¹¹ Así, por ejemplo, un español puede tener vecindad civil catalana y vecindad administrativa en Madrid, si tiene en esta ciudad su residencia habitual: a efectos administrativos, entonces, se le aplicarán las normas oportunas de Madrid, pero a efectos civiles se regirá por el Derecho civil catalán. O también: un sevillano puede residir en Zaragoza (Aragón), y tener allí vecindad administrativa y política – y por tanto podrá votar en las elecciones al Parlamento de Aragón – pero no tener vecindad civil aragonesa sino común (Sevilla es ciudad situada en territorio de Derecho civil común), en cuyo caso no se regirá por el Derecho civil aragonés sino por el Derecho civil español común, por el Código civil español.

¹² SSTC 6-5-1993 (RJ 156/1993) y 8-7-1993 (RJ 226/1993).

¹³ Sobre esto, vid. LACRUZ BERDEJO *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. 2, Madrid 1998, 186 ss.; BERCOVITS RODRIGUEZ-CANO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, t. I, vol. 2, Madrid 1995, 1201 ss.

Esta norma, ahora bien, opera sólo cuando se pueda aplicar respetando el principio de igualdad de los progenitores¹⁴. Es decir, que para que se aplique es preciso que ambos tengan la misma vecindad civil. O que la filiación se determine sólo con respecto a uno de ellos, o con respecto a uno antes que con respecto al otro (*prior in tempore, potior in iure*). O que al tiempo del nacimiento haya muerto uno de los progenitores (el padre). O que uno de ellos sea español y el otro extranjero, y al hijo se atribuya nacionalidad española.

B) Adquisición por atribución de los padres (art. 14.3 C.c.): si la filiación está determinada con respecto a ambos progenitores y los dos son españoles pero no tienen la misma vecindad civil, el criterio anterior no es aplicable. Pero los padres pueden entonces atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos, mediante decisión voluntaria suya declarada ante el encargado del Registro Civil durante los seis meses siguientes al nacimiento o adopción¹⁵.

Esta atribución es una decisión que ha de adoptarse con arreglo al régimen de la patria potestad¹⁶. Y así, siendo hoy el ejercicio de ésta conjunto como regla (art. 156 C.c.), de ello resulta que exige la voluntad conforme de ambos progenitores. No es válida, por tanto, la voluntad manifestada por uno y el consentimiento tácito del otro, ni la decisión de uno justificada en base al uso, a las circunstancias o a la urgente necesidad. Ni cabe tampoco, en caso de desacuerdo entre los progenitores, acudir al Juez para que resuelva ex art. 156.2 C.c. En este caso, la disputa se zanjará aplicando el criterio supletorio de atribución de vecindad establecido en el Código civil que a continuación reseñamos.

¹⁴ Antes de la reforma del Código civil en 15-10-1990 (Ley 11/1990, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo), los hijos adquirirían la vecindad civil del padre.

¹⁵ Es posible que los padres atribuyan una vecindad civil distinta a cada uno de los hijos.

¹⁶ Si la patria potestad se ha atribuido a uno solo de los progenitores, o la ejerce uno solo (art. 156 C.c.), la facultad de atribución corresponde sólo a él, aunque puede hacerlo a favor de la vecindad civil del otro.

C) Adquisición por lugar de nacimiento (*iure soli*) (art. 14.3 C.c.): no siendo aplicables los criterios anteriores, el hijo tendrá la vecindad civil correspondiente al lugar de nacimiento, esto es tendrá vecindad civil común o foral (la que corresponda) en función de si ha nacido en territorio común o foral¹⁷. Esta solución, como se ha dicho, opera sólo en defecto de las anteriores, pero en la práctica está teniendo una operatividad creciente, dado que cada vez son más los casos de progenitores con vecindad civil distinta y que además no hacen uso – por desconocimiento – de la facultad de atribución de vecindad civil al hijo por decisión voluntaria suya.

Cuando el hijo haya nacido fuera de España, o cuando no haya certeza del lugar de nacimiento, la persona tendrá vecindad civil común (art. 14.3 C.c.).

D) Adquisición por opción: el Código civil contempla en determinados casos la posibilidad de adquirir vecindad civil por opción del sujeto interesado, ejercitada ante el encargado del Registro Civil. Esos supuestos son los siguientes:

- a) El hijo (art. 14.3 C.c.), desde que cumpla catorce años y hasta un año después de su emancipación, puede optar por la vecindad civil de su lugar de nacimiento o por la última de cualquiera de sus padres (la que tenga en ese momento)¹⁸.
- b) El cónyuge no separado (art. 14.4 C.c.): hasta la reforma del Código civil en 15-10-1990, la mujer, al casarse, adquiría la vecindad civil del marido. Hoy el matrimonio no modifica la vecindad civil que tengan cada uno de los contrayentes en ese

¹⁷ En cuanto al lugar de nacimiento, la Ley del Registro Civil de 8-6-1957 establece (art. 16) que la solicitud y práctica de las inscripciones se podrá efectuar en cualquier Oficina del Registro Civil, con independencia del lugar en que se produzca el hecho, considerándose entonces como lugar de nacimiento el del municipio en cuyo Registro Civil se haya practicado la inscripción, lo que supone que el lugar real de nacimiento no es decisivo. La Ley 20/2011, de 21-7-2011, del Registro Civil, sin embargo, establece simplemente (art. 49) que en la inscripción de nacimiento se hará constar, entre otros datos, el lugar de nacimiento.

¹⁸ Si el hijo no está emancipado ha de realizar esa declaración asistido por su representante legal. Si se trata de los padres y la patria potestad se ejerce conjuntamente, habrá de estar asistido por ambos.

tiempo. Pero los cónyuges no separados – ni judicialmente ni de hecho – pueden en cualquier momento optar por la vecindad civil del otro¹⁹. Este cambio no altera su régimen económico, que seguirá siendo el mismo que tenían (arts. 16.3 y 9 – n. 2 y 3 – C.c.).

- c) Los extranjeros que adquieran nacionalidad española (art. 15 C.c.), al tiempo de inscribir en el Registro Civil su nueva nacionalidad deben optar por alguna de las vecindades civiles siguientes: la del lugar de residencia, la del lugar de nacimiento, la última de cualquiera de sus progenitores o adoptantes, o la del cónyuge. Normalmente no todas esas opciones son posibles, pero al inscribirse en el Registro Civil como español debe decidirse por una de ellas²⁰.

E) Adquisición por residencia (art. 14.5 C.c.). Además de por las vías señaladas, la vecindad civil se adquiere también por residencia continuada durante un tiempo en territorio español distinto al propio de la vecindad civil que se tenga²¹. La residencia ha de ser continuada y legal. La idea de continuidad, en la práctica se concreta en la noción de domicilio habitual, y precisa que no haya intervalos que supongan ruptura de la misma. El carácter legal de esa residencia no se identifica con tener vecindad administrativa: estar empadronado en un municipio es un indicio de residencia legal, pero no requisito imprescindible; la prueba de la residencia se puede hacer por cualquier medio admitido en Derecho.

El tiempo de residencia varía en función de las circunstancias: 1º) dos años, si el interesado manifiesta su voluntad de

¹⁹ Esta posibilidad responde a la idea de unidad familiar, que tradicionalmente fue principio rector en este tema. Hoy ya no lo es, aunque haya puntos en que se mantenga, como éste.

²⁰ Los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades (Cataluña: art. 14.2; Baleares: art. 9.3), y algunas leyes civiles forales (Fuero nuevo de Navarra: ley 13; Ley vasca 3/1992: art. 16.2) disponen sin embargo otra cosa. A juicio de la doctrina (BERCOVITZ: op. cit., 1213-1218) son inconstitucionales, pero de hecho se están aplicando, al no haber sido objeto de recurso ante el TC.

²¹ No opera este mecanismo, por tanto, si la residencia es en el extranjero, o si el sujeto pasa por varios territorios dentro de España sin llegar en ninguno al tiempo requerido.

adquirir la vecindad civil propia del territorio en que reside: se requiere, por tanto, una voluntad expresa del sujeto en cuestión en ese sentido; 2º) diez años, sin declaración en contrario durante ese plazo: esta voluntad en contrario puede ser expresa, pero se discute si cabe apreciarla también a partir de declaraciones incidentales realizadas con ocasión de otros actos, v.gr. al otorgar testamento, celebrar contratos para adquirir bienes, etc., e incluso si cabe inferirla del silencio como manifestación tácita en determinadas circunstancias²². Estas declaraciones se harán constar en el Registro Civil²³.

Los expuestos en los párrafos anteriores son los modos de adquirir la vecindad civil. En la práctica, sin embargo, la prueba de la misma no es siempre cosa fácil, porque aunque se puede inscribir en el Registro Civil, no siempre se hace. Se hace preciso entonces probar la vecindad civil, para lo cual se suele recurrir a las presunciones²⁴, a las actas de notoriedad²⁵ o a la posesión de estado.

En la práctica, los tribunales suelen presumir que se tiene la vecindad civil correspondiente al lugar de nacimiento o al domicilio, sobre todo si coinciden. Pero no se consideran pruebas suficientes, al menos por sí solas, el Padrón municipal, el domicilio fiscal, el destino de los funcionarios o las certificaciones de entes administrativos.

²² Tradicionalmente se ha considerado que en este caso la adquisición de vecindad civil es automática cuando se cumple el tiempo, si no ha habido declaración de voluntad en contrario. Esto, sin embargo, tiene algunas consecuencias discutibles, como por ejemplo que un sujeto pueda adquirir otra vecindad por residencia siendo incapaz o menor; de hecho, el art. 225 del Reglamento del Registro Civil actualmente vigente, de 14-11-1958, dispone que no se computa el tiempo en que el interesado no pueda regir legalmente su persona.

²³ Del art. 14.5 C.c. no se deriva inequívocamente que la constancia registral de esas declaraciones tenga carácter constitutivo, pero la Ley del Registro Civil de 2011 sí establece expresamente (art. 68) que la inscripción de las declaraciones relativas a la vecindad civil tienen carácter constitutivo.

²⁴ Arts. 68.2 y 96 de la Ley del Registro Civil de 1957, y arts. 226 y 227 del Reglamento del Registro Civil.

²⁵ Art. 209 del Reglamento Notarial, de 2-6-1944.

III. *El Derecho inter-regional en España: principios y normas de conflicto.* – La existencia de varias legislaciones civiles dentro de España puede plantear problemas en orden a las relaciones jurídicas cuyos elementos son susceptibles de conexión con varias de esas legislaciones. Para resolver eso existe el Derecho inter-regional, que establece las reglas para determinar cuál es la legislación civil que hay que aplicar a cada una de esas relaciones conflictivas. Su objeto son las relaciones entre particulares conectadas a través de sus elementos a dos o más Ordenamientos civiles, de entre los existentes en España²⁶.

La Constitución española de 1978 (art. 149.1.8) reserva al Estado la competencia exclusiva para legislar sobre conflictos de leyes, esto es sobre Derecho internacional privado y sobre Derecho inter-regional²⁷. El criterio general adoptado en este sentido se establece en el art. 16.1 C.c. español: los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles dentro de España se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, esto es con arreglo a las normas de Derecho internacional privado²⁸.

²⁶ Castan Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. I vol. 1, Madrid 2005, 693 ss.

²⁷ El legislador estatal tiene amplia libertad a este respecto, aunque sujeta a los límites derivados de la propia Constitución. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que el art. 149.1.8 de la Constitución ha establecido una posición de paridad entre el Derecho civil común y los Derechos civiles forales, así como de éstos entre sí, y por tanto que el legislador debe garantizar la aplicación indistinta de los varios Ordenamientos civiles coexistentes, estableciendo conexiones neutras y objetivas: SSTC 6-5-1993 (RJ 156/1993) y 8-7-1993 (n. 226/1993).

²⁸ Esto es así porque el Derecho internacional privado y el Derecho inter-regional responden al mismo patrón, aunque no sean idénticos (MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*, t. I, 9ª ed., Madrid 1995, 277 ss.; PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado*, t. I, 3ª ed. Madrid, 2001, 69 ss). Las principales diferencias entre uno y otro son: a) El Derecho inter-regional se ocupa de relaciones internas (dentro de España), mientras que el Derecho internacional privado se ocupa de relaciones externas. b) Las normas de Derecho inter-regional se dictan por el Poder soberano común a toda España (Cortes generales), mientras que las normas de Derecho internacional privado no se imponen por una autoridad superior (que no existe) sino que se promulgan por el propio legislador nacional, espontáneamente o a resultas de un Acuerdo internacional.

El Derecho inter-regional procede, pues, básicamente por remisión a las normas de Derecho internacional privado, aunque no sea una remisión total sino limitada a las materias en que sea operativa, y sin perjuicio de particularidades²⁹. En especial, interesa aquí destacar que, en el ámbito del Derecho inter-regional español, la ley personal de los sujetos es la determinada por su vecindad civil. Pues ésta no es sólo el presupuesto para decidir si a una relación jurídica se aplica, por razón de las personas que intervienen en ella, el Derecho civil común o estatal (el Código civil español) o un Derecho civil foral, sino que es además el término de referencia para determinar la ley personal aplicable en los conflictos de leyes inter-regionales.

Dicho lo cual, puede apuntarse entonces que las normas de conflicto del sistema español de Derecho inter-regional, que están en el Código civil estatal, son las siguientes³⁰:

- a) En temas de capacidad y estado civil: se aplica la ley personal de los sujetos (art. 9.1 C.c.), que viene dada por su vecindad civil.
- b) En tema de familia, hay que distinguir:
 - relaciones personales: los derechos y deberes de familia se rigen por la ley personal, esto es por la de la vecindad civil de los sujetos (art. 9.2 C.c.). La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinan con arreglo a la ley aplicable a

²⁹ Se excluyen los conflictos de calificaciones, el reenvío y el orden público (art. 16.1.2 Cc), por lo siguiente (ZABALO ESCUDERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I.2, Madrid 1995, 1259 ss). Los conflictos de calificación, porque el art. 12.1 Cc – para conflictos de Derecho internacional privado – dice que la calificación se hará siempre con arreglo a la ley española, pero en nuestro caso todas las normas en juego son de Derecho civil español (sea estatal o foral); para resolver habrá que acudir, por tanto, a la naturaleza de la figura según el Derecho civil (estatal o foral) que la regule. El reenvío, porque éste es consecuencia de un conflicto negativo de leyes, derivado de la existencia de diferentes normas de conflicto en cada uno de los Ordenamientos en presencia, y en nuestro caso, como la competencia para regular los conflictos inter-regionales es exclusiva del Estado, no cabe el problema. Y el orden público, porque todas las normas en juego – tanto estatales como forales – son normas civiles españolas, y están por tanto sometidas al mismo orden público y a la Constitución.

³⁰ DURAN RIVACOBBA, *Derecho interregional*, Madrid 1996.

su celebración. La separación y el divorcio, con arreglo a la ley personal (es decir, de la vecindad civil) al tiempo de presentación de la demanda, si fuera común; si no lo es, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en ese momento; y en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, si uno de los cónyuges reside aún en dicho territorio. Si los criterios anteriores no resultan aplicables, y también si la demanda es de mutuo acuerdo, se aplicará la ley del territorio en que se plantee la demanda (art. 107 C.c.).

- relaciones económico-matrimoniales: ésta es una de las materias tradicionales de los Derecho forales, y en la que la diversidad de regímenes al respecto genera más conflictos. La solución a los mismos se encuentra en los arts. 16.3 y 9 – n. 2 y 3 – C.c., que establecen varios puntos de conexión, de aplicación sucesiva (esto es, se acude al siguiente si el anterior no resulta operativo en un caso). En primer lugar se estará a lo que los cónyuges acuerden en capitulaciones matrimoniales³¹. En segundo lugar se regirán por la ley personal (la de la vecindad civil) común al tiempo de contraer matrimonio. En tercer lugar, por la ley personal o la de residencia de cualquiera de ellos, si así lo han decidido en documento auténtico otorgado antes del matrimonio. En cuarto lugar se acudirá a la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio (si la residencia es en España). En quinto lugar, se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio (si es en España)³².

³¹ Siempre que esas capitulaciones sean conformes a la ley que rija los efectos del matrimonio, a la ley personal (i.e., de la vecindad civil) de cualquiera de los cónyuges o a la ley de su residencia habitual al tiempo de otorgarse.

³² Y finalmente, como norma de cierre por si las anteriores no fueran operativas, se aplica el Código civil español (estatal). Esto es en principio el régimen de gananciales (art. 1316 C.c.), aunque, si la ley personal de cada uno de los cónyuges determinara un régimen de separación (v.gr., matrimonio entre personas con vecindad civil catalana y balear), se aplicará el régimen de separación del C.c. (art. 1435 ss C.c.) (art. 16.3.2 C.c.)

- c) En tema de bienes muebles e inmuebles – posesión, propiedad y demás derechos reales sobre ellos, y su publicidad –, se aplicará la ley del lugar donde esos bienes se hallen (*lex rei sitae*) (art. 10.1 C.c.).
- d) Obligaciones: como regla general opera el principio de autonomía de la voluntad, de modo que se aplicará la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate (art. 10.5 Cc). En su defecto, se resolverá aplicando la ley personal (en el caso, la de la vecindad civil) común a las partes. A falta de ella, la ley de residencia habitual común (de las partes). Y en última instancia, la ley del lugar de celebración del contrato. Esta regla se extiende también al cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones (art. 10.10 Cc), aunque si el cumplimiento requiere intervención judicial o administrativa, se estará a la ley del lugar de cumplimiento. Esta regla general tiene sin embargo algunas excepciones: d´) Contratos relativos a bienes inmuebles: en primer lugar se estará a la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, y a falta de ello se estará a la ley del lugar donde el inmueble objeto del contrato esté situado (*lex rei sitae*); d´´) Contratos de compraventa de bienes muebles en establecimientos mercantiles: se estará a la ley del lugar donde esté radicado el establecimiento (art. 10.5 C.c.); d´´´) Donaciones: se estará a la ley personal del donante, esto es la de su vecindad civil (art. 10.7 C.c.); d´´´´) Obligaciones no contractuales (art. 10.9 C.c.): se estará a la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho que las genere (*lex loci*).
- e) Formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos: como regla se rigen por la ley del territorio – común o foral – en que se otorguen (*lex locus regit actum*) (art. 11.1 C.c.). Pero son válidas también las formas o solemnidades correspondientes a la ley aplicable a su contenido, o las correspondientes a la ley personal del disponente, o a la ley personal común de los otorgantes. Y si el negocio o contrato versa sobre bienes inmuebles, es válida también la ley del lugar en que éstos se hallen. Como excepción a lo dicho, sin embargo, el art. 11.2 C.c. establece que si la ley reguladora del contenido de un acto o

contrato exige para su validez una determinada forma, ésta habrá de aplicarse aunque se otorgue fuera del territorio.

- f) Sucesión por causa de muerte (art. 9 – n. 1 y 8 – C.c.): tema sometido a la ley personal (i.e., la de la vecindad civil) del causante al tiempo de su fallecimiento, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el lugar en que se encuentren. Pero conservan su validez las disposiciones hechas en testamento o pactos sucesorios otorgados conforme a la ley personal (i.e., la de su vecindad civil) del testador o disponente en el momento de su otorgamiento, aunque cuando muera sea otra su ley personal. Si bien en este caso las legítimas se habrán de ajustar a la ley personal que tuviera al tiempo de su muerte.

Pubblicato il 16 novembre 2011
sul sito web: www.edizioniav.it
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari

Finito di stampare nel mese di dicembre 2011
presso lo stabilimento litotipografico
PRESS COLOR – Via Beethoven, 14
09045 Quartu S. Elena (CA)
per conto delle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari