

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato  
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio  
Cagliari



# *Quaderni di conciliazione*

*a cura di*  
CARLO PILIA

N. 3



Cagliari - 2012

€ 20,00

ISBN 978-88-8374-056-4

<sup>n.3</sup> *Quaderni di  
conciliazione*



N. 3  
*Quaderni di  
conciliazione*

*a cura di*  
CARLO PILIA



Cagliari - 2012

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



© Cagliari - 2012

Volume pubblicato con il contributo  
M.I.U.R. (P.R.I.N. 2009)  
Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei

Dipartimento di Giurisprudenza Università 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](http://www.edizioniav.it)  
e-mail: [edizioniav@edizioniav.it](mailto: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

Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Fabio Addis (Università di Brescia); José Luis Arjona Gajardo-Fajardo (Università di Siviglia I); Giuseppina Capaldo (Università La Sapienza - Roma); Valeria Carreda (Università di Cagliari); Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (Università di Siviglia); Luis-Humberto Clavería Gosálvez (Università di Siviglia); Francesco Cordopatri (Università di Cagliari); Ernesto D'Aloja (Università di Cagliari); Giancarlo Filanti (Università di Cagliari); Leonardo Filippi (Università di Cagliari); Francisco Infante Ruiz (Università di Pablo de Olavide); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Carlo Pilia (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Pasquale Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)



## INDICE

FRANCESCO SITZIA, <i>Presentazione</i> .....	Pag. 9
BRUNO TROISI, <i>Note sulla trascrivibilità dell'accordo di conciliazione in tema di usucapione</i> .....	» 13
ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, <i>La regulación de la mediación civil y mercantil en España: aspectos fundamentales</i> .....	» 23
DANIELE RIVIECCIO, <i>La datio in solutum nella perequazione urbanistica</i> .....	» 39
FRANCESCO SITZIA, <i>Il Manuale della mediazione civile e commerciale</i> .....	» 105
MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, <i>Mecanismos para la resolución y prevención de conflictos en materia sucesoria, con especial referencia a la mediación</i> .....	» 113
CLAUDIA TROISI, <i>La mediazione familiare in Italia</i> .....	» 129
MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH, <i>La mediación familiar</i> .....	» 153
CARLO PILIA, <i>Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione</i> .....	» 183
LAURA BUGATTI, <i>L'avvocatura e la mediazione</i> .....	» 233
INÉS C. IGLESIAS CANLE, <i>La mediación civil en España</i> .....	» 251
FRANCESCO SITZIA, <i>Recensione a: ROSARIO DE CASTRO-CAMERO, Soluciones "in iure" a una controversia patrimonial: transaccion, juramento y confesion, Sevilla, 2006</i> .....	» 271



## PRESENTAZIONE

La pubblicazione del terzo Volume dei Quaderni di conciliazione, a distanza di circa un anno e mezzo dall'entrata in vigore delle norme contenute nel d.lgs. 28/2010, consente di proporre una prima riflessione prospettica sul lavoro finora svolto e sulle problematiche poste dall'applicazione della riforma, con particolare riguardo alla Sardegna.

Il settore nel quale possiamo registrare con soddisfazione i maggiori progressi, grazie soprattutto all'opera dell'amico Carlo Pilia, è indubbiamente quello delle relazioni internazionali, in particolare con i colleghi delle Università spagnole. Il rapporto di fattiva collaborazione a livello di singoli studiosi e di Atenei ha avuto modo di concretizzarsi in numerose iniziative, tra le quali possiamo segnalare (oltre a due Seminari, organizzati a Cagliari in data 23 aprile e 25 maggio 2012, che hanno visto la partecipazione di studiosi e professionisti iberici) il "I Encuentro internacional (Hispano – italiano) sobre mediación, civil y familiar", svoltosi a Siviglia dall'11 al 14 giugno 2012, che ha messo a confronto le esperienze in tema di ADR dei due paesi attraverso le relazioni di qualificati docenti provenienti da diverse Università spagnole ed italiane e al quale hanno partecipato numerosi mediatori formati dal nostro Organismo.

Il rapporto di collaborazione tra il dipartimento di Scienze giuridiche (ora Giurisprudenza) dell'Università di Cagliari e la locale CCIAA si è ulteriormente consolidato e ha trovato la sua più significativa espressione nel convegno, svoltosi il 29/11/2011 nel Palazzo dei Congressi della Fiera di Cagliari, dal titolo "La mediazione: diritto e rovescio, tra disciplina e cultura". All'evento, che ha registrato la presenza di oltre cinquecento mediatori, hanno partecipato, tra gli altri, il Presidente della CCIAA dr. Giancarlo Deidda, la dott.ssa Tiziana Pompei, vicesegretario generale di Unioncamere, e numerosi esponenti degli ordini professionali e della magistratura.

È proseguito altresì il discorso con gli ordini ed i collegi professionali, che ha trovato la sua massima espressione nel seminario del

28/6/2012, svoltosi nei locali dell'Ateneo cagliaritano, nel corso del quale è stato presentato il *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. 28/2010*.

Particolare attenzione è stata dedicata, come negli anni precedenti, alle problematiche relative alla mediazione nel campo della responsabilità medica. Nell'ambito di una ricerca finanziata dalla regione Sardegna sono stati organizzati ad Oristano due seminari di formazione, ai quali hanno partecipato numerosi medici e funzionari amministrativi provenienti dalle ASL della Sardegna; si è altresì tenuto a Cagliari, nei locali del Policlinico, un incontro sulle complesse problematiche giuridiche poste dalla compilazione della cartella clinica.

Nell'ambito delle altre materie che il d.lgs. 28/2010 annovera tra quelle oggetto di tentativo obbligatorio di conciliazione, una particolare attenzione è stata dedicata alle problematiche poste dagli accordi di conciliazione in materia di *usucapio*, la cui rilevanza per la nostra isola appare evidente, alle quali, non a caso, è dedicato uno dei contributi contenuti nel presente volume.

Per ciò che concerne i profili organizzativi, tra le problematiche di maggiore rilievo continuano a permanere quelle relative alla creazione di una rete pubblica degli organismi di mediazione che sia in grado di offrire un servizio di qualità adeguata diffuso capillarmente in tutto il territorio dell'isola. Una tale esigenza appare oggi ancor più pressante, in un momento in cui, a causa della grave situazione in cui versano le finanze pubbliche, si registrano con rammarico rilevanti tagli alle spese per il funzionamento della giustizia che determinano la chiusura di numerosi uffici giudiziari, specie nelle zone interne ed in quelle più colpite dalla grave crisi economica in atto. In questo quadro, l'istituzione ed il corretto funzionamento di sportelli di mediazione, quanto meno nelle località già sede di uffici giudiziari, può forse alleviare, anche se soltanto in misura del tutto parziale, i gravi disagi determinati da questo progressivo disimpegno della Stato. Non sembra, infatti, dubbio che un tentativo di conciliazione condotto *in loco* da mediatori che godono di particolare stima ed autorevolezza nell'ambito di una comunità non particolarmente ampia presenti molte più possibilità di successo di un tentativo destinato a svolgersi in un capoluogo, spesso lontano, dinnanzi ad un mediatore sconosciuto alle parti e che, a sua volta, poco o nulla conosce della realtà sociale nella quale è sorto il con-

flitto. In questa ottica, ha avuto inizio una interlocuzione proficua con i Comuni interessati e numerose iniziative culturali sono state organizzate in diverse località della Sardegna. L'auspicio è che a breve, grazie all'impegno di alcune amministrazioni locali e, si spera, ad un rapporto di collaborazione con l'ANCI, si passi ad una fase operativa, con l'apertura di nuovi sportelli di mediazione nel territorio.

Nell'insieme, nonostante molto resti ancora da fare, l'opera di sensibilizzazione compiuta nei confronti della realtà istituzionale ed economico sociale della Sardegna, ha iniziato a produrre i suoi frutti. Oltre al rapporto di collaborazione instaurato con la Regione Sardegna in tema di responsabilità medica, al quale abbiamo già accennato, può segnalarsi il corso di formazione rivolto ai funzionari del Banco di Sardegna delle sedi di Cagliari e di Sassari, che ha registrato una partecipazione numerosa e attenta del personale interessato alla gestione dei conflitti col cliente in una materia, quella dei contratti bancari, per la quale il d.lgs. 28/2010 prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Per quanto riguarda i Quaderni di conciliazione, l'apertura alla dimensione internazionale, che già era stata segnalata nella presentazione del secondo volume, registra un ulteriore significativo impulso, in particolare grazie al consolidarsi, come abbiamo già osservato, dei rapporti di collaborazione con numerosi colleghi spagnoli appartenenti a diverse Università: non a caso il presente volume contiene quattro contributi in lingua spagnola. Per ciò che concerne i contributi in lingua italiana, il lettore potrà agevolmente constatare che è stata operata la scelta di non limitare l'orizzonte dei nostri interessi culturali alle sole materie alle quali è applicabile il procedimento previsto dal d.lgs. 28/2010. Oltre all'articolo in tema di mediazione familiare in Italia, il volume contiene, infatti, anche un articolo in tema di *Datio in solutum* nella perequazione urbanistica, sul cui inserimento è forse opportuno operare una breve riflessione. Per quanto, infatti, almeno a prima vista, il rapporto tra questo ultimo contributo e le tematiche in materia di mediazione, appaia assai labile, può rilevarsi che l'istituto preso in esame (come osserva l'A.) rappresenta un aspetto significativo del passaggio dal "dogma del provvedimento unilaterale quale esplicazione esclusiva del potere autoritativo della P.A." ad una nuova visione nella quale l'adozione di "un modulo alternativo consensuale e privatistico, connotato da

maggior elasticità”, consente di pervenire ad un risultato in grado di realizzare un assetto di interessi assai più soddisfacente per le parti coinvolte nel conflitto. Ora, se si riflette un istante sulla circostanza che la conciliazione rappresenta proprio un meccanismo di risoluzione concordata del conflitto che consente il superamento dello stesso attraverso una soluzione che sia in grado di soddisfare, almeno in una certa misura, gli interessi di tutti i soggetti coinvolti, appariranno chiare le ragioni che giustificano l’inserimento del contributo in esame nel presente volume.

Un ulteriore passo in avanti è stato compiuto anche per ciò che riguarda le problematiche relative alla valutazione della qualità dei singoli contributi prima del loro inserimento nel terzo volume. Tutti gli articoli sono stati sottoposti al giudizio di un referee anonimo: può solo rilevarsi che per gli articoli in lingua italiana è stato individuato un *referee* italiano, per gli articoli in lingua spagnola un *referee* spagnolo. Il carattere marcatamente interdisciplinare ormai assunto dai Quaderni di conciliazione ha indotto a rinunciare alla creazione di un apposito comitato scientifico per la valutazione, distinto dal comitato scientifico della collana. Si è quindi proceduto ad ampliare quest’ultimo e a prevedere che i *referees* possano essere scelti sia al di fuori sia all’interno di esso, tra studiosi di indubbia capacità e competenza nella materia oggetto del singolo contributo.

Prima di chiudere questa presentazione, mi sia consentito di rivolgere un sentito ringraziamento agli amici dell’associazione “Mediatori mediterranei”, che hanno offerto il loro contributo prezioso e disinteressato per il successo delle numerose iniziative realizzate nel corso dell’ultimo anno. Nell’impossibilità di menzionarli tutti, mi limito a ricordare Carlo Pilia, Ernesto d’Aloja, Giampiero Uccheddu e Lina Tuveri, che hanno rappresentato, non solo per me, ma per tutti coloro che credono nel nostro progetto, i punti di riferimento essenziali di un lungo percorso nel quale una parte del cammino è forse già stata compiuta, ma la gran parte resta ancora da compiere.

Cagliari, 15 ottobre 2012

*Il presidente del comitato scientifico*

FRANCESCO SITZIA

BRUNO TROISI

## NOTE SULLA TRASCRIVIBILITÀ DELL'ACCORDO DI CONCILIAZIONE IN TEMA DI USUCAPIONE

La recente normativa in tema di mediazione ha sollevato, fin dalle sue prime applicazioni, svariate e gravi questioni interpretative. Una delle questioni più delicate e controverse, che si iscrive nell'ambito del problema della natura e dell'efficacia dell'accordo di mediazione, è quello relativo alla trascrivibilità del verbale di mediazione avente ad oggetto l'accertamento dell'avvenuta usucapione della proprietà di un bene immobile.

Innanzitutto, va sottolineato che, secondo i primi commentatori<sup>1</sup> della recente normativa e le prime applicazioni giurisprudenziali<sup>2</sup>, le controversie in tema di usucapione rientrano nell'ambito della mediazione obbligatoria: costituiscono, infatti, domande relative a "*controversie in materia di diritti reali*" ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 28/2010 (e come tali soggette, appunto, a mediazione obbligatoria) quelle volte a ottenere l'accertamento dell'avvenuto acquisto, a titolo originario, per usucapione del diritto reale di proprietà o di un diritto reale di godimento.

---

<sup>1</sup> M. DE TILLA, *Strumenti alternativi in mano all'Avvocatura per puntare a un sistema giudiziario efficiente*, in *Guida al Diritto*, n. 29, 2009, 8; C. BRUNELLI, *Commento all'art. 11*, in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Bandini, N. Soldati, Milano, 2010; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; D. NOVIELLO, *Il procedimento di mediazione*, in G. Autorino, D. Novello, C. Troisi, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011; G. SALITO-C. TROISI, *Prolegomena e paralipomena di una recente vicenda giudiziale*, nota a Trib. Roma, Sez. V, 22 luglio 2011, in *Il notariato*, 2, 2012, 136 ss.

<sup>2</sup> Tra le tante, Trib. Roma, Sez. V, decreto 8 febbraio 2012; Trib. Palermo, Sez. distaccata di Bagheria, decreto 30 dicembre 2011; Trib. Roma, Sez. V, decreto 22 luglio 2011.

Ai sensi dell'art. 11 dello stesso decreto, in caso di esito positivo del procedimento di mediazione, il procedimento si conclude con la redazione, ad opera del mediatore, di un verbale di avvenuta conciliazione, che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore. Al verbale, così sottoscritto, viene allegato l'accordo raggiunto e sottoscritto dalle parti. Tale accordo produce gli effetti propri di qualunque contratto, secondo quanto disposto dall'art. 1372 c.c.: esso, dunque, ha forza di legge tra le parti.

L'art. 11 del decreto istitutivo del procedimento di mediazione dispone, nella seconda parte del terzo comma, che "se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato". In linea generale, pertanto, può dirsi che il verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal mediatore, richiede, ai fini della trascrizione, l'ulteriore elemento dell'autentica di firme ad opera del notaio o di altro pubblico ufficiale.

Il verbale di accordo, infine, previo accertamento della sua regolarità formale e della legalità sostanziale (nel senso della non contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative dell'accordo in esso contenuto), può essere omologato con decreto del presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010).

Il controllo dell'autorità giudiziaria non è, pertanto, limitato agli aspetti formali, ma si estende al merito dell'accordo, sia pure sul solo piano della legalità dello stesso. Il verbale di conciliazione, perfettamente aderente nel contenuto e nella forma alle prescrizioni normative, viene omologato, con l'effetto di costituire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, conseguendo, per l'appunto, effetti ulteriori rispetto a quelli normalmente propri di un atto di autonomia privata.

Orbene, la giurisprudenza<sup>3</sup>, pur ammettendo, come si è detto, l'obbligatorietà della mediazione in materia di usucapione, è dell'opinione che non sia trascrivibile il verbale di conciliazione, regolarmente formato e perfezionato nei suoi requisiti formali, in quanto avente contenuto di negozio accertativo dell'avvenuta

---

<sup>3</sup> Trib. Roma, 22 luglio 2011, cit.; Trib. Roma, 8 febbraio 2012, cit.

usucapione della proprietà o di altro diritto reale di godimento. Una così rilevante eccezione alla regola contenuta nell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 viene giustificata sulla base della natura del verbale di accordo in materia di usucapione. Si afferma, cioè, che la non trascrivibilità consegue all'incompatibilità giuridica tra il carattere meramente accertativo dell'accordo relativo all'intervenuta usucapione ed il contenuto dell'art. 2643 c.c., che dichiara trascrivibili soltanto gli atti che realizzino un effetto costitutivo, modificativo o estintivo (ex art. 1321 c.c.).

In altre parole, l'accordo relativo all'intervenuta usucapione avrebbe natura di negozio di accertamento, produttivo, in quanto tale, di effetti meramente dichiarativi, essendo esso finalizzato a rimuovere l'incertezza in merito al regime di appartenenza di un bene. Pertanto, il verbale di conciliazione in esame, non essendo riconducibile ad una delle ipotesi di cui alla disposizione dell'art. 2643 c.c., non può essere trascritto<sup>4</sup>.

Senza, peraltro, volersi addentrare nel tormentato, antico dibattito sulla funzione del negozio di accertamento, non può tuttavia non rilevarsi come l'asserita funzione meramente dichiarativa sia tutt'altro che pacifica tra gli Autori, tanto più che, secondo alcuni<sup>5</sup>, una tale funzione sarebbe, addirittura, logicamente

---

<sup>4</sup> Diversamente, Trib. Como, Sez. distaccata di Cantù, ordinanza 2 febbraio 2012, secondo cui, l'accordo di mediazione – che potrà assumere le forme più varie per risolvere la lite (come ad esempio attraverso la rinuncia al diritto di proprietà ovvero la rinuncia alla domanda di usucapione a fronte del pagamento di una somma di denaro), senza coincidere con il contenuto della pronuncia giudiziaria richiesta da parte attrice – è espressione del potere negoziale delle parti ex art 1321 c.c. in quanto attraverso di esso viene regolamentata la situazione giuridica sostanziale. E ciò è ammesso dall'ordinamento in virtù della meritevolezza della sua causa giuridica, che caratterizza il contratto di transazione. L'accordo di mediazione avrà ad oggetto il diritto reale, ma non il fatto attributivo di esso, ossia l'avvenuta usucapione. La parte che si vedrà trasferito il bene lo acquisterà a titolo derivativo in quanto lo strumento utilizzato per la traslazione è il verbale di mediazione e non a titolo originario come invece nel caso di accertata usucapione mediante sentenza. Sulla base di tali considerazioni, si conclude nel senso che l'accordo di mediazione con cui si attribuisce un diritto reale è trascrivibile, non certo ai sensi dell'art. 2651 c.c. bensì ai sensi dell'art 2643 n. 13 c.c. in relazione all'art. 11 del d.lgs. n. 28/2010, perché in esso non vi è altro che una transazione.

<sup>5</sup> V., in proposito, le acute considerazioni di E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, 274 ss.

incompatibile con il concetto stesso di negozio giuridico, che, in quanto atto di autonomia privata, è destinato a programmare interessi, a produrre, cioè, effetti proiettati al futuro (e non rivolti al passato, in funzione dichiarativa).

Invero, secondo un autorevole insegnamento<sup>6</sup>, il negozio di accertamento non potrebbe che adempiere a una funzione dispositiva, che viene esercitata attraverso la "regolamentazione" degli interessi ad opera dei privati (tra le funzioni del contratto vi è, appunto, quella di "regolare" rapporti giuridici) e, nello specifico, anche attraverso la definizione della *res dubia*. Il nuovo regolamento, così definito, prevarrebbe, dunque, su quello preesistente, se divergente (e sulla fonte di questo), segnando a sua volta l'efficacia costitutiva del negozio medesimo. Le parti, infatti, si vincolerebbero a una data ricostruzione, interpretazione, intelligenza della situazione giuridica (che rimane configurata secondo l'accertamento), precludendosene ogni altra (in questo senso, si tratta di un negozio dispositivo, quanto meno sul piano processuale, avendo efficacia preclusiva dell'insorgere di liti).

Ad analoga conclusione pervengono quegli Autori<sup>7</sup>, che attribuiscono all'accordo in questione la funzione di riconoscimento di diritto reale, come previsto, *in via generale*, dall'art. 2720 c.c., in tema di efficacia probatoria dell'atto di ricognizione; in materia di obbligazioni dall'art. 1988 c.c.; e in materia di diritti reali dagli artt. 969, 2944 e 1165 c.c. Sì che, la situazione preesistente sarà adeguata al riconoscimento operato dal soggetto o dai soggetti legittimati, e perciò modificata, e il contenuto della modificazione verrà fissato, una volta per tutte, in maniera certa.

L'adesione all'una come all'altra delle tesi prospettate si riflette, inevitabilmente, sulla questione dell'opponibilità del negozio di accertamento: in discussione è, cioè, la sua pubblicità e, dunque, la sua trascrivibilità. La giurisprudenza, come detto, la esclude in ragione della divisata efficacia dichiarativa del verbale di conciliazione, accertativo del diritto di proprietà, efficacia dichiarativa che

---

<sup>6</sup> Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1 ss.; e, sia pure in diversa prospettiva, R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione*, in *Annali ist. sc. giur.pol.e soc. univ. Messina*, 1927-1933, VII, 410.

<sup>7</sup> Per tutti, cfr. M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 227.

esclude il ricorrere di alcuna delle ipotesi previste dall'art. 2643 c.c. (atti soggetti a trascrizione)

La conclusione consegue, deduttivamente, alle premesse da cui muove: una volta, infatti, negata la valenza dispositiva al negozio di accertamento e circoscritta la sua vincolatività alle parti, la non trascrivibilità ne rappresenta il logico corollario.

Tuttavia, la soluzione prospettata dalla giurisprudenza non sembra dotata di quella forza argomentativa che, sola, potrebbe elevarla a principio di diritto. Le incertezze derivano proprio dalle motivazioni addotte: le decisioni non escludono né potrebbero – stante il chiaro dettato dell'art. 2651 c.c., espressamente richiamato – la trascrivibilità dell'intervenuta usucapione di un bene immobile, allorquando la stessa risulti accertata all'esito di un giudizio innanzi all'autorità giudiziaria che si chiuda con sentenza dichiarativa. Tuttavia, nel caso di specie, individua il limite all'operare dei meccanismi pubblicitari nella tipologia dello strumento prescelto (anzi, meglio, imposto dalla legge) per il riconoscimento del diritto, vale a dire il verbale di conciliazione con contenuto di mero accertamento.

Senonché, una simile soluzione è destinata a scontrarsi, innanzitutto, con la descritta possibilità di ricostruire in modo differente il negozio di accertamento, che evidenzia la sua efficacia dispositiva o, comunque, modificativa. A ciò si aggiunga che non minori motivi di dubbio, rispetto alle certezze della giurisprudenza, derivano da una valutazione delle regole generali e dei principi che governano la pubblicità del negozio di accertamento. Di là dalle impostazioni più rigorose, che, in nome della ricordata natura dichiarativa, escludono il prodursi di una vicenda suscettibile di trascrizione ai sensi degli artt. 2643 e 2644 c.c., c'è, infatti, chi<sup>8</sup> ammette ugualmente la possibilità di annotare l'accertamento negoziale a margine della trascrizione del contratto, con funzione di pubblicità notizia.

Altra dottrina<sup>9</sup> precisa, poi, che l'accertamento negoziale di un acquisto a titolo originario, al pari dell'accertamento del-

---

<sup>8</sup> F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Il codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1998, II, 452.

<sup>9</sup> G. PETRELLI, *Tassatività delle ipotesi di trascrizione e vincoli a parcheggio*, in *Studium iuris*, 2010, 2053 ss.

l'estinzione di un diritto reale per non uso, può pubblicizzarsi a scopo di notizia: anche perché qualunque altra funzione, segnatamente quella tipica della trascrizione, consistente nella prevalenza del titolo prioritariamente trascritto, risulterebbe inutile in considerazione del fatto che la omessa o tardiva esecuzione della trascrizione dell'acquisto per usucapione non potrebbe in alcun modo pregiudicarne la prevalenza. L'usucapione, infatti, come si sa, è un titolo di acquisto comunque poziore rispetto a qualunque acquisto a titolo derivativo anche se trascritto prioritariamente, avente effetto *erga omnes*, a prescindere dal ricorso o meno al regime pubblicitario. Il che ridimensiona, e non poco, le preoccupazioni della giurisprudenza circa il *vulnus* alla certezza dei rapporti giuridici.

E tale ridimensionamento è tanto più evidente alla luce di una importante, notissima sentenza della Suprema Corte<sup>10</sup>, la quale ha riconosciuto la validità (e la trascrivibilità) del contratto di compravendita con cui viene trasferito il diritto di proprietà di un immobile che il venditore dichiara di aver usucapito<sup>11</sup>, ancorché l'acquisto della proprietà per usucapione non sia stato giudizialmente accertato in contraddittorio con il precedente proprietario. Altrimenti, dicono i giudici di legittimità, si verificherebbe "la strana situazione per cui chi ha usucapito sarebbe – sì – proprietario, ma non potrebbe disporre validamente del bene fino a quando il suo acquisto non fosse accertato giudizialmente": in altre parole, il possessore *ad usucapionem* che, nel rispetto dei requisiti di legge, ha fruttuosamente acquistato a titolo originario, si troverebbe nella singolare posizione di essere soggetto all'onere di dover richiedere un preventivo accertamento giudiziale della titolarità del proprio diritto, per poter legittimamente disporne. Ciò non sarebbe compatibile con il normale contenuto del diritto di proprietà.

Il rilievo appare maggiormente significativo se riguardato alla luce dell'altro argomento addotto dalla giurisprudenza a sostegno del diniego alla trascrizione del verbale: ossia, i pericoli alla

---

<sup>10</sup> Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485.

<sup>11</sup> Dove, si badi, la dichiarazione unilaterale del venditore rappresenta, sicuramente, un *minus* rispetto all'accordo di mediazione tra vecchio e nuovo proprietario.

sicurezza della circolazione dei beni, nell'ipotesi di mancato accertamento giudiziale dell'avvenuta usucapione: il mediatore, si dice, a differenza del giudice, non avrebbe né il potere (si pensi ai poteri autoritativi) né la funzione – e, dunque, gli strumenti – per accertare, innanzitutto, se il convenuto sia l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia, e poi se il possesso vantato dal convenuto abbia, oppure no, i requisiti del possesso *ad usucapionem*, o per accertare l'esatta identificazione catastale del bene, l'esistenza o meno di diritti ovvero iscrizioni, annotazioni o trascrizioni ostative da parte di terzi, verificabili attraverso l'analisi delle risultanze ipocatastali (tutte attività, queste, come ora diremo, che ben potrebbe svolgere – e, di solito, svolge – il notaio, nella sua veste di pubblico ufficiale); per non parlare, poi, dell'utilizzazione dell'istituto della mediazione non per la composizione di una lite effettiva, ma per dissimulare vicende traslative o, addirittura, operazioni negoziali a danno di terzi (ad es., dei creditori: ma la simulazione e la frode ai creditori sono fenomeni, come risulta dalla stessa casistica giurisprudenziale, sempre possibili per qualunque atto di autonomia privata, anche trascrivibile).

In particolare, la giurisprudenza giustifica la propria posizione di chiusura in ragione sia del dettato dell'art. 2651 c.c. (trascrizione delle sentenze da cui risulta acquistato per usucapione il diritto di proprietà o altro diritto reale su un bene immobile) – e della circostanza che siffatta norma discorre unicamente di sentenze – sia del dettato dell'art. 2657 c.c., che non annovera il verbale di conciliazione tra i titoli per la trascrizione.

Senonché, i nodi ermeneutici non pienamente risolti sul negozio di accertamento, da una parte, e profili normativi tralasciati o distrattamente omessi dal legislatore, dall'altra, spiegano perché sia difficile aderire all'orientamento della giurisprudenza.

Vi si oppone, innanzitutto, la diversa efficacia che la dottrina e parte della stessa giurisprudenza riconoscono al negozio di accertamento (e di conseguenza al verbale che ne riveste la funzione), inducendo l'interprete ad ammettere, quanto meno, una pubblicità notizia dello stesso. Né, del resto, una simile opzione pregiudica le eventuali ragioni avverse di chi possa dimostrare in giudizio e, quindi, trascrivere, ai fini dell'opponibilità a terzi, una situazione giuridica differente da quella accertata negozialmente.

Ma vi è di più. In linea generale, escludere la natura meramente dichiarativa del negozio di accertamento consente, alla luce del dettato dell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 nonché degli artt. 2645 e 2647 c.c., di procedere alla sua trascrizione nei registri immobiliari quante volte le sottoscrizioni del relativo atto siano state autenticate da un pubblico ufficiale (ad es. da un notaio, che avrà, altresì, provveduto alle visure e a ogni altra incombenza accertativa), potendo cioè esso assumere il valore di una scrittura privata autenticata.

D'altra parte, non si vede perché si devono trascrivere, ai sensi dell'art. 2653, n. 6, gli atti e le domande (anche quelle rivolte a promuovere un procedimento arbitrale) che interrompono il corso dell'usucapione, al fine di rendere opponibile l'interruzione, da parte del proprietario, ai terzi che abbiano acquistato diritti dal possessore in base a un atto trascritto in precedenza, e non si possono trascrivere, invece, gli atti che confermano il decorso dell'usucapione. E ciò, anche allo scopo di rendere l'atto di acquisto conoscibile all'eventuale vero *dominus* (diverso, magari, secondo i timori espressi dai giudici di merito, dal convenuto nel procedimento di mediazione), al fine di agevolarlo nell'individuazione del soggetto legittimato passivamente all'azione di rivendicazione. La trascrivibilità del verbale di accordo di avvenuta usucapione potrebbe, inoltre, trovare giustificazione nell'ambito della teoria secondo la quale la presenza del requisito della non clandestinità del possesso (*ad usucapionem*) va valutata nei riguardi del proprietario.

Né si comprende perché si debbano trascrivere, ai sensi dell'art. 2643, n. 13 c.c., le transazioni che hanno per oggetto controversie riguardanti i diritti reali e non, invece, un accordo di mediazione avente lo stesso contenuto e, magari, la stessa funzione transattiva (senza, tuttavia, risolversi in una transazione in senso proprio: ad es., il proprietario catastale riconosce l'intervenuta usucapione e il nuovo proprietario s'impegna a pagare i tributi pregressi e tutte le spese gravanti sul bene usucapito)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> A tal riguardo, è opportuno sottolineare che al richiamo dell'art. 2643 c.c., operato dall'art. 11 d.lgs. 28/2010, è pacificamente riconosciuto il significato di rinvio all'intero sistema della pubblicità dei registri immobiliari (cfr., per tutti, E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, 2010, 931).

Infine, va sottolineato il fatto che l'affermata intrascrivibilità del verbale accertativo dell'avvenuta usucapione non soltanto appare manifestamente contraria alla *ratio* dell'istituto (della normativa sulla mediazione obbligatoria), ma comporta una vera e propria contraddizione nel sistema, poiché costringerebbe le parti – già obbligate, a pena d'improcedibilità, a intraprendere la procedura di conciliazione – a ricorrere poi al giudice, pur quando abbiano raggiunto un accordo, qualora intendano opporre ai terzi gli esiti raggiunti. Una sentenza del giudice, infatti, nell'ottica della giurisprudenza fin qui formatasi, si renderebbe necessaria per le finalità di cui all'art. 2651 c.c. (trascrizione di sentenze).

Certo, se dovesse consolidarsi, a livello di giurisprudenza di legittimità, siffatto orientamento, sarebbero palesemente contraddette, nella materia in questione, le finalità deflattive e di celerità della riforma introdotta dal d.lgs. n. 28/2010. Sì che, un'interpretazione costituzionalmente orientata (nella direzione del principio di ragionevolezza) del d.lgs. 28/2010 dovrebbe portare o a un'interpretazione favorevole alla trascrivibilità del verbale di accordo sull'intervenuta usucapione, e quindi tale da favorire l'applicazione del procedimento di mediazione in funzione deflattiva del contenzioso giudiziario; o ad escludere le controversie in materia di usucapione dalla mediazione obbligatoria<sup>13</sup>, giacché, diversamente, vi sarebbe un'imposizione irragionevole del procedimento di mediazione alle parti. L'incostituzionalità sarebbe, infatti, evidente, poiché verrebbe frustrata la stessa *ratio* dell'istituto, che è quella di operare come un filtro per evitare il processo: ma se il processo non è evitabile, l'istituto si configurerebbe come un onere imposto alle parti con irragionevolezza e, quindi, con violazione dell'art. 3 Cost.



ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA\*

## LA REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL EN ESPAÑA: ASPECTOS FUNDAMENTALES

La vigente regulación de la mediación civil y mercantil en España se encuentra en el *Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*.

Esta disposición incorpora al ordenamiento español 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 mercantiles, cuyo plazo de transposición finalizó el 20.5.2011, lo que ha motivado que se haya optado por la forma de Real Decreto-ley.

Define el art. 1 el concepto de mediación como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, **en que dos o más partes intentan voluntariamente** alcanzar por sí mismas un acuerdo con la **intervención de un mediador**.

Considerada la mediación como instrumento complementario de la Administración de Justicia, eficaz para resolver controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible, entre sus ventajas destaca su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes. Ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. Asimismo,

---

\* Doctora de la Universidad de Sevilla.

puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de los tribunales de justicia, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

Basada la mediación en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, el régimen que contiene la presente regulación sienta sus bases y favorece esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto, basándose en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, la cual, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública, cuya ejecución podrá instarse directamente ante los tribunales.

La pieza esencial es la figura del mediador, que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. Debe tener una formación general que le permita desempeñar esa tarea y ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir. Pudiendo ser uno o varios, se destaca el papel relevante de los servicios e instituciones de mediación.

Y se articula un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo.

El presente Real Decreto-ley consta de 27 artículos, distribuidos en cinco Títulos, cuatro Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y diez Disposiciones Finales:

- Contiene el TÍTULO I las *disposiciones generales*, recogiendo el concepto de mediación, su ámbito de aplicación, incluyendo los conflictos transfronterizos, sus efectos sobre los plazos de prescripción y caducidad y las instituciones de mediación. Así, la solicitud de inicio de la mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso. Si en el plazo de quince días naturales a contar desde la recepción de la solicitud de inicio de la mediación no se firmará el acta de la sesión constitutiva, se reanudará el cómputo de los plazos. La suspensión se prolongará hasta la fe-

cha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, la firma del acta final, o cuando se produzca la terminación de la mediación por alguna de las causas previstas en esta Ley.

- Los *principios informadores* de la mediación se incluyen en el TÍTULO II: el de voluntariedad y libre disposición, el de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, el de neutralidad y el de confidencialidad. Y a dichos principios se añaden las reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, como son la lealtad, buena fe y el respeto mutuo, así como el deber de colaboración y apoyo al mediador.
- El TÍTULO III el *estatuto del mediador*. Incluye las condiciones para ejercer de mediador, los principios de su actuación, responsabilidad y coste.
- Se ocupa el TÍTULO IV de la regulación del *procedimiento de mediación*. Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales. Únicamente se establecen los requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, el cual no es obligatorio pues en ocasiones la intención de las partes puede no ser un acuerdo de contenido concreto.
- Por último, el TÍTULO V desarrolla el *procedimiento de ejecución de los acuerdos*. Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. La ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Y si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No se establecen diferencias con el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos cuyo cumplimiento deba producirse en otro Estado, en cuyo caso se requerirá su elevación a escritura pública como condición necesaria para su consideración como título ejecutivo.

Hacemos un recorrido sobre los distintos aspectos de la regulación española sobre la mediación.

**I. *Ámbito de aplicación*** (arts.2 y 3). – El ámbito de aplicación del Real Decreto-ley se extiende a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes.

En defecto de sometimiento expreso o tácito a este Real Decreto-ley, el mismo será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.

Sin embargo, quedan excluidas de su ámbito de aplicación material, por no ser materias jurídico-privadas:

- a) La mediación penal.
- b) La mediación con las Administraciones Públicas.
- c) La mediación laboral.
- d) La mediación en materia de consumo.

¿Qué se entiende por conflictos transfronterizos? **Un conflicto es transfronterizo** cuando al menos una de las partes está *domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto* a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación, o sea *obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la Ley que resulte aplicable* (conforme al Reglamento CE 593/2008, ROMA I).

**II. *Principios informadores de la mediación en España.*** – Ante una mediación desarrollada en España, hay que tener en cuenta estos principios informadores, en la búsqueda de una solución de los conflictos de una manera justa y equitativa para las partes.

- **1) *Voluntariedad y libre disposición***
- **2) *Igualdad de las partes***
- **3) *Neutralidad y autodeterminación***
- **4) *Confidencialidad***

- **1) *Voluntariedad y libre disposición***: uno de los rasgos que caracterizan al proceso de mediación es la voluntariedad, la cual se manifiesta tanto en la decisión de iniciar al proceso como

de mantenerse en el mismo y, por supuesto, en la decisión de aceptar o concluir un acuerdo (art. 6 apartados 1 y 3).

- **2) Igualdad de las partes:** en sus intervenciones, en el respeto hacia los respectivos puntos de vista, en el equilibrio de sus posiciones. Este derecho se traduce en el correspondiente deber del mediador de establecer las pertinentes garantías que preserven la igualdad, no pudiendo actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas (art. 7).
- **3) Neutralidad y autodeterminación:** las actuaciones de mediación deben desarrollarse de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo, actuando el mediador en todo momento con neutralidad (art. 8), pudiendo las partes organizar la mediación del modo que tengan más conveniente respetando sus principios (art. 10.1).
- **4) Confidencialidad:** todo lo que ocurra en el procedimiento y la documentación que se utilice es estrictamente confidencial pesando este deber sobre todos los intervinientes (partes, mediador, peritos, abogados...), *no estando obligados ninguno de ellos a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información derivada de una mediación o relacionada con la misma.*

Acorde con el principio de libre disposición y autodeterminación, las partes pueden dispensar de esta obligación en el grado y la medida que consideren. Solo un juez penal en resolución judicial motivada puede solicitar información relativa al proceso de mediación. La infracción del deber de confidencialidad será generadora de responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico que, sin embargo, no se concretan, lo que hubiera sido deseable como garantía de eficacia inmediata en un aspecto de tanta importancia.

**III. Objeto y partes de la mediación.** – Pueden ser objeto de mediación las controversias ya existentes o las disputas futuras cuando las partes así lo pacten por escrito, en cuyo caso se debe intentar la mediación antes de acudir a cualquier otra vía de solución, judicial o extrajudicial, incluso en el caso de que la disputa verse sobre la validez o existencia del propio contrato en el que se establezca la cláusula de sometimiento a mediación.

Las partes controlan no solo el resultado, sino también el proceso que pueden diseñar y organizar por sí mismas en la forma que tengan por conveniente:

1. Deben actuar conforme a los principios generales inspiradores de buena fe y respeto mutuo.
2. Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, no podrán interponerse entre sí ninguna acción o reclamación judicial o extrajudicial en relación con su objeto.
3. En correlación con lo anterior, el comienzo de la mediación suspende la prescripción o caducidad de las acciones.

Desarrollemos estos aspectos:

- Las partes controlan no solo el resultado, sino también el proceso que pueden diseñar y organizar por sí mismas en la forma que tengan por conveniente respetando en todo caso sus principios básicos (igualdad, equilibrio, respeto mutuo, neutralidad del mediador) (art. 10.1).
- En todo caso, deben actuar conforme a los principios generales inspiradores de buena fe y respeto mutuo, lo que se podría traducir en términos prácticos en trabajar con un espíritu de cooperación abierto y encaminado a la búsqueda de una resolución negociada de la controversia, colaborando y apoyando al mediador.
- Por ello, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, no podrán interponerse entre sí ninguna acción o reclamación judicial o extrajudicial en relación con su objeto y, si se inicia, las partes pueden invocar mediante declinatoria que se está intentando solucionar la disputa a través de mediación, lo que impide al órgano judicial conocer de la controversia (arts. 10.2 y 3 y 63.1 LEC). En correlación con lo anterior, el comienzo de la mediación suspende la prescripción o caducidad de las acciones en la forma que se establece en el art. 4.

**IV.** *El mediador y las instituciones de mediación.* – Puede ser mediador, como se regula en el título III, toda persona en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Sin incompatibilidad profesional legalmente establecida.

Debe contar con formación específica adquirida mediante uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones acreditadas.

Para ejercer el mediador debe suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación.

Son instituciones de mediación las entidades públicas o privadas o las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores (en la tramitación del proyecto de ley se ha aceptado también a los Colegios profesionales).

En relación con la figura del mediador señalar que:

- Puede ser mediador toda persona en **pleno ejercicio** de sus derechos civiles. Y no pese una incompatibilidad profesional legalmente establecida.
- Debe contar con **formación específica** adquirida mediante uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones acreditadas. Esta formación específica debe proporcionar, tanto a nivel práctico como teórico: conocimientos jurídicos, psicológicos, técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, ética de mediación.
- Para ejercer el mediador debe suscribir un **seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil** derivada de su actuación (reacción por incumplimiento). Si el mediador no cumple fielmente el encargo encomendado al aceptar la mediación, incurre en responsabilidad por los daños y perjuicios que acusaren por mala fe, temeridad o dolo (arts. 11.3 y 14).

Con respecto a la actuación y renuncia del mediador:

- Debe facilitar la comunicación entre las partes, desarrollando **una conducta activa** tendente a lograr el acercamiento entre las partes (art. 13, 1 y 4).
- Velar por que dispongan de la **información y el asesoramiento suficientes** (art.13,1). En consecuencia, si las partes lo desean, pueden consultar y/o estar asistidas por **abogado**, organizando las partes su presencia y su intervención del modo que

tengan por conveniente (art. 10.1), respetando siempre todos los intervinientes los principios de equilibrio e igualdad de oportunidades y posiciones, respeto y cooperación.

- Salvo pacto en otro sentido, **el coste de la mediación y de los honorarios del mediador**, con independencia del resultado, se divide por igual entre las partes. El mediador o la institución de mediación pueden exigir la provisión de fondos que consideren para atender el coste de la mediación que, si no se verifica por alguna de las partes, puede dar lugar a que se dé por terminada la mediación. En este último caso antes de acordar la conclusión debe comunicarse a las demás partes.
  
- El mediador es libre para **renunciar** a desarrollar o continuar la mediación. No puede iniciarla y si se ha iniciado debe interrumpirla si concurre cualquier circunstancia que afecte a su **imparcialidad** y, a tal efecto, antes de iniciar o de continuar su labor debe revelar a las partes cualquiera de estas circunstancias que, en todo caso y como mínimo, incluyen:
  - 1 Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial, con una de las partes.
  - 2 Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación, lo que incluye por tanto la prohibición de pactar honorarios vinculados al resultado de la mediación (mayores honorarios si se produce acuerdo, un porcentaje vinculado a la cifra que se logre en el acuerdo, etc.).
  - 3 Haber actuado anteriormente el mediador o un miembro de su empresa u organización a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. Si bien la norma solo menciona a la actuación «a favor» de las partes, debe entenderse que comprende la actuación «en contra», lo que implica que un abogado no puede actuar como mediador en una mediación en la que intervengan partes en cuyo favor o en contra haya actuado en cualquier circunstancia, judicial o extrajudicial.

**V. El procedimiento de mediación.** – En el procedimiento de mediación distingue el Real Decreto-Ley español distintas fases: la premediación y mediación propiamente dicha.

- En **la premediación**, se incluye:
  1. Solicitud de inicio
  2. Sesión informativa
  3. Sesión constitutiva

### **1. Solicitud de inicio**

- El procedimiento se inicia a petición de las dos partes de común acuerdo, incluyendo la designación del mediador o institución, el lugar de la mediación y la lengua de procedimiento. También puede iniciarse a petición de una parte en cumplimiento de un pacto ya existente de sometimiento a mediación. La solicitud se formula ante el mediador propuesto o designado o ante la institución correspondiente. La mediación puede ser llevada a cabo por uno o varios mediadores, que deben actuar de forma coordinada (arts. 16 y 18).
- La solicitud de mediación suspende la prescripción o la caducidad de las acciones que se prolonga hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación por otra causa. El cómputo del plazo se reanuda si no se firma el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días naturales desde la fecha de la solicitud (art. 4).

### **2. Sesión informativa**

- Recibida la solicitud se citará a las partes a una sesión de información general, si bien esta sesión puede ser eliminada por pacto entre las partes. La información a proporcionar debe comprender las posibles causas que afecten a la imparcialidad, detalles sobre su trayectoria profesional, formación y experiencia, las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo, así como del plazo para firmar el acta constitutiva.
- La inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se entiende como desistimiento de la mediación solicitada. Esta información no es confidencial (art. 17.1).

### 3. Sesión constitutiva

- El procedimiento se inicia mediante una sesión constitutiva en la que las partes por escrito deben dejar constancia de su acuerdo expreso de sometimiento a mediación haciendo mención a los siguientes aspectos mínimos, aunque se pueden hacer constar otros que consideren convenientes:
  1. Identificación de las partes.
  2. Designación del mediador o institución y aceptación del designado.
  3. Objeto del conflicto que se somete a mediación.
  4. Programa de actuaciones y duración máxima prevista sin perjuicio de su modificación.
  5. Coste de la mediación o bases para su determinación, distinguiendo entre los honorarios del mediador y otros posibles gastos.
  6. Declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de asunción de las obligaciones que de ella se derivan.
  7. Lugar de celebración y lengua de procedimiento.
- **El procedimiento de mediación propiamente dicho:**
  - Será lo más breve posible y sesiones mínimas.
  - Concluye con **acuerdo o sin acuerdo**.
  - Un **acta final** da por concluido el procedimiento y refleja los acuerdos de forma clara o su finalización por otra causa.
  - Cuando el conflicto tiene por objeto una reclamación de cantidad inferior a 600 euros existe la posibilidad de desarrollar el procedimiento, en todo o en parte, por medios electrónicos, que pueden ser proporcionadas por las partes, por el mediador o por la institución de mediación. Ahora bien, si se trata de una materia o asunto de consumo, al estar la misma excluida del ámbito de aplicación de la Ley, habrá que estar a lo que se disponga en la legislación sobre la materia.

¿Cómo se desarrolla las actuaciones o sesiones de mediación?

- La duración viene determinada por las necesidades de las partes si bien debe ser lo más breve posible concentrándose **en el**

**mínimo número de sesiones.** Las partes deben ser convocadas a cada sesión con antelación suficiente. La mediación se organiza del modo que las partes tengan por conveniente en colaboración con el mediador quien dirige las sesiones y facilita que las partes expongan sus posiciones y se comuniquen de forma igual y equilibrada.

- En las sesiones las comunicaciones entre las partes y el mediador pueden realizarse por separado —sesiones privadas o *caucus*—, debiendo el mediador comunicar a todas las partes la celebración de las reuniones que tenga por separado con alguna de ellas, respetando la confidencialidad de lo tratado en la reunión salvo autorización expresa de la parte (art. 21).

- Terminación del procedimiento

El procedimiento de mediación puede terminar **con acuerdo o sin acuerdo**. En ambos casos, se devuelven a las partes los documentos aportados; con los que no deban devolverse se forma un expediente que se conserva y custodia el mediador o institución por un plazo de seis meses, debiendo entenderse que puede ser destruido pasado este tiempo. También en ambos casos se redacta **un acta final** que determina la conclusión del procedimiento y en el que se reflejan los acuerdos alcanzados o la causa diferente de finalización debiendo ser firmado por todas las partes y por el mediador, entregándose un original a cada una de ellas.

La mediación termina sin acuerdo cuando:

1. Todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, informando al mediador.
2. Por el transcurso del plazo máximo de duración establecido.
3. Cuando el mediador aprecie de forma justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables.
4. Renuncia del mediador o rechazo de las partes si no se nombra un nuevo mediador.
5. Cualquier otra causa que determine su terminación.

- El acuerdo de mediación (art. 23)

El acuerdo de mediación puede recaer sobre **todo o parte** de las materias sometidas a la mediación.

En el **acta final se refleja el acuerdo o acuerdos** logrados de forma clara y comprensible. El acuerdo debe constar por escrito y se puede redactar en la sesión de cierre de la mediación o posteriormente, firmándose por las partes o sus representantes y por el mediador en el plazo máximo de diez días desde el acta final.

Cada parte debe recibir un ejemplar del acuerdo, así como el mediador para su conservación en sus registros.

El acuerdo debe reunir los siguientes requisitos mínimos:

1. Identidad y domicilio de las partes.
2. Lugar y fecha de suscripción.
3. Obligaciones asumidas por cada parte.
4. Declaración de haberse seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones del Real Decreto-Ley.
5. Indicación del mediador o mediadores actuantes y, en su caso, institución.

**VI. Ejecucion del acuerdo de mediacion.** – El mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo. Por tanto, ese acuerdo es de obligado cumplimiento para las mismas una vez alcanzado.

Sin embargo, si las partes no cumplen voluntariamente, el art. 25 regula la **formalización del título ejecutivo**, para que el acuerdo de mediación tenga fuerza ejecutiva:

- Se eleva a escritura pública el acuerdo de mediación por el notario.
- Si se hubiere alcanzado el acuerdo en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal o el juez competente su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

Observamos como para que la mediación llegue a ser un verdadero método alternativo de resolución de conflictos, es necesario reforzar su eficacia atribuyendo al negocio jurídico mediado el

carácter de título ejecutivo. Ésta es la idea que ha seguido la normativa comunitaria a través de su Directiva 2008/52/CE, la cual señala en su art. 6 que los Estados miembros deben garantizar que las partes o una de ellas, con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de la mediación. De esta manera se conseguirá garantizar la verdadera eficacia de la mediación como método alternativo al proceso judicial para la solución de las controversias evitando que se convierta en un simple proceso previo al proceso judicial. Para que se dé carácter ejecutivo al acuerdo es preciso que no sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud.

El Real Decreto-Ley también ha seguido esta orientación, regulando en su Título V la formalización del título ejecutivo señalando que el acuerdo de mediación se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Para que tenga lugar la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en este Real Decreto-Ley y que su contenido no es contrario a Derecho. Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea. Se contempla también la posibilidad de que las partes soliciten del Tribunal la homologación judicial si la mediación se hubiera iniciado con posterioridad al inicio de un procedimiento judicial.

Siguiendo esta línea, es importante destacar la modificación que hace el Real Decreto-Ley del art. 517 de la Ley Enjuiciamiento Civil que otorga el carácter de título que lleva aparejada ejecución a “los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles”. A diferencia de la actual redacción, el proyecto anterior otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente, eficacia ejecutiva y establecía que será título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la Ley Enjuiciamiento Civil, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento lo que

había sido muy criticado por parte de la doctrina. En este sentido, se decía que carecía de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil, y que no tienen por qué tener preparación jurídica y, de hecho, no es usual que la tenga. Al hacerlo, además, se producía el efecto de la desnaturalización de la ejecución forzosa, por la necesidad de realización de un control de legalidad en algún momento, con el resultado previsible de conversión de la ejecución en proceso de cognición.

Como vemos la formalización del acuerdo de mediación en escritura pública para que tenga eficacia ejecutiva, es lo que más difiere del proyecto de Ley de 2011. En el texto finalmente aprobado se suprimen las referencias que el mencionado proyecto hacía, tanto a la protocolización del acuerdo a instancia de una sola de las partes y a la eficacia de cosa juzgada del título como a las referencias procesales del ejercicio de la acción de nulidad del acuerdo de mediación o a la posibilidad de acudir al trámite procesal de revisión del título.

En cuanto a la competencia, la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso corresponderá al Tribunal que homologó el acuerdo. En los demás casos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya firmado el acuerdo de mediación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 545.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Además, el art. 27 del Real Decreto-Ley regula la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos:

1. Si un acuerdo de mediación ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado, sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.
2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera, sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español.
3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte manifiestamente contrario al orden público español.

Por último, para terminar este repaso normativo, señalar que la regulación de la mediación española, como no podía ser de otro modo, procede a encajar la mediación en el proceso judicial, operando modificaciones de tipo procesal que faciliten su aplicación dentro del proceso civil:

- Regulando la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación: art. 19 de la Ley Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria general.
- Imponiendo al juez el deber de informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación y, atendiendo al objeto del proceso, invitando a las partes a que intenten un acuerdo a través de un proceso de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa.
- Permitiendo la suspensión del procedimiento a solicitud de las partes para someterse a mediación.
- Incluyendo el acuerdo de mediación constituido en título ejecutivo en el régimen general de ejecución de la Ley Enjuiciamiento Civil.

Respondiendo al deseo manifestado en la exposición de motivos de promover la «desjudicialización» de determinados asuntos, así como el uso de diferentes sistemas de resolución de conflictos, propios de una sociedad moderna y compleja que requiere una Justicia de calidad, entendida ésta como la más adecuada y eficiente resolución de los conflictos a través de la oferta de múltiples vías, se establece el compromiso de la Administración Pública competente para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia de poner a disposición de los órganos judiciales y del público de información sobre mediación como alternativa al proceso judicial.

En consonancia con ello, los servicios de orientación jurídica españoles procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso.



DANIELE RIVIECCIO\*

LA DATIO IN SOLUTUM  
NELLA PEREQUAZIONE URBANISTICA

SOMMARIO: 1. L'evoluzione della pianificazione urbanistica dal sistema vincolistico alla perequazione. Cenni. - 2. La cessione sostitutiva di esproprio tra provvedimento e contratto antecedentemente all'art. 11 l. 241/90. - 3. (segue) L'art. 11 l. 241/90 e la cessione sostitutiva di esproprio: nuovi spunti ricostruttivi? - 4. (segue) Nuovi spunti ricostruttivi successivamente all'introduzione dell'art. 11 l. 241/90: *reductio ad unum dell'istituto?* - 5. La cessione di diritti edificatori *in solutum* e l'autonomia privata *in executivis*. - 6. Un punto fermo: L'applicazione della disciplina civilistica alla cessione di diritti edificatori *in solutum*. - 7. *Datio in solutum* e diritti edificatori. Natura e caratteri. 8. L'ammissibilità della c.d. *datio in solutum* del terzo. - 9. (segue) Conclusioni

1. *L'evoluzione della pianificazione urbanistica dal sistema vincolistico alla perequazione. cenni.* – La recente evoluzione normativa del procedimento amministrativo è contrassegnata da un crescente vigore dei temi della capacità di diritto privato e dell'attività consensuale della P.A., che si traduce, secondo una linea di tendenza tracciata dal legislatore comunitario, nella stipulazione dei c.d. contratti pubblici. Pare infatti tramontato il dogma del provvedimento unilaterale quale esplicazione esclusiva del potere autoritativo della P.A., affiancandosi ad esso un modulo alternativo consensuale e privatistico, connotato da maggiore elasticità, che determina nel contempo una più solida regolamentazione dell'assetto di interessi<sup>1</sup>.

---

\* Dottorando in ricerca di diritto dei contratti nell'Università di Cagliari.

<sup>1</sup> Ci si riferisce agli artt. 1 ed 11, l. 7 agosto 1990, n 241, come modificati dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 nonché, per quanto attiene al settore degli appalti pubblici, alla riforma confluita nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In tale ottica il diritto interno si è conformato al trattato della C.E. ed al diritto

Nell'approccio al tema oggetto del presente lavoro, giova, quindi, esaminare sinteticamente le tappe fondamentali che caratterizzano l'evoluzione della pianificazione urbanistica che rappresenta uno dei terreni dove si è maggiormente manifestato l'agire consensuale della P.A.

Come evidenziato dalla dottrina, si è infatti registrato, segnatamente nell'ultimo decennio, il passaggio da una dimensione monolitica del c.d. potere di piano<sup>2</sup>, inteso nella *ratio* della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (c.d. legge fondamentale urbanistica), quale «*manuale d'uso del territorio*»<sup>3</sup>, ad una sua progressiva disarticolazione.

Ed invero, nel corso della sua evoluzione, la pianificazione urbanistica si era prevalentemente esplicitata nell'adozione dei c.d. vincoli paesistici, per loro natura antitetici all'istituto dell'espropriazione, i cui effetti, strumentali alla tutela di interessi pubblici su determinati beni, si dispiegano a tempo indeterminato, senza che al proprietario sia riconosciuto alcun indennizzo.

In tale ottica il c.d. potere espropriativo<sup>4</sup>, è stato esercitato dalla P.A. in via residuale, come si evince dalla circostanza che il legislatore del '42 ne ha demandato l'attuazione a piani particolareggiati

---

comunitario in materia di appalti secondo l'interpretazione della C.E.D.U. In tal senso, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo* diretto da G. ALPA, F. GAROFOLI, nel *Diritto.it.*, Roma, 2009, p. 1111-1112.

<sup>2</sup> Tale potere è esercitato dalla P.A. con l'adozione del piano regolatore generale.

<sup>3</sup> L'espressione è adoperata da P. STELLA RICHTER, *L'articolazione del poter di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, p. 657 ss., la c.d. legge fondamentale urbanistica del 1942, nella sua formulazione originaria, enucleava una disciplina di carattere eminentemente procedimentale, che attribuiva al piano regolatore generale un potere omnicomprensivo di determinazione degli assetti dell'intero territorio comunale, che, libero per contenuto e durata, diveniva nella *ratio legis* un autentico «*manuale d'uso del territorio comunale*». Del medesimo avviso E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale per il governo del territorio*, in *Il Governo del territorio in Lombardia dopo il testo unico regionale* a cura di A. MANDARANO diretto da F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Giuffrè, Milano 2007, p. 244, il quale osserva che più che di una legge di piano si trattava di una legge «*su come fare il piano*», come si evince dalla circostanza che con qualche improprietà sul piano della sistematica delle fonti, le disposizioni di maggior rilievo in merito al contenuto sostanziale della pianificazione comunale erano contenute nel D.M. 2 aprile 1968, n. 1444.

<sup>4</sup> Quest'ultimo, come è noto, trae le sue origini dalla legge generale del 1865.

contenenti la dichiarazione di pubblica utilità delle opere contemplate<sup>5</sup>. Donde, come a suo tempo osservato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>6</sup>, l'espropriazione sopravviveva unicamente nei c.d. vincoli espropriativi di zonizzazione, che sottoponevano determinate aree ad un regime restrittivo su base territoriale.

Giova evidenziare che nella recente evoluzione della pianificazione urbanistica ha assunto tuttavia soverchio rilievo il c.d. potere conformativo, che, essendo permeato dai valori della perequazione e dalla finalità di elasticità nella pianificazione, in antitesi al tradizionale potere ablatorio<sup>7</sup>, non incide con atti autoritativi unilaterali sul contenuto essenziale del diritto dominicale. Piuttosto si traduce nel perfezionamento di atti di natura consensuale, in forza dei quali il proprietario acconsente spontaneamente ad una limitazione della facoltà di trasformare l'immobile in conformità alle proprie esigenze<sup>8</sup>.

Il crescente rilievo acquisito dal potere di conformazione nell'*iter* evolutivo del potere di piano ed il contestuale *favor* verso l'adozione di norme perequative di comparto<sup>9</sup>, costituiscono indici rivelatori, come peraltro confermato dalla legislazione regionale più recente<sup>10</sup>, del definitivo tramonto dell'urbanistica c.d. tradizio-

---

<sup>5</sup> In tal senso, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 660, secondo il quale l'articolazione del piano, che assume nella formulazione delle più recenti leggi regionali una dimensione strutturale e non operativa, conferma l'eliminazione progressiva di tale potere.

<sup>6</sup> Ci si riferisce in particolare a C. cost., 29 maggio 1968, n. 55 ed a C. cost. 20 maggio 1999, n. 179, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 873, con nota di Bonatti.

<sup>7</sup> Come osserva P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, pag 661, il potere di conformazione può essere inteso sia nella variante di conformazione del territorio, che nella variante di conformazione del diritto di proprietà.

<sup>8</sup> Si ponga mente all'art. 7 co. 2, l. 1150/42; ed all'art. 2 co. 1, l. n. 2287/88. Sul punto si veda ancora P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 662.

<sup>9</sup> Le norme perequative di comparto, secondo il consolidato orientamento della dottrina e della giurisprudenza, trovano fondamento nell'artt. 7 e 23 l. 1150/42. L'art. 7, secondo l'interpretazione della Corte costituzionale, «*disciplina l'idea di zonizzazione*» in piena armonia con il principio di legalità. Si veda al riguardo l'art. 41 *quinquies* della l. 1150/42.

<sup>10</sup> La prima legislazione urbanistica regionale era invece rimasta sostanzialmente fedele al modulo procedimentale delineato dal legislatore del 1942. Sul punto BOSCOLO, *op. cit.*, p. 245.

nale incardinata sui vincoli di zonizzazione di cui si è accennato in apertura<sup>11</sup>.

In tale ottica l'iter evolutivo del potere di piano è stato descritto dalla dottrina con l'espressione convenzionale di *urbanistica c.d. post – vincolistica* che richiama, come si evince dal panorama eterogeneo delle esperienze dei legislatori regionali<sup>12</sup>, la prassi oramai diffusa di adottare strumenti tecnici conformativi permeati dai valori della perequazione, della compensazione e della premialità.

Il tutto riconducendo l'attuazione del disegno urbanistico ad una dimensione negoziale e non più ablatoria, in guisa da contemperare le esigenze egoistiche del privato, che tradizionalmente ineriscono alla modulazione del c.d. statuto della proprietà<sup>13</sup>, con quelle pubblicistiche, che, specularmente, involgono l'interesse generale alla creazione, a costi minimi, di un patrimonio pubblico di aree (si pensi alla cessione di aree a verde ovvero alla formazione di opere di pubblica utilità) destinate al soddisfacimento dell'interesse della collettività<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Si veda al riguardo l'art. 41 *quinquies*, l.1150/42.

<sup>12</sup> Si ponga mente alla l. r. Emilia Romagna, 24 marzo 2000, n. 20; l. r. Basilicata, 11 agosto 1999, n. 23; l. r. Calabria 22 dicembre 1999, n. 38; l. r. Puglia, 27 luglio 2001, n. 20; nonché tra le più recenti, l.r. Campania, 22 dicembre 2004 n. 20; l. r. Veneto, 22 dicembre 2004, n. 16; e da ultimo l. r. Lombardia, 11 marzo 2005 n. 12. La legge regionale della regione Lombardia sarà esaminata meglio *infra*. Sul punto E. BOSCOLO, *Espropriazione: La giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione compensazione e premialità*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005,4, p. 1341, il quale evidenzia la disomogeneità e la varietà dei modelli evincibili dalle realtà normative regionali. Il modello calabrese, infatti, prevede l'avocazione al pubblico potere di diritti edificatori eccedenti un certo limite, incidendo così direttamente sulla struttura giuridica del diritto di proprietà fondiaria. Per converso, altre esperienze, quali, ad esempio, quelle di Emilia Romagna, Veneto e Lombardia, sono connotate da maggiore flessibilità, atteso che si limitano a dettare regole di fondo lasciando ai singoli comuni l'identificazione concreta dei modelli perequativi da sperimentare.

<sup>13</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 1340.

<sup>14</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 1340; A. GIUSTI, *Principio di legalità e pianificazione urbanistica perequata. Riflessioni a margine dell'esperienza del piano regolatore generale della città di Roma*, in *Foro amm. Cons. st.*, 2011, 1, 125. Si veda anche E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale*, cit., p. 212, in questa sede l'autore ribadisce che la perequazione di comparto, prescin-

Nel solco di tale evoluzione, la perequazione urbanistica, da mero strumento tecnico procedurale di pianificazione, è assunta al rango di autentico criterio sostanziale precettivo, diretto a perseguire finalità distributive, smussando così le rigidità, nonché eliminando i profili di discriminazione, che contraddistinguevano tradizionalmente la c.d. zonizzazione.

Come opportunamente rilevato in dottrina, infatti, l'approccio fondato unicamente sul c.d. *zoning* non risolveva il problema della discriminazione che il piano urbanistico determinava tra proprietari di fondi edificabili, avvantaggiati dal piano e, per converso, proprietari di aree non edificabili, svantaggiati<sup>15</sup>.

Si è optato, in altre parole, tramite una stretta interazione tra vantaggi ed oneri che la pianificazione pone in capo al proprietario, per un'incentivazione del privato al perseguimento di obiettivi di interesse generale, evitando il ricorso all'esproprio e favorendo nel contempo l'effettività della realizzazione degli interventi urbanistici.

Tale finalità è stata perseguita dalla P.A. tramite l'emanazione di c.d. norme di comparto, aventi un perimetro applicativo circoscritto

---

dendo dalle tradizionali leve imperative, favorisce la formazione di un patrimonio di aree pubbliche in quanto svincolata dalle risorse di bilancio dei comuni, strutturalmente deficitarie, come si evince dalla sistematica decadenza dei vincoli.

<sup>15</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *La pianificazione comunale*, cit., p. 213, il quale rileva che la perequazione determina in tale ottica una redistribuzione urbanistica sia sul piano strutturale che funzionale. Sul piano strutturale, infatti, la pianificazione non priva di rilevanza il disegno territoriale e con esso l'interesse pubblico ad un ordinato assetto del territorio, atteso che nel disegno perequativo restano identificate le aree edificabili e quelle destinate a servizi. Sul piano funzionale la c.d. *Bright line* (il confine tra zona edificabile e zona destinata a servizi) rimane indifferente rispetto alla posizione dei proprietari. L'attuazione del piano perequativo si caratterizza, infatti, per una redistribuzione dei diritti edificatori (c.d. *ownership read justement*) che vengono attribuiti in misura euguale in tutte le aree. Tali diritti sono quindi collocati (c.d. lato attivo della perequazione), nell'alveo della porzione di territorio edificabile secondo il piano perequativo. Parallelamente vengono ridistribuiti tra tutti i proprietari i correlativi oneri di cessione di aree (c.d. lato passivo della perequazione). In definitiva l'attuazione funzionale della perequazione urbanistica, sia sotto il profilo attivo che su quello passivo, consente di evitare che la distinzione tra aree edificabili e non, che permane sul piano statico e strutturale, ingeneri, sul piano dinamico - funzionale, una disparità economica tra i soggetti coinvolti.

ad un ambito territoriale determinato, che contemplano meccanismi premiali e compensativi in forza dei quali il pianificatore assegna a tutte le aree comprese nel medesimo comparto la stessa potenzialità edificatoria, *id est* indice territoriale di edificabilità. Il tutto ridistribuendo il carico urbanistico nel territorio. In definitiva, quindi, come osservato dalla dottrina, la localizzazione, allorché è inserita all'interno di un piano perequativo, non si attegna a vincolo preordinato all'ablazione, ma assolve, piuttosto, la funzione di predeterminare gli obiettivi collettivi cui è subordinato il perseguimento dei vantaggi che i privati possono trarre dalle trasformazioni edilizie<sup>16</sup>.

Nel solco di tale impostazione, le descritte finalità perequative proprie delle norme di comparto sono state in prevalenza perseguite con l'ausilio di strumenti tecnici consensuali<sup>17</sup>.

Si è parlato al riguardo della nascita di un nuovo statuto della c.d. proprietà fondiaria<sup>18</sup> che si affranca progressivamente dalle

---

<sup>16</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 1340.

<sup>17</sup> Ci si riferisce, segnatamente alla c.d. cessione in luogo del decreto di espropriazione, contemplata dal legislatore all'art. 46, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. Il legislatore regionale ha riconosciuto alle parti possibilità di regolamentare la fase esecutiva di tali accordi seguendo un procedimento che ricalca *mutatis mutandis* lo schema della *datio in solutum* di cui all'art. 1197 c.c., in guisa che, in luogo dell'indennizzo, vengono attribuiti al privato beni o diritti quale controvalore del fondo consensualmente trasferito alla P.A. Tali accordi, che seguono lo schema di cui all'art. 11, l. 241/90, sono connotati da maggiore flessibilità e si collocano, come osservato in dottrina, sulla falsariga dell'esperienza propria della c.d. cessione di cubatura, nonché della c.d. convenzione di lottizzazione.

<sup>18</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *La pianificazione comunale, cit.*, p. 236, il quale rileva come la legislazione urbanistica della regione Lombardia si pone nel solco della giurisprudenza della C.E.D.U. in tema di espropriazione, che ha dichiarato illegittimi quei modelli espropriativi in contrasto con la tutela del diritto al rispetto dei beni enucleato all'art. 1 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo. In particolare, viene in considerazione il c.d. caso Scordino, nel quale i giudici sovranazionali avevano affrontato la questione dell'adeguatezza dei criteri di determinazione dell'indennizzo al proprietario espropriato nell'ambito di un procedimento ablatorio che aveva rispettato l'*iter* tratteggiato dalle leggi nazionali. Il tutto in aperto contrasto con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, che si era assestata con le note sentenze n. 283 del 16 giugno 1993 in *Foro it.*, 1993, I, 2089, e n. 61 del 25 maggio 1957 in *Giur. cost.*, 1957, 702 verso una posizione che ancorava i criteri determinativi del *quantum* di indennizzo ad una logica di temperamento delle esigenze del privato con quelle solidaristiche connesse alla tutela dell'interesse pubblico. Il Su-

esigenze solidaristiche e di funzionalizzazione del diritto dominicale di cui all'art. 42 cost., e di un ritorno ad una concezione liberale non dissimile dal modello del codice civile del 1865.

Il diritto di proprietà, infatti, si dematerializzerebbe recuperando il suo valore originario di diritto da salvaguardare, connotato da un valore di scambio che viene corrisposto in sede di cessione volontaria.

*2. La cessione sostitutiva di esproprio tra provvedimento amministrativo e contratto antecedentemente all'art. 11 L. 241/90.* – Si è evidenziato che l'evoluzione della pianificazione urbanistica è contraddistinta dalla progressiva espansione dei poteri conformativi della P.A., esercitati prevalentemente tramite lo strumento negoziale, nonchè da un ricorso recessivo ai poteri espropriativi.

In questa chiave evolutiva si colloca l'introduzione dell'art. 12 comma 1, l. 865/1971, successivamente trasfuso nell'art. 45 del D.P.R., 8 giugno 2001, n. 327<sup>19</sup> che ha enucleato la c.d. cessione

---

premo Collegio sosteneva, infatti, che l'indennizzo doveva essere commisurato «al massimo della contribuzione che la pubblica amministrazione può offrire al privato nell'ambito del pubblico interesse». Donde, pur non essendovi spazio per indennizzi irrisori del tutto sganciati dal valore venale del bene, non dovrebbe esservi per ciò stesso una necessaria aderenza dell'indennizzo al valore di mercato del cespite. Sulla base di tali premesse, non v'è chi non veda, come osserva l'autore, che la linea di tendenza tracciata dalla legislazione della regione Lombardia, rimette in discussione l'idea della previsione di un sacrificio esorbitante in capo al privato nella formazione della c.d. «parte pubblica della città». La scelta lombarda, che si colloca nel solco di quella operata anche da altri legislatori regionali, sembrerebbe orientata, infatti, verso un recupero di una concezione della proprietà avente quale presupposto «L'enfatica proclamazione di inviolabilità contenuta nella carta ottocentesca».

<sup>19</sup> L'art. 45, D.P.R. 327/2001, come modificato al d.lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, enuclea il «diritto» del proprietario a stipulare un «atto di cessione» anche «pro quota» in un arco temporale compreso tra la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e l'esecuzione del decreto di espropriazione. L'art. 20 del T.U. contempla la possibilità che il proprietario espropriando, nei trenta giorni successivi alla notificazione dell'atto che determina in via provvisoria la misura dell'indennità, comunichi con dichiarazione irrevocabile la condivisione della determinazione dell'indennità di espropriazione. Successivamente al perfezionamento dell'accordi sull'indennità ed al deposito della documentazione attestante la piena e libera proprietà del bene, avviene la stipula di un «atto di cessione del bene». Il legislatore adopera in questa sede l'espressione *diritto* per qualifica-

volontaria in corso di esproprio, quale modulo di chiusura consensuale del procedimento ablatorio<sup>20</sup>. Si tratta, come è noto, di un istituto intermedio tra il tradizionale esercizio del potere ablatorio, sottoposto integralmente alla disciplina pubblicistica, e l'alternativo ricorso al contratto di compravendita, che, per sua natura, fatta salva l'applicazione delle norme dettate per il procedimento ad evidenza pubblica, soggiace, ovviamente, alla disciplina civilistica<sup>21</sup>.

La qualificazione dogmatica dell'istituto ha ingenerato sin dai suoi albori un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza, divise tra i fautori della natura c.d. pubblicistica ed i sostenitori di quella privatistica della fattispecie<sup>22</sup>, non essendovi, segnatamente nel

---

re la posizione giuridica del proprietario, confermando l'opinione, sino a quel momento espressa dalla dottrina dominante, che aveva ascrivito il diritto *de quo* nel novero dei diritti potestativi. Si è tuttavia osservato che tale opinione andrebbe rivista, atteso che dal tenore letterale dell'art. 45 non pare evincersi il dispiegamento immediato dell'effetto traslativo per effetto della dichiarazione del privato. Più propriamente si tratterebbe di un diritto di credito alla prestazione del consenso, al quale corrisponde specularmente, analogamente a quanto avviene in tema di stipulazione del contratto preliminare, un correlativo obbligo alla stipulazione in capo al beneficiario dell'espropriazione. Potrebbe quindi suggerirsi, come si vedrà meglio *infra*, l'applicazione del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. Quanto alla espressione *atto* adoperata in luogo di quella precedente *accordo*, la dottrina esclude tendenzialmente che il legislatore abbia inteso ricondurre l'istituto ad un esercizio di poteri pubblicistici. Piuttosto taluni autori ritengono che il legislatore abbia inteso distinguere la fattispecie *de qua* dagli accordi *ex art. 11, l. 241/90*, laddove altri ritengono che si sia voluta polarizzare l'attenzione sull'elemento terminale della sequenza procedimentale in cui si sostanzia l'istituto. Sul punto, C. GALLUCCI, (voce) *Espropriazione per pubblico interesse La cessione volontaria*, in *Enc. giur.*, XIII, Treccani, Roma, 2005, p. 8-9.

<sup>20</sup> Come osservato in dottrina, antecedentemente alla introduzione dell'art. 11, l.241/90, la possibilità di chiudere il procedimento mediante accordi è stata per lungo tempo ignorata dalle pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle ipotesi tipiche della cessione sostitutiva di esproprio e delle convenzioni di lottizzazione. Con l'entrata in vigore della disciplina degli accordi, è venuto meno il principio di tipicità dell'accordo sostitutivo. Sul punto, P. D'ANGIOLILLO, *op. cit.*, p. 74.

<sup>21</sup> In tal senso, G. FILANTI, *La cessione sostitutiva d'esproprio*, Giuffré, Milano 1990, p. 7.

<sup>22</sup> In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 8, il quale rileva che non si tratta in realtà di una vera e propria disputa, atteso che le ricostruzioni proposte sono talmente distanti tra loro da precludere un autentico confronto dialettico.

periodo anteriore all'introduzione dell'art. 11 l. n. 241/1990, chiarì indici normativi di riferimento.

I fautori della tesi pubblicistica, sostenuta sin da tempi remoti dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>23</sup>, polarizzavano l'attenzione sulla dichiarazione di pubblica utilità promanante dall'autorità amministrativa<sup>24</sup>. In tale ottica, qualificavano l'istituto *de quo*, con diverse sfumature, quale contratto di diritto pubblico o con oggetto pubblico, diretto a regolamentare gli effetti patrimoniali del provvedimento ablatorio. Il tutto nell'alveo di un rapporto giuridico di cui solo la P.A. può disporre con l'esercizio della pro-

---

<sup>23</sup> La giurisprudenza, non senza contraddittorietà, per un verso nega la natura privatistica dell'istituto e, per altro verso, applica ad esso la disciplina civilistica del contratto. In tal senso, Cass., 22 maggio 2009, n. 11955, in *Giust. civ. mass.* 2009, 5, c. 811; Cass., 22 maggio 2007, n. 11843, in *Giust. civ. mass.* 2007, c. 5 secondo la quale a seguito della emanazione della sentenza della C. cost. n. 223 del 1983, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2538. *Foro it.*, 1983, I, p. 2057. *Giur. cost.*, 1983, I, p. 133, che ha dichiarato illegittimi i criteri di determinazione del prezzo in caso di cessione volontaria, si ravvisano gli estremi nullità parziale ex art. 1419 co. 2 c.c. della clausola determinativa del *quantum* di indennizzo; Cass. S. U., 19 dicembre 2007, n. 26732, in *Giust. civ. mass.* 2007, c. 12, *Foro amm. Cons. st.*, 2008, 2, I, p. 356 secondo la quale l'inadempimento dell'espropriante è un fatto generatore di responsabilità contrattuale che comporta la l'obbligo di risarcimento del danno secondo le regole proprie della risoluzione del contratto di vendita per inadempimento del compratore, con la conseguente inapplicabilità dei parametri previsti dal comma 7 *bis* dell'art. 5 *bis* d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359; Cass., 27 settembre 2006, n. 21019, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, I, p. 560, che propugna l'applicazione all'istituto della forma scritta *ad substantiam*; Cass., 3 luglio 2001, n. 8970, in *Giust. civ. mass.*, 2001, c.1318, Cass., 29 gennaio 1997, n. 922, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1854; Cass., 12 gennaio 1988, n.144, in *Riv. giur. ed.* 1988, I, p. 340; Cass., 5 febbraio 1977, n. 500, in *Foro it.* 1977; Cass. 30 giugno 1960, n. 1723, in *Giur. it.* 1961, I, 1, c. 27; Trib. Napoli, 14 maggio 1984, n. 4252, in *Arch. C.E.D. Corte Cass.* Sul punto, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>24</sup> L'art. 8, co.1, lett. b, D.P.R. 380/2001 sancisce che il decreto di esproprio non può essere emanato se non preceduto da una dichiarazione di pubblica utilità. Il legislatore ha generalizzato al successivo articolo 12 la c.d. dichiarazione di pubblica utilità implicita, stabilendo che si intende disposta quando sia stato adottato uno degli atti indicati all'interno di un'ampia elencazione contenuta nella disposizione. A titolo esemplificativo, si ponga mente all'ipotesi in cui l'autorità espropriante approvi il progetto definitivo dell'opera pubblica o di pubblica utilità, ovvero all'ipotesi in cui siano stati approvati un piano particolareggiato, un piano di lottizzazione od un piano di recupero. Sul punto, C. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 5.

pria potestà. In altre parole, si tratterebbe di un contratto integrativo del procedimento ablatorio con funzione ed effetti omologhi a quelli del decreto di espropriazione. La P.A. valuterebbe, quindi, di volta in volta, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, se sia opportuno adoperare per il perseguimento del medesimo risultato finale il provvedimento amministrativo, ovvero, in alternativa, sostituirlo, corroborarlo od integrarlo con lo strumento contrattuale, che, per sua natura, denota maggiore elasticità. Tale soluzione, tuttavia, non sfugge alla rigida alternativa tra contratto di diritto pubblico e vendita, come si evince dalla circostanza che la giurisprudenza, coerentemente con le proprie premesse, sostiene la necessità che l'interprete, con apprezzamento delle circostanze del caso, qualifichi di volta in volta la fattispecie applicando le comuni regole civilistiche dettate in tema di interpretazione del contratto<sup>25</sup>. Peraltro la nozione di contratto sostitutivo od integrativo assume un valore meramente descrittivo del rapporto intercorrente con il provvedimento, laddove, come è noto, i contratti possono essere classificati unicamente secondo la tradizionale dicotomia tipici-atipici<sup>26</sup>.

Parte della dottrina, nel tentativo di conciliare la necessità di cura dell'interesse generale con la parioridazione delle parti nel contratto di diritto privato, ha parzialmente riformulato la teoria

---

<sup>25</sup> In tale ottica l'interprete deve indagare, adoperando i criteri di interpretazione soggettiva ed oggettiva del contratto, la comune volontà delle parti evincibile dal significato complessivo dell'operazione, in guisa da comprendere se abbiano inteso stipulare un contratto di compravendita ovvero perfezionare un contratto di cessione volontaria. Sulla necessità di un'indagine concreta, Cass., 22 maggio 2009, n. 11955 *cit.*; sulla necessità di un'applicazione degli ordinari criteri ermeneutici dell'interpretazione, Cass., 12 agosto 1995, n. 8866, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1521.

<sup>26</sup> In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 50, il quale osserva che la P.A. potrebbe altresì optare, con soluzioni di diversa graduazione, per un'integrazione del provvedimento con un contratto c.d. accessivo, ovvero potrebbe stipulare un contratto ausiliario ad un provvedimento emanato successivamente. L'autore critica il rilievo dogmatico delle qualificazioni «*accessivo, sostitutivo ed ausiliario*», atteso che non designano la natura del contratto, ma si limitano a descrivere il nesso che lega quest'ultimo al provvedimento finale. È preferibile, quindi, classificare i contratti secondo le categorie tradizionali dei contratti tipici ed atipici, in guisa che, nel caso di specie, la cessione integrerebbe una vendita.

del contratto di diritto pubblico<sup>27</sup>. Sul piano funzionale la principale argomentazione su cui si regge l'indirizzo *de quo*<sup>28</sup> è costituita dal dogma della inattitudine del contratto di diritto privato, giusta la pariteticità delle parti, a garantire il perseguimento dell'interesse generale. Quest'ultimo, infatti, verrebbe frustrato dal potenziale esperimento di rimedi caducatori propri della disciplina civilistica quali le azioni di rescissione e di risoluzione<sup>29</sup>. Ne deriva una ricostruzione sovrastrutturale dell'istituto quale «*modulo convenzionale pubblicistico*», nel senso che l'accordo produrrebbe effetti in forza di un atto di adesione della P.A., alla quale dovrebbe essere definitivamente imputata la produzione di tali effetti<sup>30</sup>. Tale

---

<sup>27</sup> Sulla teoria del contratto ad oggetto pubblico si veda P. VIRGA, (voce) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico Contratto (dir. amm)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1965; Si è osservato che tale teoria andava incontro alla contestazione che se l'oggetto è un'attività pubblicistica, indisponibile per i privati, dovrebbe applicarsi integralmente la disciplina pubblicistica. Donde sarebbe precluso alla P.A. utilizzare il contratto di diritto comune per generare rapporti bilaterali o reciproci con i privati. In tale ottica il contratto *de quo* andrebbe incontro alla sanzione della nullità per impossibilità ovvero illiceità dell'oggetto di tali accordi. La riformulazione della teoria tradizionale del contratto con oggetto pubblico ha prestato il fianco a numerosi rilievi critici. In particolare è stato evidenziato che lo schema strutturale delineato non si attaglia all'istituto in esame, atteso che il legislatore non ha previsto alcuna adesione da parte della P.A. alla convenzione. Parimenti non è configurabile alcuna revoca di una fattispecie ad effetti istantanei quale è la cessione. La revoca, infatti, non potrebbe assolutamente incidere sull'effetto traslativo, una volta dispiegatosi. In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>28</sup> In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 38.

<sup>29</sup> Alcune pronunce giurisprudenziali, definite empiriche dalla dottrina, sono giunte a relativizzare l'inquadramento dogmatico proprio in funzione della disciplina in concreto applicabile. Ci si riferisce in particolare a Cass., 29 gennaio 1997, n. 922 *cit.*; Cass., 3 luglio 2001, n. 8970, *cit.*, che fanno convivere l'assunto della assoggettabilità della cessione alla azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. con l'applicabilità dell'istituto della retrocessione. Sul punto, C. GALLUCI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>30</sup> Si è peraltro osservato che il perseguimento del pubblico interesse in tali contratti, si esplica nel riconoscimento alla P.A. di poteri speciali di vigilanza e controllo, quali l'approvazione delle varie fasi del procedimento, nonché poteri speciali quali quello di recesso dal contratto di appalto, il potere di revoca della concessione cui accede il contratto, la dichiarazione di decadenza dell'atro contraente. Posto che nella disciplina della cessione sostitutiva di esproprio non sono contemplati tali poteri, la giurisprudenza giunge ad

assunto parrebbe trovare conforto nella comparazione della cessione sostitutiva con i contratti stipulati dalla P.A., nell'esercizio della sua capacità negoziale di diritto privato, ad esito del procedimento ad evidenza pubblica<sup>31</sup>.

Si è tuttavia osservato criticamente che la ricostruzione dell'istituto quale contratto di diritto pubblico, inteso quale modalità alternativa di esercizio della potestà della P.A., determinerebbe una macroscopica incongruenza sistematica, in quanto alla estinzione del diritto del proprietario effettivo e dei diritti di terzi sul medesimo ceppite, non corrisponderebbero quelle particolari tutele enucleate dal legislatore per il procedimento ablatorio, quali, ad esempio, la possibilità di far valere le proprie ragioni in sede di opposizione alla stima. Parimenti si determinerebbero illogicità ed incongruenze nell'ipotesi in cui il soggetto legittimato ad esercitare il diritto soggettivo al perfezionamento dell'accordo di cessione pur risultando proprietario nei registri catastali, non sia proprietario effettivo<sup>32</sup>.

Una parte della giurisprudenza amministrativa<sup>33</sup> e la dottrina che, per converso, consideravano irrilevante la circostanza che l'accordo intervenisse successivamente alla dichiarazione di pubblica utilità, qualificavano l'istituto quale contratto di compravendita, relegando il procedimento espropriativo al rango di mero motivo, ovvero, secondo altra ricostruzione dogmatica, a mera circostanza oggetto di presupposizione.

Trovarebbero pertanto integrale applicazione i rimedi privatistici quali la risoluzione e la rescissione e non si estinguerebbero gli eventuali diritti dei terzi<sup>34</sup>. Per converso, non troverebbero applli-

---

una soluzione di compromesso che attribuisce all'istituto la grigia qualificazione di contratto di diritto pubblico, in guisa da renderlo il più possibile lontano dalla nozione di contratto enucleata all'art. 1321 c.c. Sul punto, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>31</sup> Sul punto, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 41.

<sup>32</sup> Su tutti, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>33</sup> Per la giurisprudenza amministrativa si veda Cons. st., 22 luglio 2010, n. 1, in *Foro amm. Cons. st.*, 2010, 7-8, p. 1434; in senso contrario alla qualificazione privatistica, Cons. st., 19 febbraio 2007, n. 874, in *Foro amm. Cons. st.*, 2007, 2, p. 486; *Riv. giur. edilizia*, 2007, 3, 1, p. 1086 che qualifica l'istituto quale contratto con oggetto pubblico.

<sup>34</sup> Proprio l'estinzione dei diritti dei terzi, quale effetto pregiudizievole determinato dal perfezionamento dell'accordo *de quo*, costituisce uno dei principali rilievi critici formulati avverso tale teoria.

cazione le norme sull'espropriazione ed, in particolare, nell'ipotesi di omessa esecuzione dell'opera, l'istituto della retrocessione<sup>35</sup>.

È di palmare evidenza, come osservato in dottrina, che un'impostazione siffatta si presenta aprioristica, poiché si regge sull'apparente postulato della natura contrattuale dell'istituto, che, non soltanto è tutt'altro che dimostrato, ma costituisce paradossalmente proprio l'oggetto della *vexata questio*<sup>36</sup>.

Peraltro, come si vedrà meglio *infra*, l'aspetto più fragile della teoria contrattualprivatistica è dato dalla circostanza che non si è spinta, in coerenza con le proprie premesse dogmatiche, fino a negare la sussistenza di un rapporto oggettivo tra la cessione ed il procedimento ablatorio. Piuttosto predilige formule edulcorate quali «*inserimento ed ambientazione del contratto nel procedimento*» ovvero di «*contratto ausiliario al provvedimento*»<sup>37</sup>.

3. (segue) *L'art. 11 l. 241 /90 e la cessione sostitutiva di esproprio: nuovi spunti ricostruttivi?* – Come è noto, l'art. 11 l. 241/90, modificato dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha introdotto la figura dei c.d. accordi atipici c.d. sostitutivi ed integrativi del provvedimento finale. Più precisamente, in accoglimento di osservazioni e proposte presentate dai privati, l'amministrazione procedente può concludere, nel perseguimento del pubblico interesse e senza pregiudicare i diritti dei terzi, accordi atipici che determinano il contenuto discrezionale del provvedimento finale (c.d. accordo integrativo) ovvero in sostituzione di questo (c.d. accordo sostitutivo). Ci si interroga in questa sede se tale disciplina contenga o meno nuovi indici normativi di riferimento che consentano di risolvere almeno in parte la *vexata questio* sulla natura degli accordi sostitutivi del decreto di espropriazione. A tale scopo, quindi, è necessario indagare preliminarmente se la disciplina degli accordi atipici c.d. sostitutivi, ex art. 11 l. 241/1990<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> L'art. 45, D.P.R. 380/2001 ha ammesso *apertis verbis* la possibilità per l'espropriato di ricorrere alla retrocessione allorché ne ricorrano i presupposti. Sul punto, C. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>36</sup> In tal senso, G. FILANTI, *op. cit.*, p. 55.

<sup>37</sup> In tal senso, G. FILANTI, *op. ult. cit.*

<sup>38</sup> Come è noto, la legge n. 15/2005, in un'ottica c.d. di *amministrazione di risultato*, ha ricondotto ad una dimensione atipica l'agire consensuale della P.A. eliminando l'inciso «*nei casi previsti dalla legge*», contenuto originaria-

sia, integralmente ovvero parzialmente applicabile alla cessione sostitutiva di esproprio

Ed invero in un primo momento, è prevalsa l'opinione secondo cui gli accordi atipici c.d. sostitutivi sarebbero una sottocategoria degli accordi facoltativi, in guisa che troverebbero applicazione unicamente allorquando l'amministrazione è titolare di un'opzione alternativa tra l'esercizio potere provvedimento ed il perfezionamento di un accordo. L'applicazione di tale schema convenzionale andrebbe, infatti, esclusa allorquando il legislatore abbia contemplato lo strumento consensuale, non a caso definito «*accordo necessario*»<sup>39</sup> quale modulo vincolato di esercizio del potere provvedimento.

Ad ogni buon conto l'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità sull'estensione della disciplina degli accordi alla cessione sostitutiva di esproprio si presenta oscillante.

Ed invero dopo una prima fase in cui era prevalso l'orientamento favorevole a tale estensione con il conforto, peraltro, del parere reso in sede consultiva dal Consiglio di Stato<sup>40</sup>, nonché da una consistente dottrina<sup>41</sup>, il Supremo Collegio ha mutato indirizzo con un

---

mente all'art. 11 comma 1 l. 241/90, in guisa che gli accordi sostitutivi hanno assunto, salvi i divieti espressi formulati dal legislatore, una portata generale che travalica i confini angusti tracciati dai tradizionali istituti della cessione sostitutiva di esproprio e delle convenzioni di lottizzazione.

<sup>39</sup> Tale distinzione è stata recepita da Cass., 15 aprile 1992, n. 4572 in *Giust. civ. Mass.*, 1992, c. 4, *Giust. civ.* 1992, I, p. 2037, *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, p. 163 con nota di Pintucci; *Rass. avv. Stato*, 1992, p. 451, secondo la quale gli accordi con i quali il privato, al fine di ottenere il rilascio della concessione edilizia sui suoli di sua proprietà, si obbliga a determinati comportamenti nei confronti della P.A. o compie determinate rinunzie, rientrano nello schema del c.d. *modulo convenzionale nel procedimento strumentale all'emissione del provvedimento amministrativo*. In tale ottica non assumerebbero autonoma rilevanza rispetto al provvedimento, che resterebbe l'unica fonte di regolamento degli interessi in gioco. Gli accordi facoltativi, quindi, non sarebbero dei veri e propri contratti. Sul punto, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 156.

<sup>40</sup> Ci si riferisce al parere sulla l. 241/90 espresso in sede consultiva dal Consiglio di Stato nella Ad. Gen n. 7 del 1987, si veda anche Cons. st., 25 novembre 1991, n. 969, in *Foro amm. Cons. st.*, 1991, I, p. 1678. Sul punto, GRECO, *op. cit.*, p. 156.

<sup>41</sup> Sul punto, GRECO, *op. ult. cit.*

revirement delle Sezioni Unite nel 1994<sup>42</sup>. Successivamente si registrò per un breve periodo una linea di tendenza favorevole ad estendere il perimetro applicativo dell'istituto a tutte le principali manifestazioni delle convenzioni di diritto pubblico recepite dalla legislazione vigente o, comunque, esistenti nella prassi amministrativa<sup>43</sup>.

Recentemente, tuttavia, la giurisprudenza ha assunto nuovamente un indirizzo restrittivo, che, con una sentenza emanata dalle Sezioni Unite nel 2010<sup>44</sup>, nega la applicazione della disciplina degli accordi atipici alla cessione atteso che, sul piano funzionale, quest'ultima costituisce un modulo alternativo e non sostitutivo di chiusura del procedimento ablatorio<sup>45</sup>. Tale impostazione suscita perplessità poiché, spingendosi oltre un rigido formalismo terminologico, tanto nella cessione che negli accordi atipici, è di palmare evidenza che ci troviamo sostanzialmente dinanzi alla sostituzione del provvedimento finale (costituito, nel caso della cessione, dal decreto di espropriazione) con un accordo perfezionato tra privato e P.A.<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Cass. S. U., 4 novembre 1994, n. 9130, in *Giust. civ. mass.*, 1994, p. 1324.

<sup>43</sup> In tal senso, su tutte, Cass. S. U., 29 agosto 1998, n. 8593, in *Giust. civ. mass.* 1998, c. 1805; *Urb. app.*, 1998, p. 1195.

<sup>44</sup> Cass., S. U., 6 dicembre 2010, n. 24687, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 12, p. 1572.

<sup>45</sup> Il Supremo Collegio osserva che «*la cessione volontaria degli immobili assoggettati ad espropriazione e la determinazione amichevole della relativa indennità non possono derogare in alcun modo dai prestabiliti parametri legali, e che la funzione stessa di tale cessione e quella di rappresentare un modo tipico di chiusura del procedimento di esproprio, secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della cessione volontaria rispetto al decreto ablatorio, e non già di mera "sostituzione" di questo che ne consenta l'inquadramento tra gli accordi sostitutivi di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 11, comma 1 i quali sono liberi nell'an e nel quomodo, a differenza degli accordi espropriativi che sono, invece, liberi soltanto nell'an*».

<sup>46</sup> La pronuncia pare condizionata dalle successive considerazioni di ordine processuale. Muovendo dal noto principio *lex specialis derogat legi generali*, il Supremo Collegio afferma, infatti, la giurisdizione del giudice ordinario e, più precisamente, la competenza funzionale della Corte d'appello in tutte le controversie sorte in sede di determinazione dell'indennizzo. Trattandosi di procedimento speciale, infatti, il criterio di riparto della giurisdizione originariamente previsto all'art 19, l. 22 ottobre 1971, n. 865, non sarebbe stato scalfito dalla successiva introduzione dell'art. 11 l. 241/90, che contempla la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'orientamento giurispru-

Peraltro, come opportunamente osservato dalla dottrina<sup>47</sup>, che tradizionalmente ha sempre indicato per antonomasia, quale esempio di accordo ex art. 11, proprio la cessione sostitutiva di esproprio, l'indirizzo *de quo* svislisce il rilievo e la portata applicativa degli accordi relegandoli al rango di «*procedimento virtuale*»<sup>48</sup>. Piuttosto pare preferibile una applicazione *in parte qua* della disciplina ex art. 11 l.241/90 alla cessione sostitutiva di esproprio, nei limiti di quanto non sia espressamente disciplinato dalle norme speciali dettate dal D.P.R. 327/2001.

È noto, infatti, che il principio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, come si evince dal tenore dell'art. 15 c.p., si esplica su un piano squisitamente applicativo e non già di validità ed efficacia delle norme giuridiche, in guisa che la norma generale si applica, comunque, a quegli aspetti di disciplina non espressamente regolati dalla norma speciale<sup>49</sup>. Ed infatti il legisla-

---

denziale in commento suscita, quindi, perplessità atteso che si basa su un'impostazione metodologica che trae surrettiziamente conseguenze di ordine sostanziale da norme di carattere squisitamente processuale.

<sup>47</sup> In tal senso, G. GRECO, *op. cit.*, p. 157.

<sup>48</sup> Secondo C. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 3-9, il testo vigente dell'art. 45, D.P.R. 327/2001, sembra risolvere almeno in parte alcuni dei problemi posti dall'istituto. In particolare l'art. 45 prevede che l'accordo di cessione volontaria possa concludersi tra il proprietario ed il soggetto beneficiario, con ciò ribadendo implicitamente che quest'ultimo possa essere anche un soggetto privato. Donde l'accordo potrebbe essere stipulato anche da due parti private in armonia con il dettato dell'art. 1, d.lgs. 327/2001, il quale sancisce che il T.U. regola l'espropriazione di beni immobili o di diritti immobiliari relativi alla esecuzione di opere pubbliche anche a favore dei privati. Sarebbe pertanto arduo ascrivere l'istituto nel novero degli accordi ex art. 11 l.241/90. Si tratterebbe comunque, secondo l'autore, di un indice normativo rivelatore di una *ratio legis* diretta a svalutare i profili soggettivi nell'ambito di un'attività sostanzialmente amministrativa.

<sup>49</sup> Per l'applicazione del principio di specialità, si ponga mente, a titolo esemplificativo, all'art. 46 co. 3, D.P.R. 327 del 2001 che, per un verso, enuncia il principio in forza del quale «*l'accordo di cessione produce gli stessi effetti del decreto di esproprio*» e, per altro verso, «*che non li perde se l'acquirente corrisponde la somma entro il termine concordato*». Nessuno può dubitare che si tratti di una norma speciale, derogatoria rispetto al regime giuridico di cui all'art. 11 e destinata, quindi, a prevalere. Analogo ragionamento può operarsi con riferimento alla circostanza che la cessione può pregiudicare, a differenza degli accordi sostitutivi, i diritti dei terzi, dispie-

tore non ha fornito alcuna indicazione sulle norme applicabili alla fase esecutiva della cessione, limitandosi a dettare una scarna disciplina tutta incentrata sugli aspetti procedurali afferenti alla fase programmatica dell'accordo e, segnatamente, agli artt. 20 ss. al procedimento di determinazione dell'indennità sostitutiva. L'unica eccezione è data dall'art. 25 del T.U., in forza del quale gli effetti della cessione non vengono meno neppure se l'acquirente non corrisponde l'indennizzo nei termini concordati. Con ciò stabilizzando in sede di esecuzione dell'accordo l'acquisto del diritto dominicale in capo al c.d. beneficiario ed escludendo la possibilità per l'espropriato di esperire il rimedio risolutorio ex art. 1453 c.c.<sup>50</sup>.

In definitiva, quindi, per colmare le lacune insite nella disciplina speciale, è opportuno fare riferimento all'art. 11 comma 2, l. 241/90, che rinvia *apertis verbis* ai principi dettati dal codice civile in tema di obbligazioni e contratti, nonché all'art. 1 comma 1 *bis*, in forza del quale la P.A., allorché pone in essere atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato. Su un piano pratico operativo i riflessi di tale ricostruzione si esplicano, a mero titolo esemplificativo, nella identificazione di un solido fondamento normativo dell'estensione alla fattispecie *de qua* dell'azione ex art. 2932 c.c. con la quale l'espropriato potrebbe domandare l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo del beneficiario di concludere la cessione. Parimenti, nel silenzio del legislatore, troverebbe applicazione il principio della forma scritta *ad substantiam* ex art. 11, trovando così soluzione le problematiche afferenti alle modalità di espletamento dell'onere della trascrizione<sup>51</sup>.

Peraltro se la cessione fosse integralmente avulsa dall'istituto degli accordi atipici, secondo l'impostazione condivisa dalla giurispruden-

---

gando un effetto estintivo dei diritti reali e personali sul bene trasferito. Ulteriore elemento specializzante, che, lungi dal confutare la ricostruzione qui proposta, ne costituisce una conferma, risiede nella circostanza che parte della cessione sostitutiva può essere non soltanto la P.A. ma anche un concessionario.

<sup>50</sup> Sul punto, C. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 9. Si ponga altresì mente alla disciplina della retrocessione di cui agli artt. 46-48, afferente all'ipotesi in cui la P.A. non abbia eseguito in tutto o in parte l'opera pubblica o di pubblica utilità.

<sup>51</sup> In caso contrario l'accordo dovrebbe rivestire quantomeno la forma della scrittura privata autenticata da notaio o accertata giudizialmente. Sul punto, C. GALLUCCI, *op. cit.*, p. 9.

za di legittimità, non sarebbe agevole rinvenire un solido fondamento normativo del contiguo istituto della cessione di diritti edificatori *in solutum* in luogo del decreto di espropriazione, diffuso nell'esperienza delle legislazioni regionali, che, come si vedrà meglio *infra*, è destinata a regolamentare proprio la fase esecutiva della cessione.

In definitiva, quindi, pare possibile rinvenire un rapporto di continenza tra gli accordi ex art. 11 e la cessione sostitutiva di esproprio, valorizzando l'introduzione ad opera del legislatore del 2005, dell'art. 1 comma 1 *bis* della l. 241/90 che, per quanto attiene alla disciplina di tutti gli atti di natura non autoritativa adottati dalle P.A., tra i quali può annoverarsi tanto la cessione sostitutiva di esproprio che gli accordi di cui al successivo art. 11, rinvia alle norme di diritto privato nella misura in cui non sia diversamente previsto dalle norme di settore. In tale ottica, si può ricostruire il sistema come incardinato su tre cerchi concentrici, e, più precisamente, una prima macrocategoria costituita dagli atti di natura non autoritativa emanati dalla P.A., un secondo *genus* costituito dagli gli accordi atipici ex art. 11 l.241/90 ed un terzo cerchio costituito dalla cessione sostitutiva di esproprio e dagli accordi di trasferimento dei diritti edificatori *in solutum*<sup>52</sup>.

4. (segue) *Nuovi spunti ricostruttivi successivamente all'introduzione dell'art. 11, L. 241/90: reductio ad unum dell'istituto?*. – Una volta ricostruito il sistema degli accordi perfezionati dalla P.A. nel senso che la loro disciplina è applicabile *in parte qua* alla cessione sostitutiva di esproprio, nei limiti di quanto non è espressamente previsto dalle norme speciali, è opportuno, come già evidenziato nell'apertura del presente lavoro, dare più ampio respiro al dibattito sulla natura dell'istituto, tramite i contributi dottrinali e giurisprudenziali formatisi nell'ultimo ventennio sulla natura degli accordi ex art. 11 l. 241/90, che, come si avrà modo di osservare, sottendono la soluzione dei medesimi nodi logico sistematici che hanno contraddistinto il dibattito sulla natura della cessione.

---

<sup>52</sup> Analogamente, G. GRECO, *op. cit.*, p. 147, che identifica una scansione gerarchica tra le norme di settore dello specifico atto convenzionale, le disposizioni contenute nell'art. 11, i principi in tema di obbligazioni e contratti e le clausole del singolo accordo. A questo schema è necessario aggiungere la categoria delle norme di diritto privato, trattandosi di atti di natura non autoritativa.

Come già evidenziato in precedenza, il legislatore del '90, prima, e quello del 2005 poi, hanno introdotto nuovi indici normativi di riferimento. In particolare, vengono in considerazione il già menzionato art. 11 comma 2, in forza del quale agli accordi si applicano in quanto compatibili le norme dettate dal codice civile in tema di obbligazioni e contratti, nonché dall'art. 1 *bis* della legge 241/90 apposto in novella dalla legge n. 15/2005, in forza del quale la P.A. nell'adottare atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, valorizzati dalla dottrina quali indici rivelatori della natura contrattuale degli accordi atipici.

In particolare, è significativa la circostanza che il legislatore ha sostituito all'art. 1 *bis* la pilatesca<sup>53</sup> formulazione *principi*, adoperata in precedenza, che rendeva incerto il perimetro applicativo della disciplina privatistica, con la più chiara espressione *norme* in guisa che, come sarà precisato *infra* si è ritenuta ammissibile un'applicazione integrale della disciplina civilistica alla fase esecutiva degli accordi atipici<sup>54</sup>.

Ne deriva un rinnovato vigore della tesi c.d. panprivatistica che propugna la natura contrattuale degli accordi atipici ed aveva trovato in un primo momento il conforto di una giurisprudenza di legittimità minoritaria e risalente<sup>55</sup> ed, in tempi relativamente recenti, del Consiglio di Stato<sup>56</sup>. L'indirizzo in commento fa leva su una

---

<sup>53</sup> L'espressione è di G. GRECO, *op. cit.*, p. 101, il quale osserva come tale norma scarica integralmente sull'interprete la ricostruzione del regime applicativo dell'istituto. Non si capisce, infatti, cosa debba intendersi per «*principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti*» nonché per «*compatibilità*», termine adoperato dal legislatore anche in altre occasioni. In ogni caso, osserva l'autore, proprio il criterio di compatibilità non esclude che possano esservi delle diversità strutturali dell'atto fonte. Il criterio è infatti adoperato dal legislatore anche all'art. 1324 c.c. in tema di negozi unilaterali, laddove sancisce l'applicazione della disciplina dei contratti in quanto compatibile.

<sup>54</sup> Quantunque le norme civilistiche applicabili concretamente agli accordi si riducano, in definitiva, a quelle dettate in tema di obbligazioni e contratti. Sul punto M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p. 38.

<sup>55</sup> In tal senso, Cass., 15 aprile 1992, n. 4572, in *Giust. civ.*, I, 1992, p. 2037; Cass., S.U., 24 giugno 1992, n. 7773, in *Le regioni*, 1993, p. 970; sulla ricostruzione dogmatica dell'istituto quale contratto con oggetto pubblico si veda Cons. st., 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro amm.*, 2000, p. 891.

<sup>56</sup> In tal senso, Cons. st., 20 gennaio 2000, n. 264 in *Foro amm.*, 2000, p. 114, *Riv. trim. appalti*, 2000, p. 523 con nota di Zanetti, secondo il quale «Una

esegesi letterale del termine «*accordi*» già adoperato dal legislatore all'art. 1321 c.c. per definire il contratto, negando che dove c'è consenso possa esserci autorità, a prescindere dall'attribuzione ex *lege* di poteri risolutivi o modificativi in capo ad una delle parti, ed in ogni caso, dalla qualificazione dell'istituto *de quo* quale contratto in senso tecnico<sup>57</sup>. Il contratto ed il provvedimento amministrativo, sarebbero pertanto fungibili in virtù della capacità di diritto privato di ogni amministrazione, che può optare alternativamente tra lo strumento consensuale ovvero l'esercizio della propria potestà provvedimentale.

Gli accordi atipici, prescindendo dalla eterogeneità ontologica delle volontà che si fondono nell'accordo, integrerebbero in altri termini una sorta di "*autoregolamento unitario*". Il termine accordo, infatti, non può che richiamare per sua natura la congruenza delle volontà delle parti, che, secondo lo schema tratteggiato all'art. 1321 c.c., sono dirette a «*constituire, regolare ovvero ad estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*».

Donde il difetto di pariteticità dei contraenti non vale ad escludere *in re ipsa*<sup>58</sup> la natura contrattuale dell'istituto, atteso che le vicende giuridiche che promanano da esso incidono, in piena consonanza con la formula di cui all'art. 1321 c.c., su rapporti di contenuto

---

*volta che l'amministrazione opti per lo strumento contrattuale, in luogo di quello provvedimentale, la stessa è vincolata al contratto, salva la possibilità di recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (ai sensi dell'art. 11 co. 4 l. n. 241/90.) Comunque, finchè non venga esercitato il potere di recesso, l'accordo resta vincolante e la P.A. non può assumere determinazioni unilaterali in contrasto con l'accordo stesso". Il diritto di recesso, infatti, "si esplica su un piano pattizio". Si tratterebbe, quindi, in altre parole, di un diritto di recesso non dissimile da quelle molteplici forme di recesso legale di cui è costellato l'ordinamento privatistico.*

<sup>57</sup> In tal senso, G. GRECO, *op. cit.*, p. 101-107, il quale osserva che, secondo l'indirizzo in commento, si tratterà di stabilire se il contratto in questione, che ha una vincolatività *rebus sic stantibus* non inferiore a quella di qualsivoglia altro contratto privatistico, costituisca una sottospecie del contratto privatistico, ovvero una *species* che si affianca al contratto ex art. 1321, appartenente ad un *genus* più ampio costituito dal contratto come "*figura generale di pensiero appartenente alle discipline giuridiche*". In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 37.

<sup>58</sup> Per un analitico esame della tesi panprivatistica si veda G. GRECO, *op. cit.*, p. 104 ss.

patrimoniale. Ed invero, è oramai pacifica<sup>59</sup>, a seguito del riconoscimento giurisprudenziale della risarcibilità degli interessi legittimi, la rilevanza economica del provvedimento amministrativo e la sua attitudine, quindi, ad incidere su situazioni giuridiche di contenuto patrimoniale. Né tale qualificazione può essere esclusa dalla presenza di diritti potestativi unilaterali di tipo risolutivo o modificativo, quali, ad esempio, il diritto di recesso unilateralmente attribuito alla p.a. ex art. 11 co. 4, l.241/90 per ragioni sopravvenute di pubblico interesse. Tali poteri, infatti, non incidono sul principio di vincolatività del contratto ex art. 1372 co. 1 c.c.

Tanto basterebbe per sostenere una *reductio ad unum* degli accordi intesi quali unico atto-fonte di effetti giuridici ovvero, secondo altra definizione, *strumento paritetico di tipo negoziale*. Il tutto superando agevolmente le formule sovrastrutturali di matrice pubblicistica, già esaminate in tema di cessione sostitutiva di esproprio, che, con diverse sfumature, qualificano l'istituto adoperando categorie classificatorie incolori quale «*negozio giuridico bilaterale non contrattuale, provvedimento emanato previo atto di sottomissione del privato*», ovvero rinvencono nel consenso del privato un «*atto di adesione inteso quale requisito di efficacia del provvedimento finale*».

Sulla base di tali premesse, gli elementi essenziali dell'istituto *de quo*, ed in particolare, ovviamente, quello dell'accordo, richiamato dalla norma nel suo tenore letterale, coinciderebbero con i requisiti essenziali del contratto ex art. 1325 del c.c.<sup>60</sup>. La distanza

---

<sup>59</sup> In tal senso, G. GRECO, *op. ult. cit.*

<sup>60</sup> Una particolare attenzione, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, deve essere rivolta alla causa degli accordi *de quibus*. Quest'ultima non può, infatti, identificarsi con il perseguimento dell'interesse pubblico, che dovrebbe investire ambedue le parti nell'alveo della sintesi dei concreti interessi convenuti, secondo la nozione di causa in concreto oramai invalsa in dottrina e giurisprudenza. Donde la causa degli accordi dovrà essere indagata di volta in volta tramite un apprezzamento delle utilità reciprocamente perseguite dalle parti. Sulla nozione di causa in concreto si veda G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966; C.M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 452. Come è noto, per lungo tempo era invalsa in dottrina una nozione di causa intesa come funzione economico sociale del contratto, che prescindeva dallo scopo e dalle finalità pratico economiche che le parti intendono perseguire. In tale ottica la causa verrebbe a coincidere con il tipo contrattuale. Tale impostazione risultò tuttavia insoddi-

tra il contratto civilistico e gli accordi di cui all'art. 11, atterrebbe, quindi, all'oggetto e non alla natura. In altre parole l'elemento discrezionale tra le due figure sarebbe dato dalla circostanza che l'oggetto degli accordi sostitutivi coincide con quello del provvedimento amministrativo. L'art. 11 ammetterebbe, quindi, per la prima volta la negoziabilità del potere discrezionale, consentendo il perfezionamento di contratti aventi ad oggetto la negoziazione della funzione pubblica<sup>61</sup>.

Infine è stato valorizzato il dettato dell'art. 11, comma 4 *bis*, l. 241/90, che ha enucleato una previa determinazione della P.A., prodromica all'adozione dell'accordo, confinando così la discrezionalità della P.A. nella fase genetica allorquando viene adottata la determinazione sull'opportunità dell'accordo dallo stesso organo deputato all'emanazione del provvedimento finale<sup>62</sup>.

Si creerebbe, in definitiva, una sorta di cesura tra la fase antecedente al perfezionamento dell'accordo, governata dalle norme di diritto amministrativo<sup>63</sup> e la fase successiva, governata dalle norme di diritto privato<sup>64</sup>. Si tratterebbe, in altre parole, di un indice rive-

---

sfacente, poiché non riusciva a dare adeguatamente conto del fenomeno di illiceità della causa di cui all'art. 1343 c.c. Il tutto, peraltro, trascurando il concreto assetto d'interessi che, di volta in volta, anima le parti nell'ambito della singola operazione negoziale. Si è così sostituita alla concezione tradizionale una nozione di causa intesa quale ragione concreta del contratto. Oltre al requisito della causa è opportuno parimenti menzionare il requisito della forma scritta *ad substantiam*, enucleato anch'esso all'art. 1325 c.c.

<sup>61</sup> In tale senso G. GRECO, *op. cit.*, p. 146. Sulla nozione di oggetto inteso in senso sostanziale quale contenuto del contratto, adoperata in questa sede, si veda C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 321, il quale evidenzia come il termine oggetto, nell'accezione utilizzata dal legislatore, non si limita designare i dati reali o ideali sui quali incide il contratto, ma l'intera operazione voluta dalle parti che costituisce, per l'appunto, il contenuto dell'accordo.

<sup>62</sup> Secondo taluni autori la determinazione preliminare costituirebbe il veicolo di esplicazione della capacità negoziale della pubblica amministrazione, assimilabile alla determina di cui all'art. 192, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>63</sup> La fase anteriore, infatti, assolverebbe la funzione di formalizzare l'esercizio del potere provvedimentale della P.A., in guisa da precostituire un provvedimento, impugnabile, secondo le norme di cui agli artt. 21 *septies* ed *octies* l. 241/90, da quei terzi che assumano una violazione delle loro posizioni giuridiche soggettive.

<sup>64</sup> In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 43.

latore della tendenza evolutiva delle P.A. verso l'adozione di atti negoziali in luogo di atti di natura non autoritativa<sup>65</sup>.

La tesi c.d. pubblicistica, che nega la natura contrattuale degli accordi, dal canto suo ha polarizzato l'attenzione su quello stesso termine «*accordo*» che, per i contrattualprivatisti fonderebbe la natura civilistica dell'istituto. L'espressione «*accordo*», infatti, essendo adoperata in luogo di quella «*contratto di diritto pubblico*» sarebbe il sintomo di una *ratio legis* diretta ad attribuire natura pubblicistica alla fattispecie. In tale ottica, seguendo la medesima impostazione metodologica riscontrata nell'analisi della cessione sostituiva di esproprio, adopera formule descrittive sovrabbondanti e sovrastrutturali che ricostruiscono di volta in volta l'istituto quale atto amministrativo provvedimento ovvero formule incolori dai confini incerti come «*patti*» e «*fattispecie bilaterali*» che si differenzierebbero dal contratto per la struttura dell'atto fonte, per la vincolatività degli effetti e per l'estensione.

L'argomentazione principale su cui si fonda la teoria pubblicistica è data, come già anticipato, dal difetto di pariteticità dei contraenti che interagisce con un vincolo di scopo avente ad oggetto il pubblico interesse. Quest'ultimo sarebbe sotteso tanto alla fase genetica di formazione dell'accordo che al diritto di recesso attri-

---

<sup>65</sup> Altri autori invece, pongono in luce le differenze tra la determinazione preventiva ex art. 11 e la determinazione preliminare nei procedimenti ad evidenza pubblica. In tale ottica ritengono che la determinazione a contrarre assuma un rilievo meramente interno, atteso che il suo autore è il responsabile del procedimento di spesa, laddove l'unico destinatario è l'organo dirigenziale, deputato istituzionalmente a manifestare all'esterno la volontà negoziale dell'ente pubblico (art. 107 co. 3 l. c. del T. U. E. L.). La determina in questione assumerebbe, invece, un rilievo esterno essendo adottata dall'organo che «*sarebbe competente per l'adozione del provvedimento finale*», quantunque ciò avvenga nell'ambito di una sequenza procedimentale che si conclude con l'adozione del provvedimento finale. Tale approdo parrebbe altresì suffragato dalla considerazione che l'art. 6 comma 1, lett. e, l. 241 /90 che, a riprova della rilevanza esterna dell'atto, sancisce che «*qualora l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale sia diverso dal responsabile del procedimento, egli non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale*». Parimenti l'art. 11, nel suo tenore letterale, prevede che l'accordo possa essere adottato «*in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10*». Sul punto, P. D'ANGIOLILLO, *op. cit.*, p. 124 ss.

buito alla P.A. ex art. 11 co. 4. Muovendo dall'omogeneità finalistica tra provvedimento ed accordo la dottrina in questione ritiene che la manifestazione di consenso della P.A. non sia un atto di autonomia privata ma un esercizio di potere discrezionale<sup>66</sup>.

Infine, sono stati valorizzati dall'indirizzo in commento, la previsione della forma scritta *ad substantiam* che contraddice il principi di libertà di forma di cui all'art. 1352 c.c., nonchè l'ancoraggio della determinazione preliminare della P.A. ai principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 cost<sup>67</sup>. Si tratterebbe quindi, di un accordo procedimentale al quale andrebbe riconosciuto carattere pubblicistico.

La soluzione proposta in questa sede, in ordine alla qualificazione degli accordi ex art. 11 l. 241/90 non si identifica integralmente né con la tesi panprivatistica né con la tesi pubblicistica. Tanto l'uno che l'altro indirizzo, se rigidamente intesi, risultano, infatti, insoddisfacenti, conducendo ad esiti costruttivi piuttosto incerti.

---

<sup>66</sup> Sul punto, G. GRECO, *op. cit.*, p. 118 –119, il quale osserva come la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico assuma un rilievo meramente formale. Ed invero, ogni qual volta il legislatore ha inteso attribuire un grado di effettività all'interesse pubblico, ha assoggettato la fattispecie negoziale al procedimento ad evidenza pubblica. Inoltre, per lungo tempo la tesi in commento aveva preso le mosse dal dettato dell'art. 1 *bis*, l. 241/90 che, come già evidenziato, nell'originaria formulazione rinviava all'applicazione della disciplina contrattuale, peraltro circoscritta ai soli «*principi in quanto compatibili*». La disposizione, che nella sua attuale formulazione, fa riferimento alle «*norme di diritto privato*», parrebbe infatti pleonastica se il legislatore avesse concepito l'istituto come una fattispecie di natura civilistica.

<sup>67</sup> La determinazione preliminare è, infatti, strumentale al perseguimento dei principi di imparzialità e di buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 cost. È controversa in dottrina la rilevanza interna ovvero esterna dell'atto. Secondo taluni la garanzia del perseguimento di tali principi non è rinvenibile nell'atto *ex se*, ma è piuttosto necessario che quest'ultimo contenga concretamente una sintesi delle risultanze istruttorie del procedimento, senza per tale ragione porre un limite al principio di atipicità degli accordi. In tale ottica, pur nel silenzio del legislatore, si è ritenuto che la determinazione preventiva debba contenere necessariamente la motivazione dell'opzione verso lo strumento consensuale in luogo di quello provvedimentale, dando conto delle necessità di miglior cura dell'interesse pubblico e di assenza di pregiudizio dei diritti dei terzi, nonché dell'*iter* procedimentale, compresi, quindi, gli incontri tenutisi con il destinatario del provvedimento finale ovvero con gli eventuali controinteressati. In tal senso, P. D'ANGIOLILLO, *op. cit.*, p. 125.

La qualificazione pubblicistica non coglie infatti nel segno quando incentra il dibattito sul vincolo di scopo dell'agire consensuale della P.A., atteso che, come opportunamente rilevato dalla dottrina e dalla giurisprudenza<sup>68</sup>, la finalità pubblicistica è presente anche negli atti di diritto comune che rimangono disciplinati dalla normativa civilistica<sup>69</sup>. Più precisamente, come evidenziato dall'evoluzione interpretativa della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa, l'interesse pubblico si risolve sostanzialmente nel principio di autonomia privata ex art. 1322 c.c. che costituisce lo stesso fondamento del perfezionamento degli accordi atipici ex art. 11<sup>70</sup>.

Parimenti non sono decisivi il difetto di pariteticità delle parti che si esplica nella attribuzione alla P.A. di un potere di revoca – *rectius*: recesso unilaterale – per ragioni di pubblico interesse, in contrasto con il principio di vincolatività di cui all'art. 1372 co. 1

---

<sup>68</sup> In tal senso, G. GRECO, *op. cit.*, p. 118. In giurisprudenza, Cons. st., 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro amm.*, 2000, p. 891, secondo il quale «*al soggetto pubblico non è negata la generale libertà di contrattare ai sensi dell'art. 1322 c.c., sicché esso potrà avvalersi delle figure negoziali tipiche disciplinate dal codice civile, ma potrà anche concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali*».

<sup>69</sup> Come rilevato dal Consiglio di Stato, nel caso di specie, la finalità dell'atto non è elemento determinante per stabilirne la natura, essendo fungibili nel nostro ordinamento gli strumenti idonei al perseguimento di tale interesse. La finalità pubblicistica può essere perseguita, infatti, anche attraverso la diretta negoziazione del contenuto del provvedimento finale. Sul punto, G. GRECO, *op. cit.*, p. 119, il quale osserva come tale rilievo depotenzia in maniera consistente la principale argomentazione su cui si fonda la teoria pubblicistica. Ogni qual volta il legislatore ha inteso apporre ad un atto negoziale un vincolo di scopo, lo ha fatto con la previsione di una procedura ad evidenza pubblica. Al di fuori di tali procedure, il vincolo di scopo non va al di là delle finalità istituzionali proprie degli enti pubblici.

<sup>70</sup> Sul punto, G. GRECO, *op. cit.*, p. 118, il quale menziona C. Cost., 2 febbraio 1990, n. 51, in *Giur. cost.*, 1990, p. 204, secondo la quale l'attività dell'ente regione non deve necessariamente rispondere alle finalità di propria competenza, ma è sufficiente un qualche rapporto di strumentalità tra tale attività e l'ente regione quale ente esponenziale; Cons. st., 7 settembre 2001, n. 4680, in *Cons. st.*, 2001, II, p. 2036, secondo il quale la formula del perseguimento dell'interesse pubblico si esplica nel realizzare interessi meritevoli di tutela non configgenti con le finalità istituzionali. Quindi in mancanza del procedimento ad evidenza pubblica l'interesse generale, se esistente, è compreso ai minimi termini, risolvendosi nel vincolo funzionale esterno dell'ente pubblico.

c.c., nonché la asserita deroga al principio di libertà di forma di cui all'art. 1352 c.c.

Non v'è chi non veda, infatti, come anche il contratto privatistico sia connotato da un variegato panorama di recessi legali, accordati unilateralmente ad una parte in chiave di protezione del c.d. contraente debole (c.d. recessi di pentimento)<sup>71</sup>. Del pari anche il diritto privato recepisce, tanto nel codice civile quanto nelle leggi speciali, rilevanti deroghe al principio generale della libertà di forma in chiave di protezione del contraente<sup>72</sup>.

Parimenti una concezione rigidamente contrattualprivatistica che presuppone, ovviamente, un'applicazione del principio di relatività ex art. 1372 co. 2 c.c., mal si attaglia agli accordi ex art. 11 ed alla cessione sostitutiva di esproprio, connotati da una ultrattività degli effetti proprio in virtù della loro istituzionale vocazione a sostituire il provvedimento finale<sup>73</sup>. Peraltro non può non osservarsi che l'apparente postulato della fungibilità tra provvedimento

---

<sup>71</sup> Si ponga mente al recesso del committente nell'appalto (art. 1671 c.c.); del mittente nel trasporto di cose (art. 1685 c.c.), del mandante e del mandatario nel contratto di mandato (artt. 1723, 1725-1727), del committente nella commissione (art. 1734 c.c.), del mittente nella spedizione (art. 1738 c.c.), del mandante di crediti (art. 1958 c.c.), del debitore nella *cessio bonorum* (art. 1985 c.c.), del cliente nel contratto d'opera (art. 2227 c.c.) ed infine al contratto del professionista intellettuale (art. 2237 c.c.). I recessi contemplati nel codice civile hanno peraltro in comune con il recesso della P.A. ex art. 11 comma 4, l. 241/90, la previsione di un obbligo di indennizzo in capo recedente. Si ponga ancora mente alla disciplina di settore ed, in particolare, ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, che contemplano il diritto di recesso del consumatore all'art. 64 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo), ai contratti di credito al consumo di cui all'art. 125 ter d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (c.d. T.U.B.). Sul punto, V. ROPPO, *Il contratto in Trattato di diritto privato* a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, Milano, 2011, p. 521.

<sup>72</sup> Si ponga mente, a titolo esemplificativo, alla disciplina di cui all'art. 1350 c.c.

<sup>73</sup> Si ponga mente, ad esempio, alla concessione edilizia che incide sulle posizioni giuridiche soggettive dei proprietari limitrofi, titolari di un interesse legittimo al rispetto delle norme urbanistiche vigenti, nonché di diritto soggettivo al rispetto dei limiti fissati ex art. 872 comma 2 c.c. in tema di distanze legali tra edifici. Per la cessione sostitutiva di esproprio la frattura appare meno profonda, atteso che gli effetti dell'accordo e non soltanto il risultato pratico, sono omologhi a quelli del decreto di espropriazione. Sul punto, G. GRECO, *op. cit.*, p. 134.

e contratto che anima la teoria in commento non da conto della circostanza che l'accordo sostitutivo presuppone un procedimento amministrativo nel cui ambito il privato è titolare di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, laddove il contratto, in quanto atto di autoregolamento di privati interessi, presuppone la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva di cui la parte abbia la disponibilità<sup>74</sup>. Proprio per tale ragione, come si è già osservato in tema di accordi sostitutivi del decreto di espropriazione, la teoria in commento non giunge, coerentemente con le proprie premesse, ad ipotizzare una secca alternatività tra provvedimento e contratto, e con formule di compromesso si trova costretta a valorizzare la necessità di un preventivo atto amministrativo assoggettato al regime pubblicistico.

In definitiva l'interprete si trova costretto ad un'operazione di difficile equilibrismo dogmatico, atteso che la fattispecie *de qua* vive istituzionalmente uno sdoppiamento tra provvedimento e contratto<sup>75</sup> che si riflette nella tradizionale dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo. Tale dualismo, del resto, era stato colto dalle teorie pubblicistiche c.d. *del doppio grado*, *supra* menzionate, che hanno ricostruito l'istituto quale fattispecie complessa senza riuscire tuttavia ad identificare un unico atto-fonte, spingendosi oltre un modello sovrastrutturale assiso sulla distinzione ontologica tra provvedimento e contratto.

È quindi preferibile, per trovare un punto di equilibrio tra il procedimento amministrativo ed il successivo accordo sostitutivo del provvedimento, valorizzare le novità introdotte dal legislatore, superando il dualismo ed operando una *reductio ad unum*, tanto nella cessione sostituiva di esproprio che negli accordi amministrativi atipici ex art. 11, tra i quali rientra pacificamente la cessione di diritti edificatori *in solutum*. Il tutto nell'alveo di un istituto unitario *sui generis*, distinto tanto dal contratto di diritto pubblico, inteso quale surrogato del provvedimento, che dal contratto di diritto privato, rifuggendo così da formule sovrastrutturali, nell'ambito di una qualificazione non assoluta ma relativa.

---

<sup>74</sup> In tal senso, G. GRECO, *op. cit.*, p. 111, il quale osserva come attività amministrativa e diritto soggettivo non si concilino tra loro.

<sup>75</sup> Sul punto, G. FALCON, (voce) *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 3.

L'istituto *de quo*, seguendo l'impostazione metodologica qui proposta, è molto vicino al c.d. negozio bilaterale c.d. «*a procedimentalità complessa*», colorato nella fase genetica da elementi pubblicistici e, quindi, autentico punto di saldatura tra diritto privato e pubblico, tra atto e rapporto. La procedimentalizzazione della fattispecie, il cui fulcro è costituito dalla manifestazione di consenso delle parti consente, infatti, di depotenziare i rilievi afferenti alla eterogeneità delle volontà, atteso che questi ultimi, costituiscono, in ogni caso, «*i frammenti di una fattispecie unitaria*»<sup>76</sup>. Il tutto sorvolando, del resto, sulla oramai pacifica capacità di diritto privato della P.A.

Il perfezionamento dell'accordo è infatti preceduto da una fase genetica che partecipa dei caratteri pubblicistici tipici dell'atto amministrativo, propri della determinazione a contrarre della P.A., negli accordi atipici, e della dichiarazione di pubblica utilità, nella cessione, di talchè il privato è titolare di una posizione di interesse legittimo. Con il perfezionamento dell'accordo<sup>77</sup>, si consuma definitivamente il potere discrezionale della P.A. di modo che la fattispecie negoziale, alla stregua di un contratto privatistico puro, è per converso governata integralmente da norme civilistiche che si riflettono nella titolarità in capo al privato di una posizione di diritto soggettivo. Tale ultimo assunto trova peraltro conforto nell'inequivoco tenore delle disposizioni di cui all'art. 1 *bis* ed 11 co. 2 l.241/90, applicabili, ovviamente, secondo l'impostazione qui proposta, anche alla cessione sostitutiva di esproprio. In consonanza con le riflessioni maturate dalla dottrina in riferimento ad altri istituti permeati dalla tutela dell'interesse generale deve, infine, ritenersi che il negozio *de quo* abbia una pro-

---

<sup>76</sup> L'espressione è di F. UCCELLA, (voce) *Matrimonio*, in *Enc. giur.* XIX, Treccani, Roma, 1988, p. 9. Il problema di una saldatura tra diritto pubblico e privato in fattispecie dominate da un intervento autoritativo dello stato, non è nuovo nel nostro ordinamento, ma si è posto anche in tema di matrimonio. Quest'ultimo è connotato, infatti, da un intervento normativo del legislatore che blinda l'intera vicenda matrimoniale sin dall'origine (si ponga mente agli artt. 84 e 93 ss. c.c., nonché agli artt. 107, 122 c.c.) in guisa che ci si era interrogati se il negozio *de quo* avesse o meno una propria causa.

<sup>77</sup> Come si è già osservato *supra*, nella cessione sostitutiva del decreto di espropriazione con la c.d. dichiarazione di pubblica utilità si costituisce un diritto soggettivo del privato al perfezionamento dell'accordo sostitutivo, azionabile ex art. 2932 c.c.

pria causa che andrà identificata di volta in volta, secondo le note costruzioni elaborate dalla dottrina privatistica, nella sintesi dei concreti interessi divisati dalle parti *id est* causa in concreto.

5. *La cessione di diritti edificatori in solutum e l'autonomia privata in executivis.* – Si è osservato che la cessione sostitutiva di esproprio e la figura generale degli accordi atipici ex art. 11 l. 241/90 costituiscono un istituto *sui generis* che, tenuto conto della *ratio legis* e degli effetti, non può essere ricondotto rigidamente alla figura del contratto di diritto pubblico ovvero, in alternativa, al contratto di compravendita.

In tale ottica, vale ora la pena di esaminare più da vicino la figura della cessione di beni e diritti edificatori *in solutum*, che, come già evidenziato in apertura della presente trattazione, si colloca, in una logica di revisione dell'istituto espropriativo, nel solco di un'evoluzione in chiave perequativa della pianificazione urbanistica. Tale linea evolutiva è stata tracciata dalla giurisprudenza della C. E. D. U., nonché dalla Corte costituzionale in una nota sentenza<sup>78</sup>, in precedenza recepita dal legislatore ordinario con la l. 15 dicembre 2004, n. 308, che disciplina i vincoli di protezione del paesaggio.

In forza di tali accordi, il privato cede alla P.A. il fondo sul quale dovrà essere eseguita l'opera di pubblica utilità verso la corresponsione, in luogo dell'indennizzo di cui agli articoli 20 e 21 del D.P.R. 327/2001, di aree, beni o diritti edificatori, in precedenza acquisiti dall'amministrazione mediante i piani perequativi, di valore pari a quello del fondo su quale dovrà essere eseguita l'opera di pubblica utilità. Donde allorquando la cessione ha ad oggetto diritti edificatori, questi ultimi assumono il rango di beni in senso economico, fonti di utilità, e, quindi, autonomamente trasferibili<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Ci si riferisce alla sentenza C. cost., 20 maggio 1999, n. 179, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2597 con nota di Stella Richter; *Giur. cost.*, 1999, p. 1750; *Riv. giur. ed.*, 1999, I, p. 635, con nota di D'Angelo; *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 873 con nota di Bonatti; *Giur. it.*, 1999, p. 2155 con nota di De Marzo; *Urb. app.*, 1999, p. 712 con nota di Liguori.

<sup>79</sup> La nozione di bene che si assume in questa sede è, ovviamente, una nozione "a maglie larghe" che comprende al suo interno anche i diritti. La natura del c.d. *ius aedificandi* e del connesso fenomeno di cessione di cubatura hanno costituito oggetto di un acceso dibattito nella dottrina e nella

Per comprendere meglio il congegno su cui è assiso il funzionamento dell'istituto *de quo*, giova a questo punto esaminare, a titolo esemplificativo, tra le esperienze normative regionali che hanno recepito l'istituto<sup>80</sup>, la disciplina di cui all'art. 11, l. 11 marzo 2005 n. 12 della regione Lombardia.

Il terzo comma della disposizione in commento prevede, infatti, che «*a compensazione della cessione gratuita al comune*» di aree destinate alla realizzazione di interventi pubblici o di interesse generale, possono essere attribuiti al proprietario «*aree in per-*

---

giurisprudenza. Nella fase anteriore all'emanazione della legge urbanistica del 1942 e della l. 28 gennaio 1977, n.10 (c.d. Bucalossi) non si era infatti mai posto in dubbio che tale diritto costituisse una manifestazione, o comunque, una qualità del diritto di proprietà. Successivamente il legislatore del 1977 ha sostituito il termine «*licenza*» con quello di «*concessione*», che richiama una dimensione dello *ius aedificandi* integralmente rientrante nella potestà e nella discrezionalità della P.A. Il D.P.R. 327/2001 ha integralmente riformulato il testo della L. Bucalossi sostituendo il termine «*concessione*» con l'espressione «*permesso di costruzione*». Secondo un primo indirizzo, che ha trovato scarsa adesione, recepito da una risalente pronuncia di cass. n. 1655 del 1953, ci troveremo dinanzi ad un diritto di superficie. Altra opinione, sostenuta da cass. n. 2235 del 1972, ritiene che si tratti di una sorta di rinuncia abdicativa. Devono poi essere segnalate le teorie della rinuncia traslativa, del negozio sottoposto a condizione, della presupposizione ed infine della cessione di contratto. Sul punto, F. PATTI, F. RUSSO, *La cessione di cubatura tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Vita not.*, 3, 2001, p. 1676 ss.

La *vexata questio* ha trovato, forse, parziale soluzione con la emanazione del D.L., 13 maggio 2011, n.70 che, per garantire certezza alla circolazione dei diritti edificatori, ha novellato l'art. 2643 c.c. aggiungendo un comma 2 *bis* che prevede la «*trascrizione dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*». Si è infatti osservato in dottrina che il legislatore ha adoperato l'espressione «*diritti edificatori*» in luogo di «*cubatura o volumetria*», quasi a voler sottolineare un ambito di applicazione tipicamente privatistico dell'istituto, che travalica l'area del diritto urbanistico. Sul punto M. CEOLIN, in *Studium Iuris*, 2011, 12, p. 1265.

<sup>80</sup> Si ponga mente agli artt. 33 – 34, l. r. Basilicata 11 agosto 1999, n. 23; art. 14, l.r. Puglia, 27 luglio 2001 n. 20; art. 7, l.r. Emilia Romagna, 24 marzo 2000 n. 20; art. 54, l.r. Calabria, 16 aprile 2001, n. 19; art. 35, l.r. Veneto, 23 aprile 2004, n. 11; art. 32 e ss., l.r. Campania, 22 dicembre 2004, n. 16; art. 60, l.r. Toscana, 3 gennaio 2005, n. 1; art. 29, l.r. Umbria, 22 febbraio 2005, n.11; art. 11, l.r. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12; art. 31, l.r. Friuli Venezia Giulia, 23 febbraio 2007, n. 5; ed, infine, le l. prov. aut. di Bolzano del 2 luglio 2007 che ha apposto in novella l'art. 55 *bis* alla l. 13/97, nonché la legge prov. aut. di Trento, 4 marzo 2008.

*muta o diritti edificatori trasferibili su aree edificabili previste dal PGT anche non soggette a piano attuativo*». Il quarto comma chiarisce che i diritti edificatori ricevuti in compensazione, alla stregua di quelli attribuiti dal piano perequativo, sono pienamente commerciabili. Donde il proprietario che li ha ricevuti in compensazione può cederli a terzi ovvero può teoricamente ritrasferirli anche agli stessi promotori del piano attuativo dai quali provengono, di talchè l'operazione verrebbe a risolversi, se le due cessioni sono contestuali, in una sostanziale attribuzione ad opera dei promotori di un somma di danaro a titolo di indennizzo al proprietario espropriato<sup>81</sup>.

La dottrina ha opportunamente evidenziato le lacune e le incongruenze che connotano la disciplina *de qua*. Si ponga mente, in particolare, all'ossimoro «*cessione gratuita dietro compensazione*», adoperato dal legislatore per definire dell'istituto. È di palmaria evidenza, infatti, la discrasia intercorrente, sul piano concettuale, tra la nozione di gratuità e la previsione di un'attribuzione patrimoniale che il proprietario riceve quale corrispettivo della cessione<sup>82</sup>. Discrasia ancor più evidente se si confronta la locuzione *de qua* con la formulazione adoperata dalla legge sull'espropriazione emanata dalla regione Puglia che, più correttamente, parla di «*attribuzione compensativa in luogo dell'indennità spettante per l'espropriazione*».

Peraltro il legislatore regionale, probabilmente influenzato dal dettato dell'art. 1 bis l.241/90, ha reso non obbligatoria, ma facoltativa, la cessione *de qua* in guisa che ci si è interrogati sull'ampiezza del potere discrezionale della P.A., ed, in particolare, sull'eventuale responsabilità del funzionario che opti per una soluzione compensativa, più onerosa per l'amministrazione rispetto alla procedura espropriativa. Infine, il dato normativo è lacunoso laddove tace sulla forma giuridica che dovrà rivestire l'offerta, su quale fase del procedimento dovrà intervenire, nonché su quali siano i rimedi fruibili dal proprietario nell'ipotesi in cui la proposta sia incongrua ovvero l'attribuzione traslativa sia inesatta<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, p. 232.

<sup>82</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *Principi e strumenti della pianificazione*, cit., p. 230.

<sup>83</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, p. 231. Ad alcuni i questi interrogativi si cercherà di dare una risposta *infra* nel proseguo della trattazione.

L'analisi dell'istituto, che ricade pacificamente nella disciplina degli accordi atipici ex art. 11 l. 241/90, non sfugge, ovviamente, alla *vexata questio* afferente alla qualificazione quale contratto di diritto privato (nel caso di specie *datio in solutum*) ovvero, provvedimento amministrativo, *id est* accordo procedimentale.

Taluni, seguendo la tradizionale impostazione pubblicistica illustrata *supra*, negano ancora una volta la qualificazione privatistica dell'istituto, preferendo configurare una particolare dazione ex *lege* al cui interno il privato si colloca in posizione di totale subordinazione rispetto alla determinazione amministrativa. L'espropriato, infatti, non potrebbe che accettare la determinazione comunale, laddove l'art. 1197 c.c. presuppone il consenso del creditore per il perfezionamento della fattispecie<sup>84</sup>. Tali rilievi non trovano tuttavia adesione in questa sede, in quanto si fondano sull'assunto della violazione del principio *aliud pro alio invito creditorum solvi non potest* rinvenibile nella posizione di subordinazione del privato rispetto alla pubblica amministrazione. Violazione inesistente, atteso che, come già diffusamente osservato *supra*, il potere discrezionale della P.A. si cristallizza e si esaurisce con l'adozione della determinazione a stipulare l'accordo ex art. 11 co. 4 *bis*. Del resto il proprietario espropriando potrebbe denegare il proprio consenso al perfezionamento del c.d. accordo di compensazione, domandando la corresponsione dell'originario indennizzo, secondo i criteri di cui all'art. 20 D.P.R. 380/2001

Piuttosto è di palmare evidenza, che la fattispecie, antagonista del tradizionale esercizio del potere ablatorio, si colloca in rapporto di contiguità con lo schema legale tipico della cessione sostitutiva di esproprio, regolamentando la fase esecutiva dell'adempimento dell'obbligazione di indennizzo mediante un meccanismo felicemente coincidente con lo schema della *datio in solutum*.

Donde è preferibile, ancora una volta, mutuando la teoria formulata da autorevole dottrina<sup>85</sup>, inserire l'istituto in una sequenza

---

<sup>84</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. ult. cit.*, p. 229.

<sup>85</sup> In tal senso, S. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 21, 22. Benchè la distinzione tra fase normativa ed esecutiva, sia in astratto di palmare evidenza, essendo la prima connotata dalla discrezionalità e la seconda da doverosità (si pensi all'atto di adempimento che è atto esecutivo *tout court*) non può comunque essere intesa in termini eccessi-

procedimentale<sup>86</sup> che si svolge gradatamente da una fase propriamente normativa “a monte” (la cessione sostitutiva di esproprio), scandita da una progressiva restrizione delle maglie di discrezionalità delle parti man mano che si procede verso l’atto esecutivo c.d. puro che si colloca “a valle” (l’adempimento). La cessione eseguita *solvendi causa* assolve, dunque, una funzione esecutiva dell’assetto di interessi perseguito dalla cessione sostitutiva del decreto di esproprio.

Nel caso di specie la cessione di diritti edificatori *in solutum* si configura in prima battuta, a monte, quale atto esecutivo rispetto alla cessione sostitutiva di esproprio e, nel contempo, quale atto normativo diretto a regolamentare la fase esecutiva ed, in particolare, quell’atto esecutivo per antonomasia che è l’adempimento dell’obbligazione di indennizzo. In seconda battuta, continuando per correre, a valle, la sequenza procedimentale, l’istituto *de quo* inteso quale atto di autoregolamento della fase esecutiva della cessione sostitutiva di esproprio, secondo l’impostazione accolta in questa sede, si presenta quale negozio bilaterale a procedimentalità com-

---

vamente rigoristi, ma in termini di relatività. La opportunità di una impostazione metodologica incardinata sulla relatività della qualificazione, si può meglio comprendere ponendo mente ai regolamenti amministrativi, per loro natura strettamente coordinati con i fini della amministrazione pubblica, che sono, nel contempo, atti esecutivi rispetto alla legge formale ordinaria ed atti normativi rispetto al provvedimento amministrativo speciale. Si ponga ancora mente, spostando l’attenzione all’ambito privatistico, alla sequenza procedimentale contratto preliminare - contratto definitivo. Nessuno oserebbe negare che il contratto definitivo appartiene alla sfera programmatica, ma è altrettanto indubbio che quest’ultimo costituisce nel contempo atto esecutivo rispetto al contratto preliminare. Si ponga ancora mente ai negozi normativi che regolano in tutto o in parte un futuro negozio. Secondo l’autore la distinzione tra atto normativo ed atto esecutivo assume riflessi pratici con particolare riferimento ai requisiti di capacità ed alle peculiari forme abilitative, richieste per il compimento dell’atto normativo ma non per quello esecutivo. Che la nozione e l’ampiezza concettuale dell’atto esecutivo siano tutt’altro che pacifici si evince, del resto, dalla nota *querelle* interpretativa afferente alla natura giuridica dell’atto esecutivo per antonomasia, il pagamento. Quest’ultimo costituirebbe, infatti, secondo taluni, un contratto ovvero un negozio bilaterale non contrattuale, ovvero secondo altra ricostruzione, un negozio unilaterale o mero fatto che dispiega una vicenda estintiva della obbligazione per il raggiungimento dello scopo. Ancora si è parlato di atto non negoziale volontario ovvero addirittura non volontario.

<sup>86</sup> Si veda S. ROMANO, *op. cit.*, p. 20 ss.

plexa, connotato da una cesura tra la fase genetica, scandita dalla determinazione a contrarre della P.A., ed intrisa, quindi, di elementi pubblicistici propri dell'atto amministrativo, e quella successiva alla determinazione a contrarre, che, essendo governata dalle norme privatistiche, partecipa dei caratteri della *datio in solutum*.

Il tutto, del resto, quale logico corollario della costruzione triadica dell'agire consensuale della P.A., elaborata in questa sede, che qualifica la cessione sostitutiva di esproprio e la cessione di diritti edificatori *in solutum*, non quale istituto avulso dalla figura generale degli accordi, ma in rapporto di continenza con essi.

6. *Un punto fermo: l'applicazione della disciplina civilistica alla cessione di diritti edificatori in solutum.* – Posto che la cessione di diritti edificatori *in solutum* soggiace alla disciplina degli accordi di cui all'art. 11 l. 241/90, si tratta ora di analizzare il fondamento normativo ed i limiti entro i quali il regime privatistico delle obbligazioni e dei contratti si applica a tali accordi.

Muovendo dall'analisi del dato normativo di riferimento, la prima norma che giunge in rilievo è l'art. 11 comma 2 della l. 241/90 che, come già rilevato in precedenza allorchè si è esaminato il tema della natura degli accordi, prevede che «*ad essi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*». Come osservato in dottrina, tale norma, che fino al 2005, ha costituito, il più solido fondamento normativo dell'applicazione della disciplina privatistica agli accordi stipulati dalla P.A., pone due importanti interrogativi di fondo. Il primo è costituito dalla valenza dell'espressione «*principi*» adoperata dal legislatore, laddove il secondo è dato dalla ricostruzione semantica della clausola di compatibilità contenuta in chiusura della disposizione.

Secondo l'opinione dominante in dottrina l'espressione «*principi*» consentirebbe di applicare integralmente la disciplina dettata in tema di obbligazioni e contratti, senza circoscriverla, quindi, ai soli principi ispiratori, nei limiti, ovviamente, di compatibilità con le norme introdotte dalla legislazione specialistica di settore.

Tale espressione, infatti, assume una pluralità valenze semantiche tra le quali rientra pacificamente quella di «*norme generali*» che, per loro natura, si applicano ad un intero settore del diritto. Donde il rinvio contenuto in tale espressione andrebbe riferito a

tutte le norme di diritto comune dettate in tema di obbligazioni e contratti enucleate nel codice civile. Tale assunto, secondo l'impostazione sostenuta dall'indirizzo in commento, parrebbe suffragato a *contrariis*, atteso che se non si applicassero le disposizioni privatistiche, la scarna disciplina dettata dall'art 11<sup>87</sup>, determinerebbe un'evidente lacuna di sistema.

Parimenti è stata valorizzata la disposizione di cui all'art. 1323 c.c., in forza della quale tutti i contratti, quantunque non appartenenti ad una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute nel Titolo II Libro IV del codice rubricato non a caso «*dei contratti in generale*». Quest'ultima disposizione, autentica valvola di salvaguardia del sistema, giustificherebbe, infatti, l'estensione agli accordi ex art. 11 della disciplina sui requisiti del contratto, della responsabilità precontrattuale, della condizione, dell'interpretazione degli effetti del contratto, della nullità, della risoluzione e così via<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 30; del medesimo avviso G. GRECO, *op. cit.*, p. 150 ss., secondo il quale l'ampiezza del richiamo ai principi non può essere intesa, in senso restrittivo, come circoscritta ad alcuni parametri generali quali la libertà contrattuale, la tutela dell'affidamento, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, i canoni *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*. Si tratterebbe, in tal caso, di un richiamo ancor più limitato di quello operato in passato dalla giurisprudenza ed in particolare da Cons st., 24 marzo 1987, n. 207, secondo cui l'amministrazione pretende di sovrapporre alla convenzione la sua unilaterale volontà imponendo a suo piacimento, durate, termini, proroghe, contenuti e condizioni. L'autore, muovendo dal carattere polisenso dell'espressione *principi* evidenzia, in consonanza con autorevole dottrina, che i principi generali sono unicamente norme più generali che valgono per un'intera materia o per un'intera branca del diritto. Giova tuttavia evidenziare che l'opinione in commento incorre in alcuni temperamenti, tenuto conto che, a titolo esemplificativo, deve ritenersi applicabile agli accordi ex art. 11 l'apparato rimediabile della garanzia per vizi e per evizione ex artt. 1483 ss., 1490 ss. c.c., istituti oramai pacificamente assurti, come si vedrà meglio *infra* al rango di rimedi generali del diritto dei contratti.

<sup>88</sup> Secondo M. RENNA, *op. cit.*, p. 32; G. GRECO, *op. cit.*, p. 103 ss, p. 148-149, parrebbe invece problematica l'applicazione dei principi dettati in tema di contratti speciali, atteso che la *lex specialis* è estranea tanto alla nozione di *principi* che di *norme generali* dettate in tema di obbligazioni e contratti. Come si vedrà meglio *infra* tale indirizzo richiede alcuni temperamenti. In particolare, deve ritenersi applicabile la disciplina della garanzia per vizi e per evizione nel contratto di compravendita, che per sua natura, assurge al rango di rimedio generale dell'ordinamento.

Pare, quindi, in definitiva condivisibile l'opinione secondo cui, onde evitare la necessità di un'eterointegrazione del sistema, la disposizione *de qua* deve ritenersi applicabile *recta via*, in forza del disposto di cui all'art. 11 co. 2 l. 241/90 ovvero quantomeno a livello analogico.

Spostando ora l'attenzione sulla c.d. «*norma di compatibilità*», è opportuno rilevare che, lungi dall'essere una mera clausola di stile, costituisce pacificamente un autentico filtro adoperato dal legislatore per l'estensione della disciplina privatistica agli accordi. In tale ottica la normativa pubblicistica prevale su quella privatistica tutte le volte in cui possa esservi sovrapposizione piuttosto che completamento ed integrazione.

Il tutto nell'ambito di una scansione gerarchica tra disciplina specifica degli accordi ex art. 11, disciplina pubblicistica del potere esercitato dalla P.A. e del relativo regime; ed, infine, principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti. Impostazione per molti versi non dissimile da quella dei *Contratos Publicos* dell'ordinamento spagnolo e dal *Verwaltungsvertrage* recepito dalla legge tedesca sul procedimento<sup>89</sup>.

Donde la norma di chiusura di cui all'art. 11 comma 2 sancisce, in definitiva, che le norme generali dettate dal codice in tema di obbligazioni e contratti sono applicabili in quanto non contrastanti con le disposizioni specifiche relative agli accordi ovvero alle obbligazioni in essi dedotte.

Giova evidenziare che a seguito della entrata in vigore della l. n. 15 del 2005, il legislatore ha in parte risolto la *querelle* interpretativa, introducendo un fondamento ancor più robusto dell'integrale estensione della disciplina civilistica agli accordi, con l'apposizione in novella all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo del comma 1 *bis*, già menzionato allorquando si è esaminata la natura degli accordi ex art. 11. La norma sancisce, infatti, nel suo tenore letterale, che «*la pubblica amministrazione nell'adozione di atti non autoritativi, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

Come si evince, senza possibilità di equivoci, dall'espressione *norme* adottata in questa sede in luogo di quella *principi* di cui all'art. 11 co. 2, l. 241/90, oramai superata, il legislatore rinvia *apertis*

---

<sup>89</sup> Sul punto, ancora G. GRECO, *op. cit.*, p. 151.

*verbis* all'applicazione integrale delle norme civilistiche agli atti di natura non autoritativa, tra i quali rientrano pacificamente gli accordi ex art. 11, che si atteggiano, collocandosi in una fase successiva alla consumazione del potere discrezionale della P. A., avvenuta con l'adozione della determinazione a contrarre, ad atti di autonomia privata<sup>90</sup>.

Tanto premesso, esaminando più da vicino le norme codicistiche applicabili alla figura della cessione in compensazione, pacificamente rientrante nel novero degli accordi ex art. 11 ed, *a fortiori*, nel *genus* degli atti non autoritativi, un primo punto fermo può dirsi il seguente.

Può ragionevolmente sostenersi che le obbligazioni sorte per effetto di tali accordi, sia che gravino sul privato che sulla P.A., sono qualificabili in ogni caso come autentiche obbligazioni civilistiche ex art. 1173 e 1174 c.c. Ed invero il legislatore all'art. 1173 c.c. annovera tra le fonti delle obbligazioni «*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*», in guisa che anche a voler prescindere dalla qualificazione dell'istituto quale contratto di diritto privato, ovvero contratto di diritto pubblico, esso deve comunque considerarsi idoneo alla produzione di obbligazioni. Tanto basta per confortare ancora una volta la soluzione, proposta in questa sede, in forza della quale l'istituto *de quo*, al di là delle pretese forzature in un senso o nell'altro, non può identificarsi integralmente con il provvedimento né con il contratto. È infatti un relitto storico quella grigia nozione di «*obbligazioni pubbliche*», ancorata al dogma dello Stato inteso quale ente politico sovrano, che, muovendo dalla rilevanza esterna della disciplina pubblicistica sui vincoli di entrata e di spesa, esonerava la P.A. dall'applicazione delle norme dettate in tema di inadempimento del rapporto obbligatorio privatistico<sup>91</sup>. In particolare, è venuto

---

<sup>90</sup> In tale senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 42.

<sup>91</sup> In tal senso, A. BENEDETTI, *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, IV, p. 3848 ss. Osserva l'autrice che il tramonto della posizione privilegiata, inizialmente riconosciuta allo stato, si esplica nell'affermazione, tanto in sede dottrinale che giurisprudenziale, della sua sottoposizione alla responsabilità extracontrattuale e precontrattuale. La configurazione tipica delle obbligazioni legali si differenzerebbe, in tal caso, in virtù del diverso ruolo attribuito al potere provvedimentale dell'amministrazione. La prestazione del-

meno il tradizionale privilegio della P.A. basato sulla rigida regola secondo cui la assunzione preventiva di impegni di spesa eccedenti la disponibilità in bilancio è un presupposto per la valida assunzione di obbligazioni. Si era infatti ritenuto per lungo tempo che la P.A. debitrice fosse esonerata dall'applicazione dell'art. 1181 c.c. in forza del quale il creditore può rifiutare un adempimento parziale del debitore, potendo quindi liberarsi «*progressivamente*»<sup>92</sup> dal proprio debito. Donde è di palmare evidenza che allo stato la nozione di «*obbligazioni pubbliche*», conserva un valore meramente descrittivo.

Le obbligazioni assunte dalla P.A. nell'interesse del privato soddisfano altresì il requisito della patrimonialità della prestazione ex art. 1174 c.c.. È innegabile, infatti, per citare alcuni esempi, che le obbligazioni assunte in relazione alla decisione di espropriare un'area, ovvero di espropriarla secondo modalità meno svantaggiose per il privato, quali, ad esempio, l'obbligazione di indennizzo nella cessione sostitutiva di esproprio, hanno ad oggetto una prestazione suscettibile di valutazione economica<sup>93</sup>.

Sulla base di tali premesse sono state pertanto ritenute applicabili, con l'unico temperamento afferente alle elaborazioni giurisprudenziali in tema di *mora debendi* della P.A.<sup>94</sup> le principali nor-

---

l'amministrazione è, infatti, in tal caso preceduta da un procedimento pubblicistico diretto ad attribuire certezza al fatto giuridico. Quest'ultimo non sarebbe, quindi, il presupposto della nascita dell'obbligazione, ma assolverebbe unicamente la finalità di rendere esigibile il diritto di credito del privato nei confronti della P.A. Si veda anche M. RENNA, *op. cit.*, p. 52.

<sup>92</sup> In tal senso, A. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 3853.

<sup>93</sup> Si ponga mente, altresì, agli accordi urbanistici, nel cui ambito è sicuramente suscettibile di valutazione economica la prestazione avente ad oggetto la consegna di un'area nell'ambito di un contratto di concessione per l'uso di beni demaniali. Sulla nozione di patrimonialità della prestazione in senso oggettivo e soggettivo si veda C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 77 ss.

<sup>94</sup> In tal senso, A. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 3853. L'autrice rileva, peraltro, che la giurisprudenza (Cass. n. 2071/2000; Cass. n. 13859; 2002) ha elaborato soluzioni speciali in tema di *mora debendi* della P.A. In particolare, è stata coniata una singolare distinzione tra inadempimento relativo al pagamento ed inadempimento per ritardo nella procedura contabile. Nel primo caso, la decorrenza degli interessi moratori coinciderebbe con l'emissione del titolo di spesa, laddove, nell'ipotesi di ritardo dovuto a colpa della amministrazione nella procedura contabile il *dies a quo* può essere arretrato. Pari-

me dettate in tema di modalità di adempimento delle obbligazioni e responsabilità contrattuale per inadempimento ex artt. 1218 ss. c.c. Parimenti sono state ritenute applicabili le norme che disciplinano le modalità di estinzione diverse dall'adempimento, quali l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore ex art. 1256 c.c., le norme sull'estinzione per compensazione ex artt. 1241 ss. c.c., nonché ovviamente, le norme sull'autoregolamentazione della fase esecutiva del rapporto obbligatorio compreso, quindi, l'art. 1197 c.c. che costituisce il fulcro della presente trattazione<sup>95</sup>.

Parimenti deve ritenersi sussistente la legittimazione tanto dell'amministrazione che del privato all'esperimento dei rimedi caducatori del contratto ed, in particolare l'azione di risoluzione per inadempimento ex artt. 1453-1462 c.c., nonché le disposizioni sull'eccezione di inadempimento, l'azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione ex artt. 1463-1466 c.c. ed, infine, l'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione ex art. 1467 c.c.

Ambedue le parti dell'accordo potranno fruire, secondo un'impostazione condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa<sup>96</sup>, degli strumenti tecnici approntati dal legislatore per disciplinare la fase esecutiva del contratto ed, in particolare, potranno domandare l'adempimento delle obbligazioni nascenti dall'accordo ovvero, in alternativa, la risoluzione secondo la scansione gerarchica di cui all'art. 1453 co. 2 c.c. Peraltro potranno esperire in ogni caso

---

menti la giurisprudenza ha escluso la mora *ex re* per i debiti pecuniari alla scadenza del termine, richiedendo in ogni caso una previa diffida, sulla base della norma di contabilità pubblica che in deroga all'art. 1182 c.c. sancisce che i pagamenti debbono essere effettuati presso la tesoreria della amministrazione. Regola, quest'ultima, superata dal D.P.R. 20 aprile 1994, n. 367, in forza del quale l'estinzione dei titoli di spesa può avvenire mediante accreditamenti sui conti correnti postali o bancari dei creditori.

<sup>95</sup> In tale senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>96</sup> Cons. st., 27 gennaio 2006, n. 236, sul punto M. RENNA, *op. cit.*, p. 75, secondo il quale dovrà parimenti tenersi conto delle norme codicistiche dettate in tema di prescrizione dei diritti e, più precisamente, dell'art. 2946 c.c. sul termine di prescrizione ordinaria, degli artt. 2934-2940 c.c., degli artt. 2943-2945 c.c., sull'interruzione della prescrizione ed, infine, degli artt. 2962-2963 c.c. sul computo dei termini; sul punto, G. GRECO, *op. cit.*, p. 273.

l'azione di risarcimento dei danni e l'azione di risoluzione per inadempimento nell'ipotesi in cui l'amministrazione abbia omesso il rilascio di un provvedimento che si era obbligata ad adottare, ovvero l'abbia rilasciato con un contenuto difforme rispetto all'impegno obbligatorio assunto. Donde a fronte di una domanda di risoluzione la P.A. non potrà eccepire l'inapplicabilità delle norme civilistiche, argomentando un preteso contrasto con l'interesse pubblico, atteso che la compatibilità con l'interesse pubblico come già evidenziato, deve ritenersi «*crystallizzata*»<sup>97</sup> a monte con l'assunzione della determinazione a perfezionare l'accordo con il privato seguita dall'accettazione di quest'ultimo, che postula, ovviamente, una preventiva ponderazione ad opera della P.A. della conformità dello strumento consensuale al perseguimento dell'interesse pubblico<sup>98</sup>. Nel solco di tale indirizzo, assiso sulla distinzione procedimentale tra fase genetica e fase successiva all'adozione della determinazione a contrarre, in questa sede condivisa, si è parimenti ritenuta applicabile tanto agli accordi sostituitivi che integrativi del provvedimento finale, la disciplina di cui all'art. 2932 c.c., afferente all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto. Parrebbe infatti possibile ottenere dal giudice amministrativo, ovvero, se ci troviamo dinanzi ad una cessione sostitutiva di esproprio, dal giudice ordinario, una sentenza costitutiva produttiva degli effetti del contratto che una delle parti non abbia concluso pur essendosi obbligata a farlo<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> L'espressione è adoperata da M. RENNA, *op. cit.*, p. 32 ss.

<sup>98</sup> In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 32 ss., 57 ss., il quale osserva che la disposizione di cui all'art. 1463 c.c. consente di risolvere un importante problema che si è posto in dottrina, afferente all'ipotesi in cui vi sia la sopravvenienza di una norma che elimini la possibilità per l'amministrazione di rilasciare un provvedimento che si era impegnata ad adottare. La P.A. può infatti ritenersi liberata totalmente o parzialmente dal vincolo obbligatorio laddove il privato agisca con il rimedio ex art. 1463 c.c., ovvero domandi una riduzione della prestazione dovuta o receda dall'accordo «*quando non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale*».

<sup>99</sup> In tal senso, M. RENNA, *op. cit.*, p. 76, che propugna l'applicazione della pronuncia costitutiva anche nell'ipotesi di accordi integrativi del provvedimento finale contenenti l'impegno della P.A. all'emanazione di un provvedimento che non abbia poi emanato. Tale assunto si erge, infatti, ancora una volta, sulla considerazione che il potere della P.A. si è definitivamente esaurito a monte con la adozione della determinazione a contrarre, secondo i principi di impar-

7. *Datio in solutum e cessione di diritti edificatori. natura e caratteri.* – Individuato il fondamento normativo dell'applicazione della disciplina privatistica e, quindi, dell'art. 1197 c.c. alla cessione di beni e diritti edificatori *in solutum*, si tratta ora di comprendere il fondamento, la natura ed i caratteri del meccanismo, recepito nella prassi dei legislatori regionali<sup>100</sup>, in forza del quale, come già anticipato, la pubblica amministrazione, debitrice dell'indennizzo, per sopperire alla carenza di aree rientranti nella propria disponibilità, stipula una distinta convenzione, accessoria al piano perequativo, con un soggetto terzo che si obbliga ad eseguire il trasferimento *in solutum* del bene, ovvero di diritti edificatori, direttamente al proprietario espropriando creditore dell'indennizzo. Si tratta, quindi, di un fenomeno ascrivibile allo schema della c.d. *datio in solutum del terzo* la cui ammissibilità, come è noto, al di là delle affermazioni di principio<sup>101</sup> è alquanto dibattuta in dottrina.

Ci si prefigge, quindi, di sciogliere in questa sede in i nodi interpretativi in ordine all'ammissibilità della figura in esame, muovendo

---

zialità e buon andamento di cui all'art. 98 cost. Donde tale soluzione non si presenta in contrasto con il tradizionale divieto per il giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio del potere amministrativo. In tale ottica, nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di adottare un provvedimento con un determinato contenuto, i privati potrebbero avvalersi dell'azione ex art. 2932 c.c., in luogo della promozione di giudizi aventi efficacia circoscritta ai fini dell'adempimento di tale obbligo, ovvero potrebbero intraprendere un giudizio di impugnazione del provvedimento adottato dalla amministrazione con un contenuto difforme da quello indicato nell'accordo. In definitiva, quindi, a fronte di un provvedimento giurisdizionale di contenuto difforme dall'accordo, i privati potrebbero alternativamente ottenere una pronuncia giudiziale di nullità di tali provvedimenti ex art. 21 *septies*, l. 241/90 ovvero esperire entro il termine di prescrizione ordinaria l'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Del medesimo avviso Cass. S.U., 7 ottobre 1983, n. 5838. L'orientamento risalente riteneva inammissibile il rimedio ex art. 2932 c.c. essendo diretto ad imporre alla P.A. un *facere* incoercibile rientrante nella sfera di discrezionalità della P.A. Sul punto, G. FERRARI, R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 1116.

<sup>100</sup> Sul punto, E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale per il governo del territorio*, cit., p. 231.

<sup>101</sup> La dottrina, con una certa ripetitività, per un verso muove dalla affermazione di principio secondo cui *la datio in solutum* di terzo è pacificamente ammessa, laddove, per altro verso, subordina tale ammissibilità ad una preventiva disamina delle soluzioni costruttive proposte sull'istituto generale della *datio in solutum* ex art. 1197 c.c.

do in un primo momento, per esigenze espositive, da un'indagine concettuale sulla natura ed i caratteri della prestazione in luogo di adempimento, per poi pervenire ad una disamina dei riflessi che tale ricostruzione produce sull'ammissibilità della c.d. dazione in pagamento del terzo.

Come è noto, infatti, l'art. 1197 c.c., sancisce che il debitore può liberarsi dalla propria obbligazione eseguendo una diversa prestazione qualora il creditore presti il proprio consenso, in guisa che il debito si estingue contestualmente all'esecuzione dell'*aliud*. L'istituto, denominato dal legislatore «*prestazione in luogo di adempimento*»<sup>102</sup>, che, secondo l'insegnamento tradizionale, partecipa dei caratteri del contratto *lato sensu reale*<sup>103</sup>, presuppone il

---

<sup>102</sup> Osserva C.A. CANNATA, *L'adempimento mediante prestazione diversa da quella dovuta*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, UTET, Torino, 1999, I, p. 80 ss., che con la rubrica dell'art. 1197 c.c. il legislatore del '42 ha sostituito la tradizionale espressione *datio in solutum* con l'imprecisa denominazione di «*prestazione in luogo di adempimento*». L'adempimento, infatti, si esegue, comunque, tramite una prestazione, di talchè l'espressione *prestazione in luogo di adempimento* non significa nulla. La rubrica dell'articolo in commento, prosegue l'autore, traduce letteralmente la denominazione corrente in lingua tedesca *Leistung an Erfüllung Statt*, a sua volta arbitrariamente enucleata, in maniera altrettanto imprecisa, dal § 364 abs, B.G.B.

<sup>103</sup> Poiché l'effetto solutorio si produce nel momento in cui la diversa prestazione è eseguita, la dazione in pagamento è stata tradizionalmente ascritta nel novero dei contratti reali. La ricostruzione concettuale della nozione di realtà, ha destato non poche controversie in dottrina. Secondo R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali, Adempimento diretto e vicende soddisfatorie*, in *La struttura e l'adempimento, Trattato delle obbligazioni* diretto da L. GAROFALO e M. TALAMANCA, CEDAM, Padova, 2010, III, p. 463 ss, p. 485, lo spostamento patrimoniale, *id est* l'esatta esecuzione della diversa prestazione su cui si è formato l'accordo, che, ex art. 1197 co. 2, può tradursi anche nel trasferimento di un diritto, non è un effetto sostantivo ma procedimentale rispetto all'integrazione della fattispecie codificata. Il tutto nell'ambito di una figura contrattuale che, sul piano strutturale, segue lo schema del contratto reale. In tale ottica per realtà si intende l'esecuzione dell'*aliud* e non la consegna di un bene, essendo sovrastrutturale, secondo l'autore, far dipendere la vicenda traslativa dal principio consensualistico ex art. 1376 c.c.. Il trasferimento del diritto risulta, infatti, più che l'oggetto del contratto, l'elemento costitutivo di esso e non rileva sul piano dell'effetto finale e sostantivo di cui all'art. 1376 c.c., bensì sul piano strumentale del perfezionamento della fattispecie stessa, consentendo soltanto allora all'autonomia privata, di raggiungere, una volta integrata la fattispecie, l'effetto finale e sostantivo. In altre parole, osserva l'autore, il trasferimento non sarebbe un'applicazione de c.d. principio consensualistico

concorso delle volontà dispositive di creditore e debitore, che possono essere manifestate contestualmente ovvero, secondo la dottrina, anche in momenti cronologicamente distinti<sup>104</sup>.

L'indagine sulla natura dell'istituto, come opportunamente rilevato in dottrina, non può prescindere dalla necessaria congruenza delle diverse alternative costruttive percorribili, con le finalità pra-

---

ex art. 1376 c.c., ma della diversa regola della «*investitura formale del diritto*» che si traduceva nel diritto romano nella necessità di trasmissione della cosa al fine del trasferimento della proprietà. Donde il trasferimento rivestirebbe la medesima posizione dell'accettazione secondo il più noto schema dell'art. 1326 c.c., quale tassello di chiusura del ciclo della autonomia privata procedimentale nella sede genetica del contratto. L'elegante impostazione trova adesione in questa sede. La realtà, infatti, deve essere intesa *lato sensu*, non con riferimento alla consegna della *res* quale elemento perfezionativo del contratto, ma deve essere calata in una dimensione procedimentale, polarizzando l'attenzione sull'esecuzione della prestazione quale presupposto legale della fattispecie costitutiva dell'effetto solutorio. Con ciò non si vuole certamente svilire il rilievo del principio consensualistico nel nostro sistema, bensì, seguendo ancora una volta un'impostazione assisa sulla relatività della qualificazione, ritenere che il trasferimento del diritto assuma un duplice rilievo, atteggiandosi ad effetto traslativo finale rispetto alla fattispecie contemplata all'art. 1376 c.c. e, nel contempo, ad effetto strumentale, allorquando viene incastonato nel procedimento formativo della fattispecie ex art. 1197 c.c. Analogamente, ma con diverse sfumature, C.A. CANNATA, *op. cit.*, p. 80, per il quale la realtà deve essere riferita alla *solutio* e non ad una sovrastruttura contrattuale. La sola dichiarazione rilevante è, infatti, quella del creditore che accetti di ricevere in adempimento dell'obbligazione una prestazione diversa da quella dovutagli, laddove la ricostruzione della fattispecie in chiave contrattuale, attribuisce alla proposta di *solvere aliud pro alio* una rilevanza che non ha. Il consenso del creditore, infatti, attribuisce alla prestazione eseguita lo stesso ruolo che nell'*Obligations programm* era attribuito alla prestazione originaria, come se fosse stata programmata sin dall'inizio la diversa prestazione; *contra* F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 580, secondo il quale il concetto di realtà è adoperato in senso improprio, atteso che, se l'oggetto del contratto di *datio in solutum* consiste nel trasferimento del diritto, la prestazione dell'*aliud* è eseguita allorquando si dispiega l'effetto traslativo, con il perfezionamento dell'accordo ex art. 1376 c.c., ovvero, se la cosa è generica, con la specificazione ex art. 1378 c.c.

<sup>104</sup> Secondo C.A. CANNATA, *op. cit.*, p. 80, il consenso del creditore può intervenire prima dell'adempimento, ed in tal caso attribuisce al debitore una facoltà alternativa, ovvero contestualmente alla prestazione, rendendola liberatoria. Infine può essere manifestato in un momento successivo, atteggiandosi, in tal caso, al rango di ratifica, produttiva di effetti liberatori *ex tunc*, fatti salvi i diritti dei terzi.

tiche perseguite dalle parti che si esplicano in una vicenda estintiva del rapporto. Si tratta, quindi, di comprendere se la vicenda estintiva sia un effetto diretto in chiave soddisfattoria<sup>105</sup> di tali volontà dispositive, ovvero se queste ultime debbano essere degradate ad elemento di mediazione necessaria, laddove l'effetto estintivo si dispiegherebbe in virtù di una causa separata e distinta, questa volta soddisfattoria<sup>106</sup>.

Tracciando una classificazione convenzionale degli indirizzi formulati intorno alla questione, un primo filone, che muove dalla premessa concettuale secondo cui la vicenda estintiva si dispiegherebbe *recta via* per effetto di una fattispecie negoziale non soddisfattoria, identifica l'istituto con una rinuncia onerosa. Altri autori, per converso, riconducono soltanto in via mediata la estinzione del rapporto obbligatorio al concorso di volontà di debitore e creditore. Quest'ultimo filone si articola in quattro correnti di pensiero, che propugnano, più precisamente, la qualificazione dell'istituto in chiave di contratto di scambio *id est* compravendita, di novazione, di modificazione oggettiva del rapporto ed, infine, di negozio solutorio.

Ponendo da un canto, per esigenze di sintesi, le tesi della novazione e del contratto di scambio, che, come evidenziato in dottrina, assolvono oramai un rilievo di carattere squisitamente storico, può analizzarsi preliminarmente il primo orientamento, sostenuto da una dottrina minoritaria ma autorevole<sup>107</sup>, che ricostruisce l'istituto

---

<sup>105</sup> La qualificazione dell'istituto quale modalità di estinzione soddisfattoria o non soddisfattoria del rapporto obbligatorio è, come si evince dalle formule costruttive elaborate dalla dottrina, tutt'altro che pacifica. Sul punto, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 431-432.

<sup>106</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento, in I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende liberatorie* diretto da A. BURDESE, E. MOSCATI, CEDAM, PADOVA, 2008, p. 25. Osserva l'autore che il principale profilo di indagine intorno al quale gravitano le diverse soluzioni costruttive, attiene alla questione se la volontà del creditore sia l'antecedente causale diretto dell'estinzione ovvero rappresenti «*un momento di mediazione necessaria*» di talchè la vicenda estintiva promanerebbe da un'altra causa, questa volta soddisfattoria.

<sup>107</sup> In tal senso, S. RODOTÀ, (voce) *Dazione in pagamento (Dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1962, XI, p. 737, 738; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, ESI, Napoli, 1978, p. 250, secondo il quale *La datio in solutum* comporta un arricchimento del debitore sotto forma di trasferimento del diritto ovvero sotto forma di rinuncia al diritto ovvero di svolgimento di una determinata atti-

quale contratto sinallagmatico estintivo ed oneroso, avente ad oggetto la rinuncia al credito posta in essere verso l'esecuzione di una diversa prestazione ad opera del debitore. Si tratterebbe, quindi, di un modo di estinzione non soddisfacente dell'obbligazione.

La contestualità delle due attribuzioni patrimoniali ha portato la dottrina in commento ad aderire alla ricostruzione della *datio in solutum* quale contratto reale, atteso che l'effetto estintivo si produce soltanto quando sia stata eseguita la prestazione dell'*aliud*. Non urterebbe, quindi, con tale ricostruzione la circostanza che la diversa prestazione possa consistere anche in un *facere* ovvero in un non *facere*<sup>108</sup>.

Si è tuttavia evidenziato criticamente che in realtà lo scambio tra le due contrapposte attribuzioni patrimoniali viene attuato dalle parti soltanto in via mediata nell'ambito di una sequenza carat-

---

vità, ma non crea un nuovo diritto di credito nei confronti del *solvens*. Donde nel caso in cui la *datio in solutum* sia diretta al trasferimento di un diritto, non può considerarsi perfetta se non quando il trasferimento sia stato definitivamente attuato con il semplice consenso, se avente ad oggetto una cosa determinata, ovvero con la specificazione, se si tratta di un bene determinato nel *genus*, con la trascrizione se si tratta di un diritto immobiliare di cui il *solvens* non sia titolare. Secondo L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 147, tale ricostruzione richiama quella formulata dai giuristi Proculieiani romani che rinvenivano nelle contrapposte attribuzioni patrimoniali lo schema della compravendita. Donde si tratta di una costruzione comoda ma barocca. Comoda, poichè consente di estendere analogicamente le regole della compravendita, comprese, quindi, quelle della garanzia peraltro espressamente richiamate dall'art. 1197 co. 2 c.c. Barocca, perchè l'applicazione delle regole della garanzia si sorregge non già su un'inesistente identità concettuale con la compravendita ovvero con la permuta, ma soltanto sull'identità intrinseca della prestazione, oggetto dell'obbligazione.

<sup>108</sup> In tal senso, S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, secondo il quale sarebbero, quindi, sovrastrutturali tutte quelle impostazioni della dottrina francese e germanica, secondo cui la *datio in solutum* è il risultato della combinazione di atti tra loro diversi ovvero, addirittura, autonomi l'uno dall'altro. L'autore formula rilievi critici intorno alla teoria dell'accordo modificativo dell'oggetto dell'obbligazione seguito da un adempimento in senso proprio. Parimenti si esprime criticamente sulla tesi che qualifica l'istituto quale rinuncia del creditore alla prestazione originaria, quale fondamento di un nuovo contratto che contempla la prestazione dell'*aliud*. Tali ricostruzioni parrebbero, infatti, ancora legate ad una concezione della *datio in solutum* quale vendita ovvero quale novazione, laddove il nostro sistema circoscrive con precisione l'effetto estintivo della *datio in solutum*.

terizzata sul piano logico da una distinzione tra la fase programmatica e la fase esecutiva, che, sul piano cronologico, sono invece racchiuse nel medesimo istante temporale. Per tale ragione lo schema della rinuncia onerosa non si attaglierebbe all'ipotesi del c.d. *pactum de in solutum dando*, laddove, essendovi una manifestazione preventiva di consenso del creditore alla esecuzione della diversa prestazione, la distinzione tra programmazione ed esecuzione assume un rilievo non soltanto logico ma anche cronologico. La diversa prestazione non assumerebbe, infatti, il caratteri della doverosità, che connota tradizionalmente lo svolgimento di una attività esecutiva, poiché il creditore attribuisce al debitore unicamente la facoltà di liberarsi dal proprio obbligo e non acquisisce il diritto ad una nuova prestazione<sup>109</sup>. Peraltro nell'ipotesi di manifestazione del consenso preventivo alla prestazione dell'*aliud*, un accordo avente ad oggetto la remissione di debito verso la assunzione dell'obbligo di prestare un *novum*, travalicherebbe i confini della prestazione in luogo di adempimento atteso che, ai sensi dell'art. 1197 c.c., la c.d. dazione in pagamento è caratterizzata dalla permanenza dell'obbligazione originaria fino al momento dell'adempimento della diversa prestazione<sup>110</sup>. Donde nel caso di specie piuttosto che di *pactum de in solutum dando*, si dovrebbe parlare di assunzione di un debito *pro soluto* che si risolverebbe però in una novazione. L'accordo *de quo* non potrebbe essere nemmeno qualificato quale contratto preliminare al negozio estintivo, atteso che, se il debitore assume nei confronti del creditore un nuovo obbligo, concorrente con l'originario, ci troveremmo piuttosto dinanzi ad un'assunzione di debito *pro solvendo* che rientra nello schema della *cessio pro solvendo* ex art. 1198 c.c.<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Sul punto, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 42., A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, Milano, 1987, p. 77, il quale, in un'ottica di adesione al tesi della c.d. modificazione oggettiva del rapporto, osserva che il *pactum de in solutum dando* il creditore attribuisce al debitore solo l'ulteriore possibilità di liberarsi e non acquisisce il diritto ad una diversa prestazione.

<sup>110</sup> In tal senso, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 76.

<sup>111</sup> A fronte di tale difficoltà costruttiva i sostenitori della rinuncia onerosa hanno concluso per l'esclusione del *pactum de in solutum dando* dall'ambito della dazione in pagamento, trattandosi di una novazione ovvero di una modificazione oggettiva dell'obbligazione. In tal senso, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 738.

Altra parte della dottrina ricostruisce l'istituto quale vicenda modificativa del rapporto, diretta a rendere facoltativa un'obbligazione che originariamente si presentava semplice. In tale ottica, l'adempimento dell'*aliud* costituirebbe un vero e proprio adempimento dell'obbligazione modificata<sup>112</sup>. Le obiezioni mosse a tale teoria si collocano per un verso su un piano concettuale e, per altro verso, su un piano pratico operativo. Sotto il profilo concettuale si è osservato che la dazione in pagamento non muta il contenuto dell'obbligazione, atteso che la prestazione sostitutiva è oggetto di una facoltà che non incide sulle rispettive posizioni di debito e credito, in guisa che è sempre dovuta la prestazione originaria<sup>113</sup>. Si è parimenti osservato che uno dei limiti principali di tale teoria è dato dalla incoerenza con la finalità pratica perseguita dalle parti, atteso che se il creditore stipula il contratto in quanto ha interesse a sottrarsi al rischio di un inadempimento dell'obbl-

---

<sup>112</sup> In tal senso, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 98, secondo il quale la tesi della modificazione oggettiva del rapporto costituisce la chiave di volta del problema ricostruttivo della *datio in solutum*, superando la rigida alternativa tra la ricostruzione quale fattispecie di scambio a titolo oneroso ed in termini di adempimento; *contra* E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 26, il quale osserva che tale impostazione urta, su un piano concettuale, con la nozione di vicenda modificativa del rapporto, atteso che la *facultas* si aggiunge dall'esterno senza incidere sulla fattispecie sul piano strutturale. La dottrina in questione ha replicato a tale rilievo, evidenziando che la vicenda modificativa si integra ogni qual volta ad una delle parti, nel caso di specie il debitore, sia attribuito un nuovo potere non previsto nella fase genetica del rapporto.

<sup>113</sup> In tal senso, C.M. BIANCA, *L'obbligazione, Diritto Civile, IV*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 437. Secondo il quale in tale ottica si può confermare la differenza rispetto alla novazione che crea una nuova obbligazione rispetto a quella originaria, laddove la dazione facoltizza il debitore ad adempiere l'obbligazione originaria mediante una diversa prestazione, senza che ciò dia luogo ad una nuova obbligazione. Analogamente, L. BARASSI, *op. cit.*, p. 146. L'autore osserva che la prestazione in luogo d'adempimento, intesa quale surrogato del rapporto obbligatorio, non costituisce una modificazione oggettiva del rapporto. Il debitore deve adempiere, infatti, la stessa obbligazione cui era tenuto *ab origine*, laddove qualora il creditore accetti a soddisfacimento del credito l'esecuzione di una prestazione diversa, che, come si evince dallo stesso tenore letterale dell'art. 1197 c.c., non costituisce l'adempimento, l'obbligazione viene in tal caso estinta come se fosse avvenuto il regolare adempimento. In altre parole le parti dell'accordo ritengono estinta l'obbligazione con l'esecuzione di una prestazione differente con cui il creditore dichiara di raggiungere egualmente il suo scopo.

gazione originaria, non intende certamente assumere il rischio dell'inadempimento di un'obbligazione di contenuto modificato. Donde la totale carenza di interesse delle parti ad una modificazione oggettiva del rapporto obbligatorio. Infine, poiché che il contratto si perfeziona proprio con l'adempimento dell'obbligazione modificata<sup>114</sup>, la vicenda modificativa si dispiegherebbe contestualmente all'estinzione del rapporto obbligatorio ed alla conseguente liberazione del debitore. In definitiva, quindi, poiché l'obbligazione modificata sussisterebbe soltanto per un istante ideale, si tratterebbe, per usare le parole della dottrina, di una «*finzione dogmatica*» ovvero di un artificio costruttivo. Nell'ipotesi, invece, in cui ricorra la figura del c.d. *pactum de in solutum dando* il debitore acquisisce un potere modificativo unilaterale, esercitabile unicamente tramite l'esecuzione della diversa prestazione.

Sul piano operativo sono stati posti in luce i riflessi di tale ricostruzione dogmatica sull'esperibilità da parte del creditore dei rimedi propri della garanzia nella vendita, seguendo il dettato di cui all'art. 1197 co. 2 c.c.

Se si aderisce, infatti, ad una qualificazione della prestazione dell'*aliud* quale modificazione dell'obbligazione originaria, nell'ipotesi in cui rapporto originario integri gli estremi di un contratto diverso dalla vendita, i rimedi applicabili per l'inattuazione od imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa non saranno quelli ex artt. 1483-1490. ss c.c., ma quelli propri del negozio costitutivo della obbligazione originaria. Donde nell'ipotesi in cui il rapporto originario sia una donazione, il debitore potrebbe esperire tali rimedi soltanto nei limiti di cui agli artt. 797 e 798 c.c.<sup>115</sup>. Si è

---

<sup>114</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 28.

<sup>115</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 30; si veda anche A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 263 ss. L'autore, nel sostenere la teoria della modificazione oggettiva del rapporto, rileva che non si può ignorare che il donante è tenuto alla garanzia per evizione unicamente nelle ipotesi specificamente enucleate all'art. 797 c.c. Parimenti, ai sensi dell'art. 798 c.c., risponde dei vizi della cosa soltanto nell'ipotesi in cui sia stato in dolo. Ne deriva che il riconoscimento di una estensione della sfera applicativa dell'art. 1197 co. 2 c.c., prescindendo dalla natura gratuita od onerosa del contratto originario, porterebbe ad una dilatazione del perimetro delle garanzie dovute dal donante al donatario nell'ipotesi di inesattezza dell'attribuzione traslativa. Il tutto per la semplice circostanza che, successivamente al contratto, sia stato stipulato un accordo perfezionativo di *datio in solutum*.

tuttavia replicato che potrebbe operarsi una «*riduzione teleologica della norma de qua*» in guisa che i rimedi della garanzia troverebbero applicazione nei limiti previsti dalla disciplina del titolo contrattuale dell'obbligazione sussistente *ab origine*. Tale assunto troverebbe fondamento nell'art. 1266 c.c., che, nel suo tenore letterale, è il sintomo di una *ratio legis* favorevole all'applicazione generalizzata a tutti i negozi a titolo gratuito del principio secondo cui in linea di massima l'alienante a titolo gratuito non deve alcuna garanzia. Le fattispecie rientranti nel perimetro applicativo della garanzia rappresenterebbero, infatti, delle eccezioni, di talchè nell'ipotesi in cui il contratto originario sia costituito da una donazione, le regole della garanzia potrebbero trovare applicazione unicamente nei casi previsti per tale tipo di contratto<sup>116</sup>.

Infine è opportuno esaminare l'indirizzo costruttivo che fa ricorso alla categoria concettuale del c.d. negozio solutorio, sostenuto dalla dottrina dominante<sup>117</sup> e dalla giurisprudenza, che, se-

---

<sup>116</sup> In tal senso, A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 264, il quale osserva che, negando alla *datio in solutum* il valore di negozio modificativo di quello originario ed attribuendole, di converso, quello di negozio oneroso di scambio tra la nuova prestazione e la remissione del debito originario, si porrebbe ad alternative non soddisfacenti. Si dovrebbe sostenere, infatti, l'applicazione, in ogni caso, dell'art. 1197 co. 2 c.c., di talchè i fautori della rinuncia onerosa dovrebbero ridimensionare la loro teoria; *contra* E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 30, il quale ritiene che la tesi della modificazione oggettiva del rapporto sia incompatibile con la disciplina di cui all'art. 1197 c.c. La tesi della c.d. riduzione teleologica non pare infatti sufficiente a sanare il contrasto sistematico, poichè presuppone la sussistenza di una lacuna normativa che, nel caso di specie, non è dato rinvenire. Si potrebbe al più parlare di una *lacuna ideologica*, consistente non nella mancanza di una soluzione normativa, ma nella mancanza di una soluzione soddisfacente, rimediabile, in quanto tale, non tramite l'estensione analogica, ma unicamente tramite un intervento del legislatore.

<sup>117</sup> Su tutti, M. ALLARA, che è il principale sostenitore della tesi del negozio solutorio, in *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 1952, p. 137; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 438, il quale rinviene nella dazione in pagamento una specifica funzione solutoria, essendo diretta ad estinguere satisfattivamente il credito. In tale ottica, secondo l'autore, può essere agevolmente superata l'apparente difficoltà logica costituita dalla eterogeneità dell'interesse soddisfatto rispetto a quello originariamente dedotto in obbligazione. L'esecuzione della diversa prestazione costituisce, infatti, esecuzione dell'originario rapporto obbligatorio e la prestazione è giuridicamente imputata all'obbligazione del debitore; L. BARASSI, *op. cit.*, p. 146, che

condo la definizione comunemente adoperata<sup>118</sup>, ha ad oggetto l'estinzione satisfattiva del credito, tramite l'esecuzione *solvendi causa*, ad opera del debitore, di un'attribuzione patrimoniale, in chiave, quindi, di attuazione di un rapporto obbligatorio preesistente. In tale ottica il contratto ha ad oggetto non soltanto l'attribuzione patrimoniale dell'*aliud* ma anche un *quid pluris* di carattere soggettivo, costituito dalla destinazione solutoria impressa dalle parti, ed, in particolare, dal creditore, alla diversa prestazione. Le volontà dispositive delle parti<sup>119</sup>, in altre parole, fondendosi nel negozio solutorio, attribuiscono su un piano soggettivo alla prestazione dell'*aliud* l'attitudine a soddisfare l'interesse creditore, e, quindi, il valore di fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio.

La nozione di fattispecie contrattuale su cui si erge la teoria del negozio solutorio, per stessa ammissione di un'autorevole dottrina che propugna tale indirizzo<sup>120</sup>, non opera sul piano dogmatico

---

ricostruisce l'istituto quale contratto estintivo in consonanza con la vicenda estintiva menzionata *apertis verbis* all'art. 1321 c.c. L'istituto, osserva l'autore, non è un contratto oneroso in senso proprio, ma contiene piuttosto una reciproca subordinazione di opposti interessi, tanto più accentuata se tale subordinazione promana da un contratto a titolo oneroso.

<sup>118</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 31, il quale osserva come un'ipotesi di negozio solutorio ricorre ogni qual volta si tratti di dare attuazione ad un'obbligazione c.d. di «*dare in senso tecnico*».

<sup>119</sup> La destinazione solutoria impressa dal solo debitore non è sufficiente a determinare il fenomeno estintivo, essendo necessario che anche il creditore manifesti la sua disponibilità a ricevere l'adempimento della diversa prestazione.

<sup>120</sup> In tal senso, M. ALLARA, *op. cit.*, p. 29, il quale, annovera a titolo esemplificativo, oltre alla *datio in solutum*, anche il contratto di mandato tra le categorie di effetto giuridico operative sul piano del fatto. Quest'ultimo, oltre a produrre un effetto costitutivo obbligatorio in capo al mandante ed al mandatario, produce l'ulteriore effetto consistente nella circostanza che il contratto concluso dal mandatario con rappresentanza in nome e per conto del mandante, dispiega i suoi effetti direttamente nella sfera soggettiva del mandante. L'autore menziona, quindi, le fattispecie contrattuali produttive di effetti diversi dalla vicenda giuridica, quali, ad esempio, la convenzione avente ad oggetto la previsione di una determinata forma della futura stipulazione di un contratto (art. 1352 c.c.), cui la norma giuridica ricollega l'eliminazione del valore di fattispecie al contratto stipulato in una forma diversa da quella pattuita. Infine, menziona la figura del contratto cui la norma giuridica ricollega la modifica del valore di fattispecie nei riguardi di determinati fatti,

della vicenda giuridica, ma in altro settore, quello della qualificazione del fatto. Più precisamente, il contratto *de quo* produrrebbe un peculiare *genus* di effetto giuridico che, travalicando le categorie tradizionali di vicenda giuridica costitutiva modificativa ed estintiva, elaborate dalla dottrina e recepite all'art. 1321 c.c.<sup>121</sup>, si risolve nell'attribuzione del valore giuridico di fattispecie a determinati fatti che ne sono originariamente privi (nel caso di specie la prestazione dell'*aliud*).

Secondo parte della dottrina, tale impostazione denoterebbe, quindi, fragilità, poiché per un verso, su un piano costruttivo, eleva a fondamento dell'istituto, un elemento appartenente alla sfera soggettiva dei motivi, per loro natura giuridicamente irrilevanti. Per altro verso<sup>122</sup> se le parti (si ponga mente all'art. 1352 c.c.), hanno inteso sottrarre una concreta fattispecie ad una determinata disciplina legale della quale si integrano tutti gli elementi costitutivi, sarebbe più semplice ricostruire il fenomeno in chiave di mancata produzione di effetti giuridici, piuttosto che adoperare la categoria della inefficacia negativa operante sul piano della qualificazione del fatto<sup>123</sup>.

---

citando, a titolo esemplificativo, il contratto avente ad oggetto la successione nella c.d. aspettativa di diritto, quale, ad esempio, la cessione di un credito sottoposto a condizione sospensiva in pendenza della condizione.

<sup>121</sup> Sulla tradizionale classificazione delle tipologie di efficacia giuridica si veda A. FALZEA, (voce) *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 490, 491, il quale distingue all'interno della macrocategoria della efficacia costitutiva tre sottocategorie di trasformazione giuridica che identifica nella costituzione, nell'estinzione ed in quella intermedia della modificazione. Tali sottocategorie si integrano unicamente quando hanno ad oggetto una situazione dotata di specifica rilevanza per il diritto che non si confonda con lo stato generico di libertà, ma che comporti delle posizioni di potere o di dovere, di vincolo o di preminenza. Seguendo tale impostazione, l'adempimento determina per un verso l'estinzione dell'obbligazione ovvero dello stato di preminenza e di vincolo e, per altro verso, la coeva costituzione dello stato di libertà del debitore. Astrattamente potrebbe parlarsi tanto di estinzione, guardando all'obbligazione che è venuta meno, quanto di costituzione, polarizzando l'attenzione sulla liberazione ottenuta dal debitore, ma seguendo il criterio indicato dall'autore, può parlarsi soltanto di estinzione rivolgendo l'attenzione alla situazione di rilevanza specifica.

<sup>122</sup> Sul punto, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 33, 34.

<sup>123</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 35.

Ciò, a tacer d'altro, poiché qualsiasi fatto attribuisce indirettamente il valore di fattispecie ad un fatto ulteriore nella misura in cui ad esso è ricollegata dal legislatore una qualche efficacia costitutiva. La qualificazione di un determinato comportamento quale adempimento, ad esempio, è il riflesso dell'efficacia costitutiva che il legislatore attribuisce alla fonte della obbligazione<sup>124</sup>.

La teoria in commento ha poi prestato il fianco a rilievi critici afferenti, su un piano pratico operativo, ai riflessi sull'applicazione della disciplina della garanzia per vizi e per evizione del contratto di compravendita richiamati dall'art. 1197 co. 2 c.c.

In particolare, si è affermato che l'apparato rimediabile della garanzia per evizione e per vizi della cosa presupporrebbe l'assunzione di un'obbligazione c.d. di *dare in senso tecnico*, che difetta nel caso di specie. Tale critica non pare persuasiva poiché omette di considerare, sul piano sistematico, che il dispiegamento della vicenda traslativa si produce nel nostro ordinamento ex art. 1376 c.c. *recta via* per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato, senza la necessaria mediazione di un rapporto obbligatorio<sup>125</sup>. Ed invero, secondo l'indirizzo prevalente in dottrina, l'apparato rimediabile *de quo* costituisce la reazione dell'ordinamento alla inattuazione ovvero alla imperfetta attuazione dell'impegno traslativo finale assunto dall'alienante<sup>126</sup>. Impegno traslativo, la cui sussistenza in capo del debitore è pacificamente rinvenibile, nel caso di specie, tanto nell'ipotesi contemplata all'art. 1197 della c.d. *datio in solutum* tipica, tanto nell'ipotesi di manifestazione di un consenso preventivo (c.d. *pactum de in solutum dando*).

---

<sup>124</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. ult. cit.*, il quale è contrario all'identificazione una categoria dell'efficacia giuridica che si risolve nella qualificazione giuridica di un fatto, giusta la identificazione della norma giuridica con una regola di condotta rivolta ad un soggetto destinatario del precetto. Non è, quindi, configurabile un'efficacia giuridica che prescinda *in toto* da un termine soggettivo di imputazione. Donde la teoria del negozio solutorio non avrebbe, essendo avulsa dalla dinamica delle situazioni giuridiche soggettive, una chiara valenza esplicativa del fenomeno.

<sup>125</sup> Nelle vendite c.d. obbligatorie ci troviamo dinanzi ad un mero differimento cronologico della vicenda traslativa. Sul punto, A. LUMINOSO, *La Compravendita*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 134 ss.

<sup>126</sup> Sulla natura della garanzia nella vendita si veda A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 224.

Tanto nell'una che nell'altra fattispecie ricorre, infatti, un trasferimento posto in essere *solvendi causa*<sup>127</sup>, *id est* pagamento traslativo, istituto fin troppo noto in dottrina e giurisprudenza<sup>128</sup> che ha tuttavia esposto la teoria in commento ai medesimi rilievi critici formulati in relazione alla tesi della modificazione oggettiva del rapporto.

Si è infatti osservato che il c.d. pagamento traslativo presuppone per sua natura una *causa solvendi*, in guisa che la disciplina applicabile alla fattispecie, ivi compresi, quindi, i rimedi afferenti alla garanzia per vizi, dovrebbe essere quella del rapporto originario che potrebbe però non coincidere con il contratto di compravendita.

Donde, come la dottrina ha già evidenziato in ordine alla tesi c.d. della modificazione oggettiva del rapporto, se le parti hanno originariamente stipulato un contratto di donazione, si dovrebbe coerentemente concludere che la disciplina applicabile è quella di cui agli artt. 797-798<sup>129</sup> ss. c.c. con evidente antinomia rispetto all'art. 1197 co. 2 c.c.<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 37. secondo alcuni autori l'espressione pagamento traslativo verrebbe adottata in questa sede in un significato verosimilmente atecnico, atteso che l'effetto traslativo del diritto ex art. 1376 c.c. sarebbe, nel caso di specie, cronologicamente mediato da un ulteriore atto o fatto.

<sup>128</sup> Come è noto, il pagamento traslativo integra un atto di puro trasferimento posto in essere in adempimento di un obbligo preesistente. In tempi relativamente recenti si è affermato in dottrina e giurisprudenza un consistente indirizzo che ammette nel nostro ordinamento tale istituto, muovendo dalla premessa che l'atto trasferimento non sarebbe astratto ma sarebbe retto da una causa esterna. Tale ricostruzione troverebbe, peraltro, chiari riscontri normativi, quali, ad esempio, l'obbligazione del mandatario di ritrasferire al mandante la titolarità del cespite acquistato per suo conto ex art. 1706 co. 2 c.c., l'obbligazione restitutoria ex art. 2041 co. 2 c.c., il trasferimento immobiliare eseguito in adempimento di un'obbligazione naturale ex artt. 2034 ss. c.c., l'obbligazione dell'onere testamentario ex art. 651 c.c. Sul punto, P. FRANCESCHETTI, M. MARASCA, *Le obbligazioni*, Rimini, 2008, p. 173 ss.; A. CHIANALE, (voce) *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 352 ss.

<sup>129</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 39.

<sup>130</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. ult. cit.* Anche in questo caso, nel tentativo di sciogliere il nodo interpretativo, è stata proposta da taluni una c.d. *riduzione teleologica* della fattispecie, alla quale si è replicato con le medesime osservazioni critiche *supra* menzionate.

A questo punto vale la pena osservare che l'approccio metodologico preferibile al fine di risolvere la *vexata questio* è quello di cogliere appieno, ancora una volta, il noto fenomeno c.d. di procedimentalizzazione, operante tanto nella fase genetica che in quella esecutiva del contratto. Soltanto tale impostazione consente di rinvenire, infatti, al di là del rigore formale, le fisiologiche interferenze sussistenti tra la fase esecutiva e quella programmatica del contratto<sup>131</sup>.

Ed invero, tanto nel diritto pubblico che nel diritto privato, non ci si può limitare ad una un'astratta distinzione concettuale tra fase normativa e fase esecutiva che conduce, su un piano pratico, a risultati costruttivi piuttosto incerti. Come osservato da autorevole dottrina<sup>132</sup>, «*i privati agiscono molto più di quanto non regolino*», di talchè non si preoccupano dell'inquadramento dogmatico delle loro azioni che, con non pochi sforzi, deve essere ricostruito a posteriori dall'interprete. Tanto si evince dall'analisi della *datio in solutum*, c.d. tipica, tradizionalmente configurata quale contratto reale laddove però la realtà, intesa *lato sensu*, come già anticipato, nella dimensione procedimentale del ciclo dell'autonomia privata, si connette ad una naturale interferenza tra sfera programmatica ed esecutiva<sup>133</sup>.

Sulla base di tali premesse, mutuando il ragionamento proposto *supra* in tema di contrattazione preliminare, nonché gli approdi costruttivi cui è pervenuta la dottrina in tema di contrattazione reale<sup>134</sup>, pare quindi possibile giungere ad una qualificazione relativa della *datio in solutum*, nel senso che l'istituto per un verso si atteggiava ad atto esecutivo dell'assetto interessi normativamente programmato dalle parti, permeato, quindi, da doverosità. Per altro verso si atteggiava nel contempo ad atto esso stesso normativo, essendo diretto a regolamentare la fase esecutiva del contratto.

---

<sup>131</sup> Si ribadisce, ancora una volta, che, secondo la tesi qui proposta, gli accordi di cessione *in solutum* con riferimento alla fase successiva alla adozione della determinazione a contrarre sono autentici contratti.

<sup>132</sup> In tal senso, S. ROMANO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>133</sup> Soltanto eccezionalmente, infatti, allorquando le parti abbiano optato per il congegno del c.d. *pactum de in solutum dando*, la sfera programmatica e quella esecutiva si presentano effettivamente distinte sul piano cronologico.

<sup>134</sup> In tale senso, R. FERCIA, *op. cit.*, p. 460.

Può quindi ragionevolmente sostenersi una *reductio ad unum* della fattispecie, che rifuggendo formule raffinate ma sovrastrutturali come quella della rinuncia onerosa, si attegga a negozio solutorio di natura reale. Quest'ultimo, sul piano contenutistico, regolamenta la fase di attuazione del rapporto obbligatorio<sup>135</sup>, e, quindi, rivolgendo nuovamente l'attenzione alla fattispecie oggetto della presente trattazione, l'obbligazione di indennizzo di cui è creditore il proprietario espropriando.

Il contratto *de quo* si esplica, infatti, in una fattispecie procedimentale complessa, nel cui ambito le manifestazioni di consenso del debitore e del creditore si atteggiano ad elemento costitutivo. La fattispecie complessa si perfeziona, infatti, con l'attribuzione dell'*aliud*, che, come già anticipato, assume la qualificazione di effetto finale della manifestazione consenso delle parti e, nel contempo, di effetto procedimentale. Quest'ultimo tassello del procedimento<sup>136</sup>, in piena consonanza con le tradizionali vicende giuridiche recepite all'art. 1321 c.c., produce *recta via*<sup>137</sup> l'effetto fina-

---

<sup>135</sup> Vale la pena porsi l'interrogativo se sia configurabile o meno un contratto che regolamenti unicamente la sfera esecutiva, senza interferire con gli aspetti programmatici del negozio. La risposta pare negativa, atteso che la sfera normativa ed esecutiva interagiscono tra loro, tanto nell'ipotesi in cui si abbia un nuovo esercizio del potere dispositivo, che nell'ipotesi in cui si abbiano clausole regolamentari della fase esecutiva. Tanto si evince dalla disciplina della cessione del contratto, ove la previsione della garanzia di *veritas* e *bonitas* nonché il meccanismo c.d. *pro soluto* e *pro solvendo*, sono sintomi di un collegamento con un rapporto ancora in fase di esecuzione (si pensi al rapporto obbligatorio nel quale il credito deve essere ancora realizzato). Ed ancora un nuovo esercizio del potere dispositivo, già esercitato normativamente con il negozio ed in modo difforme da esso, può aversi nella sede prettamente esecutiva. Si ponga mente, ad esempio, alla remissione totale o parziale, alla novazione ed alla risoluzione. La remissione, definita quale aspetto controverso della rinuncia ed esercizio di un potere innovativo negativo, costituisce, infatti, insieme alla novazione, un nuovo esercizio del potere normativo che, senza ombra di dubbio, interferisce con la sfera esecutiva. Sul punto, S. ROMANO, *op. cit.*, p. 35 ss.

<sup>136</sup> Sulla nozione procedimentale di realtà, che avvicina il congegno *de quo* alla *iuxta causa traditionis* di diritto romano, si veda ancora R. FERCIA, *op. cit.*, p. 441 ss.

<sup>137</sup> Non può, quindi, condividersi l'impostazione metodologica che riconduce soltanto mediatamente al consenso delle parti l'estinzione del rapporto obbligatorio.

le di estinzione del rapporto obbligatorio. Non è dunque necessario adoperare, su un piano dogmatico, la categoria dell'effetto giuridico operante sul piano della qualificazione del fatto. A ben vedere, infatti, il ricorso a tale espediente dogmatico muove dall'esigenza di giustificare l'ingresso nella struttura del rapporto obbligatorio della valutazione soggettiva del creditore in merito all'idoneità dell'*aliud* a realizzare il soddisfacimento del suo interesse, estinguendo, così, l'obbligazione. Esigenza di difficile comprensione, atteso che l'art. 1174 c.c., pietra angolare del diritto delle obbligazioni, sancisce *apertis verbis* che la prestazione deve corrispondere all'interesse anche non patrimoniale del creditore, che, per sua natura, attiene ad una dimensione tipicamente soggettiva. Poiché l'interesse alla prestazione permea, sul piano soggettivo, la struttura del rapporto obbligatorio<sup>138</sup>, il creditore potrà rivalutare *in executivis* tale interesse in chiave solutoria, optando per l'esecuzione di una diversa prestazione, di valore maggiore uguale o minore, comunque idonea a soddisfare il suo interesse succedaneo. Il tutto nell'ambito di una fattispecie procedimentale complessa che si perfeziona con l'esecuzione diretta dell'*aliud* ad opera del debitore.

Infine, se è vero, come sin qui sostenuto, che la *datio in solutum*, è un punto di saldatura, in chiave procedimentale, tra fase esecutiva e fase programmatica, non deve stupire l'esistenza di un'interferenza tra la causa del contratto originario e l'assunzione dell'impegno traslativo in luogo di adempimento nell'ipotesi in cui l'*aliud* consista nel trasferimento di un diritto. Tale interferenza è da ritenersi, in realtà, del tutto fisiologica. L'opinione<sup>139</sup>, qui condivisa, secondo cui l'atto di trasferimento realizza un effetto procedimentale e non finale, consente, infatti, di depotenziare quei rilievi critici formulati avverso il negozio solutorio, basati sull'esistenza di una *causa solvendi* esterna. All'interno della sequenza procedimentale la causa non sarebbe, infatti, nè interna nè esterna, ma si attergerebbe semplicemente a requisito del contratto, che andrebbe concretamente ricostruito, se, e nella misura in cui, il concreto assetto di interessi non emerga dalla c.d. *expressio causae* indicata nell'atto di trasferimento.

---

<sup>138</sup> Sulla rilevanza dell'interesse del creditore nella struttura del rapporto obbligatorio si veda C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>139</sup> In tal senso, R. FERCIA, *op. cit.*, p. 460.

In tale ottica, al di là delle apparenze, non può trovare accogliamento l'opinione secondo cui vi sarebbe uno iato sistematico tra la disciplina della garanzia, tipica della donazione e quella della compravendita. Peraltro, il contrasto addotto dalla dottrina contraria alla tesi del negozio solutorio tra la disciplina della garanzia della vendita ex art. 1197 co. 2 c.c. e la disciplina del contratto originario, costituisce l'eccezione e non la regola<sup>140</sup>. Ed invero, come si evince

---

<sup>140</sup> Anche a voler sorvolare su tale macroscopico rilievo, l'apparente antinomia della disciplina di cui agli artt. 797, 798 c.c., rispetto alla disciplina di cui all'art. 1197 co. 2 c.c., può essere in ogni caso agevolmente risolta applicando il principio generale della specialità espresso dal brocardo *lex specialis derogat legi generali*. La disciplina della donazione, presenta, infatti, connotati di specialità, evincibili per un verso, su un piano concettuale, dai peculiari caratteri della spontaneità, gratuità ed assenza di coazione che permeano tutti gli atti di liberalità e, per altro verso, dalla collocazione topografica di tale contratto in chiusura del Libro II del codice civile, di seguito alle successioni. La disciplina di cui all'art. 1197 c.c., invece, ha carattere generale, essendo contenuta nel libro IV titolo I, rubricato, non a caso, *Delle obbligazioni in generale*, in un ambito, quindi, governato all'opposto da doverosità. Donde la disciplina della vendita è destinata a trovare applicazione unicamente quando il rapporto originario non sia una donazione ovvero un atto di liberalità diverso dalla donazione. Il ragionamento viene adoperato dalla dottrina in commento per risolvere le antinomie afferenti alla dimensione squisitamente programmatica delle liberalità diverse dalla donazione, ma viene riproposto in questa sede *mutatis mutandis*, nel tentativo di operare la risoluzione delle antinomie tra la disciplina della donazione, nel caso in esame propria della fase programmatica, e quella della vendita, afferente, per converso, alla disciplina della fase esecutiva. La tesi è di A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffrè, Milano 1970, p. 84 ss, p. 144 ss., il quale ha adattato al diritto civile i risultati raggiunti dalla scienza penalistica in tema di concorso apparente di norme. La dottrina in commento adopera in via gradata, il criterio della specialità, nonchè una scansione gerarchica tra norme cogenti e norme dispositive. In subordine, qualora tali criteri non possano operare, viene proposta la scelta della norma c.d. più esigente, ovvero quella che comprime maggiormente l'autonomia privata. Sul punto, si veda V. CARRERDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino 1996, p. 270, che evidenzia come l'adattamento della teoria del concorso apparente di norme al diritto civile debba essere intrapreso con cautela. Nel diritto civile, governato, a differenza del diritto penale, dal principio di atipicità, non si tratta di valutare, in stretta connessione con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, il disvalore di un fatto, ma il suo valore. Quest'ultimo non può essere desunto da elementi quantitativi, di talchè mentre nel diritto penale ha senso scegliere la norma che contempla la sanzione più grave, tale modalità operativa non può essere trasposta nel diritto civile, ove è preferibile seguire un'altra via.

dall'evoluzione della disciplina di derivazione comunitaria, dettata in tema di tutela del consumatore<sup>141</sup>, l'istituto della garanzia si atteggia, in una ottica di salvaguardia dell'equilibrio sinallagmatico del contratto, a rimedio generale approntato dall'ordinamento contro la violazione dell'impegno traslativo dell'alienante<sup>142</sup>.

---

Un ulteriore spunto di riflessione che consente di risolvere l'antinomia in commento proviene inoltre, paradossalmente, proprio dall'art. 797 n. 3 c.c., che è l'epicentro della *vexata questio*. Come è noto, disposizione *de qua*, sancisce che il donante nella donazione modale ed in quella remuneratoria, è tenuto alla garanzia per evizione fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute. In tale ottica è considerata un autentico punto di sintesi, nella sede programmatica del contratto, del rapporto dialettico tra onerosità e gratuità, in un'ottica di graduazione della tutela dell'acquirente che viene calibrata sull'equilibrio contrattuale. Benché sia pacifico che tale disposizione è dettata dal legislatore per risolvere le antinomie afferenti alla coesistenza di profili di gratuità ed onerosità nell'ambito di una sfera squisitamente programmatica, costituisce comunque il chiaro sintomo di una *ratio legis* diretta a risolvere tutte le occasioni di contrasto tra la disciplina della vendita e della donazione nel senso che prevale la disciplina della donazione se all'arricchimento dell'acquirente non si affianca alcun suo contestuale sacrificio – *id est* profilo di onerosità – laddove se è presente un correlativo sacrificio prevale la disciplina della vendita. Infine, se nel contratto sono presenti profili di gratuità e di onerosità (c.d. *negotium mixtum cum donatione*) questi ultimi potranno essere considerati atomisticamente e sottoposti l'uno disciplina della donazione e l'altro alla disciplina della compravendita. La impostazione metodologica qui proposta trae spunto, *mutatis mutandis*, da quella elaborata da V. CAREDDA, *op. cit.*, p. 279 ss., che la adopera in un contesto diverso, esclusivamente programmatico, nell'ambito della *vexata questio* afferente alla disciplina applicabile al *negotium mixtum cum donatione*.

<sup>141</sup> Si ponga mente all'art. 128, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. cod. cons. che disciplina «*taluni aspetti dei contratti di vendita e delle garanzie concernenti i beni di consumo. A tali fini ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre*».

<sup>142</sup> Sulla nozione di impegno traslativo come vincolo di responsabilità contrattuale speciale si veda A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 232, secondo il quale nella dichiarazione di voler vendere è incluso l'impegno a far conseguire il risultato traslativo dedotto in contratto, funzionalmente, ma non strutturalmente equivalente alla promessa obbligatoria. Di diverso avviso, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, UTET, Torino, 1993, pag. 708 ss., che riconduce la disciplina della garanzia agli ordinari rimedi contro l'inadempimento di un'obbligazione contrattuale. Si tratterebbe, più precisamente, di «*un'obbligazione all'esatta attuazione del contratto*».

8. *L'ammissibilità della c.d. datio in solutum del terzo.* – La ricostruzione della natura della *datio in solutum*, condotta dagli indirizzi *supra* menzionati, si riflette sull'ammissibilità della c.d. *datio in solutum* del terzo, in forza della quale, come è noto, il creditore riceve la prestazione dell'*aliud* da un soggetto terzo rispetto alle parti originarie del rapporto obbligatorio.

È quindi fondamentale analizzare tale congegno per dare successivamente conto della c.d. cessione *in solutum* di beni ovvero diritti reali immobiliari, posta in essere da un terzo a favore del proprietario espropriando, creditore dell'indennizzo.

Secondo un'autorevole opinione<sup>143</sup> la *datio in solutum* di terzo non si concilierebbe con la prospettiva costruttiva del negozio solutorio<sup>144</sup>, atteso che l'equivalenza tra la prestazione dovuta *ab origine* e la diversa prestazione eseguita dal terzo, urterebbe con la qualificazione dell'istituto quale fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio in chiave soddisfattoria<sup>145</sup>. La *datio in solutum* andreb-

---

<sup>143</sup> In tal senso, R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1978, p. 14 ss., il quale ricostruisce la *datio in solutum* di terzo quale negozio giuridico bilaterale a titolo oneroso, i cui effetti sono costituiti per un verso dall'acquisto di un diritto ovvero dalla liberazione da un obbligo in capo al creditore per effetto dell'attribuzione del terzo e, per altro verso, dall'estinzione del rapporto obbligatorio come conseguenza dell'attribuzione del creditore. *Contra* BILOTTI, *op. cit.*, p. 98, l'autore sembra operare una sovrapposizione dell'adempimento del terzo con la *datio in solutum* di terzo. In tale ottica sostiene che muovendo dalla prospettiva del negozio solutorio la prestazione in luogo di adempimento del terzo si giustificerebbe agevolmente, atteso che l'attribuzione all'*aliud* del valore di equivalente procede per la volontà essenziale del solo creditore. Parimenti, collocandosi nell'ottica dell'art. 1180 c.c., non potrebbe porsi in discussione che un terzo determini il soddisfacimento dell'interesse creditorio attraverso una prestazione cui il creditore abbia attribuito in precedenza, ovvero contestualmente all'esecuzione, il valore di surrogato dell'adempimento.

<sup>144</sup> In tal senso, R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 241, 242.

<sup>145</sup> In tal senso, R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*, secondo il quale l'equivalenza tra le prestazioni opererebbe, infatti, su un piano squisitamente soggettivo, afferente all'apprezzamento del solo creditore, quale causa giustificativa, in termini economici, dell'equivalenza delle prestazioni. Il tutto nell'ambito di un apprezzamento psicologico che sfocia in un'adesione alla liberazione del debitore. In definitiva, quindi, la pretesa uguaglianza non avrebbe nemmeno un grado di effettività, ma sarebbe supposta, ovvero, più precisamente, si tratterebbe di una finzione di equivalenza economica, del tutto irrilevante ai fini costruttivi.

be, infatti, debitamente distinta, su un piano concettuale, dall'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c. e rientrerebbe nel novero dei c.d. negozi bilaterali di «*intervento del terzo*» nel rapporto obbligatorio unitamente all'espromissione, alla compensazione e alla delegazione novativa<sup>146</sup>.

Tanto si evincerebbe dalla considerazione che l'adempimento del terzo, secondo l'insegnamento tradizionale<sup>147</sup>, soddisfa immediatamente sul piano finalistico l'interesse del creditore che non può, salvo che la prestazione del debitore sia infungibile, rifiutare di riceverlo, incorrendo, in caso contrario, nelle conseguenze deleterie della *mora credendi*. Inoltre, sul piano strutturale, nell'adempimento del terzo le conseguenze dell'estinzione dell'obbligazione

---

<sup>146</sup> Secondo R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 238, il terzo può infatti intervenire nel rapporto obbligatorio secondo un duplice schema. Può assumere la qualità di debitore personale del creditore originario mediante la diretta assunzione di un obbligo, come avviene nella espromissione nella delegazione novativa e nel contratto a favore di terzo, ovvero provocando una definitiva modificazione del patrimonio del debitore, come avviene allorquando il terzo ponga in essere una *datio in solutum* ovvero compensi il suo credito personale con quello del creditore originario. Per quanto attiene all'adempimento del terzo, giova evidenziare che, come è noto, può essere sia spontaneo, sia eseguito in adempimento di un obbligo assunto verso il debitore, purchè tale obbligo non abbia rilevanza esterna e non abbia efficacia per il creditore. Secondo l'orientamento maggioritario l'adempimento del terzo è un atto negoziale per quanto attiene il comportamento del *solvens*, essendo richiesto l'*animus solvendi debiti alieni*; in tal senso, G. CIAN., A. TRABUCCHI, in *Commentario breve al cod. civ.*, commento *sub* art. 1180 c.c., gli autori osservano che con il consenso del creditore, il terzo può adempiere la prestazione anche con una prestazione in luogo di adempimento. In giurisprudenza Cass. n. 811/1973; Cass. n. 2146 /1949. Si veda anche C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., p. 286, che qualifica l'adempimento del terzo quale atto esecutivo e negoziale. Esecutivo, perché costituisce attuazione di un preesistente rapporto obbligatorio i cui effetti si producono in quanto l'adempimento estingue legalmente l'obbligazione. Negoziale, se e in quanto l'adempiente disponga della propria sfera soggettiva eseguendo una prestazione a suo carico, circostanza da escludersi allorquando il soggetto terzo abbia ricevuto dal creditore il denaro occorrente per l'adempimento.

<sup>147</sup> In tal senso, R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 244, il quale osserva che, per converso, l'onere di accettazione della prestazione verrebbe meno allorquando il terzo intenda far conseguire un bene diverso da quello dovuto al creditore, di talchè quest'ultimo sarà libero di accettare o meno la prestazione dell'*aliud*. L'atto di ricevimento della prestazione, come è noto, ha, infatti, natura negoziale, essendo espressione, sulla base dei principi generali, della libertà di autodeterminazione del soggetto.

e della realizzazione del diritto del creditore rimangono esterne allo schema negoziale che si esaurisce nella attribuzione patrimoniale eseguita dal terzo a vantaggio del creditore. Nelle figure negoziali c.d. di intervento, invece, tanto la estinzione dell'obbligo, che la realizzazione del diritto, permeano sul piano contenutistico lo schema negoziale posto in essere<sup>148</sup>.

Secondo altra opinione<sup>149</sup>, che trova adesione in questa sede, nella prospettiva costruttiva del negozio solutorio la prestazione di terzo in luogo di adempimento si giustifica, invece, agevolmente, atteso che l'attribuzione dell'*aliud* procede per volontà del solo creditore.

È stata altresì evidenziata in dottrina l'incompatibilità della *datio in solutum* di terzo con una ricostruzione in chiave di modificazione oggettiva del rapporto. L'indirizzo in commento, non consente, infatti, di dare adeguatamente conto dell'efficacia liberatoria dell'istituto che, seguendo tale impostazione, presuppone una vicenda modificativa e, quindi, una preventiva manifestazione di consenso del debitore<sup>150</sup>, nel caso di specie mancante. La vicenda modificativa, secondo tale indirizzo, si produce, infatti, soltanto con la prestazione dell'*aliud*, ed è, quindi, il risultato dell'attività esecutiva del terzo<sup>151</sup>. Donde la tesi in commento, parrebbe in contraddizione con le sue stesse premesse costruttive.

---

<sup>148</sup> In tal senso, R. NICOLÒ, *op. ult. cit.*; contra C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 440, che pare identificare la *datio in solutum* di terzo con la figura di cui all'art. 1180 c.c. Osserva, infatti, l'autore che, come si evince alla disciplina del pagamento del terzo, l'interesse del creditore a ricevere la prestazione, da chiunque eseguita, prevale sull'interesse del debitore contrario all'intervento altrui. Il debitore non può, quindi, evitare l'estinzione del credito e la conseguente sua liberazione nei confronti del creditore.

<sup>149</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 98, il quale osserva che, senza ombra di dubbio, il terzo può soddisfare l'interesse creditorio attraverso una prestazione cui il creditore abbia attribuito in precedenza, ovvero attribuisca contestualmente alla sua esecuzione, il valore di surrogato dell'adempimento.

<sup>150</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 98, secondo il quale la modificazione della prestazione, operando su un piano oggettivo incide, infatti, sulla persona del debitore, nella cui sfera soggettiva potrebbe anche produrre effetti svantaggiosi.

<sup>151</sup> In tal senso, BILOTTI, *op. cit.*, p. 98, 99 secondo il quale soltanto la riduzione della modificazione oggettiva a mera finzione giuridica può portare a ritenere che creditore e terzo possano disporre della vicenda anche senza il

Si è tentato di sfuggire a tali rilievi ricostruendo la fattispecie quale contratto a favore di terzo allorquando l'accordo intervenga direttamente tra creditore e terzo. Si è tuttavia osservato criticamente che, anche a voler ammettere un'elastica nozione concettuale di beneficio attribuito al terzo, comprensiva, oltre che della attribuzione di un diritto anche della liberazione di un obbligo, la stipulazione a favore di terzo non è un requisito essenziale che identifica un determinato tipo contrattuale. Piuttosto parrebbe, tendenzialmente, una clausola accessoria ad un preesistente *genus* di contratto tipico<sup>152</sup>, altrimenti destinato a produrre effetti *inter partes*. Nel caso di specie, invece, la vicenda giuridica consistente nel beneficio della liberazione da un obbligo non potrebbe prodursi tra creditore e terzo qualora il debitore rinunci alla stipulazione in proprio favore.

L'istituto parrebbe invece non denotare particolari problemi in una prospettiva di adesione alla tesi della rinuncia onerosa. Si ritiene, infatti, pacificamente, che il corrispettivo della rinuncia possa essere prestato da un terzo salvo che il creditore, secondo lo schema dell'art 1180 c.c., abbia interesse a ricevere la prestazione

---

consenso del creditore. Una volta ammessa la modificazione dell'oggetto del rapporto tramite un accordo intercorso tra creditore e terzo, infatti, la prestazione dell'*aliud* dovrebbe costituire coerentemente con le premesse, un adempimento del terzo del debito modificato. Donde nel ricevere la prestazione dal terzo il creditore potrebbe surrogarlo nei suoi diritti verso il debitore ex art. 1201 c.c., ovvero la surrogazione opererebbe *ex lege* allorquando ricorrano le ipotesi di cui all'art. 1203 c.c. (c.d. surrogazione legale). Ricorrerebbe, quindi, il paradosso che il debitore sarebbe tenuto nei confronti del terzo all'esecuzione di una prestazione alla quale non ha mai prestato il suo consenso, con evidente pregiudizio per la sua sfera soggettiva.

<sup>152</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 99; una sintomatica eccezione parrebbe rinvenibile, tuttavia, nel contratto di acollo ex art. 1273 c.c., che si presenta strutturalmente a favore di terzo. Sul punto, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 543, l'autore osserva che alcuni tipi contrattuali, quali, ad esempio, l'acollo, sono strutturalmente a favore di terzo, laddove più spesso la figura si atteggia a variante di un contratto tipico, non necessariamente a favore di terzo. A titolo esemplificativo viene in considerazione la disciplina di cui agli artt. 1685 co. 1, 1689 c.c. afferente al trasporto di cose, in forza della quale se la *res* viene consegnata allo stesso mittente, il contratto non è a favore di terzo, ma lo diviene se si conviene che la consegna sia fatta ad un terzo destinatario. Analogo meccanismo è contemplato in tema di contratto di deposito (art. 1773 c.c.), rendita vitalizia (art. 1875 c.c.) ed, infine, assicurazione sulla vita (art. 1920 c.c.).

personalmente dal debitore. Tale congegno potrebbe trovare attuazione tanto nella forma della *datio* c.d. tipica, che nella forma della rinuncia verso la contestuale esecuzione della diversa prestazione, ovvero, in alternativa, nella forma del c.d. *pactum de in solutum dando*, che si sostanzierebbe in una rinuncia sospensivamente condizionata alla esecuzione della diversa prestazione<sup>153</sup>.

9. (segue) *Conclusioni*. – Esaminate le principali alternative costruttive proposte dalla dottrina, è quindi possibile delineare, in conclusione, due possibili congegni di cessione di diritti edificatori *in solutum*. Una prima fattispecie, è quella in cui la P.A. cede direttamente i diritti edificatori o le aree di cui è titolare al privato in luogo della corresponsione di un indennizzo pecuniario. Tale ipotesi integrerebbe, quindi, una *datio in solutum* che, secondo l'opinione propugnata in questa sede, si identifica con una fattispecie complessa di negozio solutorio. Ciò nondimeno assume minor rilevanza pratica, atteso che presuppone una disponibilità sovrabbondante di aree in capo alla P.A.

La seconda, che, invece, denota maggiore diffusione nella prassi applicativa, è quella in cui la P.A. prevede che nell'ambito dei piani perequativi, una parte delle aree siano destinate alla cessione assolvano la specifica funzione di c.d. «*aree di riserva*»<sup>154</sup>. Più precisamente, per un verso ex art. 11 l. 2141/90 la P.A. stipula con il proprietario espropriando un contratto che segue lo schema della *datio in solutum tipica* ex art. 1197 c.c., e, per altro verso, stipula con un terzo un accordo, anch'esso atipico ex art. 11, nonché accessorio al piano regolatore, in forza del quale il terzo si obbliga a trasferire ex art. 1180 c.c. un'area ovvero diritti edificatori in favore del proprietario espropriando<sup>155</sup>. Donde ci troviamo dinanzi, in questa seconda fattispecie, ad una *datio in solutum* di terzo che,

---

<sup>153</sup> In tal senso, E. BILOTTI, *op. cit.*, p. 97.

<sup>154</sup> In tal senso, E. BOSCOLO, *op. cit.*, p. 231.

<sup>155</sup> Come osservato da autorevole dottrina, l'atto di adempimento del terzo è infatti, nel contempo, atto esecutivo del rapporto obbligatorio originario ed atto negoziale di disposizione della propria sfera giuridica, atteso che presuppone un *animus* diretto a realizzare l'interesse creditorio. Donde è necessaria non soltanto la volontarietà dell'atto ma anche degli effetti. Sul punto, C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 286; R. NICOLÒ, *op. cit.*, p. 1125.

secondo l'opinione sostenuta in questa sede, è compatibile con una ricostruzione dogmatica in chiave di negozio solutorio che regola, in ambito procedimentale, la sfera esecutiva della cessione sostitutiva di esproprio. Tale negozio è affiancato funzionalmente da un atto esecutivo, che, secondo l'opinione qui condivisa, rientra nello schema dell'adempimento del terzo ex art. 1180 c.c., non trovando adesione in questa sede, la categoria concettuale dei c.d. «*atti di intervento del terzo*».

Il terzo, infatti, pone in essere un atto che, come si è già avuto modo di osservare, partecipa nel contempo dei caratteri dell'atto negoziale ed esecutivo, idoneo ex art. 1180 c.c. a soddisfare immediatamente l'interesse creditorio in virtù della destinazione impressa dalle parti del contratto solutorio.

Il tutto nell'ambito di una sequenza procedimentale che si perfeziona, ancora una volta, nell'ambito dello schema c.d. della realtà *lato sensu* intesa, con la prestazione dell'*aliud*. In tale ottica possiamo distinguere due contratti funzionalmente collegati sotto il profilo causale. Da un lato, abbiamo la *datio in solutum* tipica ex art. 1197 c.c., e, dall'altro, un contratto tra debitore e terzo, eventuale e non necessario, (atteso che, in linea strettamente teorica, il terzo potrebbe agire spontaneamente) in forza del quale il terzo assume l'obbligazione di esecuzione dell'*aliud*.

Ne deriva che nell'ipotesi di inattuazione od inesatta attuazione del risultato traslativo, il proprietario espropriando secondo le comuni regole che governano l'adempimento del terzo, potrà agire verso la P.A., quale originario debitore, sperando i rimedi della garanzia per vizi e della garanzia per evizione, nonché domandando il risarcimento del danno.

Donde, in virtù dell'effetto costitutivo promanante della sentenza di risoluzione dell'accordo *de quo*, il proprietario potrà domandare l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria di indennizzo governata dalle norme di cui al D.P.R. 380 /2001.

## Bibliografia

M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 1952; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Giuffré Milano 1964; E. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, in *I modi di estinzione tra surrogati dell'adempimento e vicende liberatorie*, di A. Burdese, E. Moscati, CEDAM, Padova, 2008; A. BENEDETTI, (voce) *Le obbligazioni della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, Giuffré, Milano, 2006, IV, p. 3848; C.M. BIANCA, *Il contratto*, *Diritto Civile*, III, Giuffré, Milano, 2010; ID. *L'obbligazione*, *Diritto Civile*, IV, Giuffré, Milano, 1990; ID. *La vendita e la permuta*, UTET, Torino, 1993; E. BOSCOLO, *Pianificazione comunale per il governo del territorio*, in *Il governo del territorio in Lombardia dopo il testo unico regionale*, a cura di A. Mandarano, diretto da F. Caringella, G. De Marzo, Giuffré, Milano, 2007; ID. *Espropriazione*, *La giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione compensazione e premialità*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 4, p. 1341; C.A. CANNATA, *L'adempimento mediante prestazione diversa da quella dovuta*, in *Trattato di diritto Privato* diretto da P. Rescigno, UTET, Torino, 1999; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, Torino, 1996; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Giuffré, Milano, 1970; A. CHIANALE, (voce) *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, UTET, Torino, 1995; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, ESI, Napoli, 2009; G. FILANTI, *La cessione sostitutiva d'esproprio*, Giuffré, Milano, 1990; G. FALCON, (voce) *Convenzioni ed accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1988; R. FERCIA, *Le obbligazioni naturali, adempimento diretto e vicende soddisfatorie*, in *La struttura e l'adempimento*, *Trattato delle obbligazioni* diretto L. Garofalo e M. Talamanca, III, CEDAM, Padova, 2010; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffré, Milano, 1966; C. GALLUCCI, (voce) *Espropriazione per pubblico interesse La cessione Volontaria*, in *Enc. giur.* XIII, Treccani, Roma, 2005, p. 8,9; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, diretto da G. Alpa, nel *Diritto.it*, Roma, 2009; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, To-

D. Rivieccio

rino, 2003; P. FRANCESCHETTI, M. MARASCA, *Le obbligazioni*, Rimini, 2008; A. LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, Torino, 2011; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, ESI, Napoli, 1978; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p. 38; P. STELLA RICHTER, *L'articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, p. 67 ss.; S. ROMANO, *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1958; S. RODOTÀ, (voce), *Dazione in pagamento (Dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011; F. UCCELLA, (voce) *Matrimonio*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1988; P. VIRGA, (voce) *Teoria generale del contratto di diritto pubblico, Contratto (dir.amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1965; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo di adempimento*, Milano, 1987.

FRANCESCO SITZIA

IL MANUALE DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE<sup>1</sup>

In un breve contributo comparso nel Volume I dei Quaderni di conciliazione<sup>2</sup> ed elaborato quando la riforma in tema di mediazione civile e commerciale era appena entrata in vigore, avevo ritenuto di poter avanzare alcune considerazioni sull'atteggiamento del mondo notarile nei confronti dei nuovi istituti, rilevando come i notai fossero tra i professionisti che avevano mostrato una particolare attenzione nei confronti dei mutamenti normativi in atto, inserendosi in modo costruttivo in un dibattito di carattere scientifico e pratico applicativo che era allora appena agli inizi.

Mi era altresì sembrato di poter cogliere le ragioni culturali di questo atteggiamento di grande apertura e disponibilità al dialogo (anche se non erano assenti critiche, talvolta aspre ma sempre motivate, nei confronti delle scelte legislative) nelle caratteristiche di fondo di una professione, quella notarile, che da sempre richiede una particolare attenzione al momento collaborativo dell'esperienza giuridica piuttosto che al momento conflittuale. In particolare, mi pareva che il notaio, proprio in forza dell'abito mentale derivante dall'esercizio della sua professione, fosse capace di svolgere con grande naturalezza il ruolo di mediatore, proprio perché abituato a porsi rispetto alle posizioni dialettiche delle parti in un'ottica di imparzialità funzionale al superamento delle posizioni in conflitto in vista del raggiungimento di una sintesi in grado di

---

<sup>1</sup> Il presente contributo riproduce l'intervento da me svolto in occasione della tavola rotonda (Cagliari, 28/6/ 2012) nel corso della quale è stato presentato il *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d. legs. 28/2010*, a cura di M. L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, ed. E.S.I., Napoli, 2012.

<sup>2</sup> F. SITZIA, *Alcune riflessioni problematiche sul D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28 e ordini professionali*, in *Quaderni di conciliazione*, I, 2011, p. 111 ss.

soddisfare gli interessi delle parti stesse. Si trattava, in ultima analisi, di estendere una esperienza millenaria, acquisita nella capacità di guidare le parti nel corso delle trattative fino al momento della redazione dell'atto, anche alle ipotesi di conflitto, pur nella consapevolezza che la contrapposizione dialettica in queste ultime ipotesi è certo più forte e che il cammino per giungere all'auspicabile sintesi si presenta assai più arduo e richiede, anche nel mediatore notaio, un processo di adeguata formazione che affini e funzionalizzi al raggiungimento del risultato conciliativo le capacità acquisite nell'esercizio della professione.

Vi è poi un ulteriore elemento che, a ben riflettere, attribuisce ai notai un ruolo centrale nella riforma di cui andiamo discutendo. Il *favor* manifestato dal legislatore nei confronti di una soluzione negoziale delle controversie (espressione concreta del principio di sussidiarietà) con la conseguenza che le stesse vengono così sottratte alla cognizione del giudice, determina, com'è ovvio, l'insorgere di problematiche attinenti alla "certezza giuridica ed alla stabilità dei rapporti"<sup>3</sup> che possono trovare la loro naturale soluzione proprio nella garanzia offerta dall'intervento del notaio. In questa ottica appare del tutto condivisibile l'affermazione del Presidente Laurini nella prefazione al nostro volume per cui la riforma in esame "qualificherà ed esalterà ancora di più i valori connessi a questo ruolo intermedio" di "mediazione tra lo Stato e i cittadini" che tradizionalmente caratterizza la professione notarile.

Considerate queste premesse, non sorprende quindi l'impegno che il Consiglio nazionale del notariato ha profuso nella diffusione di una nuova cultura della mediazione tra gli appartenenti all'ordine e che ha prodotto come frutto maturo ed organico il Manuale della mediazione civile e commerciale che viene oggi presentato.

In questa presentazione mi sembra doveroso evidenziare in primo luogo alcune scelte di fondo che i curatori hanno dovuto preliminarmente operare e che, come ora vedremo, hanno finito per caratterizzare in modo assai peculiare il nostro volume.

Con la qualifica, in realtà assai ampia, di Manuale possono, infatti, presentarsi al lettore delle realtà editoriali assai diverse fra loro, che vanno da una esposizione sistematica ed elementare

---

<sup>3</sup> Utilizzo le espressioni impiegate da G. Laurini, Presidente del consiglio nazionale del notariato, nella presentazione del volume.

degli argomenti trattati, ad un'analisi organica e approfondita che evidenzia le problematiche più rilevanti poste, a livello dogmatico e pratico applicativo, dalla lettura delle norme e dalla ricostruzione degli istituti esaminati.

Ora non vi è dubbio che il nostro Manuale appartenga alla seconda e non alla prima categoria. Sia in rapporto all'enunciazione dei principi generali in tema di mediazione, sia in rapporto all'analisi delle singole norme, l'esposizione non appare mai piattamente elementare ma tende a porre in evidenza i profili critici che possono insorgere in relazione al problema sottoposto ad indagine. Certo, considerata l'impostazione culturale di gran parte degli autori, vengono privilegiati gli aspetti pratico applicativi, ma occorre subito sottolineare che anche all'analisi dei profili più squisitamente dogmatici viene dedicato uno spazio più che adeguato<sup>4</sup>. Può anzi osservarsi che nella trattazione di queste ultime problematiche la forte consapevolezza che il diritto è una scienza pratico applicativa porta gli autori a rifuggire giustamente dall'applicazioni di schemi troppo rigidi che si ritrovano a livello di manualistica elementare e che mal si attagliano a rappresentare una realtà così complessa ed articolata quale quella in cui siamo chiamati ad operare. Si pensi, ad esempio, alla contrapposizione tra mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa in relazione alle complesse problematiche poste dalla proposta del mediatore, problematiche che non possono essere certo affrontate in modo schematico, se non addirittura semplicistico, come talvolta accade, sostenendo che la proposta segnerebbe la linea di confine tra l'uno e l'altro tipo di mediazione<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Il più delle volte le problematiche più squisitamente dogmatiche vengono affrontate riportando correttamente le varie ipotesi prospettate in dottrina senza che l'autore si schieri in modo deciso per l'una o l'altra soluzione. Non mancano però i casi in cui viene operata una scelta assai netta. Si considerino, ad esempio, le numerose pagine che E. Fabiani e M. Leo (pp. 287 ss.) dedicano al dibattuto problema *legato allo stabilire se la conciliazione costituisca una figura negoziale a sé stante (con una autonoma causa) ovvero costituisca solo un modo di componimento della lite che può sfociare in uno o più negozi tipici o atipici*, in cui i due autori propendono, in modo deciso per la seconda ipotesi.

<sup>5</sup> Si pensi all'ipotesi in cui, al termine di un lungo cammino nel corso del quale sono progressivamente emerse le linee generali di un accordo conciliativo, il mediatore che ha faticosamente conquistato, grazie alla sua autore-

Proprio il richiamo alle problematiche poste dalla proposta, che vengono correttamente riprese in diversi paragrafi, induce a prendere in considerazione un'altra delle caratteristiche di fondo del nostro Manuale, cioè la circostanza che alla sua stesura abbia collaborato un numero di autori (19) assai rilevante. Come appare dall'elenco riportato nella parte iniziale del volume<sup>6</sup>, i notai sono in prevalenza, ma non mancano i docenti universitari, un magistrato ed alcuni componenti dell'Ufficio studi del Consiglio Nazionale del Notariato. Possiamo subito dire che la scelta, certo non immune da rischi, si è rivelata una scelta felice. Essa ha, infatti, consentito un utile scambio di idee tra soggetti che hanno contribuito al lavoro complessivo attraverso l'apporto di diverse sensibilità legate alle differenti professioni. Occorre dare merito ai coordinatori (Maria Luisa Cenni, Ernesto Fabiani e Mauro Leo) di essere riusciti nel non facile compito di creare tra i partecipanti all'impresa quel comune sentire che rappresenta il presupposto necessario per la produzione di un Volume che si caratterizza, come nel nostro caso, per un elevato ed omogeneo standard qualitativo. Certo, ciò non ha portato, né sarebbe stato auspicabile, ad una scomparsa delle personalità dei singoli autori,

---

volezza, la completa fiducia delle parti si veda affidato dalle parti stesse il compito di formulare una proposta che puntualizzi nei dettagli un accordo ormai delineato per grandi linee. Mi sembra, invero, che in questo caso sia del tutto ragionevole che il mediatore formuli una proposta che appaia come il naturale sviluppo del percorso fino ad allora compiuto, piuttosto che trincerarsi dietro una proposta di tipo aggiudicativo. Piuttosto, in ipotesi siffatte il mediatore dovrà essere ben consapevole che una proposta di tipo non aggiudicativo non potrà far leva sulla pressione psicologica esercitata dalla sanzione prevista dall'art. 13 del d.lgs. 28/2010, il che dovrebbe indurlo, dinanzi ad una situazione nella quale si profila la possibilità di giungere ad una concorde richiesta delle parti, a chiedersi se le parti stesse abbiano o meno raggiunto un accordo sostanziale sui punti rilevanti della controversia e gli affidino quindi con la proposta soltanto la definizione di alcuni profili particolari, in relazione ai quali può ragionevolmente ipotizzarsi che vi sarà, comunque, l'accordo. Qualora, invece, il mediatore si dovesse rendere conto del fatto che alcuni nodi sostanziali del conflitto non sono ancora stati sciolti, sarebbe forse più opportuno che lo stesso mediatore invitasse le parti a riflettere su questi ultimi e a formulare la richiesta della proposta solo dopo che è stata raggiunta una ragionevole consapevolezza almeno sui profili fondamentali di un accordo soddisfacente per entrambe.

<sup>6</sup> L'elenco è riportato a p. XVII.

che, specie in alcuni contributi, continua a emergere in modo significativo: può quindi affermarsi, per usare una metafora tratta dal mondo musicale, che l'effetto complessivo suscitato nel lettore è analogo a quello suscitato nell'appassionato di musica classica dall'ascolto di un concerto di cui si è in grado di apprezzare sia la qualità della direzione, sia l'apporto dei singoli strumenti.

Si è appena osservato che il nostro Manuale presenta un'analisi puntuale e tendenzialmente esaustiva delle problematiche insorte, sia al livello pratico applicativo, sia a livello teorico, nel breve periodo di tempo in cui la riforma ha trovato applicazione. Mi riesce, invero, difficile individuare lacune significative o problemi di cui ho avuto modo di trattare diffusamente nei corsi di formazione con gli allievi che vengano completamente ignorati. Si può solo segnalare che in un manuale i cui autori sono in maggioranza notai, mi sarei aspettato una maggiore attenzione nei confronti delle problematiche poste dalle clausole di mediazione contenute nei contratti, negli statuti e negli atti costitutivi. Intendiamoci, non voglio certo affermare che alla mediazione concordata non sia dedicato alcuno spazio: se ne tratta, infatti, sia nel I che nel IV Capitolo, affrontando, con osservazioni non prive di interesse, le problematiche relative alle varie ipotesi di mediazione introdotte dal legislatore nonché ai rapporti di ciascuna di esse col processo<sup>7</sup>. Non ci si pone però alcun problema in ordine alla validità di dette clausole: si pensi, a titolo di esempio, alla clausola imposta da un professionista (o da un produttore) a un consumatore, per ipotesi contenuta in un modulo prestampato, in cui si individua un organismo che ha sede nel luogo dove opera lo stesso professionista e che è, invece, difficilmente accessibile al consumatore<sup>8</sup>.

Non è certamente il caso di soffermarsi su questa o altre problematiche analoghe, in questa sede mi preme solo sottolineare che, per quanto attinenti a un momento anteriore a quello in cui ha inizio il tentativo di conciliazione, le problematiche in esame presentano uno spiccato interesse proprio per l'esercizio della

---

<sup>7</sup> *Manuale*, cit., p. 49 s. e 231 s.

<sup>8</sup> Si consideri quanto potrebbe essere pregiudizievole per il consumatore sardo un'ipotesi, quale quella prospettata nel testo, in cui nella clausola sia richiamato un organismo sito fuori dall'isola.

professione notarile, da sempre coinvolta nella formulazione delle clausole negoziali. Mi sentirei quindi di chiedere ai coordinatori che nella nuova edizione un apposito paragrafo sia dedicato ai problemi testé evidenziati.

Ho parlato di seconda edizione, con ciò esprimendo un augurio, che mi sembra corrisponda, peraltro, ad una reale necessità, almeno per due ordini di motivi. Il primo è che la materia è, da un lato, completamente nuova, dall'altro, in frenetica evoluzione, per cui il rischio di obsolescenza in tempi brevissimi è assai più reale di quanto non si prospetti in relazione ad altri settori del diritto che pur sono stati interessati da recenti riforme. Il secondo si ricollega all'impianto complessivo che i coordinatori hanno dato al nostro Manuale. Molto opportunamente il volume si chiude, infatti, con un'ampia ed esaustiva Appendice divisa in tre settori: Legislazione, Prassi e Studi e materiali. E' del tutto evidente che anche questa Appendice abbisognerà presto di ulteriori apporti<sup>9</sup>; in questa sede, nell'impossibilità di procedere ad un esame analitico, mi sia consentito ricordare, in qualità di docente di diritto romano, che nell'ultimo settore è contenuto un breve ma denso saggio del Notaio M. Buzio<sup>10</sup> che dimostra una spiccata sensibilità per le problematiche storico-filosofiche e etico sociali del nostro istituto.

In conclusione, può affermarsi senza alcun dubbio che il nostro Manuale, promosso dal Consiglio nazionale del notariato,

---

<sup>9</sup> In una materia caratterizzata da una evoluzione così frenetica appare evidente che non si può ipotizzare di procedere a nuove edizioni in occasione di ogni novità che presenti un certo rilievo. Si potrebbe forse ipotizzare di far ricorso allo strumento informatico, inserendo *medio tempore* in un apposito sito le novità destinate ad essere contenute nell'edizione successiva. Sempre a livello di proposta, potrebbe vagliarsi la possibilità di inserire nell'Appendice anche il contenuto delle più rilevanti tra le pronunce giurisprudenziali.

<sup>10</sup> M. BUZIO, *Le ragioni della mediazione*, pp. 621 ss. Come pone bene in evidenza l'autore, le tecniche argomentative utilizzate per giungere alla conciliazione appaiono come espressione di una forma di pensiero problematico, figlia della retorica greca e della giurisprudenza romana (*l'ars inveniendi*, cioè l'arte di trovare argomenti di ciceroniana memoria, che ricerca la soluzione giusta in relazione al singolo caso, partendo da punti di vista comunemente accolti). Quanto di più lontano quindi dal modo di ragionare logico sistematico che sta alla base delle moderne codificazioni frutto del pensiero illuministico. Le considerazioni del Buzio appaiono d'indubbio interesse:

rappresenta non soltanto un contributo di primo piano per la diffusione della cultura della mediazione, ma altresì uno strumento operativo prezioso, di facile e spedita consultazione, per tutti coloro che, a vario titolo, collaborano per il successo di una riforma che ci vede attivamente impegnati.

---

può solo osservarsi che nella società attuale una tecnica argomentativa che consenta di pervenire ad una soluzione concordata del conflitto invitando le parti a ragionare sulla base di punti di vista comunemente accolti deve fare i conti con la tendenziale assenza di valori condivisi e con l'exasperato individualismo che caratterizza la postmodernità. Se questo è vero, è però altresì vero che nella mediazione non si ricerca la soluzione "giusta" da imporre in relazione al singolo caso, bensì la soluzione che meglio sia in grado di contemperare i contrapposti interessi delle parti in conflitto e che quindi le parti stesse siano disposte ad accettare: ciò determina senza dubbio un tale ampliamento di prospettiva, anche al di là del mero oggetto della lite, da consentire ad un mediatore dotato di particolare abilità, d'individuare argomenti persuasivi in misura assai maggiore di quanto non possa avvenire allorquando si ricerca la soluzione giuridicamente corretta.



MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA\*

## MECANISMOS PARA LA RESOLUCIÓN Y PREVENCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA SUCESORIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA MEDIACIÓN\*\*

SUMARIO: I. Referencia a la mediación en España y sus relaciones con los conflictos sucesorios. - II. Perfiles del derecho sucesorio que facilitan la aparición de conflictos. - III. Mecanismos previstos en el sistema sucesorio para prevenir o solucionar los conflictos entre coherederos. - 1. En cualquier tipo de sucesión (testada o intestada). - 2. Mecanismos previstos exclusivamente para la sucesión testada y que dependen de las previsiones del testador. - IV. Los perfiles de la mediación: ventajas e inconvenientes de su imposición por el testador.

I. *Referencia a la mediación en España y sus relaciones con los conflictos sucesorios.* – No son raros los litigios entre los coherederos. Estos problemas, que han existido siempre, se ven hoy acentuados por el debilitamiento de la familia, la frecuente existencia de las segundas nupcias, y de sucesores que son hijos de padres o madres diferentes<sup>1</sup>. La peor solución para resolver las

---

\* Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla.

\*\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación *Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado* (VI) DER 2012-34028 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. El autor, Investigador Principal de dicho Proyecto, agradece expresamente la concesión del mismo y su dotación presupuestaria. Una versión resumida de este trabajo se presentó como Ponencia invitada en el I Encuentro Internacional (hispano-italiano) sobre mediación civil y familiar celebrado en junio de 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, organizado por los profesores doctores Guillermo Cerdeira y Carlo Pilia.

<sup>1</sup> Así también, RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, en *El notario del siglo XXI*, 2012, nº 44, p. 40 (disponible, asimismo, en versión electrónica en la dirección: [http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=3061&seccion\\_ver=0](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=3061&seccion_ver=0)).

diferencias entre ellos es acudir a los Tribunales, porque ello consume muchas energías y recursos económicos.

Por eso, cabe plantearse el papel que puedan tener en las discrepancias sucesorias algunos métodos alternativos de resolución del conflicto. Se ha dicho, en general, sin que el juicio se pueda extender necesariamente a las diferencias entre los coherederos, que: “desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia. Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes”<sup>2</sup>.

La mediación permite que las partes, con la ayuda de un tercero imparcial, que carece de capacidad decisoria, aunque pueda proponer soluciones cuando las partes lo soliciten, alcancen una solución por sí mismas<sup>3</sup>. La mediación, si alcanzará éxito, terminará en un acuerdo de mediación que podrá adquirir eficacia ejecutiva y convertirse en un título ejecutivo si se lo eleva a escritura pública o se homologa judicialmente<sup>4</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la mediación es un “medio de solución de controversias... en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con

---

<sup>2</sup> Preámbulo Ley 5/2012, de 6 de julio (RCL\2012\947) de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En adelante nos referiremos a ella con la abreviatura LM.

<sup>3</sup> SÁNCHEZ VALLE, “La mediación a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en *Crónica Jurídica Hispalense*, nº extraordinario, 2012, p. 132. Y, al decir del Preámbulo de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ VALLE, “La mediación...”, cit., p. 133. Según el Preámbulo de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública”.

la intervención de un mediador” (art. 1 LM), debemos aclarar que el recurso a la mediación corresponde principalmente a los propios coherederos. No es preciso profundizar más en esta dirección que no presentaría particularidades especiales frente al sistema general de la mediación<sup>5</sup>; en cambio, no resulta tan claro que pueda el testador imponer a los designados en el testamento el necesario recurso a este mecanismo y, por eso, nos ocuparemos fundamentalmente de resolver esta cuestión.

En estas líneas, no obstante, debemos comenzar por señalar los principales criterios normativos que pueden dar lugar a la aparición de diferencias entre los coherederos; describiremos, después, brevemente, los mecanismos generales que pueden resolver o evitar esas diferencias, y haremos especial referencia a los sistemas que puede utilizar el testador para prevenir las futuras dificultades. Posibilidades tiene, y son muchas. La propuesta de someter las diferencias que aparezcan a la mediación es una más de estas posibles soluciones y, quizá, ni la más clara ni la más eficaz.

---

<sup>5</sup> En incluso es un mecanismo de resolución de conflictos explícitamente recomendado en la doctrina y en la Jurisprudencia: MORETÓN SANZ, “El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: La mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*”, *RCDI*, 2010, p. 2422. Y en cuanto a la Jurisprudencia, puede verse STS 20.5.2010 (RJ 2010\3707): “Este caso, propio de una sucesión *mortis causa*, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, que no la hay, pero aparece cada vez más una corriente favorable a la misma, que ha tenido reflejo legal en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 (LCEur 2008, 803), sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en la Ley 15/2009, de 22 de julio (LCAT 2009, 523), de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de mediación en el ámbito del Derecho Privado, y en el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, elevado al Consejo de Ministros por el de Justicia el 19 de febrero de 2010. En todo caso, puede la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica”. Y otras SSTs anteriores y posteriores; por ejemplo: 17.9.2009 (RJ 2009\4589), 19.1.2012 (RJ 2012\307)

II. *Perfiles del derecho sucesorio que facilitan la aparición de conflictos.* – Se deben tener en cuenta algunas características normativas que pueden dar lugar más frecuentemente a controversias entre los coherederos a los que se aplique el sistema sucesorio español.

Primero, que en el Código civil español, la legítima es decir la sucesión necesaria o forzosa de los descendientes y, en defecto de descendientes, la de los ascendientes, concurre con la del cónyuge viudo, que se concede en usufructo. Tenemos aquí un posible campo de conflicto: no solamente pueden surgir diferencias entre los propios herederos forzosos o legitimarios (que pudieran ser descendientes de distinto padre o madre), sino también entre ellos y el cónyuge del causante, que puede ser o no progenitor de todos los coherederos. Y debe hacerse notar que la existencia de legítima implica la necesaria concurrencia y consentimiento en la división de cada uno de los herederos necesarios o legitimarios, como diremos dentro de un momento. Como elemento normativo que favorece la prevención del conflicto por el propio causante, estaría la amplia libertad que tiene para atribuir la legítima por cualquier título y sobre los bienes que él elija.

Segundo, que en la partición o división de la herencia es necesario el consentimiento unánime de todos y cada uno de los interesados, aunque pueda ser tácito. No es raro, de hecho, que en las herencias de escasa importancia económica, los Tribunales tomen en consideración, como consentimiento derivado de hechos concluyentes, las conductas de los coherederos que puedan consistir en permanecer un tiempo largo viviendo en una casa perteneciente a la herencia, pagar los impuestos correspondientes a la misma, no haber impugnado la distribución informal ni haber intentado la partición judicial o en otro modo que deje constancia fehaciente. Pero, en general, la necesaria unanimidad en la partición constituye frecuentemente la fuente de conflictos de gran peso.

La unanimidad puede tener efectos muy negativos cuando existen pocos bienes en la herencia y se trata, principalmente, del patrimonio empresarial o de la vivienda. En estos casos puede ser necesaria, desde el punto de vista económico, la atribución de dichos bienes a uno solo de los herederos, pero si no se obtuviera el acuerdo unánime para ello, el art. 1062.2 CC con-

fiere a cualquier coheredero la facultad de pedir que la cosa indivisible se venda en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, en lugar de que se adjudique a uno de los coherederos, con pago de la porción de los demás en metálico. La venta del bien indivisible no deja de ser una eventualidad perturbadora, porque no será posible garantizar en la subasta la obtención de un precio adecuado, ni la continuidad en manos de alguno o algunos de los coherederos de unos elementos patrimoniales que quizá han contado para su adquisición y explotación con la colaboración de los propios sucesores, y que se encontrarían en condiciones de seguir permitiendo la habitación, o la actividad económica de varios de ellos.

III. *Mecanismos previstos en el sistema sucesorio para prevenir o solucionar los conflictos entre coherederos.* – A continuación se trata de indicar, y describir de un modo sucinto, los mecanismos que permiten evitar de modo adecuado los posibles conflictos entre los coherederos o preparar su solución. Tendremos que distinguir los mecanismos que funcionan en todo caso, también en los supuestos de sucesión abintestato, y los que dependen exclusivamente de las disposiciones testamentarias. Es obvio que son preferibles los mecanismos testamentarios como más adaptados a las circunstancias y necesidades de cada caso de sucesión.

1. *En cualquier tipo de sucesión (testada o intestada).*

A) *El recurso al procedimiento de división judicial de la herencia.* – No es un litigio en sentido estricto, al menos no tiene porqué serlo, pero en la práctica con frecuencia supone la existencia de graves diferencias que impiden la realización de la partición de un modo más eficiente y económico, por lo que suele ser para el causante y la mayor parte de los coherederos un sistema que se desea evitar. El procedimiento se inicia a instancia de cualquiera de los interesados, comienza propiamente con la convocatoria judicial a los herederos, legatarios de parte alícuota y cónyuge sobreviviente (art. 783.4 LEC) para que puedan designar al contador-partidor y a los peritos que tasen los bienes de forma unánime. Si no hubiere acuerdo se designará un contador por sorteo (art. 784 LEC).

Para la práctica de las operaciones divisorias el contador así designado deberá tener en cuenta, si las hubiere, las reglas establecidas por el testador para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos, en cuyo caso deberá respetar el derecho imperativo. El contador-partidor deberá procurar, asimismo, evitar tanto la indivisión como la excesiva división de las fincas (art. 786.1 LEC).

La partición, o mejor sería decir proyecto de partición, deberá presentarse por el contador en el plazo máximo de dos meses desde que fue iniciada, y a la vista de la misma, los interesados podrán aprobarla, no manifestarse u oponerse. En los dos primeros casos “el Secretario judicial dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas” (art. 787.2 LEC). En realidad, parece que la partición judicial que cuente con el acuerdo de los coherederos debe considerarse una partición de naturaleza convencional, pese a que la aprobación corresponda formalmente al Secretario judicial. Si no hubiere conformidad de los interesados, se deberá sustanciar un procedimiento que resuelva las controversias con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. La particularidad principal de la tramitación y efectos de este procedimiento es que la Sentencia que recaiga en él no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que los interesados todavía podrán hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda (art. 787.5 LEC). Por tanto, si esto sucediera, los desacuerdos entre los coherederos pueden alargarse en el tiempo; tampoco desde este punto de vista estamos ante un cauce excesivamente recomendable.

B) *El nombramiento de contador-partidor dativo a instancias de la mayoría de los coherederos.* – Se trata de otro modo diferente de superar los bloqueos que la regla de la unanimidad de los herederos en la partición puede provocar. En los casos en que resulte imposible llegar a un acuerdo entre los coherederos, este mecanismo alternativo permite evitar la partición judicial, y simplemente la amenaza de su utilización supone un cierto incentivo o impulso a que las posturas de los coherederos sean más flexibles y faciliten el acuerdo particional unánime. En efecto, en

la partición por el contador-partidor dativo la actuación judicial se reduce, en el mejor de los casos, al nombramiento del contador-partidor (suponiendo que, después, los herederos aprueban unánimemente la partición, lo cual parece difícil que se produzca atendiendo a la hipótesis de partida), mientras que, en el peor de los casos, es decir, cuando el cuaderno particional preparado por el contador no alcanza la aprobación unánime de los coherederos, tendrá también que aprobar la propuesta de cuaderno particional realizado por el contador-partidor dativo (aunque será una aprobación que no entra en el fondo de las discrepancias, sino a las formalidades externas y respeto de las reglas de procedimiento).

El Juez debe proceder necesariamente al nombramiento de un contador partidor de este tipo cuando se le presenta una solicitud por los «herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario». Y para su designación debe atender a las reglas procesales acerca del nombramiento de peritos (lo cual comporta también una posibilidad de designación del contador partidor mediante el sorteo entre abogados en ejercicio); aunque siempre será preferente que el nombramiento recaiga en la persona que cuente con el acuerdo de los interesados.

C) *El nombramiento por los herederos, por acuerdo unánime, de un contador-partidor.* – Es una posibilidad no regulada por extenso en el Derecho español, pero sí aludida en el art. 402 CC, con referencia a la comunidad de bienes (no está explícitamente prevista para la comunidad hereditaria). En la actualidad también se encuentra una referencia a la posibilidad de este nombramiento para dividir la comunidad hereditaria en el art. 782.1 LEC. La figura ha sido repetidas veces contemplada por la jurisprudencia, desde antiguo, así las SSTs 22.12.1908 (JC T 112 nº 143) y 26.3.1940 (RJ 1940\282), entre otras muchas, y la RDGRN 10.9.1902 (JC T. 94, nº 45). En principio lo acordado por el contador-partidor en orden a la partición de la herencia vincularía a los coherederos, aunque es obvio que ello dependerá de los términos del acuerdo que estos hayan alcanzado. No es imposible que el diseño efectuado por los coherederos fuera diferente: en concreto que dispusieran que el tercero únicamente presentara

un proyecto de partición. En este caso cabría suponer que estaríamos ante una figura de mediador en sentido propio; en concreto una forma “propositiva” de la mediación.

D) *El nombramiento de un árbitro.* – Obviamente, también será posible que las partes discrepantes se sometan a la decisión de un árbitro, de acuerdo con las previsiones de la Ley de Arbitraje.

E) *El nombramiento de un mediador.* – Nada obsta tampoco, como se ha dicho antes, que los coherederos que mantengan una discrepancia acerca de la herencia se sujeten para resolverla a la acción de un mediador, aun sin conferirle facultades de elaboración de un proyecto de partición. En este caso el cometido del mediador se limitaría a ayudar a las partes a realizar la partición por sí mismas; se trataría de una mediación meramente “compositiva”, a diferencia de la propositiva de cuya posibilidad hemos hablado en la letra C) anterior<sup>6</sup>.

## 2. Mecanismos previstos exclusivamente para la sucesión testada y que dependen de las previsiones del testador.

A) *La realización por el testador de la partición de sus bienes.* – Es una modalidad que se puede utilizar siempre, pero que en el Código civil se encuentra especialmente facilitada en el caso de la empresa familiar, supuesto en el que cabe que las legítimas de los herederos forzosos a los que no se atribuya la titularidad de la misma sean pagadas en metálico, e, incluso, a plazos.

Cualquier causante puede pretender evitar los conflictos inherentes a la situación de comunidad hereditaria que calcula que puede provocar su sucesión y determinar de un modo u otro las reglas aplicables a la distribución y partición de los bienes. Para ello tiene una diversidad de expedientes a su disposición, con diferentes efectos jurídicos: puede atribuir todo su haber mediante instituciones de heredero *ex re certa*, o mediante legados de bienes determinados. En el precepto del art. 1056 CC se le abre la posibilidad de que realice él mismo la partición de su

---

<sup>6</sup> Sobre la diferencia entre mediación compositiva y propositiva: CICERO, “L’opposizione dell’avvocatura all’obbligatorietà del ricorso alla mediazione”, *Quaderni di conciliazione*, 1, p. 74.

herencia, obviamente sin necesitar entonces someterse a las reglas establecidas en los arts. 1061 y 1062 CC sobre igualdad de las porciones o lotes que se adjudiquen a cada heredero. Presupone, por tanto, esta figura que las atribuciones de bienes singulares realizadas por el testador se hacen como pago de la cuota que corresponde al asignatario, al modo en que sucede en una normal partición.

En el caso de que se quiera atribuir de este modo una explotación familiar, y existan varios legitimarios, puede disponer que la explotación se adjudique a uno de ellos y que se pague en metálico la legítima de los demás interesados. Asimismo se puede establecer por el testador, y también por el contador-partidor que haya sido designado por él, el posible aplazamiento del pago en metálico, siempre que el periodo en que se abonen las legítimas no supere los cinco años, a contar desde el fallecimiento del testador.

B) *La fiducia sucesoria a favor del cónyuge o pareja de hecho.* – La hipótesis se encuentra regulada en el art. 831 CC. La norma permite transferir a una persona de confianza (cónyuge o pareja de hecho) diversas facultades con respecto al caudal hereditario. Así realizar la partición, pero con mayores facultades que un simple contador-partidor (no está vinculado por los arts. 1061 y 1062 CC), adjudicar la empresa familiar (art. 1056.2 CC) y ordenar mejoras a favor de alguno de los descendientes comunes al testador y a su cónyuge o pareja. Asimismo se pueden conferir a este último las facultades de administrar los bienes de la herencia (art. 831.2 CC). Todo ello será realizable en un plazo que puede ser fijado por el testador y llegar, incluso como máximo hasta el momento del fallecimiento del fiduciario.

En esta figura sucesoria nos encontramos con que la sucesión se ordena: a) por la voluntad del causante que dispone de la herencia de un modo más o menos detallado, delega en una persona la determinación de los beneficiarios de los bienes hereditarios, acota o no el círculo de posibles beneficiarios por las decisiones del fiduciario y los bienes comprendidos en la delegación. A su vez, por tanto, el régimen de la sucesión se completa por: b) La declaración de voluntad del fiduciario ejecutando la encomienda que se le ha realizado. En este sentido el precepto

del art. 831 CC es una excepción tanto del art. 830 CC con el que se relaciona más inmediatamente (carácter no delegable de la facultad de mejorar), como, del art. 670 CC (carácter personalísimo del testamento), e incluso del art. 1057.1 CC (que impide encomendar la partición a quien es interesado en la misma).

El problema de la institución a que estamos haciendo referencia es que tiene unos límites relativamente estrechos: solo opera cuando en la sucesión están interesados descendientes comunes. De este modo resulta poco operativa precisamente en los supuestos en que los litigios y diferencias entre los sucesores pueden ser más frecuentes, que son aquellos en que concurren descendientes de diferentes progenitores.

C) *El nombramiento de albacea y contador-partidor.* – Para afrontar esas situaciones de desacuerdo en la herencia y la partición, desde antiguo existe en nuestro Derecho la posibilidad de que el testador recurra al nombramiento de un albacea, de un contador-partidor o de una persona que acumule estos dos cometidos. Si se opta por esta última opción tendríamos prevista la presencia en la sucesión de un cargo de confianza del testador, que gozaría de facultades muy amplias que alcanzan las de dividir la herencia entre los coherederos. Uno de los rasgos más destacados de esta figura es la de permitir al causante conferirle expresamente cuantas facultades estime oportunas y no sean contrarias a las leyes (art. 901 CC). En general, pues estamos ante un sujeto encargado de ejecutar la voluntad testamentaria, para lo cual debe interpretarla de modo fiel.

La partición por contador-partidor se asemeja a la hecha por el testador en su carácter unilateral: la fuerza de la partición se basa únicamente en su voluntad, sin que sea preciso que los herederos le presten su consentimiento, según ha repetido la jurisprudencia. No obstante, también resulta frecuente en la práctica que el contador recabe la intervención o la conformidad de aquellos, para así reforzar la partición y asegurarse de que nadie la impugnará. Para algunos esta concurrencia sólo podría valer como renuncia a impugnar la partición.

A nuestro juicio se trata del mecanismo preventivo más adecuado para prevenir los conflictos entre coherederos, siempre que la redacción de la cláusula testamentaria sea la correcta y se

confieran adecuadamente las facultades que se pretende que desempeñe el albacea o contador-partidor. Así se evita la necesidad de realizar una partición judicial<sup>7</sup>, aunque, como es lógico, la partición realizada por el albacea contador-partidor puede ser impugnada judicialmente<sup>8</sup>.

En la doctrina se afirma que el recurso a esta figura puede no resolver todos los problemas que vayan a surgir entre los sucesores: "Tal vez el testador no disponga de una persona de plena confianza a la que atribuir facultades tan amplias. O tal vez pueda temer que dicha persona, si existe, puede fallecer en el futuro antes del testador, hallarse en su momento imposibilitado para esa función. Incluso en otros casos nos encontramos con que ese albacea no quiere usar sus facultades en esos casos de desacuerdo entre coherederos, o renuncia al cargo para evitarse problemas, con lo que se frustra ese instrumento"<sup>9</sup>. Naturalmente estos obstáculos existen, pero entendemos que no son exclusivos de la figura del albaceazgo, sino que podrían presentarse igualmente en el supuesto de que se recurriera al arbitraje o a la mediación testamentarios<sup>10</sup>. Por

---

<sup>7</sup> Así también, RODRÍGUEZ PRIETO, "La previsión del conflicto sucesorio en el testamento", cit., p. 40: "Sin duda es ésta una figura que puede evitar o ayudar a solucionar muchos problemas, y por eso ha sido tradicionalmente recomendada por muchos notarios. Tiene atribuida la facultad de imponer una determinada partición, aun contra el desacuerdo de alguno o incluso de todos los coherederos. Y muchas veces bastará la amenaza de emplear estas facultades para conseguir una avenencia entre los interesados en la sucesión".

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, "La previsión del conflicto sucesorio en el testamento", cit. p. 40.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, "La previsión del conflicto sucesorio en el testamento", cit. p. 40.

<sup>10</sup> No se le escapa esta objeción a RODRÍGUEZ PRIETO, "La previsión del conflicto sucesorio en el testamento", cit. p. 41: "El notario se puede entonces encontrar con el problema de qué mediador recomendar, pues es evidente que es preciso que sea un profesional bien formado en las técnicas adecuadas. Frecuentemente el testador no conocerá a ninguno. Aquí, además, le puede pasar como con el albacea: que si nombra una persona concreta como mediador puede ser que cuando, transcurridos los años y tras la muerte del testador, surja el conflicto, esa persona designada haya fallecido, emigrado, o haya cambiado de profesión". La respuesta que este autor da al problema es designar como mediador a una institución especializada para que

otra parte, son obstáculos a los que también puede dar respuesta el testador<sup>11</sup>.

D) *El nombramiento de un árbitro testamentario*. – El art. 10 de la Ley de Arbitraje de 2003, establece la posibilidad especial de recurrir al llamado arbitraje testamentario: “será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia”. Se trata de un arbitraje peculiar por cuanto no procede del acuerdo entre las partes, sino de la imposición testamentaria: y precisamente por eso se establece en la norma la limitación de no poder afectar a los legitimarios, pues se trata de cuestiones de derecho imperativo. Esta limitación, evidentemente, carece de sentido cuando el acuerdo arbitral procede de los propios interesados, pues ellos sí pueden renunciar tras la muerte del testador a la protección que la legítima les otorga. Sin embargo, nuestro Derecho permite un instrumento adecuado para hacer posible el arbitraje en estos casos: el uso de una cautela *socini* que sancione al heredero que no acepte esta vía de solución de conflictos con la reducción de los derechos hereditarios que se le confieren en el testamento<sup>12</sup>.

---

ella misma nombre al mediador. La solución, puede tener su paralelo en el albaceazgo si, como sostiene nuestra mejor doctrina, es posible al testador nombrar a una persona jurídica como albacea: ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XII, Vol 2, Madrid, 1990 (comentario al art. 893 CC): consultado en: <http://vlex.com/vid/articulo-893-228707>; FERRER RIBA, *Código civil comentado* (dir. CAÑIZARES y otros), II, Civitas, Madrid, 2011, p. 1155; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, 1988, p. 431; RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones, común y foral*, II, Madrid, 2009, p. 2103.

<sup>11</sup> Cfr. supra nota 10.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, cit. p. 42: “Si interpretamos este artículo literalmente, y a sensu contrario, parece que el arbitraje testamentario sólo cabría para disputas entre no legitimarios. Esto lo excluiría en el caso más frecuente de la sucesión con hijos, al ser éstos herederos forzosos. E incluso en el caso de que convivieran también en la sucesión con otros interesados que no lo fueran, es difícil imaginar una disputa en la que participaran éstos pero no aquéllos. Esta interpretación dejaría la cláusula arbitral testamentaria como una posibilidad residual, con

De hecho el recurso a esta cautela se encuentra previsto en la siguiente cláusula testamentaria propuesta a los testadores por la Corte de Arbitraje de Valencia:

*“...impone: 1º Que todas las desavenencias o cuestiones litigiosas que puedan surgir entre los herederos o legatarios sean no forzosos, o forzosos en la parte que exceda de la legítima estricta, relativas a la administración o distribución de la herencia, se resolverán definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de Valencia, a la cual encomienda la administración del arbitraje y la designación de los Árbitros, de acuerdo con su Reglamento y Estatutos. 2º.- Que si alguno de los herederos forzosos no aceptase este arbitraje, quedará reducido a legítima estricta, acreciendo a los que lo acepten la parte no forzosa atribuida con cargo a los tercios de libre disposición o de mejora”<sup>13</sup>.*

E) *El nombramiento de mediador.* – Hoy también se propone por algunos la posibilidad de establecer una cláusula testamentaria de sometimiento de estos futuros problemas entre los sucesores a la mediación civil. Así lo recomienda, por ejemplo, el notario RODRÍGUEZ PRIETO incluso para el caso en que se haya nombrado un albacea contador-partidor. A su juicio, lo mejor “son las llamadas cláusulas multimodales escalonadas, en virtud de las cuales se establece que se intentará primero una mediación y, sólo si esta resulta infructuosa o respecto de la parte de problemas que ha quedado por resolver, se resolvería con un arbitraje”<sup>14</sup>.

A la vista de los instrumentos disponibles para el testador, pensamos que la mediación es una figura muy poco enérgica y dotada de pocas virtualidades, en comparación con las instituciones mencionadas a lo largo de estas páginas. No obstante, le dedicaremos atención en el siguiente epígrafe.

---

posibilidades de ser efectiva en muy pocos casos”. Para otras referencias: VERDERA SERVER, Comentario al art. 10, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. Barona Vilar), Madrid, 2011, pp. 540-541.

<sup>13</sup> <http://www.camaravalencia.com/esES/servicios/juridicofiscal/arbitraje/clausulas/Paginas/default.aspx>

<sup>14</sup> “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, cit. p. 40.

IV. *Los perfiles de la mediación: ventajas e inconvenientes de su imposición por el testador.* – Se ha dicho que el “ámbito familiar sucesorio es uno de los campos ideales para la mediación”, ya que el uso de esta técnica puede contribuir a que los interesados, “comprendan los intereses de los demás e incluso los suyos propios y las desventajas de las vías contenciosas, y lleguen a soluciones, a veces imaginativas, satisfactorias para todos. Y salvar así, o incluso mejorar, las relaciones familiares”<sup>15</sup>. Ciertamente esto puede ser así en situaciones ideales; lo único que podríamos observar es que difícilmente se alcanzarán esos objetivos en la mediación –y menos en la establecida por el testador– si no encuentra una colaboración muy intensa en los coherederos, raramente existente en los supuestos en que los conflictos sucesorios suelen presentarse. Y decimos que las disposiciones básicas de los coherederos no son las adecuadas en la mediación ordenada por el testador, porque en ese caso la mediación les viene impuesta desde fuera. No cabe depositar excesiva confianza, por tanto, en que la utilización de la mediación pueda llegar a un acuerdo pacífico de solución. Desde el punto de vista preventivo, sigue siendo preferible, a nuestro juicio, la clásica figura del albacea contador-partidor que de momento puede permitir dejar resuelto el problema particional (aunque sujeto a su posible impugnación por alguno de los interesados).

La razón técnica fundamental para poder hacer esta afirmación es que la mediación presupone la voluntad de las partes en conflicto<sup>16</sup>, de modo que una mediación “impuesta” de uno u otro modo resultaría poco operativa. De hecho, la única posibilidad parecida a la mediación testamentaria que encontramos en la Ley es la mediación prevista en el contrato a la que se refiere

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ PRIETO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, cit. p. 41.

<sup>16</sup> Preámbulo de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “El modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes (...) El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes”. Y en el art. 6 LM, bajo la rúbrica “Voluntariedad y libre disposición”, se proclama que “1. La mediación es voluntaria. (...) 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. Cfr. los comentarios a este principio de voluntariedad en SÁNCHEZ VALLE, “La mediación...”, cit., p. 164 y ss.

el art. 6.2 LM: “Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”. Y se puede notar cómo el propio legislador es consciente de las limitaciones que una previsión contractual de este tipo comporta, pues en realidad se trata de una obligación que simplemente consiste en que se debe intentar, de buena fe, recurrir al procedimiento pactado. Por eso se ha podido decir con razón que “el reconocimiento del carácter vinculante de dicha cláusula (...) tiene una importancia más teórica que práctica”<sup>17</sup>. El juicio puede extenderse, sin duda con mayor razón, al caso de la mediación ordenada en testamento.

Es más, estrictamente hablando la mediación tampoco se puede imponer por el testador en materia imperativa<sup>18</sup>, como son las legítimas, que se encuentran en la base de no pocos conflictos entre coherederos. En efecto, la existencia de un sistema de mediación, organizado de acuerdo con las reglas diseñadas por el testador<sup>19</sup> impide que las partes ejerciten entre sí “ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excep-

---

<sup>17</sup> SÁNCHEZ VALLE, “La mediación...”, cit., p. 172. Y añade acertadamente la autora: “No tendría mucho sentido obligar a las partes -si no quieren- a iniciar de manera forzosa el procedimiento de mediación ya que éstas pueden darlo por finalizado en cualquier momento sin que nadie pueda impedirlo y no están obligadas en ningún caso a adoptar un acuerdo. Para entender cumplida la obligación, bastaría con que las partes acudieran a una sesión de la que se levantaría acta en la que se dejara constancia de que no hay voluntad de acuerdo, ya que la única obligación que impone el art.6.2 de la Ley de mediación, es la de ‘intentar el procedimiento pactado’, sin concretar a qué se refiere”.

<sup>18</sup> Preámbulo LM: “La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible”.

<sup>19</sup> Dice el art. 10.1 LM que “la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”; es decir, cabe pensar que en nuestro caso según las previsiones testamentarias. Por ejemplo, una de esas previsiones pudiera ser el establecimiento de un plazo para el procedimiento de mediación antes de poder darlo por terminado. A este plazo alude el art. 22.1 LM.

ción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos” (art. 10.2 LM)<sup>20</sup>. Es obvio que esta limitación de acceso, temporal, a la justicia constituye uno de aquellos gravámenes que el art. 813.2 CC impide imponer sobre la legítima: así se viene afirmando tradicionalmente en nuestra doctrina cuando el testador establece limitaciones a la intervención judicial en las operaciones divisorias<sup>21</sup>.

Solamente se podría llegar a imponer dicha mediación mediante el uso de la cautela *socini* mediante la cual el testador sanciona al heredero que no acepte intentar esta vía de solución de los conflictos con la reducción de los derechos hereditarios que se le confieren en el testamento. Pero es obvio que, aunque se acepte por el heredero (quizá a regañadientes) el recurso a la mediación para evitar la pérdida de sus derechos sucesorios, no es fácil que un heredero con ese estado de ánimo vaya a llegar a un acuerdo final con los coherederos que resuelva la controversia. Por tanto la finalidad del testador no se habría logrado<sup>22</sup>.

Deben concluir, pues, estas páginas afirmando que es previsible que la mediación en los conflictos sucesorios, especialmente cuando su origen se encuentra en una imposición del testador, produzca escasos frutos. De acuerdo con los principios institucionales de la mediación civil regulada en nuestro sistema, los mejores resultados de composición que pudiera dar la figura solamente se encuentran en la mediación acordada por los coherederos.

---

<sup>20</sup> El art. 10.2 LM añade que: “El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

<sup>21</sup> Cfr. CAPILLA RONCERO, *Código civil comentado*, II, cit., p. 836.

<sup>22</sup> Es de suponer que la finalidad del testador es lograr que el procedimiento de mediación concluya con un acuerdo (cfr. art. 22.1 LM); pero lo que no puede evitar mediante la disposición testamentaria es que dicho procedimiento finalizara “sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándose al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento”, bien porque “el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión” (cfr., de nuevo art. 22.1 LM).

CLAUDIA TROISI

## LA MEDIAZIONE FAMILIARE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. La mediazione familiare: qualificazione dell'istituto. - 2. Riferimenti legislativi italiani e comunitari. - 3. *De iure condendo*: prospettive di riforma. - 4. Applicazioni giurisprudenziali. - 5. Valore giuridico-sociale dell'ordinanza. - 6. Natura giuridica del mediatore.

1. *La mediazione familiare: qualificazione dell'istituto.* – Tra le materie indicate dal recente d.lgs. 28/2010, che ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina organica in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali<sup>1</sup>, non è indicata quella relativa alla materia familiare, dunque, nel diritto di famiglia la nuova normativa non troverà applicazione.

Probabilmente la *ratio* seguita dal legislatore è stata di sottrarre dall'obbligo del previo percorso di mediazione le controversie che non hanno un'evidente contenuto economico come nel caso della separazione personale tra coniugi, lo scioglimento del matrimonio e la cessazione dei suoi effetti civili che possono avere sì ricadute di natura finanziaria per l'esistenza degli interessati, ma non sono queste ultime a emergere in primo piano.

Sta di fatto che i preoccupanti livelli di litigiosità riscontrati nei giudizi di separazione e divorzio e il conseguente disagio per i figli hanno stimolato la ricerca di strumenti alternativi di intervento sulle controversie familiari che aiutassero i coniugi a riappropriarsi della gestione del conflitto e a raggiungere, quantomeno, un dialogo costruttivo<sup>2</sup>.

A questi obiettivi sono finalizzati gli interventi di "mediazione familiare", i quali occupano un ruolo determinante nell'ambito

---

<sup>1</sup> Per un'analisi completa del d.lgs. 28/2010 si rinvia a G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Maggioli, 2011.

<sup>2</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2001, 180 ss.

della moderna tendenza verso la previsione di modelli alternativi di gestione delle controversie<sup>3</sup>, nonché di trattamento informale dei conflitti<sup>4</sup>, volti all'autoregolazione degli interessi.

La definizione di mediazione familiare a cui si fa generalmente riferimento è quella contenuta nello Statuto della Società Italiana di Mediazione Familiare (S.I.Me.F.), in conformità con quanto espresso nella *Charte européenne pour la formation à la médiation familiale* del 1992, che fissa i criteri principali del profilo professionale, della formazione e della deontologia del mediatore familiare in campo europeo<sup>5</sup>.

«La mediazione familiare è un percorso per la riorganizzazione delle relazioni familiari in vista o in seguito alla separazione o al divorzio: in un contesto strutturato, il mediatore, come terzo neutrale e con una formazione specifica, sollecitato dalle parti, nella garanzia del segreto professionale in autonomia dall'ambito giudiziario, si adopera affinché i genitori elaborino in prima persona un programma di separazione soddisfacente per sé e per i figli in cui possano esercitare la comune responsabilità genitoriale».

La mediazione mira, quindi, a ristabilire la comunicazione fra le parti per poter raggiungere un obiettivo concreto: la realizzazione di un progetto di organizzazione delle relazioni dopo la separazione o il divorzio. L'obiettivo finale della mediazione familiare si realizza quando i genitori, nell'interesse proprio e dei figli, si riappropriano, pur separati, della comune responsabilità genitoriale, ad essi spettando ogni decisione finale.

2. *Riferimenti legislativi italiani e comunitari.* – Qualche anno dopo, rispetto agli altri paesi europei, la mediazione familiare viene introdotta in Italia come conseguenza della profonda e complessa trasformazione che ha interessato la famiglia.

---

<sup>3</sup> P. RONFANI, *Giustizia e famiglia. Modelli formali e modelli informali di trattamento del conflitto familiare nei paesi occidentali*, in *Sociologia dir.*, 1994, fasc. 3, 129-146.

<sup>4</sup> I. QUADRELLI, *I professionisti della mediazione familiare e il trattamento del conflitto coniugale*, in *Sociologia dir.*, 2003, fasc. 2, 97-125.

<sup>5</sup> F. SCAPARRO, *Etica della mediazione familiare*, in R. ARDONE, S. MAZZONI (a cura di), *La mediazione familiare. Per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, Giuffrè, Milano, 1994.

Avendo trovato un *background* socio-culturale favorevole, anche in Italia comincia a diffondersi la cultura della mediazione familiare, viste l'attualità delle tematiche implicate e la progressiva valorizzazione dell'accordo tra i coniugi come mezzo per realizzare la parità e l'unità all'interno del nucleo familiare oltre che l'autonomia e la parità di ciascun membro della coppia di fronte alle scelte in merito al vincolo matrimoniale.

Dopo una fase iniziale di diffidenza e astensione, il nostro legislatore ha iniziato, cautamente, a dare riconoscimento all'istituto della mediazione familiare in alcune previsioni normative<sup>6</sup>.

Innanzitutto, la L. 28 agosto 1997 n. 285 (c.d. Legge Turco-Napolitano), recante norme in tema di *Disposizioni per la promozione di diritti e opportunità per l'infanzia e l'adolescenza*<sup>7</sup> che, all'art. 4, lett. i), prevede i servizi di mediazione familiare fra quelli che possono essere utilizzati per perseguire le finalità che la legge si prefigge<sup>8</sup>, in attuazione della Convenzione di New York del 1989, resa esecutiva in Italia con L. 176/1991.

Il secondo richiamo alla mediazione familiare nella legislazione nazionale, sia pure riferita ad uno specifico ambito applicativo, si trova nella L. 4 aprile 2001, n. 154, recante norme in tema di *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*<sup>9</sup>, che introduce nel codice civile l'art. 342-ter, nel quale si prevede espressamente

---

<sup>6</sup> Già nella precedente legislatura sono presenti proposte di legge riguardanti la mediazione familiare: il Testo Unificato del Comitato Ristretto della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, c.d. 173-ter e abbinate, "Nuove norme in materia di separazione personale dei coniugi e di scioglimento del matrimonio" del 14 maggio 1998, cfr. M. DOGLIOTTI, *Idee per una riforma: breve analisi del progetto*, in *Fam. e dir.*, 1998; il disegno di legge n. 3290/S, presentato al Senato dall'on. Lombardi Satriani il 22 maggio 1998; la proposta di legge n. 4725 presentata il 31 marzo 1998 dall'on. Cento; l'articolo finale della *Commissione ministeriale di Studio e Revisione della normativa in materia di diritto di famiglia e di minori*, presentato dall'on. M. Scoca il 2 novembre 2000.

<sup>7</sup> G.U. del 5 settembre 1997, n. 207; AA.VV., *Codice della mediazione familiare. Raccolta di norme e di giurisprudenza*, Milano, 2001, 383.

<sup>8</sup> Le finalità richiamate riguardano progetti volti alla realizzazione di servizi di sostegno alla relazione genitori-figli di contrasto alla povertà, alla violenza, nonché servizi di consulenza per minori e famiglia funzionali al superamento delle difficoltà relazionali.

<sup>9</sup> G.U. del 28 aprile 2001, n. 98.

che «*il giudice possa disporre dove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare*».

Negli ultimi anni alcune amministrazioni regionali, tra cui Emilia Romagna<sup>10</sup>, Valle d'Aosta<sup>11</sup>, Liguria<sup>12</sup>, Sicilia<sup>13</sup>, hanno legiferato in materia di mediazione, istituendo e finanziando centri o corsi di formazione in mediazione familiare. Queste leggi regionali dimostrano l'attenzione degli Enti Locali verso lo strumento della mediazione familiare quale servizio che va garantito al cittadino<sup>14</sup>.

Più specifica e dettagliata risulta, invece, una delibera della Giunta provinciale della Provincia autonoma di Bolzano<sup>15</sup>, che non solo riconosce la mediazione familiare come servizio sociale da garantire ai cittadini della Provincia, ma definisce, nell'allegato A, le caratteristiche dell'istituto<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Con la l. reg. 27/89 ha istituito la mediazione familiare nei Centri per le famiglie.

<sup>11</sup> La l. reg. 44/98 (art. 32 lett. *m*), fa esplicito riferimento alla mediazione familiare come intervento per il trattamento del conflitto coniugale, in *Boll.Uff.* della regione Valle d'Aosta 9 giugno 1998 n. 25.

<sup>12</sup> L. reg. 30/98 "Riordino e programmazione dei servizi sociali", art. 25 lett. *d*, in *Boll.Uff.* della regione Liguria 23 settembre 1998 n. 12.

<sup>13</sup> L. reg. 10/2003 "Norme per la tutela e la valorizzazione della famiglia", art. 8 lett. *e*, in *Boll.Uff.* della regione Sicilia 1 agosto 2003 n. 34.

<sup>14</sup> A. D'ANGELO, *Un contributo per un approccio giuridico allo studio della mediazione familiare*, in *Famiglia*, 2004, fasc. 3, pt. 1, 533-549.

<sup>15</sup> Delibera approvata con riferimento al Piano sociale provinciale 2000-2002.

<sup>16</sup> Nell'allegato A è espressamente previsto che: «a) La mediazione familiare consiste in un processo in cui un terzo, neutrale e qualificato, viene sollecitato dalle parti per fronteggiare la riorganizzazione resa necessaria dalla separazione, nel rispetto del quadro legale esistente; b) Il ruolo del mediatore è quello di portare i membri della coppia a trovare un accordo durevole e mutualmente accettabile, tenendo conto dei bisogni di ciascun componente della famiglia e particolarmente di quello dei figli, in uno spirito di corresponsabilità ed uguaglianza dei ruoli genitoriali; c) Le parti, in conflitto a seguito della crisi del loro rapporto, vengono aiutate e sollecitate da un terzo, cui esse volontariamente si sono rivolte, a trovare in se stesse le risorse per superare la crisi, prendendo coscienza del permanere del proprio ruolo genitoriale, che li fa rimanere comunque coppia di genitori, anche se non più reciprocamente *partner*, e quindi proiettati a perseguire la realizzazione dello scopo comune, il benessere dei figli».

Il Consiglio di Giustizia e Affari interni dell'UE del 30 novembre 2000 ha sottolineato l'importanza di promuovere la mediazione familiare come metodo di risoluzione delle controversie familiari<sup>17</sup>, in conformità a quanto stabilito nel regolamento "Bruxelles II"<sup>18</sup>.

L'entrata in vigore, il 19 aprile 2003 (con L. 20 marzo 2003 n. 77), della *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli* di Strasburgo ha segnato una fase fondamentale nel percorso di diffusione e valorizzazione della mediazione: infatti, all'art. 13 la mediazione viene indicata come uno dei principali strumenti a tutela dei minori dei quali si vuole evitare il coinvolgimento nelle liti giudiziarie a garanzia della loro serenità<sup>19</sup>.

Un ruolo importante nel processo di riconoscimento e di definizione dell'istituto della mediazione familiare è svolto dalla Risoluzione n. 616 del 21 gennaio 1998 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che contiene la Raccomandazione n. R (98) 1 sulla mediazione familiare, nella quale si afferma la necessità di incrementare l'utilizzo della mediazione quale «*metodo nell'ambito del quale un terzo imparziale e neutrale aiuti le parti a negoziare, ponendosi al di sopra del conflitto, e a raggiungere un accordo comune*»<sup>20</sup>.

La suddetta Raccomandazione non solo individua nella mediazione familiare lo strumento più idoneo per affrontare i conflitti familiari<sup>21</sup>, ma incoraggia i governi degli Stati membri ad «*introdurre o promuovere la mediazione familiare anche attraverso la predisposizione di programmi informativi, o, dove necessario,*

---

<sup>17</sup> F. UCCELLA, *Nuove sfide sociali ed umane e diritto di famiglia nell'Unione Europea dal 2004: riflessioni preliminari*, in *Giur. it.*, 2004, fasc. 3, 688-693.

<sup>18</sup> Regolamento del Consiglio dell'Unione europea n. 1347/2000 (Bruxelles II).

<sup>19</sup> L'art. 13 testualmente dispone: «Per prevenire e risolvere i conflitti ed evitare procedure che coinvolgano un fanciullo dinanzi ad un'autorità giudiziaria, le parti incoraggiano la mediazione o ogni altro metodo di soluzione dei conflitti, nonché la loro utilizzazione per concludere un accordo nei casi appropriati determinati dalle parti».

<sup>20</sup> Definizione contenuta nella Raccomandazione n. R (98) 1, 10.

<sup>21</sup> R (98) 1, 7, in cui individua le potenzialità della mediazione nella capacità di migliorare la comunicazione intrafamiliare, ridurre il conflitto tra i confliggenti, creare accordi amichevoli riducendo i tempi e i costi della separazione dando maggiore continuità alla relazione genitoriale.

*potenziare l'opera di mediazione già esistente*»<sup>22</sup>. Fondamentale nella Raccomandazione in esame è la sua appendice che sintetizza in maniera chiara e sistematica i principi<sup>23</sup> della mediazione familiare che i singoli Stati membri dovranno impegnarsi ad applicare. Vengono, inoltre, affrontati e risolti molti problemi applicativi, che da tempo sono oggetto di discussione nel nostro paese: innanzitutto, l'area d'azione della mediazione pare possa estendersi a tutte le dispute familiari – dunque anche alle coppie di fatto – sia perché manca il riferimento esclusivo ai “coniugi”, sia perché si rinvia alla disciplina nazionale che ormai, nel nostro Paese, appare orientata verso un sempre maggiore riconoscimento della famiglia “non fondata sul matrimonio”<sup>24</sup>.

Altro punto affrontato nella Raccomandazione riguarda l'organizzazione del servizio di mediazione, che può svilupparsi sia nel settore pubblico sia in quello privato; in particolare si consiglia la non obbligatorietà dell'accesso al servizio, la previsione di specifiche procedure di selezione, formazione e qualificazione dei mediatori<sup>25</sup>, nonché una serie di principi metodologici e

---

<sup>22</sup> R (98) 1, 11.

<sup>23</sup> Nella Raccomandazione si afferma testualmente che: «Il mediatore è imparziale tra le parti, neutrale nei riguardi del risultato della mediazione, rispetta le opinioni delle parti e difende la parità delle posizioni nell'ambito della trattativa e non ha potere di imporre una soluzione alle parti; (...) le discussioni che hanno luogo nell'ambito della mediazione sono a carattere confidenziale e non possono essere utilizzate successivamente, salvo in caso di accordo tra le parti o nei casi previsti dalla legge nazionale; (...) il mediatore dovrebbe prestare particolare attenzione al benessere e all'interesse superiore dei bambini, dovrebbe incoraggiare i genitori a concentrarsi sulle esigenze dei medesimi e ricordare loro la prioritaria responsabilità rispetto al benessere dei loro figli e la necessità di informarli e consultarli, (...) infine può fornire informazioni di carattere legale ma non può prestare consulenza legale (...)».

<sup>24</sup> Cfr. G. AUTORINO, *Sulla famiglia “non fondata sul matrimonio”*, in G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997; F. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980; G. ALPA, *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Giur. It.*, 1989, IV; V. VITALONE, C. ZAFFIRI, *Famiglia di fatto*, in *Giust. civ.*, 1991, II; E. LIUZZO, *Alcuni aspetti civilistici della convivenza more uxorio alla luce dei più recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali*, in *Dir.fam. e pers.*, 1991.

<sup>25</sup> R(98) 1, II; in alcuni paesi europei la mediazione è prevista come obbligatoria al fine di ottenere una maggiore diffusione dello strumento. Molti me-

deontologici relativi alla figura del mediatore<sup>26</sup>. Sul valore giuridico<sup>27</sup> degli accordi raggiunti attraverso il processo di mediazione, è previsto solamente un invito agli Stati membri a favorirne la ratifica dell'autorità giudiziaria se le parti ne facciano richiesta. Riguardo al delicato tema del rapporto tra mediazione e procedimento giudiziario<sup>28</sup>, la Raccomandazione riconosce l'autonomia della mediazione in relazione ai tempi e alle fasi del procedimento legale, e consente di sospendere il processo finché dura il percorso di mediazione, fatta salva la necessità da parte del giudice di prendere decisioni urgenti a tutela delle parti.

Sono stati in discussione alla Camera<sup>29</sup> dieci proposte di legge, raccolte dal 23 luglio 2003 in un unico testo di sintesi c.d. Testo Paniz 2, testo base per le successive discussioni, intitolato *Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli*.

Il testo stabiliva uno stretto collegamento tra il nuovo istituto dell'affidamento condiviso e la mediazione familiare; si prevedeva, infatti, che in tutti i casi in cui sia disposto l'affidamento condiviso il giudice "deve" inserire nel provvedimento, su comune indicazione delle parti o anche d'ufficio, l'indicazione di un cen-

---

diatori, però, si sono manifestati sfavorevoli alla previsione obbligatoria della mediazione all'interno del percorso giudiziario poiché comprometterebbe la volontarietà della scelta e l'autonomia e autodeterminazione delle parti, elementi ritenuti essenziali per il buon esito della mediazione stessa. Cfr. S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996; G. GIAMO, *La mediazione familiare nei procedimenti di separazione personale e di divorzio. Profili comparatistici*, in *Dir.fam. e pers.*, 2001, fasc. 4, pt. 2, 1606-1641; G. DOSI, *Sistema giudiziario, conflittualità familiare e mediazione*, in *Dir. fam.*, 1994, fasc. 2, pt. 2, 763-777; M. MOSCHELLA, *La mediazione familiare*, in *Dir. eccl.*, 2004, fasc. 2, 350-388.

<sup>26</sup> R(98) 1, III.

<sup>27</sup> R(98) 1, IV. L'accordo raggiunto attraverso la mediazione necessita comunque di una omologazione da parte dell'autorità competente, la quale potrebbe anche non essere a conoscenza del fatto che l'accordo sia stato raggiunto grazie al percorso di mediazione. Sul tema, cfr. J. HAYNES, I. BUZZI, *Introduzione alla Mediazione Familiare*, Giuffrè, Milano, 1996, 295 ss.

<sup>28</sup> R(98) 1, V.

<sup>29</sup> C. 66 Tarditi, C. 453 Cento, C. 643 Lucchese, C. 1268 Trantino, C. 1558 Vitali, C. 2344 Mussolini, C. 2233 Lucidi, C. 2576 Mantini, C. 4068 Mazzuca e C. 4027 Di Teodoro.

tro o di un esperto in mediazione familiare al quale le parti hanno l' "obbligo" di rivolgersi<sup>30</sup>.

La previsione della mediazione come passaggio obbligatorio all'interno del procedimento giudiziario, quasi come "condizione di procedibilità", rischiava di snaturare un principio fondamentale della mediazione stessa rappresentato dalla volontarietà della scelta<sup>31</sup>, sull'assunto che la spontaneità dell'adesione dei genitori al percorso mediativo costituisse presupposto indefettibile per la buona riuscita della mediazione stessa.

Alcuni autori<sup>32</sup> ritengono più opportuno che la mediazione venga qualificata come una causa "volontaria" di sospensione del processo, nel caso in cui il giudice, accogliendo una comune richiesta delle parti, fissi un termine per la ripresa del processo per evitare che la mediazione venga utilizzata come sterile strumento dilatorio.

La Legge 8 febbraio 2006 n. 54, *Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, costituisce l'epilogo definitivo del lungo *iter* parlamentare svolto dal testo Paniz 2.

L'affidamento condiviso si fonda sul principio che il fallimento di due individui come coppia non debba comportare necessariamente il loro fallimento come genitori. La mediazione familiare si inserisce perfettamente nella logica di evitare al minore il trauma legato alla perdita di un genitore, facendo in modo che durante la separazione i coniugi riescano a differenziare i problemi legati alla conflittualità della coppia da quelli relativi al proprio ruolo di genitore.

Nell'ultimo comma dell'articolo 1 della L. 54 è prevista l'introduzione dell'art. 155-sexies c.c., che al secondo comma, prevede nel nostro ordinamento il possibile ricorso all'istituto della mediazione familiare.

---

<sup>30</sup> Art. 709-bis c.p.c. (*Camera di mediazione*). Fatti salvi i casi di assoluta urgenza e pregiudizio per i minori, le parti possono rivolgersi al giudice solamente se la mediazione non produca risultati. Al termine della mediazione è prevista la sottoscrizione dell'accordo che andrà presentato al giudice dalle parti per ottenerne l'omologazione.

<sup>31</sup> Alcuni emendamenti proposti al testo sono infatti proprio diretti a correggere questo punto.

<sup>32</sup> A. D'ANGELO, *op.cit.*; C. RIMINI, *Separazione e divorzio: verso una riforma?*, in *Fam. e dir.*, 1998, 496.

La norma in questione stabilisce che «*il giudice, qualora ne ravvisi l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti temporanei per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli*».

L'originario art. 2 del testo Paniz 2 e, con esso, la previsione relativa all'obbligatorietà del passaggio attraverso la mediazione familiare nella fase preliminare della separazione sono stati esclusi nella normativa di riforma.

Ciò è, in parte, dipeso dalla convinzione che "mediazione obbligatoria" sia un ossimoro, una contraddizione in termini, e che il successo della mediazione sia subordinato ad una profonda e volontaria adesione dei soggetti che intraprendono tale percorso<sup>33</sup>.

Il legislatore con l'introduzione dell'art.155-sexies c.c. affida, dunque, alla sensibilità e alla cultura del giudice la possibilità di suggerire un percorso alternativo alla lite giudiziaria. È lasciata, quindi, al giudice la valutazione circa l'opportunità di rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. al fine di consentire un tentativo di accordo tra i coniugi al di fuori dell'aula del Tribunale, con specifica attenzione per le possibilità di accordo sulla tutela dei figli e del loro benessere morale e materiale.

Un primo presupposto è, dunque, rappresentato dalla discrezionalità valutativa del giudice che reputi "opportuna" la mediazione. L'opportunità non è legata ad una prognosi riguardante le sorti della mediazione ma ad un esame sommario del livello di conflittualità rilevato tra le parti, in relazione all'idoneità del "tentativo" di mediazione (mezzo) non già "dell'accordo" (risultato). Ciò che dovrà verificare non è tanto la probabilità di riuscita dell'accordo quanto la fattibilità del tentativo.

Altri requisiti indicati dalla norma in esame sono rappresentati dall'aver sentito direttamente le parti e dal loro consenso. Il giudice solo ascoltando direttamente le parti può esprimere quel giudizio di opportunità. Inoltre, solamente dopo aver verificato il consenso delle parti si giustifica e può risultare produttivo un rinvio che, altrimenti, costituirebbe un mero rallentamento della procedura.

---

<sup>33</sup> Sul punto cfr. A. D'ANGELO, *Un contributo per un approccio giuridico allo studio della mediazione familiare*, in *Famiglia*, 3/2004, p. 547 ss.

Va, peraltro, sottolineato che la nuova disciplina, nel suo insieme, rimane alquanto vaga sotto vari profili: la figura del mediatore non viene identificata, poiché si parla genericamente di “esperti”; la scelta dell’esperto sembra dover essere fatta direttamente dalle parti, le quali non solo si trovano in una fase particolarmente delicata della loro vita, ma il più delle volte non hanno mai sentito parlare di mediazione; non viene indicato il momento più opportuno per tentare la mediazione (anteriore oppure in qualunque fase del processo) né, tantomeno, viene disciplinata in alcun modo l’efficacia (in termini di vincolatività oppure no) dell’accordo raggiunto al termine del percorso di mediazione.

È mancato in questa nuova legge, nonostante le aspettative, un intervento organico che si occupasse della mediazione familiare non in modo frettoloso ed in via incidentale, ma che disciplinasse con rigore il profilo professionale, la deontologia del mediatore e i criteri della formazione alla mediazione familiare.

Alla legge va, pertanto, riconosciuto il merito di aver previsto, tramite l’introduzione dell’art. 155-sexies, per la prima volta nel nostro ordinamento, il possibile ricorso all’istituto della mediazione familiare nei procedimenti di separazione e divorzio. Tale disciplina rimane, tuttavia, alquanto vaga sotto diversi profili lasciando aperte numerose questioni<sup>34</sup>, quali la qualificazione giuridica del mediatore familiare che, tra l’altro, viene definito genericamente “esperto”, e la possibilità dell’applicazione della mediazione al rito del divorzio. E, su tali questioni, è intervenuta, in un’opera di supplenza, la giurisprudenza che ricostruisce la figura del mediatore familiare in termini di ausiliario atipico del giudice ex art. 68 c.p.c., sottolineando, in tal modo, l’impossibilità di qualificarlo in termini di nuova figura processuale.

3. De iure condendo: *prospettive di riforma*. – La mobilitazione legislativa europea e internazionale in tema di mediazione familiare ha stimolato la predisposizione di varie proposte di legge anche nel nostro paese, molte delle quali ancora in discussione

---

<sup>34</sup> Sul punto si veda C. TROISI, *La mediazione familiare nell’applicazione della recente legge sull’affidamento condiviso*, in *famiglia e diritto*, vol. 3, 2008, pp. 264-273.

in Parlamento. Tra queste ricordiamo il disegno di legge n. 1036/2002<sup>35</sup>, recante norme in tema di *Nuove norme in materia di separazione dei coniugi e affidamento condiviso dei figli*, il quale prevede una modifica dell'articolo 155 del codice civile e l'introduzione, tra le altre cose, del nuovo art. 155-ter, relativo all'istituzione di centri familiari polifunzionali in grado di offrire anche servizi di mediazione familiare.

La proposta di legge n. 2594<sup>36</sup>, presentata in data 28 Marzo 2002, recante norme in tema di *Istituzione della figura professionale del mediatore familiare*, prevede l'inserimento dell'art 708-bis c.p.c. sul tentativo di mediazione familiare. Si tratta di un progetto di legge che ha come principale obiettivo proprio la definizione e l'inserimento della mediazione familiare nell'*iter* processuale di separazione dei coniugi.

Tra le varie prospettive di riforma della materia va segnalata la proposta di legge n. 2503<sup>37</sup> presentata il 10 giugno 2009 e assegnata alla Camera dei Deputati il 14 settembre 2009, la quale definisce il concetto di mediazione familiare distinguendola nettamente dalla conciliazione e stabilendo la sua applicabilità anche al divorzio, alla rottura del rapporto tra conviventi e ai rapporti in cui non vi siano figli.

La mediazione familiare in materia di divorzio o di separazione personale fra coniugi o di rottura del rapporto fra conviventi è un'attività in cui un terzo, professionista qualificato, neutrale, indipendente ed equidistante dalle parti, denominato «mediatore familiare», è sollecitato dalle stesse al fine di aiutarle, nella garanzia del segreto professionale e in un contesto strutturato autonomo rispetto all'ambiente giudiziario, a riorganizzare le relazioni tra esse a seguito della chiusura del rapporto di coniugio o di convivenza, nel rispetto della normativa vigente in materia<sup>38</sup>.

Uno degli elementi sui quali si è andata delineando una vasta concordanza è quello della necessità di rendere obbligatoria l'informativa sulla mediazione familiare da parte di un mediato-

---

<sup>35</sup> Su iniziativa del Senatore Callegaro.

<sup>36</sup> Su iniziativa dell' On. Bellillo ed altri.

<sup>37</sup> Su iniziativa dell'On. Pezzotta.

<sup>38</sup> Proposta di legge C. 2503, art. 1.

re. Se è vero che il percorso di mediazione familiare necessita del carattere della volontarietà per poter essere perseguito con la necessaria efficacia, è pur vero che difficilmente la coppia accederà alla mediazione senza un'adeguata informazione sulla stessa (a titolo di esempio, è comune una sua confusione con il tentativo di mera conciliazione, ormai vissuto come meramente formale o comunque non gradito).

Sempre nel primo articolo l'“esperto” dell'art. 155-*sexies* è finalmente denominato “mediatore familiare” e il suo profilo professionale è definito all'art. 3 stabilendo specifici requisiti per l'esercizio dell'attività e prevedendo a carico delle regioni l'obbligo di istituire elenchi pubblici degli organismi di mediazione familiare e dei mediatori professionisti.

Viene poi sottolineata una configurazione della professionalità del mediatore familiare pienamente autonoma e complementare rispetto a quella dell'avvocato e dello psicologo.

Partendo dalle esperienze comuni in materia di *alternative dispute resolution*, il mediatore è visto come un professionista esperto nelle tecniche di mediazione e di negoziazione, in possesso di conoscenze approfondite in diritto, in psicologia e in sociologia con particolare riferimento ai rapporti familiari e genitoriali.

L'art. 2, poi, disciplina un aspetto fondamentale per il buon esito del percorso mediativo, e cioè la sua assoluta riservatezza; solo in presenza di un ambiente che fornisca la massima garanzia di riservatezza, infatti, le parti hanno la serenità di rivelare (al solo mediatore, o anche reciprocamente) informazioni delicate e confidenziali che, opportunamente e professionalmente utilizzate dal mediatore, possono facilitare il raggiungimento di un accordo. Da tale consapevolezza discende l'assoluto divieto di chiamare a testimoniare in giudizio le parti, i professionisti loro consulenti, o lo stesso mediatore su circostanze relative al procedimento di mediazione.

L'art. 4 prevede l'introduzione dell'art. 708-*bis* nel c.p.c., il cui testo, introduce, come causa di procedibilità l'invito del giudice alle parti di rivolgersi ad un organismo di mediazione familiare o ad un mediatore familiare per acquisire informazioni sulle potenzialità di un eventuale percorso.

L'articolo 5 opera due interventi sul citato articolo 155-*sexies* del codice civile: si definisce in maniera più puntuale l'obbligo,

per il giudice, di tenere conto dell'opinione dei figli minori, e si fissano specifiche modalità operative e logistiche per la loro audizione; il secondo comma, che prevede che il giudice possa invitare le parti, con il loro consenso, a sperimentare un percorso di mediazione familiare, è abrogato.

Il 29 luglio del 2008 è stato presentato in Senato il disegno di legge n. 957<sup>39</sup> sul tema "*Modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso*" che di recente è stato virtualmente sostituito dal disegno di legge n. 2454<sup>40</sup>, comunicato alla Presidenza il 16 novembre 2010, intitolato "*Nuove norme sull'affidamento condiviso dei figli di genitori separati*". Entrambi i citati testi normativi prevedono all'art. 5 l'abrogazione del comma 2 dell'attuale art. 155-sexies c.c.

Il DDL n. 2454 all'art. 8 prevede l'inserimento dopo l'art. 706 del codice di procedura civile dell'art. 706-bis rubricato "*Mediazione familiare*", il quale prevede che in tutti i casi di disaccordo nella fase di elaborazione di un affidamento condiviso le parti hanno l'obbligo, prima di adire il giudice e salvi i casi di assoluta urgenza o di grave ed imminente pregiudizio per i minori di acquisire informazioni sulle potenzialità di un eventuale percorso di mediazione familiare, rivolgendosi ad un centro pubblico o privato, i cui operatori abbiano formazione specifica ed appartengano ad albi nazionali specifici pubblici o privati registrati nell'apposito elenco del Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.

Ove l'intervento, che può essere interrotto in qualsiasi momento, si concluda positivamente, le parti presentano al presidente del Tribunale il testo dell'accordo raggiunto. Gli aspetti economici della separazione possono far parte del documento finale, anche se concordati al di fuori del centro di cui al primo comma. In caso di insuccesso le parti possono rivolgersi al giudice, ai sensi dell'articolo 706 c.p.c.

In ogni caso la parte ricorrente deve allegare al ricorso la certificazione della acquisizione di informazioni presso il centro di cui al primo comma o concorde dichiarazione in tal senso; analogo obbligo incombe sulla parte resistente.

---

<sup>39</sup> Su iniziativa dell'On. Valentino.

<sup>40</sup> Su iniziativa dell'On. Poretti.

In caso di contrasti insorti successivamente, in ogni stato e grado del giudizio o anche dopo la sua conclusione, il giudice segnala alle parti l'opportunità di rivolgersi ad un centro di mediazione familiare, di cui al primo comma. Se la segnalazione trova il consenso delle parti, il giudice rinvia la causa ad altra data in attesa dell'espletamento dell'attività di mediazione.

Queste impostazioni legislative hanno il vantaggio di favorire lo sviluppo della responsabilità genitoriale, lasciando ai genitori la scelta di avvalersi dell'istituto della mediazione, e questo senza ricorrere a strumenti coercitivi.

L'informazione sulla mediazione viene resa direttamente dai professionisti del settore che metteranno a disposizione delle parti informazioni dettagliate sulla procedura di mediazione e la sua finalità.

Nel 2008 la Regione Lazio, mossa dall'esigenza di colmare il vuoto normativo in tema di mediazione familiare, ha legiferato in materia, emanando il 24 dicembre del 2008 la Legge Regionale n. 26, *"Norme per la tutela dei minori e la diffusione della cultura della mediazione familiare"*.

Nell'art. 1 della citata fonte regionale è stata dettata la definizione di mediazione, intesa come *«un percorso che sostiene e facilita la riorganizzazione della relazione genitoriale nell'ambito di un procedimento di separazione della famiglia e della coppia alla quale può conseguire una modifica delle relazioni personali tra le parti»*.

Nei successivi articoli 2 e 5 si affronta il tema degli obiettivi della legge e dei centri di mediazione familiare, negli articoli 3 e 4 viene descritta la figura del coordinatore per la mediazione familiare, figura professionale avente la qualifica di mediatore familiare ed istituito presso ogni azienda unità sanitaria locale. Infine nell'art. 6 è istituito presso l'assessorato regionale competente in materia di politiche sociali per regione l'elenco regionale dei mediatori familiari al quale è previsto possono iscriversi coloro che sono in possesso di laurea specialistica in discipline pedagogiche, psicologiche, sociali o giuridiche nonché di idoneo titolo universitario, quale master, specializzazione o perfezionamento, di durata biennale, di mediatore familiare oppure di specializzazione professionale conseguita a seguito della partecipazione ad un corso, riconosciuto dalla Regione Lazio della durata minima di cinquecento ore.

Con la Sentenza n. 131 del 12 aprile 2010, la Corte Costituzionale con la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2, e artt. 3, 4, 6 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008 n. 26, ha posto nel nulla l'unica disposizione normativa che ad oggi regolamentava la professione di mediatore, disciplinandone anche i criteri per l'accesso alla professione.

La Corte ha affermato che la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle "professioni" deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale.

Anche l'istituzione di un registro professionale e la previsione delle condizioni per l'iscrizione in esso, hanno una funzione individuatrice della professione che è preclusa alla competenza regionale (sentenze n. 93 del 2008 e n. 138 e n. 328 del 2009).

Il giudizio di legittimità costituzionale è stato sollevato con ricorso notificato il 27 febbraio 2009, dal Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, relativamente agli artt. 1, comma 2, e artt. 3, 4, 6 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008 n. 26, nonché alle disposizioni con essi inscindibilmente connessi o dipendenti e all'art. 1 della legge della Regione Lazio 24 dicembre 2008 n. 27 (Modifiche alla deliberazione legislativa approvata dal Consiglio regionale nella seduta del 10 dicembre 2008) affermandone il contrasto con l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, nella parte in cui esso attribuisce allo Stato la competenza legislativa riguardo ai principi fondamentali in materia di professioni.

La censura mossa alla legge Regione Lazio n. 26/2008 è quella di avere disciplinato la figura del mediatore e del coordinatore per la mediazione familiare, introducendo così una figura professionale non regolamentata dalla legge statale.

Infatti, l'art. 1, comma 2, della legge Regione Lazio n. 26/2008 ha dettato una definizione generale del ruolo e della figura professionale del mediatore familiare; gli artt. 3 e 4 hanno disciplinato la figura di mediatore familiare costituita dal coordinatore per la mediazione familiare (istituito presso ogni Asl), l'art. 6, infine, ha istituito un elenco regionale presso l'assessorato regio-

nale dei mediatori familiari ed indicato l'analitica disciplina dei requisiti per l'accesso all'elenco stesso.

Ebbene, secondo la Presidenza del Consiglio dei Ministri le sopracitate norme sarebbero in contrasto con l'art. 117 della Costituzione, terzo comma, norma che come modificata dalla Legge Costituzionale n. 3 del 18.10.2001, assegna alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni, quella in ordine alle "professioni", relativamente alle quali le Regioni possono legiferare «*nell'ambito dei principi fondamentali espressamente determinati dallo Stato o in difetto desumibili dalle leggi statali vigenti*» (art. 1, comma 3, Legge 05.06.2003 n. 131).

Rientra nella competenza delle Regioni soltanto la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale.

La difesa della Regione Lazio in ordine alla sollevata eccezione di incostituzionalità si è svolta sul significato e sulla differenza tra "figura professionale" e "professionista" quale lavoratore autonomo operante nell'ambito della mediazione familiare.

La Regione Lazio, in sua difesa, ha affermato che la normativa regionale emanata verteva su aspetti pubblicistici della figura professionale del mediatore, figura professionale di un soggetto che opera all'interno di una struttura sanitaria e non a seguito di un mandato professionale nell'ambito di un contratto d'opera.

Ciò è desumibile dal dato letterale della norma che all'art. 1, comma 2, prevede che il mediatore familiare venga «*sollecitato dalle parti o su invito del giudice o dei servizi sociali comun inali o dei consultori o del garante dell'infanzia e dell'adolescenza [...]*».

Il testo normativo dunque prevede che l'attività del mediatore familiare non trovi la sua fonte in un contratto d'opera intellettuale, bensì in un sollecito, da parte degli interessati, cioè in una richiesta di intervento quale può rivolgersi solo ad una pubblica autorità ovvero in un invito del giudice o di enti pubblici.

Trattasi dunque di situazione ben lontano dal conferimento di un mandato professionale di tipo privatistico.

Secondo la Regione Lazio le finalità del mediatore familiare di cui alla legge regionale citata sarebbero ben lontane dall'esercizio di una professione, ai sensi dell'art. 117 Cost.

Continua ancora la Regione, che anche la stessa previsione di cui all'art. 6 dell'elenco regionale dei mediatori, non è da inten-

dersi come istitutivo di una professione, ma assolve soltanto una funzione di individuare una lista di soggetti, dotati di particolare professionalità, alla quale poter attingere per il loro inserimento nell'ambito delle ASL o eventualmente di altri enti regionali.

Conclusivamente, la Regione afferma che dal complesso delle norme regionali emergerebbe che il mediatore familiare o il coordinatore per la mediazione, è in realtà un ufficio, per il quale i singoli addetti svolgono la loro opera, non in quanto scelti dalle parti o dal giudice o da altre autorità, ma in quanto inseriti in un'organizzazione gerarchicamente ordinata, nella quale non assume rilievo esterno la scelta soggettiva del singolo operatore.

La Corte Costituzionale ha ritenuto fondata la questione di illegittimità sollevata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ritenendo che l'impianto complessivo della legge regionale dovesse essere ricondotto propriamente alla materia concorrente delle "professioni" di cui all'art. 117, comma terzo, Costituzione in quanto la legge regionale contiene una definizione della mediazione familiare, disciplina le caratteristiche del mediatore familiare e stabilisce gli specifici requisiti per l'esercizio dell'attività con la previsione di un apposito elenco e delle condizioni per la iscrizione in esso, e così facendo invade senza alcun dubbio una sfera di competenza statale.

Conclude la Corte Costituzionale che la legislazione statale con l'art. 155-sexies c.c., introdotto dalla legge n. 54 dell'8 febbraio 2006, ha soltanto accennato all'attività di mediazione familiare, senza prevedere alcuna specifica professione, ed ad oggi non ha introdotto la figura professionale del mediatore familiare, né stabilito i requisiti per l'esercizio dell'attività.

Nell'assenza di una cornice normativa statale, hanno operato per anni e continuano ad operare le associazioni private sparse in tutta Europa, che nel 1997 hanno dato origine al Forum europeo dei centri di formazione alla mediazione familiare che ha effettuato il suo primo congresso internazionale a Lione nel giugno del 1998.

Il Forum ha promosso una omogeneizzazione dei programmi di formazione dei diversi centri ed istituti, stabilendo degli standard minimi formativi per garantire il riconoscimento dei percorsi e dei diplomi e conseguentemente un livello qualitativo di formazione a garanzia dell'utenza nell'incontrare mediatori dotati di adeguata professionalità.

Il 20 maggio del 2010, proprio al fine di colmare questo vuoto normativo, è stato presentato in Senato il disegno di legge n. 2203<sup>41</sup>, intitolato *“Istituzione e regolamentazione della figura professionale del mediatore familiare”*, assegnato alla 2<sup>a</sup> Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 19 gennaio 2011 ed il 17 novembre 2010, alla Camera dei Deputati, la proposta di legge C. 3868<sup>42</sup> intitolato *“Istituzione della figura professionale del mediatore Familiare”* e assegnato alla 2<sup>a</sup> Commissione Giustizia in sede Referente il 13 dicembre 2010.

Nel DDL n. 2203 all’art. 3 rubricato *“Istituzione della professione di mediatore familiare”* si dispone che *«al fine di garantire l’effettività di quanto stabilito dagli articoli 1 e 2, è istituita la figura professionale del mediatore familiare, di seguito denominato “mediatore”. Esso svolge le seguenti funzioni: a) si adopera affinché i genitori elaborino in prima persona un accordo di separazione soddisfacente per sé e per i propri figli; b) promuove l’esercizio da parte dei soggetti coinvolti della comune responsabilità genitoriale; c) favorisce, in maniera neutrale e in completa autonomia dal procedimento giudiziario, la ricerca di un accordo in sede di separazione o di divorzio, supportando i soggetti interessati anche nella fase successiva alle decisioni di carattere giurisdizionale; d) sostiene le parti affinché si possa giungere ad un’intesa che sia frutto del libero consenso di entrambi i coniugi»*.

L’art. 4 del DDL n. 2203 è dedicato ai *“Requisiti per l’esercizio dell’attività di mediatore”* e prevede che l’esercizio dell’attività di mediatore sia subordinato ad una specifica formazione professionale, da acquisire, dopo il conseguimento delle lauree di cui al comma 4, mediante corsi di formazione, addestramento e un tirocinio teorico-pratico in mediazione familiare, così come definito dall’art. 2 della presente legge, attivati ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, presso scuole di specializzazione universitaria o presso istituti a tal fine riconosciuti con le procedure di cui all’art. 3 del medesimo decreto del Presidente della Repubblica n. 162 del 1982.

I corsi di specializzazione di cui al comma 1 prevedono un monte ore complessivo non inferiore a 240. Per esercitare la pro-

---

<sup>41</sup> Su iniziativa dell’On. Adamo.

<sup>42</sup> Su iniziativa dell’On. D’Ippolito Vitale.

fessione di mediatore è necessario aver conseguito l'abilitazione in mediazione familiare mediante l'esame di Stato ed essere iscritto nell'apposito albo professionale.

Con regolamento adottato con decreto del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, da emanare entro sei mesi alla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabiliti: «a) i corsi di laurea il cui conseguimento costituisce requisito per l'ammissione ai corsi di specializzazione di cui al comma 1; b) le modalità di svolgimento e i contenuti dell'esame di Stato di cui al comma 3».

L'art. 6 della proposta di legge C. 3868 rubricato "*Corsi di formazione e di specializzazione*" detta la disciplina in tema di corsi di formazione, prevedendo che l'organizzazione dei corsi di formazione e di specializzazione per mediatore familiare sia attribuita alle università, agli enti locali, nonché ad associazioni, società e de enti accreditati dall'associazione.

Ai fini del riconoscimento da parte dell'associazione, i corsi di formazione e di specializzazione per mediatore familiare devono essere conformi ai parametri stabiliti dalla medesima associazione ed essere coordinati da un mediatore familiare iscritto alla stessa associazione, che riveste la qualifica di direttore didattico.

4. *Applicazioni giurisprudenziali.* – Nell'attesa che anche il nostro paese si adegui, con una specifica disciplina interna, all'orientamento riscontrato nella normativa europea ed internazionale di sostanziale riconoscimento e valorizzazione delle tecniche di mediazione familiare, la giurisprudenza ha iniziato a introdurre la mediazione nel complesso tessuto del procedimento giurisdizionale, sia promuovendo forme sperimentali di cooperazione con i servizi di mediazione esistenti sul territorio sia forzando l'interpretazione delle norme vigenti per consentire la sospensione del processo e tentare di ottenere, attraverso le tecniche di mediazione, un accordo, condiviso dalle parti, da sottoporre poi all'omologazione del giudice<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Alcune esperienze di Protocolli d'intesa fra alcune Procure della Repubblica, Tribunali per i minorenni ed Enti territoriali o Centri del privato sociale sono: la Sezione di mediazione familiare, istituita presso l'Università di Roma "La Sapienza" realizzata in collaborazione con l'Ufficio Tutela della

In particolare, in alcune esperienze giudiziarie<sup>44</sup>, si è tentato l'inserimento del percorso di mediazione attraverso lo strumento della consulenza tecnica d'ufficio<sup>45</sup>, disposta per verificare le migliori condizioni per i figli nonché l'idoneità genitoriale, al fine di dare al giudice indicazioni rispetto al tipo di affidamento e ai criteri attraverso cui scegliere il genitore affidatario, previa esplorazione delle modalità transattive. Secondo questo orientamento, sarebbe il C.T.U. nominato dal giudice a proporre e magari condurre il percorso di mediazione al fine di concludere un accordo, condiviso dalle parti, relativo all'affidamento e alle altre questioni riguardanti i figli.

5. *Valore giuridico-sociale dell'ordinanza.* – L'ordinanza del Tribunale di Lamezia Terme del 28 novembre 2007<sup>46</sup> permette alla mediazione familiare di conquistare un nuovo spazio di azione anche nell'ambito del rito divorzile<sup>47</sup> attraverso un'interpretazione innovativa della legge 54/2006 sull'affidamento condiviso.

La legge, infatti, introducendo l'art.155-sexies c.c., in tema di separazione coniugale, prevede che il giudice possa invitare i

---

Pretura di Roma e del Centro GeA, attivato presso l'area minori del Settore Servizi Sociali del Comune di Milano; l'Ufficio Mediazione in collaborazione col Centro per la Giustizia minorile, del Tribunale per i minorenni e del Comune di Torino; l'Ufficio per la Mediazione civile e penale costituito all'interno degli Uffici giudiziari minorili di Bari; cfr. F. OCCHIOGROSSO, *Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia*, in *Minorigiustizia*, 1999, fasc. 2; A. COPPOLA DE VANNA, *L'ufficio per la mediazione civile e penale nell'esperienza barese*, in *Minorigiustizia*, 1999.

<sup>44</sup> Tribunale di Genova, Cagliari.

<sup>45</sup> M. AZZACCONI, *Conflittualità nei ruoli coniugali e mediazione nella identità genitoriale: interventi di mediazione durante l'incarico di consulenza tecnica psicologica*, in *Famiglia e Minori*, Roma, 1999. «L'incarico di consulenza tecnica di ufficio (C.T.U.), nonostante la natura e la definizione specifica delineata nel c.p.c. (artt.61-64 e artt.191-201), in alcuni casi si può trasformare in un vero intervento di mediazione familiare». *Contra*, cfr. E. CIRILLO, *La giustizia compositiva nel processo civile della famiglia*, in *Minorigiustizia*, 2002.

<sup>46</sup> Sul punto cfr. *amplius* C. TROISI, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, in *famiglia e diritto*, vol. 3, 2008, pp. 264-273.

<sup>47</sup> Sulla disciplina generale del divorzio cfr. per tutti A. MUSIO, *Il divorzio. Profili generali*, in *Il diritto di famiglia in dottrina e in giurisprudenza. La separazione. Il divorzio*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Giappichelli, Torino, II, 2005, 213 ss.

coniugi, avvalendosi di esperti, a tentare un percorso di *mediazione* per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

Inoltre, a ridimensionare il dubbio circa l'applicabilità della disciplina in esame al rito del divorzio è l'art. 4, comma II, legge 54/2006, il quale prevede che le disposizioni della normativa (quindi anche l'art. 155-*sexies* c.c.) si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati.

La norma di cui all'art. 155-*sexies*, comma II, c.c. sarebbe, secondo l'orientamento della presente ordinanza, comunque applicabile in via analogica nel procedimento divorzile, considerata, tra l'altro, la previsione del potere conferito al giudice di esperire anche nel rito del divorzio il tentativo di conciliazione corrispondente alle medesime ragioni giustificative dell'istituto nell'ambito del procedimento inteso a conseguire la separazione. Anche nel rito del divorzio permane, cioè, l'interesse preminente e primario alla tutela della prole, in particolare dei figli minori, cosicché, laddove la mediazione sia deputata a realizzare siffatta tutela, escluderla creerebbe un *vulnus* agli artt. 3, 30, 31 Cost.

Di conseguenza, l'ordinanza in esame precisa chiaramente che l'estensione analogica dell'istituto anche al rito del divorzio può essere postulata anche in forza del ricorso allo strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata o teleologica o sistematica, in guisa del richiamo al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

Si è riflettuto, inoltre, su un altro aspetto della vicenda relativo alla concreta efficacia delle procedure di mediazione, le quali, trascorso il dovuto tempo di elaborazione dal fallimento coniugale (tre anni dalla separazione), vedono i genitori generalmente più disponibili e attenti alle esigenze dei loro figli rispetto agli impeti e ai rancori che hanno caratterizzato la separazione.

6. *Natura giuridica del mediatore.* – L'ordinanza del 5 dicembre 2007<sup>48</sup>, di poco successiva all'ordinanza prima richiamata e

---

<sup>48</sup> Sul punto cfr. *amplius* C. TROISI, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, in *famiglia e diritto*, vol. 3, 2008, pp. 264-273.

emessa dallo stesso Giudice Spadaro, richiama l'attenzione sulla diversa questione relativa alla qualificazione giuridica del mediatore.

La decisione sottolinea – alla luce del dato normativo, il quale non si è mostrato particolarmente “progressista” da recepire *in toto* l'istituto della mediazione quale nuovo ed autonomo sistema di ADR – l'impossibilità di qualificare il mediatore in termini di nuova figura processuale o extraprocessuale, recisa dalla veste tipica del consulente tecnico ovvero dell'ausiliario.

Questa conclusione viene raggiunta attraverso un'interpretazione sistematica del dato normativo.

Innanzitutto, il codice civile, all'art. 155-*sexies*, discorre genericamente di “esperti” e non di mediatori, in modo da ricondurre la figura a quelle già esistenti senza creazione di una nuova professionalità.

Ciò è confermato anche dalla circostanza che la mediazione emerge non già sul piano soggettivo (i mediatori tentano una composizione) bensì su quello oggettivo (gli esperti tentano una mediazione).

La disposizione di cui all'art. 155-*sexies* c.c., rubricata *Poteri del giudice ed ascolto del minore*, richiama la circostanza che la scelta discrezionale di far ricorso alla mediazione vada iscritta nel novero dei “nuovi poteri” del giudicante, e un simile inquadramento sistematico evoca il potere di ricorrere all'assistenza di organi d'ausilio.

Si tratterebbe, cioè, di uno di quei casi previsti dalla legge ex art. 68 c.p.c., rubricato “altri ausiliari”, in cui «il giudice può farsi assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da solo», come già una giurisprudenza antecedente alla legge sull'affido condiviso aveva affermato<sup>49</sup>.

L'uso, non certo casuale, del termine “avvalersi”, per designare l'attività del giudice da svolgersi accompagnato dagli esperti, ex art. 155-*sexies* c.c., richiama evidentemente uno stretto rapporto tra costoro e il giudice stesso. Il compenso dovuto agli ausiliari, previsti dall'articolo 68 c.p.c., sarebbe quindi liquidato, ai

---

<sup>49</sup> Decreto del Tribunale di Bari del 21 novembre 2000, in *Giur. merito*, n. 2, 2001.

sensi dell'art. 52 delle disposizioni di attuazione del c.p.c., con decreto dal giudice che li ha nominati o dal capo dell'ufficio giudiziario al quale appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario che li ha chiamati, tenuto conto dell'attività svolta.

La ricostruzione della figura del mediatore in termini di ausiliario del giudice non è stata accolta con favore da chi ritiene elemento fondamentale – ai fini di un corretto, efficace e deontologico percorso di mediazione – il rispetto del principio di autonomia e indipendenza del mediatore.

Una posizione di terzietà, quindi, rispetto al processo, che non sembrerebbe essere garantita da un mediatore-ausiliario, dipendente dal giudice sotto il profilo della scelta circa l'opportunità o meno dell'invito alla mediazione, della nomina nonché del compenso stesso.

Sarebbe preferibile un percorso mediatorio da svolgersi in strutture indipendenti dal tribunale e con mediatori professionisti, non semplici esperti/ausiliari del giudice, al fine di realizzare quella fisiologica e necessaria equidistanza, caratteristica imprescindibile dei percorsi di mediazione<sup>50</sup>.

---

<sup>50</sup> Sul punto cfr. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti. La mediazione come tecnica di risoluzione alternativa delle controversie*, ESI, Napoli, 2007, 229 ss.



MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH\*

## LA MEDIACIÓN FAMILIAR

“Mediación”, deriva del latín *medius-medium*, que significa “en el medio”<sup>1</sup>. De este modo, puede parecer fácil dar una definición de la mediación familiar, pero en la realidad plantear un concepto resulta más difícil de lo que parece<sup>2</sup>. Las dificultades para poder definir la mediación se encuentran sobre todo en la naturaleza interdisciplinar de esta materia<sup>3</sup>, lo que provoca que dependiendo de la profesión del que formula un concepto de mediación, se defina de uno u otro modo. Quién pertenezca al ámbito jurídico incidirá en dicho aspecto, y quién acuda al concepto desde la perspectiva de un psicólogo, lo verá de forma doctrinal muy distinta.

A mayor abundamiento, este procedimiento de resolución de conflictos en el seno familiar ha sido definido de distinto modo en las diferentes leyes autonómicas que existen al respecto, lo que no facilita en absoluto un concepto unívoco de mediación familiar. Es decir, en vez de existir primero una regulación única, estatal, aplicada en todas las CCAA., el proceso se hizo al con-

---

\* Universidad de Vigo.

<sup>1</sup> Cfr. L. PARKINSON, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, trad. esp. Barcelona 2005, p. 22.

<sup>2</sup> Vid. al respecto, J.M. LLOPIS GINER, “La mediación: concepto y naturaleza”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia 2003, p. 11, en donde afirma que nos encontramos ante una “tarea no sencilla” si se habla exclusivamente de mediación en el ámbito familiar.

<sup>3</sup> Como señala C. BOQUE TORREMORELL, *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona 2003, p. 21, definir la mediación no es tarea fácil, ya que supone plantear un discurso teórico complejo originado en ámbitos interdisciplinarios discordantes que van acompañados por prácticas aún más inconexas, agravado por el hecho de que falte en muchos textos sobre mediación una definición sobre la misma.

trario, por lo que existen múltiples leyes con respecto a la mediación familiar, sin derivar de un tronco común legislativo en el que apoyarse.

Con todo, desde hace poco tiempo tenemos el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que sí define la mediación, aunque sea desde un punto de vista general, en el título I, en el artículo 1: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

Refiriéndonos en concreto a la mediación familiar, la podríamos definir como un proceso de resolución de conflictos, no jurisdiccional, voluntario y confidencial que permite a las parejas que quieran separarse disponer de un lugar, distinto del Juzgado donde dialogar y comunicarse para llegar a soluciones satisfactorias con respecto a su futuro y al de sus hijos, si los hubiera. Todo ello sin perder de vista la realidad vigente, que constata que la conflictividad actual en la familias no resulta sólo de situaciones de separación, divorcio o rupturas de pareja, sino de otras muchas situaciones que provocan diversos conflictos en el seno familiar, como por ejemplo sucede con las segundas parejas de los progenitores, los hijos nacidos de esta unión, las diferencias entre hermanos por la asistencia a sus padres dependientes o de avanzada edad, por adopciones, etc. Podríamos además añadir que la mediación regulada por las distintas leyes autonómicas es una mediación jurídica<sup>4</sup>, definida por ley en la que los jueces deben aprobar los acuerdos que se alcancen a través de la mediación, en la que se concede la titularidad de uno o varios derechos<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> C. SÁNCHEZ Hernández, “Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la mediación familiar”, en *Derecho de Familia*, Pamplona 2012, p. 1458, en donde añade que los abogados de las partes “en muchas ocasiones intervienen en las sesiones de la mediación, sobre todo cuando la misma es intrajudicial”.

<sup>5</sup> F. PUY MUNÓZ; “La expresión ‘mediación jurídica’. Un análisis tópico”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, Madrid 2007, p. 30 y 31, en donde motiva que toda mediación es jurídica: 1º. Los conflictos son siempre conflictos de posesión de Derechos; 2º. La idea de mediación penetra toda la experiencia jurídica, y especialmente sus dos provincias centrales, que son la Legislación y la Jurisdicción”.

Hay que dejar claro que la mediación no es intermediación. Un mediador no es un amigo, padre, madre o profesional que da consejos o resuelve los problemas. Es un experto, neutral e imparcial que posibilita la comunicación entre las partes, para que puedan llegar a alcanzar acuerdos entre ellas, sellándolos con un acuerdo de mediación<sup>6</sup>. La comunicación es fundamental en la mediación, ya que esta se basa en un acto intrínsecamente humano y este es el de la comunicación. Se diferencia también del arbitraje, en el que las partes no tienen control sobre el proceso una vez que haya comenzado, ya que el árbitro tiene poder para imponer soluciones, mientras el mediador carece de tal facultad<sup>7</sup>. Y tampoco se debe identificar con la conciliación, en la que el conciliador adopta un papel pasivo, ya que el mediador diseña todo el proceso, interviniendo de forma activa en ayudar a generar las distintas alternativas de solución de la controversia familiar. Como se contempla en la Exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2012, anteriormente citado, del mediador se pretende “una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”. Incluso se ha querido ver cierta similitud entre el contrato de mandato y la mediación familiar, algo imposible al no ser el mediador representante de ninguna de las partes.

Lo positivo de la mediación es que cuenta con más ventajas que desventajas, ya que reduce el que hacer de los Tribunales de justicia, ahorra tiempo y dinero<sup>8</sup>, y evita que haya ganadores y

---

<sup>6</sup> Vid. al respecto, J.M. HAYNES, *Fundamentos de la mediación familiar*, 3ª ed., Madrid 1995, p. 11: “La mediación es un proceso en virtud del cual un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto. Esta es la razón por la que la mediación es tan adecuada para la resolución de los conflictos de separación o divorcio”.

<sup>7</sup> T. BERNAL SAMPER, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, 4 ed. Madrid 2008, p. 85, aclarando en p. 86 que “la mediación es la intervención en una disputa o negociación, de un tercero competente e imparcial, aceptado por las partes, que carece de poder de decisión y que ayuda a las partes a alcanzar voluntariamente su propio arreglo extrajudicial”.

<sup>8</sup> J.M. HAYNES, *Fundamentos de la mediación familiar*, cit. p. 13: “La mediación es más rápida. Desde que todas las decisiones son realizadas cara a cara, la resolución de la disputa lleva menos tiempo en la mediación que en

perdedores, como dice el artículo 7 del Real Decreto-ley 5/2012: *"Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores. En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas"*. Además aumenta la creatividad a la hora de buscar el acuerdo<sup>9</sup>, aumenta el protagonismo y responsabilidad de las partes y los acuerdos logrados gozan de mayor estabilidad. Por otro lado, se señalan como puntos negativos, entre otros, el que las mujeres normalmente alcanzan peores acuerdos -aunque hoy resulta difícil de creer que los intereses de la mujer sean perjudicados cuando participa en un proceso de mediación<sup>10</sup> - y que se confunda la mediación con la terapia familiar.

Por lo que respecta al ámbito de actuación de la mediación familiar<sup>11</sup>, debe concretarse en materias de derecho disponible,

---

el sistema legal contradictorio. La mediación es más barata. Desde el momento en que sólo interviene un profesional, el coste de resolución del conflicto es mucho menor en la mediación que en un proceso judicial", aunque el nuevo Real Decreto-ley 5/2012 en su apartado III de la exposición de motivos declare que "el real decreto-ley utiliza el término mediador de manera genérica sin prejuzgar que sea uno o varios".

<sup>9</sup> T. BERNAL SAMPER, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, cit. p. 94.

<sup>10</sup> Cfr. R. ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, "Dinámicas del conflicto en el entorno familiar", en *Mediación familiar*, M.A. SORIA, C. VILLAGRASA, I. ARMADANS, (Coordinadores), Barcelona 2008, p. 37: "Algunos autores y profesionales han expresado la preocupación de que las mujeres se encuentran en situación de desventaja en el proceso de la mediación. Argumentan que las mujeres no han sido socializadas para negociar con los hombres, y que hay desequilibrios de poder entre hombres y mujeres... y que estos desequilibrios se reproducirán en la mediación", añadiendo a continuación que la investigación no sostiene estas preocupaciones, ya que se encontraron en diversos estudios de mediación con estilos similares entre padres y madres, por lo que hoy no se debería de incidir en esa supuesta desventaja de la mujer en el proceso de mediación con respecto al hombre.

<sup>11</sup> Vid. al respecto, F.L. HIDALGO, "Ámbitos de aplicación de la mediación familiar", en *Mediación familiar*, J.H. BOUCHÉ PERIS, F. HIDALGO MENA (Directores), Madrid 2010, p. 149 y ss. en donde afirma que existe un amplio abanico de posibilidades en las que se puede aplicar la mediación familiar, casi a

quedando excluidas las cuestiones de naturaleza imperativa que no pueden dejarse a la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que los particulares no podrán decidir algo contrario a un mandato legal<sup>12</sup>.

Por lo que respecta a los precedentes de la mediación familiar en España<sup>13</sup>, se han querido ver en la Junta de parientes del Derecho Aragonés, institución de origen consuetudinario (objeto de regulación escrita por la Compilación de Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967, posteriormente modificada por ley aragonesa del 21 de mayo de 1985), en la que se extiende a los supuestos para evitar el pleito, no vinculándola exclusivamente al servicio de la Casa Alto aragonesa, en la que en principio encontraba esta institución su razón de ser “sino como una auténtica vía de mediación familiar, adaptada a las necesidades y realidad de la moderna familia aragonesa”. Con todo, en lo que se parece es en la autonomía para acceder a la Junta y en que el conflicto no sale del ámbito familiar, pero se diferencia en que la Junta decide en caso de desacuerdo, y en la mediación familiar el mediador NO tiene en ningún supuesto facultad para tomar decisiones por las partes.

Un antecedente mucho más lejano se podría encontrar en el *consilium domesticum*, institución de derecho romano contemplada dentro del derecho de familia, tribunal doméstico en el que se juzga a los sometidos a la patria potestad por parte del titular de la misma, en el ejercicio de una jurisdicción singular

---

cualquier conflicto que surja en el seno de una familia, para ayudarle a recuperar su propio equilibrio. De hecho, habla de mediación en todas las etapas de la evolución de una familia, desde que se constituye una nueva pareja hasta la atención y cuidado de las personas mayores.

<sup>12</sup> Cfr. C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la mediación familiar”, cit. p. 1461, concluyendo que: “Únicamente en aquellos sectores en que los particulares tienen la posibilidad de regular sus propios intereses, es en donde la mediación puede ser efectiva”, lo que le lleva a deducir en p. 1462 que es necesario por lo tanto para ser mediador tener un conocimiento profundo del Derecho de familia, que lleve a una decisión equivocada aunque esté consensuada por ser contraria al mandato legal, lo que nunca se podría homologar en vía judicial.

<sup>13</sup> Por ejemplo, el “home bo” en Cataluña, o el “hombre de respeto” en la cultura gitana.

restringida al ámbito familiar. También se utiliza la expresión *iudicium domesticum* para referirse a este tribunal especial, lo que clarifica la intención de juzgar contenida en dicho concepto. Estamos ante un juicio delimitado en su ámbito espacial, ya que se trata de un tribunal legitimado únicamente para juzgar a los componentes de una determinada familia romana, integrada por los sujetos sometidos al *pater familias*, que es la máxima autoridad en el seno familiar. Con todo, la capacidad punitiva de dicho instituto lo aleja claramente de la mediación familiar, teniendo en común tan sólo el hecho de referirse al núcleo familiar, pero asumiendo el *pater familias* el rol de juez y no el de un simple mediador. Esta es la institución que estoy investigando en estos momentos, con muchos interrogantes en cuanto a su constitución, realidad independiente y período de vigencia, entre otros, ya que su existencia ha sido objeto de controversia por parte de la doctrina y así, mientras unos apuestan por la realidad de tal institución como claro ejemplo del poder del *pater familias* en el Derecho romano, otros dudan de la legitimidad de este tribunal para enjuiciar a un miembro de la familia en caso de cometer un acto ilícito.

Podemos nombrar en primer lugar las iniciativas de la Unión europea sobre mediación familiar. La Comisión presentó en el 2004 una *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, en el que se incluye una definición de mediación, pero imprecisa sin incluir los elementos esenciales de la mediación, al no afectar únicamente esta Directiva a la mediación familiar. Después de la toma en consideración de algunas enmiendas en el Parlamento, se aprobó la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008<sup>14</sup>, y la transposición de la Directiva debía observarse por los Estados miembros antes del 21 de mayo de 2011 (art. 12). Como se recoge en el Considerando (11): “ La presente Directiva

---

<sup>14</sup> T. BERNAL SAMPER, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, cit. p. 115, en donde afirma con respecto al concepto de mediador en la Directiva Europea: “Es de agradecer el cambio originado respecto al borrador, donde el mediador estaba definido de forma aséptica. Ahora, las características de eficaz, imparcial y competente dejan más clara la importancia del papel del tercero”.

no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto.

(12) La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente”.

De este modo, el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, declara en su Exposición de motivos que aunque “este real decreto-ley incorpora al Derecho español 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 mercantiles, su regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea”, ya que la Directiva establece unas normas mínimas para fomentar la mediación en conflictos transfronterizos de carácter civil o mercantil. Además, con motivo del plazo de la transposición de la directiva se declara lo siguiente: “Precisamente, el transcurso del plazo de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva...que finalizó el 21 de mayo de 2011, justifica el recurso al real decreto-ley, como norma adecuada para efectuar esa necesaria adaptación de nuestro Derecho, con lo que se pone fin al retraso en el cumplimiento de esta obligación, con las consecuencias negativas que comporta para los ciudadanos y para el Estado por el riesgo de ser sancionado por las instituciones de la Unión Europea”.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, la inclusión de la mediación en el *Código civil, por la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (BOE nº 163, de 9 de julio de 2005), constituyó un hito en el reconocimiento de esta institución (al margen de que las referencias a la materia no estaban en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, sino que fueron aprobadas a lo largo de la tramitación parlamentaria de la ley 15/2005). De este modo, se reconocía en su Exposición de Motivos: “Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral”<sup>15</sup>. A pesar del esfuerzo realizado debemos convenir que falta desarrollar una cultura en la sociedad española que convenza de las bondades de la mediación como procedimiento útil y ágil y resolutorio, ya que los ciudadanos siguen creyendo que los tribunales son el medio natural en el que deben dirimirse todos los conflictos<sup>16</sup>. En realidad, deberíamos someter a los tribunales los conflictos que carecen de solución razonable, siendo en este caso imprescindible una decisión judicial en proceso contradictorio<sup>17</sup>.

En el caso de la Ley de Enjuiciamiento civil, se modificaron los artículos 770 y 777. El artículo 770 de la LEC establece las

---

<sup>15</sup> Vid. al respecto, P. ORTUÑO MUÑOZ, *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Navarra 2006, p. 108 ss., en donde afirma que, aunque la reforma en materia de mediación introducida por esta norma se queda corta, estamos ante “un paso importante en la implantación de esta metodología en el ámbito intrajudicial, dotando de rango legal en el ámbito procesal a las prácticas forenses que, amparadas por el impulso de determinados gobiernos autonómicos, se estaban desarrollando”.

<sup>16</sup> Cfr. C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la mediación familiar”, cit., p. 1446.

<sup>17</sup> A.J. PÉREZ MARTÍN, “La carrera hacia la mediación familiar”, en *Lex Nova*, abril-junio 2002, p. 18, en donde afirma que al juzgado sólo debe llegar “el conflicto que humanamente no ha sido posible resolver”.

reglas para la tramitación a través del juicio verbal de las demandas de separación y divorcio (salvo las previstas en el 777 de la LEC), las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código civil (“Del matrimonio”). La ley 15/2005 ha añadido una nueva regla a lo previsto en el artículo 770 de la LEC, diciendo que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación” (regla 7ª). El citado artículo 19.4 de la LEC concede a las partes la posibilidad de solicitar “la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los 60 días”. Uno de los motivos de las partes para solicitar esta suspensión del proceso matrimonial puede ser someter el conflicto a mediación, pero tenemos que resaltar que el plazo aquí concedido de 60 días no coincide con el plazo máximo que recogen algunas leyes autonómicas con respecto al procedimiento de mediación familiar.

Por lo que se refiere al artículo 777 de la LEC, hay que decir que regula el procedimiento por el que se tramitan las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. En el apartado 2, al escrito deberán acompañar, además de otros documentos, la propuesta del 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”.

Con todo, fue la *Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio civil en el Código civil y procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*, la que facilitó la entrada de la mediación en los Juzgados y en la sociedad. A partir de esta ley fue posible arbitrar sistemas para afrontar extrajudicialmente las crisis matrimoniales, ya que la imposibilidad legal de separación o divorcio antes de 1981 hacía que no se pudiese aplicar la mediación.

También la creación de los Juzgados de familia, por Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, así como de equipos técnicos adscritos a ellos, en noviembre de 1983. Ahí nació un tipo impor-

tante de mediación familiar, la “intrajudicial”<sup>18</sup>, dentro de los juzgados, con un éxito más que notable. Podemos citar el caso del Juzgado número 14 de Barcelona, en el que Pascual Ortuño, magistrado, y un sicólogo, Ignacio Bolaños, pusieron en marcha una experiencia piloto en los años 90, de mediación intrajudicial, que podía solicitarse en cualquier momento del procedimiento: en medidas provisionales, durante las fases de “prueba” y de “mejor proveer”, en la ejecución de sentencia o en la modificación de una sentencia ya dictada (el proceso de mediación duraba unos dos meses, con un promedio de 6 sesiones).

En la actualidad, la importancia de estas experiencias piloto de mediación intrajudicial, se ha traducido en una mayor presencia de este tipo de mediación en España, frente a la extrajudicial, más difícil de medir en resultados, por lo que la mediación intrajudicial se ha convertido en un referente a la hora de resolver un conflicto familiar. Los datos porcentuales reflejan una gran aceptación de la mediación cuando es intrajudicial, aunque los resultados de la misma cambian significativamente dependiendo de cada Comunidad Autónoma. Por ejemplo, en la Comunidad gallega se ha llegado a un acuerdo en general de un cincuenta por ciento de los casos, pero se debe contribuir mucho más a la divulgación del servicio de mediación intrajudicial porque los casos sometidos a mediación no dejan de ser anecdóticos con respecto a los que siguen la vía judicial sin mediación<sup>19</sup>. Creemos que una correcta difusión de la mediación in-

---

<sup>18</sup> Vid. M. MARTÍN NÁJERA, “La mediación intrajudicial”, en M.J. VARELA PORTELA, (Dir.): *Separación y Divorcio. Cuadernos de Derecho Judicial* 29, XXIX-2005. Consejo General del poder Judicial, Madrid 2006, p. 246 y ss.

<sup>19</sup> De acuerdo con el informe del equipo de mediación intrajudicial de Ourense, fruto del Convenio de colaboración entre la Consellería de Traballo e Benestar, la Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, el Ministerio Fiscal, el Colegio oficial de Psicología de Galicia y el Colegio Oficial de Abogados de Ourense, fueron derivados durante el 2011, un total de 35 asuntos, lo que da cuenta de la necesidad de apoyo a la mediación, para que el número de casos se incremente significativamente. De esos treinta y cinco asuntos, acudieron a la primera sesión informativa presencial, PSIP, un total de veintidós, no acudiendo en trece ocasiones. Con todo, de esos trece dos de las parejas habían llegado a un acuerdo con anterioridad. Aún más, de los veintidós que asistieron a la PSIP, fueron quince los que decidieron acudir a mediación, llegando a un acuerdo en seis ocasiones. Sin

trajudicial incidiría en una mayor participación en procesos de mediación, lo que se traduciría en acuerdos eficaces, duraderos y económicos para las familias, evitando a la vez distintos gastos judiciales inherentes a la celebración de la vista.

Bien es cierto que pronto comenzaron a ofrecerse servicios de mediación desde distintas Instituciones. La Administración del Estado (Central, Autonómica y Local) se dio cuenta de la importancia de ofrecer servicios de mediación, y han sido de modo especial las distintas Consejerías de las CCAA., las que se han ocupado de programas de mediación y del marco regulador de esta institución. Todo ello viene dado por la concepción de España tras la Constitución de 1978, que determinó la transferencia de competencias de la Administración Central a las CCAA. Entre estas, de acuerdo con lo que se recoge en el Título VIII de la Constitución -De la organización territorial del Estado-, concretamente en el artículo 148.1: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1. Organización de sus instituciones de autogobierno. 20. Asistencia social.

Por lo tanto, es en el ejercicio de las competencias estatutarias como las CCAA., legislan sobre mediación familiar. El problema con el que nos encontramos en esta materia es que la legislación autonómica se ha desarrollado al margen de la existencia de un suficiente marco común, que facilitaría la tarea de los legisladores de ámbito autonómico. Al contrario, la inexistencia de una ley estatal ha provocado diferencias entre las distintas leyes au-

---

embargo, en nueve asuntos no alcanzaron acuerdo alguno, lo que nos da un resultado de un 60% que no llegaron a un acuerdo, mientras un 40% sí lo hicieron (aunque con acuerdo total llegaron cinco de los seis casos, y el otro sólo llegó a un acuerdo parcial). Por lo que respecta al servicio de mediación intrajudicial de Santiago de Compostela, en su informe del primer semestre de 2011 hacían referencia a un total de sesenta y cuatro casos tramitados, de los que cincuenta y cuatro asistieron a SIP, Sesión Informativa Presencial, mientras que el resto no acudió a la cita prevista. De estos cincuenta y cuatro aceptaron la mediación un total de treinta y cuatro, un 62.96%, llegando a un acuerdo quince de los casos atendidos, lo que supone un 55.56% en total. Es cierto que aún tenían asuntos en trámite, pero da cuenta de un porcentaje global que no genera expectativas de crecimiento a corto plazo tanto en resultados de acuerdo como en parejas que lleguen a procesos de mediación.

tonómicas, que no ayudan en absoluto a la unidad de actuación en lo que se refiere a la mediación familiar. De este modo, Marín López<sup>20</sup>, en el prólogo a la segunda edición de la Legislación sobre Mediación familiar, afirma que parece inevitable dictar una normativa estatal sobre la materia. Con ella se daría cumplimiento “al mandato contenido en la Disposición Final 3ª de la Ley 15/2005, que obliga al Gobierno, sin fijar fecha, a remitir a las Cortes un proyecto de ley de mediación (familiar, es de suponer) ‘basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas’”. La realidad es que el respeto del que se habla no se refiere solo a los servicios autonómicos de mediación familiar, sino a las competencias legislativas que las Comunidades ostentan sobre esta materia<sup>21</sup>.

Podemos también traer a colación la opinión de Marín López con respecto a la regulación de la mediación familiar en el ámbito de la Ley de Jurisdicción voluntaria, señalando su disconformidad al no parecerle acertada tal inclusión, “tal y como pretendió el borrador preparado por la Comisión General de Codificación del año 2005 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº extraordinario, 1, 2005)”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> J.J. MARÍN LÓPEZ, *Legislación sobre mediación familiar*, Madrid, 2008, p. 18, en donde precisa: “El núcleo duro de la normativa estatal sobre mediación familiar, pues, debería incluirse en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio, como es lógico, de que los aspectos auxiliares (p.ej., procedimiento, disciplina administrativa...) sean objeto de una ley especial a la que se remitirían en lo pertinente tanto el Código como la Ley procesal”.

<sup>21</sup> El nuevo Real Decreto-ley, aún sin desarrollar por vía reglamentaria, debe servir de nexo de unión entre las diferentes CCAA. en materia de mediación (casi todas ellas en mediación familiar, como veremos) y no agrandar las diferencias entre las mismas, lo que supondrá un esfuerzo legislativo para construir y no crear contradicciones entre las diferentes normas autonómicas.

<sup>22</sup> J.J. MARÍN LÓPEZ, *Legislación sobre mediación familiar*, cit. p. 18, concretando en p. 19 cómo se imagina la Ley estatal de Mediación familiar: “En mi opinión, debería ser una ley breve (no más de una veintena de preceptos), que regula los aspectos mínimos de la institución, aquellos sobre los que el Estado tiene competencia y que precisan un régimen único en todo el territo-

Actualmente la Mediación es competencia de las diecisiete Comunidades Autónomas, once de ellas ya han legislado sobre Mediación Familiar; y dos, sobre Mediación en el ámbito del derecho privado. Además, ya tenemos por fin una norma estatal destinada a regular de manera sistemática, la mediación civil y mercantil, a través del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, que aunque sea un norma de carácter general no ceñida exclusivamente a regular la mediación familiar sirve de marco común para todo el Estado en lo que se refiere a la mediación. Publicado en el BOE el 6 de marzo de 2012, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el mismo, como recoge la Disposición final octava. La doctrina venía reclamando desde hace tiempo la necesidad de que la nueva ley regulase el estatuto del mediador<sup>23</sup>, y tal deseo se ha cumplido en el Título III del Decreto-Ley, que lleva por título exactamente: "Estatuto del mediador".

Estamos ante una norma que consta de 5 Títulos que contienen 28 artículos, tres disposiciones adicionales y 8 disposiciones finales, cuya existencia era reclamada desde hace tiempo para clarificar el núcleo legal de la mediación. Bien es cierto que tal normativa no se refiere en exclusiva a la mediación familiar, pero sirve sin duda alguna para clarificar dudas con respecto a la mediación, sus elementos y sus posibilidades, lo que puede adaptarse sin problemas a la realidad de la mediación familiar.

Así, en el Título I: Disposiciones generales, artículo 1, vimos anteriormente como se define la mediación como "medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en

---

rio estatal (art. 149.1.1ª CE), y que dejara un amplio margen de actuación a las Comunidades Autónomas para que, satisfechos esos mínimos, pudieran desarrollar conforme a sus necesidades y características propias -a veces no tan distintas entre unas y otras- su propia ley en la materia".

<sup>23</sup> Vid. al respecto, L. PRATS, "Entrevista", en L. GARCÍA VILLALUENGA, I. BOLAÑOS CARTUJO, *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes*, Madrid 2007, p. 290: "es importante, porque con independencia de que la ética pueda estar funcionando muy bien, entiendo que el Estado debería garantizar el secreto profesional del mediador. Esta cuestión es fundamental, pues de ella depende la realización de uno de los principios básicos de la mediación: la confidencialidad", concluyendo que su regulación daría una gran confianza, no sólo por la depositada por las partes en el mediador sino sobre todo por la imposibilidad de poder ser interrogado (el mediador) ante un tribunal.

que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”. En el artículo 2 se recoge el ámbito de aplicación, concretado en las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, excluyendo la mediación penal, con las administraciones públicas, la laboral y la existente en materia de consumo. Incluye los conflictos transfronterizos, “siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable”.

En el Título II: Principios informadores de la mediación, artículo 6, se enuncia con firmeza la voluntariedad y libre disposición de la mediación, destacando en el artículo 6.1 que es voluntaria, y confirmando en el artículo 6.3 que “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”. También se enumeran los siguientes principios: la igualdad de las partes y la imparcialidad de los mediadores, la neutralidad del mediador, la confidencialidad -extendida no sólo al mediador sino también a las partes intervinientes- así como el deber de las partes, recogido en el artículo 10.2 de actuar conforme a los principios de buena fe y respeto mutuo, dejando claro además que “durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán interponer entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto”.

La esperanza doctrinal de que la nueva ley regulase las condiciones del mediador no sabemos si se han cumplido en su totalidad, no tanto por los escasos artículos dedicados al mismo, de los artículos 11 al 15, cuanto por la escasa concreción<sup>24</sup> y especificidad de los mismos en lo que se refiere al estatuto de los mediadores. Con todo, es un principio para poder actuar de acuerdo a la ley, y hay que valorarlos positivamente en dicho contexto.

#### Artículo 11. *Condiciones para ejercer de mediador.*

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se

---

<sup>24</sup> Como sucede en otros apartados de la ley, como el Título IV, en el artículo 20, cuando se dice que la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, lo que en realidad no aporta mucho al ámbito temporal de la mediación.

- lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.
2. El mediador deberá contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas. Esta formación específica proporcionará a los mediadores los necesarios conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, a nivel tanto teórico como práctico.
  3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Artículo 12. *Calidad y autorregulación de la mediación.*

El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

Este artículo necesita de mayor concreción en un futuro próximo, so riesgo de no conseguir la calidad prometida si no se forman con rigor los mediadores<sup>25</sup>, y se procuran verdaderos códigos de conducta.

Con todo, la mayoría de las Leyes Autonómicas exigen que se posea el título de licenciado o diplomados en ciencias jurídicas o sociales. Las Comunidades de Madrid, Cataluña y Aragón han abierto esta formación a todos los licenciados y Diplomados de

---

<sup>25</sup> Vid. al respecto, C. VILLAGRASA ALCAIDE, "Marco jurídico de la mediación familiar", en *Mediación familiar*, M.A. SORIA, C. VILLAGRASA, I. ARMADANS, cit. p. 184, en donde insiste en la necesidad de que en el ámbito de la Unión Europea, los Estados miembros promuevan "por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación. Por lo demás, debe garantizarse la eficacia ejecutiva de los acuerdos resultantes de la mediación y que puedan ser reconocidos en otros Estados".

cualquier rama científica. No obstante, no tienen un criterio unificado en las condiciones que exigen para acceder a la formación, en la duración y el contenido de la misma, en las instituciones que pueden impartir la formación, ni en la evaluación de calidad de la enseñanza. Y esta es una cuestión muy importante, puesto que, una norma unificada, es condición indispensable para que se dote de calidad tanto a la profesión de mediador como a los servicios de mediación, y se cumpla con los requisitos que indica la Directiva europea (art.4). Y también es muy importante para que los mediadores que se formen en una Comunidad Autónoma puedan desarrollar su actividad mediadora en cualquier Comunidad Autónoma de España.

#### Artículo 13. *Actuación del mediador.*

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes<sup>26</sup>.
2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en este real decreto-ley.
3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste aquélla.
4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.
5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

---

<sup>26</sup> T. BENAL SAMPER, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, cit. p. 132, en donde destaca la necesidad de que el mediador adquiera credibilidad ante las partes ayudándoles en la resolución del conflicto: "La credibilidad se consigue creando un ambiente, físico y emocional, en el que las partes se encuentren seguros y tranquilos para iniciar el proceso. La credibilidad también se gana con una actitud y conducta equitativa, es decir, mostrándose justo, imparcial, sin tendenciosidad ni prejuicio".

- a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Este artículo es mucho más preciso, con la clara intención de asegurar la total imparcialidad del mediador que participe y para que no fracase posteriormente todo el proceso de mediación por haber sido elegido inadecuadamente el propio mediador.

El artículo 14 vela también por los derechos de las parte intervinientes en la mediación, garantizando la responsabilidad del mediador, así como la de las instituciones de mediación que estén autorizadas para llevar a cabo la mediación: Artículo 14. *Responsabilidad de los mediadores y de las instituciones de mediación.*

La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores.

Por último el Artículo 15. *Coste de la mediación.*

1. El coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.
2. Tanto los mediadores como la institución de mediación podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución podrán dar por concluida la mediación. No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador o la institución antes de acordar la conclusión, lo comunicará a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que hubiera sido fijado.

En consonancia con la Directiva 2008/54/CE sobre la mediación, las leyes autonómicas de mediación familiar, y el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles tienen dentro de sus objetivos regular un “procedimiento alternativo o complementario de resolución de conflictos”. Las Leyes, en armonía con la Directiva, han ido extendiendo su campo de intervención a otros conflictos que no estando directamente relacionados con la ruptura matrimonial o de pareja, pueden afectar a la familia, y a las relaciones en el ámbito civil y mercantil y ser objeto de intervención desde la mediación.

La primera ley que recoge la mediación familiar como institución jurídica ha sido la ley 1/2001 de 15 de marzo<sup>27</sup>, de mediación familiar de *Cataluña*, desarrollada por un Reglamento posterior aprobado por el Decreto 139/2002 de 14 de mayo (ya

---

<sup>27</sup> Aunque la primera referencia legislativa apareció en el Código de Familia Catalán, aprobado por la Ley 9/1998, de 15 de julio (art.79.2), cuando en ausencia de convenio regulador, “Si, dadas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que los aspectos indicados en el artículo 76 (casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre, cuando se deban regular aspectos tales como la atribución del uso de la vivienda familiar, con el correspondiente ajuar, la pensión compensatoria o los alimentos que, en su caso, corresponda satisfacer a uno de los cónyuges en favor del otro, la forma, si corresponde, en que los cónyuges siguen contribuyendo a los gastos familiares, las normas para la actualización de los alimentos y de la pensión compensatoria y, en su caso, las garantías para asegurar su pago o la liquidación, en su caso, del régimen matrimonial y la división de los bienes comunes) aún pueden ser resueltos mediante acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador, a la que, en su caso, se aplica lo dispuesto en el artículo 78”, que dice lo siguiente: “Aprobación judicial.

derogado). Y actualizada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del derecho privado<sup>28</sup>.

La siguiente Comunidad Autónoma en legislar fue *Galicia*, publicándose la *Ley 4/2001 de 31 de mayo reguladora de la Mediación Familiar*, con su posterior desarrollo en el *Decreto 159/2003, de 31 de enero*, por el que regula la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita. En el mismo año, la *Comunidad Valenciana* publica su propia Ley reguladora de la mediación Familiar Ley 7/2001, de 26 de noviembre. Se desarrolla por un Reglamento aprobado por el Decreto 41/2007, de 13 de abril.

En el 2003, se promulga la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de *Canarias* reformada por la Ley 3/2005 de 23 de junio. Desarrollada posteriormente por un Reglamento aprobado por el Decreto 144/2007, de 24 de mayo.

En el año 2005, se aprueba la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social especializado de Mediación Familiar de la Comunidad de *Castilla la Mancha*.

En el año 2006 se publican otras dos Leyes: La de la Comunidad de *Castilla y León*, Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar. Desarrollada por un Reglamento posterior aprobado por el Decreto 50/2007 de 17 de mayo. Y la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de *Baleares*. Desarrollada a su vez por un Reglamento posterior aprobado por el Decreto 66/2008, de 22 de noviembre. Y actualizada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre.

La *Comunidad de Madrid* crea su propia Ley 1/2007, de 21 de febrero reguladora de la Mediación Familiar. En el mismo año, *Asturias* regula la Mediación Familiar con la promulgación de la Ley 3/2007, de 23 de marzo.

---

1. El convenio regulador debe ser aprobado judicialmente, salvo en aquello que sea perjudicial para los hijos. En tal caso, la autoridad judicial ha de indicar los puntos que deben ser objeto de modificación y fijar su plazo.

2. Si los cónyuges no llevan a cabo la modificación solicitada o si ésta tampoco puede ser aprobada por los mismos motivos a que hace referencia el apartado 1, el Juez o Jueza resuelve”.

<sup>28</sup> M. YSÁS SOLANES, “La mediación en el ámbito privado. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado”, en *Actualidad Civil* 13, 2010, p. 1487-1522.

A principios del 2008, la *Comunidad Autónoma Vasca* publica la Ley 1/2008, de 8 de febrero de Mediación Familiar. Y en el año 2009, se publica la Ley 1/2009 de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la *Comunidad Autónoma de Andalucía*.

Recientemente, *Aragón* aprobó La Ley 9/2011, de 24 de marzo de mediación Familiar. En ella se contempla la mediación familiar para cualquier conflicto familiar y no sólo para los casos de ruptura de pareja.

*Cantabria* sancionó la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación. Esta Ley, al igual que la de Cataluña, tiene una visión más integral y amplia de la mediación, y excede el ámbito de la mediación familiar.

#### FINALIDAD DE LAS LEYES AUTONÓMICAS

En el análisis de la exposición de motivos y preámbulos de las trece Leyes de Mediación de las Comunidades Autónomas, podemos observar, que todas tienen como finalidad inicial, la que en su día promovió la Recomendación R 98 .1, del Consejo de Ministros a los Estados miembros, aprobada el 21 de enero de 1998, y que también indica la Directiva 2008/52: Descargar de trabajo a los juzgados de familia y capacitar a los litigantes para que por ellos mismos solucionen sus problemas<sup>29</sup>. Y como fundamento recurren a la obligación de “*los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

---

<sup>29</sup> El servicio de mediación intrajudicial de Santiago de Compostela, en su informe del primer semestre de 2011, ya citado, abundaba en la importancia de invertir en mediación: “Os asuntos que rematan con acordo, non acceden á segunda instancia: as partes chegaron a un acordo, polo que non apelan a sentenza, xa que sería ir en contra dos seus propios actos. Tampouco o Ministerio Fiscal recorre a sentenza, xa que o acordo é informado favorablemente polo ministerio público. Polo tanto, evítase que un montón de asuntos incrementen o colapso da Sección Sexta da Audiencia Provincial, con sede en Santiago de Compostela”. Además, se recoge en el informe que una solución por mediación evita gastos judiciales inherentes a la celebración de la vista, tales como citación de los testigos, gastos periciales a cargo de la Administración (IMELGA, peritos, etc.) o envío de oficios, es decir, medios de prueba que encarecen la solución final, que sin embargo en un proceso consensuado como es la mediación no son necesarios y reducen sensiblemente los costes.

## ÁMBITO DE APLICACIÓN

Todas las leyes Autonómicas del Estado Español disponen la aplicación de la mediación familiar a los procesos de separación y disolución del matrimonio o de parejas de hecho, fundamentalmente cuando hay hijos comunes respecto de los cuales deben tomar medidas acerca del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, alimentos, custodia y régimen de visitas, y los motivados en el ámbito de las relaciones entre la familia de origen y la familia de acogida o de adopción.

No obstante, a medida que se han ido promulgando las diferentes Leyes de Mediación, se han ido ampliando sus objetivos, pudiendo citar como ejemplo la *Ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña*, y la *Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria*.

Ambas Leyes han supuesto una innovación importante, con respecto a las otras, porque tienen en cuenta las novedades introducidas por la Directiva 2008/52/CE sobre la Mediación.

La Ley de Cantabria, ha superado a la de Cataluña, incidiendo además de en el área del derecho privado y civil, en el penal, el administrativo, y el laboral. El contenido de esta Ley, va más allá de las directrices de la Directiva 2008/52/ sobre Mediación. En el ámbito penal de esta Ley, aparecen los delitos y faltas perseguibles en virtud de querrela del ofendido y la responsabilidad civil accesoria al delito o falta. En el ámbito administrativo las materias incluyen las cuantías indemnizatorias y el modo de pago en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración y la ejecución de actos administrativos en la medida en que la norma sectorial lo permita. La Mediación se extiende al ámbito laboral con los conflictos que surjan en materia de concreción de vacaciones de los trabajadores, los referidos a la clasificación profesional y las indemnizaciones en caso de extinción de la relación de trabajo por cualquier causa.

## PRINCIPIOS INFORMADORES

Todas las Leyes de mediación autonómicas contemplan en su articulado los principios que han de regir las actuaciones de mediación familiar en su ámbito de aplicación, con unos criterios

similares en cuanto a sus características: Algunos principios afectan tanto a mediadores como a las partes que intervienen en el proceso; Otros se refieren solo a la actividad que desempeña la persona mediadora; o afectan solo a los derechos u obligaciones de las personas que intervienen; o bien se refieren exclusivamente al procedimiento.

En relación con los principios que afectan a la persona mediadora, todas las Leyes hacen alusión a su *libertad y voluntariedad* para intervenir; a la *confidencialidad y secreto profesional* al que está obligado; a la *neutralidad e imparcialidad* que deben presidir sus actuaciones; y a la *competencia profesional, ética y buena fe* que le son exigibles en el ejercicio de su intervención.

Respecto a las partes intervinientes, las leyes aluden a su intervención libre y voluntaria, a la confidencialidad y buena fe, intervención cooperativa. Al carácter personalísimo. Todas las Leyes conciben la mediación familiar bajo el principio de la libertad de las partes para acceder a ella. Sin embargo, esa libertad no pueden ejercerla si desconocen que existe o en que consiste la mediación familiar, o la confunden con otros servicios.

En líneas generales, las Leyes tienen unos criterios parecidos en cuanto a las características del proceso de mediación; Los derechos y deberes que ha de cumplir el mediador y las partes; la creación de un Registro para su inscripción y un régimen sancionador. Respecto a los acuerdos de mediación, en caso de alcanzarse, el sistema que se sigue suele ser el de indicar que esos acuerdos serán válidos y obligarán a las partes que los hayan firmado, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

## GALICIA

La segunda Comunidad Autónoma que promovió una ley de Mediación Familiar fue Galicia, con su Ley 4/2001, de 31 de mayo (DOG, 18 de junio de 2001).

En su *Artículo 1*, plantea el objeto de la ley:

1. La presente ley tiene por objeto la regulación de la institución de mediación familiar en Galicia, como método de intentar solucionar los conflictos que puedan surgir en supuestos de ruptura matrimonial o de pareja.

2. La mediación familiar que regula la presente ley podrá utilizarse tanto con carácter previo a la iniciación de procedimientos judiciales como para hallar salida a procedimientos judiciales en curso, a fin de obtener soluciones a las causas determinantes de los conflictos matrimoniales o de pareja.

En el artículo 2, *concepto de mediación*.

Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Estos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja.

Artículo 3. *Finalidad de la mediación*.

1. La intervención en los conflictos objeto de la mediación familiar tendrá como finalidad el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto en orden a regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o bien la ruptura de su unión, así como en conflictos de convivencia en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.
2. Con esa finalidad principal, las personas mediadoras orientarán su actividad a aproximar los criterios de cada parte en conflicto, en orden a obtener acuerdos principalmente sobre las relaciones paterno-materno-filiales, la custodia y los alimentos previa ruptura matrimonial o de pareja.

En los términos del artículo 4.1. L.M.F.G., “las personas unidas por vínculo matrimonial a los efectos de: a) buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre ellas en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofrecimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial”. Este es uno de los artículos más polémicos en su enun-

ciado, por lo que veremos a continuación. El mediador ante esta solicitud dará comienzo al procedimiento inicialmente marcado por la necesidad de ofrecer alternativas a la ruptura. *Con todo, es bastante discutible el encaje de la reconciliación como objetivo prioritario de una mediación*<sup>30</sup>, sin que ello permita descartar que se llegue a la misma como un resultado de la comunicación establecida por la pareja en el proceso mediador<sup>31</sup>. En este punto es conveniente recordar el papel neutral del mediador. Incluso la doctrina ha llegado a decir que la ley que se ubica en la posición conceptual más opuesta a la mediación es la ley gallega<sup>32</sup>.

Posteriormente se llevó a cabo mediante el Decreto 159/2003, de 31 de enero, la regulación del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia, en el que preceptivamente deberán estar inscritos los mediadores, y el reconocimiento de la mediación gratuita. El Registro de Mediadores Familiares de Galicia, así como la mediación familiar, se gestionan desde la Secretaría Xeral de Política Social de la Xunta de Galicia, constituyendo un instrumento básico de organización, publicidad y control de los mediadores inscritos en el mismo. Por lo que respecta a la mediación gratuita, el artículo 18 del Decreto 159/2003 recoge el derecho a mediación gratuita a los usuarios que puedan gozar de la condición de beneficiarios de acuerdo con los

---

<sup>30</sup> Vid. al respecto, I. ESPÍN ALBA, "La mediación familiar en Galicia", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil, Derechos reales. Derecho de Familia*, Madrid 2003, tomo III, p. 4583, cuando afirma que para la mediación familiar no rige "el principio del *favor matrimonii*", pues la postura neutral e imparcial del mediador no podría dirigir las técnicas de negociación hacia la recuperación de las relaciones rotas".

<sup>31</sup> C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, "Solución extrajudicial de los conflictos familiares: la mediación familiar", cit. p. 1464: "Desde mi punto de vista, la reconciliación puede derivar o ser un efecto de la mediación. No obstante, identificar mediación y reconciliación podría desvirtuar la imagen de la mediación, cuya finalidad no es esta. La reconciliación pertenece más al ámbito de la orientación, el asesoramiento o la terapia familiar... Cumpliendo una función preventiva del conflicto familiar no tiene que tener como fin la reconciliación".

<sup>32</sup> Vid. al respecto, L. PRATS, "Entrevista", en I. GARCÍA VILLALUENGA, I. BOLAÑOS CARTUJO, *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes*, cit. p. 280, al decir que esta ley: "inhabilita desde el inicio a la propia mediación".

criterios previstos en la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

La publicación de la ley 11/2007 de Violencia de Género de Galicia, en su DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA, lleva a cabo la Modificación de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar.

Uno. Se modifica el punto 1 del artículo 3, que queda redactado como sigue:

Artículo 3. *Finalidad de la mediación.*

1. Los programas de mediación familiar tendrán como finalidad el asesoramiento, orientación y búsqueda de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto a favor de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad del matrimonio, o bien la ruptura de la unión, así como en conflictos de convivencia, en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.

Dos. Se modifica el punto 4 del artículo 6, que queda redactado como sigue:

4. El departamento de la Xunta de Galicia competente en materia de igualdad, y en materia de familia, a través de sus recursos propios, ofrecerá programas de mediación y de orientación familiar, de manera individual o dirigidos a las familias en su conjunto cuando exista una situación de deterioro de la convivencia familiar. Estos programas preverán de manera prioritaria la prevención de situaciones de violencia de género.

Tres. Se añade un nuevo punto 2 bis en el artículo 7, con la siguiente redacción:

- 2bis. El personal especializado de los servicios de mediación elaborará, en cada caso, un informe en el que se especifique la idoneidad del recurso de mediación.

Cuatro. Se añade un nuevo punto 4 en el artículo 8, con la siguiente redacción:

4. Se interrumpirá, o en su caso no se iniciará, cualquier proceso de mediación familiar cuando en él esté implicada una mujer que sufriera o sufra violencia de género.

Por lo que se refiere a las parejas de hecho, la ley gallega, en su artículo 4.2 amplía la legitimación para solicitar la mediación familiar a “aquellas personas que, habiendo formado una unión estable de pareja, entren en una situación de crisis de convivencia y acepten la intervención de una tercera persona mediadora que les ofrezca apoyo para encontrar soluciones pactadas, en particular con respecto a sus relaciones paterno-materno-filiales”.

La principal dificultad de la aplicación del precepto, determinar qué se entiende por una unión estable de pareja, se vio facilitada con la *Ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia*, en cuyo Artículo único se da una nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, con el siguiente texto, que destaca por su adaptación a la sociedad real actual:

1. “A los efectos de la aplicación de la presente ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges”, innovación muy importante en el campo legislativo gallego.
2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio. Con todo, está sometida a revisión constitucional, por lo que estamos a la espera de lo que pueda suceder en el futuro, y no adelantar acontecimientos.

Con todo, la mayor novedad reside en la nueva *Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia*. En el Capítulo VI, que trata del apoyo familiar y de la mediación, podemos destacar los siguientes artículos que recogen la necesidad de la mediación, así como el apoyo del gobierno gallego en los servicios creados al efecto para potenciar la mediación familiar. No hay que olvidar el carácter voluntario de la misma, por lo que los poderes públicos deben hacer accesible, así como eficaz, la mediación familiar.

## SECCIÓN I APOYO FAMILIAR

### Artículo 32. *Concepto de apoyo familiar.*

El apoyo familiar es un proceso encaminado a facilitar una dinámica familiar positiva, la solución de problemas y la toma de decisiones, además de potenciar y desarrollar los recursos familiares.

El apoyo familiar comprenderá los niveles siguientes:

- a. Informativo, facilitando a las familias la información necesaria para favorecer una mejor comprensión del medio y de los recursos disponibles.
- b. Educativo y formativo, proporcionando a las familias los medios necesarios para el desarrollo integral de sus funciones y habilidades, fortaleciendo los vínculos del sistema familiar y facilitando que la dinámica individual y familiar sea creativa, eficaz y enriquecedora.
- c. Preventivo, de preparación ante las distintas etapas o situaciones por las que pasan las familias en su ciclo vital.
- d. Ayuda personal y emocional, ofreciendo atención y acompañamiento en cualquier momento de la vida y, en especial, en los momentos de crisis provocadas por desgracias inesperadas, tanto formal a través de la terapia familiar como informal a través de las redes de ayuda mutua o grupos de apoyo familiar.
- e. Orientación, acompañando a las familias, ofreciendo asesoramiento para la toma de decisiones, la resolución de conflictos y la movilización de los recursos propios y del entorno, así como en el proceso de planificación de apoyos.
- f. Terapia y tratamiento a fin de superar los dinamismos disfuncionales de las familias, haciendo posible su progreso y adaptación.

### Artículo 33. *Finalidades de la orientación familiar.*

La finalidad del apoyo familiar es el fortalecimiento, enriquecimiento y mejora de la calidad de vida de las personas en el seno familiar y de la familia como grupo.

El apoyo familiar abordará los problemas que puedan surgir en la familia y por extensión en los miembros que la componen, prestando especial atención al interés superior y a la vulnerabilidad de las y los menores, y atendiendo especialmente a:

- a. Las crisis del ciclo vital de la familia.
- b. Las situaciones de conflicto.
- c. La viabilidad adaptativa del grupo familiar: apoyo, protección y desarrollo.

## SECCIÓN II MEDIACIÓN FAMILIAR

### Artículo 34. *Concepto de mediación familiar.*

Se entiende por mediación familiar el procedimiento de carácter voluntario dirigido a facilitar la comunicación entre los miembros de la familia, a fin de que gestionen por sí mismos una solución a los conflictos que les afecten con la intervención de una persona mediadora, quien actuará de forma neutral, imparcial y confidencial.

### Artículo 35. *Finalidades de la mediación familiar.*

- El procedimiento de mediación familiar tendrá como finalidades:
- a. La búsqueda común de soluciones satisfactorias y duraderas en el tiempo.
  - b. Minimizar el coste emocional que todo conflicto produce en todos los miembros de la familia.
  - c. Restablecer y/o mejorar las relaciones, presentes y futuras, entre las partes en conflicto.
  - d. Evitar la instrumentalización de los demás miembros de la familia, y, en especial, de las y los menores.
  - e. Asegurar la protección del interés superior de la o el menor y su bienestar.
  - f. Favorecer la responsabilidad parental compartida.

## SECCIÓN III RECURSOS PARA EL APOYO FAMILIAR Y LA MEDIACIÓN

### Artículo 36. Red de recursos.

La Xunta de Galicia potenciará y desarrollará una red de recursos adecuados para garantizar la efectividad de los procesos de apoyo familiar y mediación para que estos puedan llegar a los sectores de población más amplios posible, tanto a través de las nuevas tecnologías como en la modalidad de atención presencial.

En concreto, a través de los departamentos competentes en materia de familia y justicia, constituirá servicios de apoyo y atención a las familias a través de las tecnologías de la información y comunicación y promoverá, reforzará y ampliará los servicios de orientación familiar, de mediación y los puntos de encuentro familiar.

La mediación familiar es un magnífico medio de resolución de conflictos que debe ser conocido para después poder ser utilizado. Por eso debemos procurar que se invierta en informar de su existencia y ventajas a todos los posibles usuarios de la mediación. Falta mucho por hacer, por lo que debemos procurar que la mediación se perciba como una gran posibilidad de solución de conflictos, que conlleva un acuerdo duradero y pactado por ambas partes en el que se refleja un equilibrio en la solución finalmente aceptada.



CARLO PILIA

## TUTELA DELLA RISERVATEZZA E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NELLA MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. La riforma della mediazione e la tutela della riservatezza. - 2. La normativa europea. - 3. La normativa nazionale. - 4. La riservatezza interna ed esterna. - 5. L'inutilizzabilità e il segreto professionale. - 6. Il trattamento dei dati personali. - 7. La funzione meritevole di tutela e la natura giuridica della mediazione.

1. *La riforma della mediazione e la tutela della riservatezza.* – La normativa europea e quella nazionale sulla mediazione in materia civile e commerciale prescrivono l'adeguata tutela della riservatezza. All'interno dell'innovativa disciplina sono ravvisabili numerose disposizioni che si soffermano sulla riservatezza e, più in generale, sulla protezione dei dati personali trattati nel procedimento stragiudiziale di composizione convenzionale delle controversie<sup>1</sup>.

La tutela della riservatezza integra un principio cardine posto a garanzia dei diritti fondamentali delle parti contendenti che appare necessario affinché le stesse si avvalgano della mediazione e riescano ad aprirsi al confronto costruttivo in modo da tentare

---

<sup>1</sup> Tra i numerosi contributi collettanei sulla riforma italiana della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, v. AA.Vv., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; AA.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali* a cura di M. Bove, Padova, 2011; AA.Vv., *La mediazione civile* a cura di F. Ruschetta, M. Caradonna e F. Novelli, Milano, 2011; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione n. 1* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione n. 2* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2011; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28* a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Padova, 2010; AA.Vv., *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici* a cura di G. Sciancalepore, S. Sica, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale* a cura di C. Besso Marcheis, Torino, 2010.

di raggiungere un accordo amichevole<sup>2</sup>. I rischi di fuoriuscita delle notizie e, comunque, di indebito impiego in altre sedi, a cominciare da quelle giudiziarie, dei contenuti delle informazioni e delle dichiarazioni acquisite in mediazione, infatti, finirebbero per frustrare le finalità deflattive e di pacificazione dei contendenti perseguite dalla riforma. Di qui, la formulazione di una serie di puntuali prescrizioni da rispettare nella costituzione e gestione degli organismi di mediazione, nello svolgimento dell'attività di risoluzione delle controversie attraverso i mediatori e, comunque, quanti partecipano al relativo procedimento, oltre che nell'attività di controllo e vigilanza del settore.

Nel nuovo sistema della mediazione che l'Unione europea ha prescritto di strutturare in tutti i Paesi<sup>3</sup>, in primo luogo, la tutela della riservatezza sottende l'imprescindibile protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone dei contendenti e, più in generale, dei soggetti coinvolti nel meccanismo di composizione stragiudiziale dei conflitti. In questo contesto, il rispetto della riservatezza costituisce sia un requisito essenziale da osservare affinché la procedura finalizzata alla conciliazione si svolga all'interno dei canoni di legalità, sia un parametro di valutazione qualitativa dei servizi di mediazione erogati in un sistema di accreditamento aperto e concorrenziale rimesso alla libera scelta degli utenti. Costoro, infatti, dovrebbero rivolgersi agli organismi

---

<sup>2</sup> Sulla tutela della riservatezza nella mediazione, tra gli altri, v. M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 95 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 51 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, p. 229 ss.; A. SANTI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 251 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 145 ss.; D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>3</sup> Sull'affermazione in Europa e nei principali Stati della mediazione e degli strumenti A.D.R., tra gli altri, v. M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2006, p. 463 ss.; E. FABIANI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 1 ss.; V. VIGORITI, *Mito e realtà: processo e mediazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, p.429 ss.; ID., *Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

e ai professionisti che, anche sul punto, siano capaci di offrire le soluzioni qualitative migliori che, conquistando la fiducia e il gradimento del più vasto pubblico, riescono a prevalere sul nuovo mercato dei servizi della mediazione.

La tutela della riservatezza, inoltre, costituisce un'interessante prospettiva di analisi della riforma sulla mediazione non solo per le numerose questioni teoriche e pratiche che solleva e, quindi, per i delicati problemi applicativi che in ambito europeo e nazionale si dovranno affrontare, ma anche perché essa offre significativi elementi di riflessione di portata più ampia a proposito della controversa ricostruzione della natura giuridica e dell'inquadramento sistematico del nuovo istituto. La mediazione, invero, non è assimilabile alla giurisdizione, rispetto alla quale si pone come meccanismo alternativo di composizione del conflitto, per un verso, affidato a organismi e professionisti distinti e, per altro verso, gestito secondo regole di funzionamento autonome. Per questa ragione, sul piano della garanzia dei diritti dei contendenti e, in particolare, della tutela della riservatezza non si applicano le disposizioni processuali del giudizio civile. Non vi è corrispondenza neppure con gli altri meccanismi stragiudiziali di composizione dei conflitti, in particolare la transazione<sup>4</sup>, l'arbitraggio<sup>5</sup>, l'arbitrato<sup>6</sup> e la conciliazione<sup>7</sup>. Pur essendo accomunati dalla finalità pratica di prevenire o risolvere le controversie, gli stessi divergono nettamente dalla mediazione sia per la peculiare natura giuridica, sia per la differente e risalente di-

---

<sup>4</sup> Art. 1965 cod. civ.

<sup>5</sup> Art. 1349 cod. civ.

<sup>6</sup> Art. 806 c.p.c.

<sup>7</sup> Art. 409 c.p.c. Sulle recenti riforme del sistema della conciliazione e dell'arbitrato in materia lavoristica, v. M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1, 2011, p. 57 ss.; R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Il corriere giuridico*, 2, 2011, p. 269 ss.; G. CANALE, *Arbitrato e «collegato lavoro»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 566 ss.; V. BARTOLDI, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro dalla duplice riforma del 1998 alla l. 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 834 ss.; C. PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1 ss.; O. DESSI, *La conciliazione delle controversie di lavoro*, in *Quaderni di conciliazione n. 2*, cit., p. 43 ss.

sciplina a ciascuno di essi dedicata nelle codificazioni di diritto sostanziale e processuale civile<sup>8</sup>. Tanto esclude che rispetto alla nuova figura della mediazione finalizzata alla conciliazione di matrice europea siano praticabili e le assimilazioni alle varie fattispecie e le conseguenti estensioni delle corrispondenti normative tradizionali presenti nei due ambiti del diritto interno. La novità e, soprattutto, la specificità sul piano funzionale e strutturale della mediazione richiedono l'avvio di un'approfondita riflessione che porti a individuare la natura giuridica e la disciplina applicabile. Muovendo dai principi fondamentali e dalle articolate disposizioni contenuti nelle fonti normative europee e nazionali dedicate alla materia, l'analisi si deve sviluppare attraverso gli strumenti dell'ermeneutica principalmente declinati in base ai canoni funzionali e sistematici, al fine di dare coerente e puntuale risposta ai numerosi interrogativi lasciati aperti nella scrittura della recente riforma organica, quali non tarderanno a emergere dall'oramai avviata pratica quotidiana di gestione dei conflitti. L'interesse per la materia è dimostrato dal gran numero di contributi dottrinali e di pronunce giurisprudenziali<sup>9</sup> che si registrano a distanza di un anno e mezzo dall'entrata in vigore dell'importante riforma.

2. *La normativa europea.* – La direttiva europea 2008/52/CE<sup>10</sup>, sulla cui scorta sono state emanate le recenti normative naziona-

---

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra i vari strumenti stragiudiziali di risoluzione dei conflitti, tra gli altri, v. S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008, p. 146 ss.; M. MARINELLO, *I Procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. contr.*, 7, 2011, p. 530 ss.; M.A. FODDAI, *Conciliazione mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?*, in *Fam., pers. succ.*, 1, 2011, p. 43 ss.

<sup>9</sup> In proposito, v. M. RUVOLO, *Le prime applicazioni giurisprudenziali in tema di mediazione*, in *Il corriere giuridico*, 3, 2012, p. 330 ss.; F. MURINO, *Primi provvedimenti e prime considerazioni in tema di mediazione conciliativa*, in *Giur. it.*, 11, 2011, p. 2365 ss.; P. DELLA VEDOVA, *Codice fiscale del difensore, della parte in lite ed informativa in tema di mediazione: spunti per una rivisitazione dei rapporti fra l'invalidità degli atti del processo e l'invalidità degli atti negoziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2011, p. 93 ss.

<sup>10</sup> Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e

li, compresa quella italiana, sulla mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale, richiama più volte la riservatezza, negli iniziali considerando prima che nell'articolato corpo delle singole disposizioni.

Anzitutto, al considerando n. 16, la necessaria riservatezza della mediazione è indicata tra i principali fattori di successo della riforma<sup>11</sup> che garantiscono la fiducia reciproca e che gli Stati membri dovrebbero incoraggiare, in qualsiasi modo essi ritengano appropriato, attraverso la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in ordine alla fornitura dei servizi di mediazione. In maniera più puntuale, il considerando n. 23 ribadisce l'importanza della riservatezza nei procedimenti di mediazione che, perciò, mediante l'intervento normativo sulle regole della procedura civile, deve essere protetta nei successivi procedimenti giudiziari o di arbitrato in materia civile e commerciale. Il considerando n. 27, inoltre, proclama che la direttiva cerca di promuovere i diritti fondamentali e tiene conto dei principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tra i quali è annoverata la tutela della riservatezza e, in particolare, del diritto al trattamento dei dati personali.

Le disposizioni che la direttiva detta a tutela della riservatezza sono raccolte in una norma appositamente dedicata, l'art. 7 rubricato "Riservatezza della mediazione". In tale articolo si riconosce la necessità del rispetto della riservatezza nella mediazione e si prescrive che gli Stati membri garantiscano che né i mediatori, né i soggetti coinvolti nell'amministrazione della mediazione siano obbligati a testimoniare nel processo giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale riguardo alle informa-

---

commerciale, sulla quale v. V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione» di cui al d.lgs. n. 28/2010 nella cornice europea*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2007/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.

<sup>11</sup> Tra i quali nella direttiva 2008/52/CE sono compresi anche l'incidenza della mediazione sulla decadenza e la prescrizione (art. 6), nonché il riconoscimento e l'efficacia esecutiva degli accordi conciliativi (art. 8).

zioni risultanti da un procedimento di mediazione o connesse con lo stesso. La disposizione assume un contenuto assai ampio sul piano sia soggettivo che oggettivo, dal momento che l'esenzione dall'obbligo di testimoniare si riferisce non solo ai mediatori<sup>12</sup>, ossia ai professionisti ai quali è affidata l'attività di assistere i contendenti nella ricerca di un accordo amichevole, ma più in generale a tutti coloro che sono coinvolti nell'amministrazione del procedimento, tra i quali si segnalano il responsabile, i dipendenti, i periti/esperti e tutti gli ausiliari che collaborano a vario titolo con l'organismo. Le informazioni coperte da riservatezza, inoltre, sono tanto quelle risultanti dal procedimento di mediazione, quanto quelle ad esso in qualche modo collegate. L'allargamento della tutela si spiega in ragione sia della pluralità di soggetti coinvolti nella mediazione e sia del carattere aperto degli argomenti che si affrontano e discutono nei relativi procedimenti, che non si esauriscono nel solo oggetto della lite, per abbracciare anche altri rapporti giuridici in vario modo dalle parti contendenti messi in relazione, anche se non controversi.

Quanto al contenuto prescrittivo, la norma impone agli Stati membri di garantire che non ci sia l'obbligo di testimoniare nel processo giudiziario o di arbitrato in materia civile e commerciale su quanto appreso in sede di mediazione. La disposizione costituisce una misura necessaria a evitare che le parti non si presentino in mediazione o che, pur partecipando, non si aprano al confronto dialettico tra loro e con il mediatore per il timore di vedersi successivamente pregiudicate dal contenuto delle dichiarazioni o delle informazioni raccolte durante il procedimento extragiudiziario. Un siffatto rischio, invero, si realizzerebbe se i mediatori e quanti con essi collaborano fossero per legge obbligati a testimoniare davanti all'autorità giudiziaria o agli arbitri su quanto accaduto o appreso in occasione della mediazione.

La prescrizione richiamata, tuttavia, non assume carattere assoluto o rigido, in quanto sono contemplate alcune limitazioni che contribuiscono a esplicitare il fondamento e la natura giuridica della tutela della riservatezza nella mediazione. Per un verso, le limitazioni sono rimesse alla concreta decisione delle parti contendenti e, per altro verso, dipendono da valutazioni norma-

---

<sup>12</sup> Quali sono definiti dalla direttiva 2008/52/CE all'art. 3, lett. b).

tive ancorate sia alla tutela di valori superiori che alla soddisfazione di esigenze attuative.

In primo luogo, rispetto all'esonazione normativa dall'obbligo di testimoniare, si prevede che le stesse parti possano decidere diversamente. Ai contendenti, quindi, è attribuita la scelta se mantenere riservate le informazioni risultanti dalla mediazione ovvero se acconsentire, ed eventualmente in quali termini, alla comunicazione dei relativi contenuti all'esterno per il tramite della testimonianza da rendere in sede processuale o di arbitrato. Il consenso deve essere manifestato dalle parti congiuntamente o singolarmente a seconda che si faccia riferimento alle informazioni comuni o a quelle che riguardino separatamente ciascuna parte. Si è perciò in presenza di un'applicazione alla mediazione delle regole dell'autonomia privata che si raccordano ai principi e ai meccanismi più generali concernenti l'autodeterminazione dei soggetti interessati nella tutela della riservatezza e nel trattamento dei propri dati personali. In questo senso, si devono intendere pure le altre limitazioni legali apportate all'obbligo di testimoniare nei casi previsti dall'art. 7, par. 1, riconducibili a ragioni superiori da rispettare (lett. a) ovvero a esigenze pratiche legate all'attuazione dell'accordo raggiunto (lett. b).

Nell'ordine, la prima limitazione legale della tutela della riservatezza si riferisce ai casi in cui sia necessario testimoniare sulle informazioni derivanti dalla mediazione per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato. In via esemplificativa, si indicano i casi necessari ad assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o a scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona. La difesa dei soggetti più deboli, i minori, e comunque la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona costituiscono altrettanti valori di rango superiore che giustificano l'attenuazione della soglia di tutela della riservatezza nella mediazione. Nel bilanciamento dei valori parimenti tutelati, peraltro, la direttiva circoscrive la limitazione in termini di stretta necessità con riferimento sia alla protezione degli interessi preminenti dei minori e sia alla prevenzione dei danni all'integrità fisica o psicologica della persona. Entro questi rigorosi limiti, quindi, l'attenuazione della tutela della riservatezza nella mediazione risulta adeguatamente confinata e validamente giustificata.

L'altra limitazione legale, invece, si collega all'interesse degli stessi contraenti ad attuare l'accordo raggiunto in mediazione. Più precisamente, la norma si riferisce ai casi in cui la comunicazione del contenuto dell'accordo conciliativo sia necessaria ai fini dell'applicazione o dell'esecuzione dello stesso. Anche in questi casi, peraltro, i limiti sono puntualmente definiti, in quanto si riferiscono unicamente alle informazioni che risultano dal contenuto dell'accordo e, comunque, sono necessarie per l'attuazione di esso. La limitazione, infine, riguarda la sola comunicazione, da intendere come una conoscenza circoscritta a quanti, a cominciare dai componenti degli uffici pubblici preposti, sono direttamente coinvolti nell'attività esecutiva dell'accordo conciliativo. Al riguardo occorre considerare che la stessa direttiva 2008/52/CE, all'art. 6, prevede che la legislazione nazionale debba garantire che l'accordo scritto risultante dalla mediazione su richiesta delle parti, o di una di esse con esplicito consenso delle altre, sia munito dell'efficacia esecutiva, purché non risulti contrario a norma di legge. L'esecutività può essere concessa da un organo giurisdizionale o altra autorità competente con una sentenza, altra decisione o atto autentico in conformità al diritto dei singoli Stati membri.

In conformità al carattere minimale della direttiva, l'art. 7, par. 2, esplicita che le disposizioni richiamate non impediscono in alcun modo agli Stati membri di adottare misure più restrittive in materia di riservatezza. Pertanto, ciascuno Stato è abilitato ad adottare discipline più rigorose che garantiscano maggiormente la riservatezza della mediazione, non solo in relazione all'esenzione normativa dall'obbligo di testimoniare, ma più in generale per quanto attiene ai molteplici restanti profili di tutela implicati nel trattamento dei dati personali. La puntualizzazione, peraltro, appare del tutto coerente sia con il carattere fondamentale e inviolabile che assumono i valori sottesi alla tutela della riservatezza in ambito internazionale, europeo e nazionale, sia con la necessità di assicurarne il pieno rispetto nella strutturazione dei servizi erogati con la mediazione che devono garantire adeguati livelli qualitativi anche per riuscire a incontrare la fiducia e il gradimento degli utenti.

Siffatti parametri normativi sono stati ripresi e sviluppati dal legislatore italiano che, in attuazione della direttiva 2008/52/CE, ha compiutamente disciplinato nel nostro ordinamento la media-

zione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale. La disciplina nazionale, per tanti versi, ha superato le prescrizioni minime europee, rafforzando tutti i contenuti della tutela della riservatezza.

3. *La normativa nazionale.* – La riforma italiana della mediazione è stata realizzata attraverso una pluralità di fonti normative che, in progressione e a diversi livelli, hanno disegnato la disciplina complessiva dell'istituto anche per quanto concerne la tutela della riservatezza e dei dati personali, specie quelli sensibili e giudiziari. È necessario dare conto, seppur succintamente, dei fondamentali passaggi normativi che si sono avuti e dei principi generali che ispirano la riforma, prima di soffermarsi sui profili più strettamente attinenti alla tematica da approfondire.

In primo luogo, la legge 69/2009<sup>13</sup>, all'art. 60 contiene la delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali che, tra l'altro, ha previsto che la riforma fosse adottata nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e ai criteri direttivi enucleati al comma 3<sup>14</sup>. Nel generico richiamo della normativa comunitaria, anzitutto, devono ritenersi ricomprese le disposizioni della direttiva 2008/52/CE e, in particolare, quelle sopra riportate dell'art. 7 sulla riservatezza.

La tutela della riservatezza, invece, non risulta espressamente ricompresa tra i criteri e i principi formulati direttamente all'in-

---

<sup>13</sup> Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

<sup>14</sup> Sui criteri della legge delega, tra gli altri, v. R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in AA.VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 354 ss.; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 5, 2009, p. 1257 ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845 ss.; I. LOMBARDINI, *Considerazioni sulla legge delega in materia di mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, in *Studium juris*, 2010, p. 8 ss.; F. MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Il corriere del merito*, 6, 2010, p. 593 ss.; G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, in *I contratti*, 2, 2010, p. 209 ss.

terno della delega, che si riferiscono ad altri profili connessi al rapporto tra mediazione e processo, ai requisiti degli organismi e alle regole del procedimento. In sintesi, la delega prescrive che la mediazione finalizzata alla conciliazione abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia<sup>15</sup>. La mediazione, pertanto, si sviluppa negli spazi e con gli strumenti dell'autonomia privata; quindi, non si sovrappone, né si sostituisce alla tutela giudiziale alla quale le parti in conflitto hanno diritto di rivolgersi, ancorché in una fase solitamente differita. Malgrado i vari momenti di raccordo previsti dalla riforma, la mediazione e la giurisdizione costituiscono meccanismi di tutela distinti e differenti, che non si devono confondere. Tanto risulta confermato sia dall'attribuzione dell'attività di mediazione ad appositi organismi, professionali, indipendenti e stabilmente destinati all'erogazione dei relativi servizi, sia dalla previsione di specifiche regole di costituzione e funzionamento degli organismi, oltre che di svolgimento delle procedure di mediazione, comprese quelle telematiche. La riforma, quindi, ridisegna la mediazione, quale tecnica di composizione negoziata del conflitto, in termini complessivamente innovativi, assoggettandola a proprie regole, senza che possano applicarsi quelle processuali del giudizio civile, neppure quanto alla tutela della riservatezza. Piuttosto, in conformità alle prescrizioni comunitarie richiamate, nella mediazione si deve garantire la riservatezza principalmente verso il giudizio, al fine di evitare che il timore dell'indebito trapasso di informazioni al processo finisca per rendere la mediazione inutile. In questo senso, soprattutto nella normativa delegata e regolamentare, la mediazione si pone come procedura di natura essenzialmente riservata.

La delega parlamentare è stata attuata con il d.lgs. n. 28/2010<sup>16</sup>, che richiama testualmente la direttiva 2008/52/CE e disegna in

---

<sup>15</sup> Art. 60, comma 3, lett. a), l. 69/2009.

<sup>16</sup> D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, recante Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. In proposito, oltre alle opere collettanee già citate, v. I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le società*, 5, 2010, p. 619 ss.; G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza e la proposta*, *ivi*, p. 624 ss.; P. PORRECA, *La media-*

maniera organica ed incisiva la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale, anche in relazione alla tutela della riservatezza, più volte e per tanti aspetti, considerata all'interno della normativa delegata a regolamentare. Il sistema nel suo complesso, infatti, deve garantire la riservatezza sotto plurimi profili, con riferimento allo svolgimento della mediazione, all'eventuale risultato positivo che ne sia conseguito, nonché alla posizione dei mediatori e dell'organismo, oltre che del Ministero della giustizia, quale autorità pubblica preposta al controllo e alla vigilanza.

Prima di entrare nel merito delle disposizioni dedicate al tema trattato, per cogliere la portata e l'impatto davvero notevoli dell'attuata riforma della mediazione occorre muovere dalla constatazione che si è in presenza di una disciplina organica, che prevede non solo i principi, ma anche i criteri e i meccanismi generali di strutturazione e funzionamento della mediazione in un ambito vastissimo di controversie. L'incidenza della riforma, peraltro, è stata accentuata dalle scelte politiche operate con il d.lgs. n. 28/2010, a cominciare da quelle di considerare l'esperimento del procedimento di mediazione una condizione di procedibilità della domanda giudiziale e, soprattutto, di renderla normativamente obbligatoria in tantissime controversie in materia civile e commerciale<sup>17</sup>. Così, la

---

*zione e il processo civile: complementarietà e coordinamento, ivi, p. 631 ss.; C.I. BUONOCORE, La mediazione ex d.lgs. n. 28/2010: una procedura conciliativa aggiudicativa travestita da facilitativa?, in Il Lavoro nella giurisprudenza, 2, 2011, p. 125 ss.; L. GRAZIANO, Contenzioso civile e norme sulla mediazione finalizzata alla conciliazione, in Riv. dir. proc., 3, 2011, p. 614 ss.; E. FABIANI, M. LEO, Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. 28/2010, in Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, in www.judicium.it.; D. DALFINO, Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», ivi; M. BOVE, La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo, in Riv. dir. proc., 2010, p. 343 ss.; G. CANALE, Il decreto legislativo in materia di mediazione, in Riv. dir. proc., 2010, p. 616 ss.; M. FABIANI, Profili critici del rapporto fra mediazione e processo, in Le società, 9, 2010, p. 1142 ss.; U. CARNEVALI, La nuova mediazione civile, in I contratti, 5, 2010, p. 437 ss.; L. BARALDI, L'istituto della mediazione tra diritto dell'UE e diritto interno: un trapianto riuscito?, in Ambiente & sviluppo, 3, 2011, p. 243 ss.*

<sup>17</sup> Sull'obbligatorietà della mediazione, ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 109 ss.; G. MINELLI, in

mediazione è imposta prima di promuovere l'azione giudiziale in qualunque 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<sup>18</sup>. Inoltre, nei giudizi pendenti, anche in grado d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, il giudice può invitare le parti a procedere alla mediazione, se le stesse ritengono di aderire all'invito<sup>19</sup>. Ancora, sono le stesse parti che nei contratti, negli statuti e negli atti costitutivi possono inserire le clausole di mediazione o conciliazione con le quali si obbligano a promuovere la procedura stragiudiziale per tentare di comporre la controversia prima di incardinare il processo civile o arbitrale<sup>20</sup>. Più in generale, si prevede che chiunque possa accedere alla mediazione per tentare di raggiungere la conciliazione di ogni controversia civile o commerciale vertente sui diritti disponibili<sup>21</sup>.

Il massiccio utilizzo della mediazione, soprattutto quando la riforma entrerà a pieno regime, sollecita l'elaborazione e l'applicazione di un adeguato apparato protettivo, sia preventivo e sia

---

*La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 139 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 89 ss.; P. DELL'ANNA, E. GARBARRINI, M. LEO, I. PAGANELLI, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 215 ss.; M.M. ANDREONI, G. BATTAGLIA, S. GIARRINI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 63 ss.; A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *La resp. civ.*, 2011, p. 326 ss.; I. ZINGALES, *La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, *ivi*; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ivi*; R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, *ivi*.

<sup>18</sup> Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>19</sup> Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>20</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>21</sup> Art. 2, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

repressivo, che garantisca il pieno rispetto della riservatezza della procedura e, quindi, la tutela integrale dei contenuti delle informazioni, oltre che dei dati personali, specie quelli più delicati che devono essere trattati in assoluta sicurezza. Pure i dati sensibili e giudiziari, invero, sono suscettibili di finire in mediazione, specie con riferimento alle controversie patrimoniali che concernono i profili più intimi e delicati della persona, come accade ad esempio nelle domande di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa e circolazione di veicoli e natanti, oltre che nelle controversie successorie e divisionali in ambito familiare.

La mediazione si svolge davanti a organismi accreditati che hanno natura giuridica, consistenza patrimoniale, capacità organizzativa e gestionale, copertura assicurativa e professionalità assai differenti, pur in presenza degli imprescindibili requisiti minimi fissati dalla normativa attuativa (art. 4, d.m. n. 180/2010 ss.mm.)<sup>22</sup>. La tutela della riservatezza e, più in generale, la sicurezza del trattamento dei dati personali costituiscono requisiti imposti dalle norme ai fini dell'accREDITAMENTO<sup>23</sup>, affidati alla preventiva valutazione e al successivo controllo del Ministero della Giustizia che, in caso di riscontrata inosservanza delle prescrizioni, deve

---

<sup>22</sup> Sul decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010 n. 180, Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione tenuta dei registri degli organismi di mediazione e degli elenchi dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4 novembre 2010), in seguito modificato dal d.m. 6 luglio 2011, n. 145 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 195 del 25 agosto 2011), v. F. VALERINI, *Il nuovo decreto ministeriale sulla mediazione tra innovazioni e correzioni*, in *I contratti*, 12, 2010, p. 1179 ss.; E. MINERVINI, *Il regolamento ministeriale sulla mediazione finalizzata alla conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2, 2011, p. 229 ss.; G. CUFFARO, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, in *Il corriere del merito*, 2, 2011, p. 5 ss.; A. CONTALDO, M. GORGA, *La mediazione civile e commerciale alla luce del D.M. 180 del 4 novembre 2010*, in *Il corriere giuridico*, 1, 2011, p. 5 ss.; E. MANGINI, S. ZERAUSCHEK, *La nuova mediazione civile secondo il D.M. 180/2010*, in *Immobili & proprietà*, 3, 2011, p. 179 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010 n. 180*, in *Obbl. contr.*, 5, 2011, p. 361 ss.; L. ANSALDI, *Le recenti novità legislative in materia di mediazione*, in *I contratti*, 2, 2012, p. 207 ss.

<sup>23</sup> Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 20/2010.

intervenire con l'applicazione di misure sanzionatorie<sup>24</sup>, ferma la possibilità per coloro i quali siano stati lesi dalle condotte illecite dei mediatori e, nel complesso, degli organismi di agire in via amministrativa e giudiziale, sia civile che penale, a tutela dei propri diritti inviolabili.

In ogni caso, come già rilevato, su un piano di valutazione differente, la tutela della riservatezza costituisce un elemento di qualità del servizio che, in un sistema di libero accesso alla mediazione lasciato alla scelta dei contendenti, dovrebbe orientare le preferenze del pubblico degli utenti verso gli organismi e i mediatori che diano maggiori garanzie di tutela. Alla parte che promuove la procedura di mediazione, infatti, la riforma rimette l'individuazione dell'organismo, tra quanti sono accreditati in Italia, senza vincoli di competenza territoriale rispetto alla dislocazione della controversia e dei contendenti<sup>25</sup>. Le parti chiamate in mediazione, inoltre, rimangono tendenzialmente libere di partecipare al procedimento e di addivenire all'accordo, in ragione della valutazione complessiva di convenienza, non disgiunta dalla considerazione della qualità del servizio di mediazione, da apprezzare anche sotto il profilo della tutela della riservatezza. La designazione del mediatore nelle singole procedure, peraltro, è affidata al responsabile dell'organismo<sup>26</sup>, il quale è tenuto a osservare le norme del regolamento anzitutto per quanto attiene proprio al rispetto della riservatezza<sup>27</sup>, oltre che della professio-

---

<sup>24</sup> Artt. 16 d.lgs. n. 28/2010, 10 e 19, d.m. n. 180/2010.

<sup>25</sup> Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010. Sulla scelta dell'organismo svincolata dalla competenza territoriale, v. G. MINELLI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 115; C. CALDERONI, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 149 ss.; S. GIAVARRINI, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 48 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 67 ss.

<sup>26</sup> Art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010. Sulla nomina del mediatore ad opera del responsabile dell'organismo, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 239 ss.; A.V. CAPASSO, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 165 ss.; M. MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>27</sup> Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

nalità, indipendenza e disponibilità del mediatore, senza trascurare le indicazioni comuni delle parti contendenti, specie quando siano convergenti nel richiedere di avere o di escludere l'assistenza di taluni dei professionisti accreditati<sup>28</sup>. La riservatezza dell'organismo e dei suoi mediatori, infine, forma oggetto di valutazione da parte dell'istante e dei contendenti sia prima dell'instaurazione della mediazione, che durante lo svolgimento e all'esito del procedimento. La formalizzazione di quest'ultimo incombente, peraltro, è prescritta dalla normativa che impone a ciascuna delle parti la compilazione di un'apposita scheda di valutazione del servizio fruito, nella quale si traccia anche la riservatezza dei funzionari e dei mediatori dell'organismo e che viene portata all'attenzione del Ministero della Giustizia<sup>29</sup>.

Nel d.lgs. n. 28/2010 sono contenuti i principali riferimenti normativi dedicati alla riservatezza, per ciascuno si pongono delicate questioni da affrontare in chiave ricostruttiva della disciplina della mediazione. Il loro esame congiunto permette di svolgere alcune considerazioni sistematiche di carattere più generale che, anche in termini pratici, tornano utili a valutare e comparare i sistemi di sicurezza adottati in concreto dai singoli organismi di mediazione.

In relazione alla disciplina applicabile e alla forma degli atti, l'art. 3 individua le regole di funzionamento della mediazione<sup>30</sup>, avendo riguardo anche alla tutela della riservatezza. In primo luogo, si dispone che al procedimento di mediazione trova ap-

---

<sup>28</sup> Art. 7, comma 5, lett. c), d.m. 180/2010.

<sup>29</sup> Artt. 5, comma 1, e 7, comma 5, lett. b), d.m. n. 180/2010.

<sup>30</sup> Sul procedimento di mediazione e i relativi principi, v. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 575 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); A. SANTI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 214 ss.; C. BRUNELLI, M. BUZIO, C. CALDERONI, A.V. CAPASSO, A. GIORDANO, M. LEO, V. MASTROIACOVO, V. SESSANO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 145 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 197 ss.; G. MARZOCCHI, *Il nuovo procedimento di mediazione*, in *Immobili & proprietà*, 5, 2010, p. 309 ss.; D. NOVIELLO, in G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, p. 151 ss.

plicazione il regolamento dell'organismo scelto dalle parti<sup>31</sup>, con la puntualizzazione che il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento, sia quella esterna e sia quella interna ai sensi dell'art. 9, oltre che rispettare una serie di altri requisiti di qualità del servizio concernenti le modalità di nomina del mediatore, che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico. Nella riservatezza, quindi, è stato individuato il primo ed essenziale requisito che deve essere garantito dal regolamento dell'organismo. A tal fine, occorre sottolineare come attraverso le norme del regolamento si estrinsechi l'autonomia conformativa di ciascun organismo di mediazione, che deve essere sottoposta al controllo preventivo del Ministero della giustizia in occasione dell'iniziale accreditamento e di ogni successiva revisione<sup>32</sup>. Il Ministero, in particolare, è chiamato a valutare la conformità del regolamento adottato dall'organismo istante alle prescrizioni normative vigenti<sup>33</sup>. L'inosservanza delle norme sulla riservatezza ovvero la contrarietà ad esse del regolamento, quindi, dovrebbero impedire l'accREDITAMENTO dell'organismo o, se già iscritto, determinare le conseguenti misure sanzionatorie<sup>34</sup>. Una volta accreditato, inoltre, l'organismo è tenuto a rispettare il proprio regolamento che viene portato a conoscenza del pubblico degli utenti. Costoro, sulla scorta delle misure concretamente adottate e rese disponibili dagli organismi di mediazione anche in materia di sicurezza, sono messi in grado di operare le scelte conseguenti e, quindi, di rivolgersi all'organismo che ritengono di preferire e, altresì, di pretendere che le mediazioni si svolgano in conformità alle relative disposizioni, oltre che nel pieno rispetto delle normative

---

<sup>31</sup> In relazione al contenuto del regolamento di procedura di cui si deve dotare ciascun organismo di mediazione, v. V. VERDICCHIO, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbl. contr.*, 8-9, 2011, p. 607 ss.; C. MARUCCI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 104; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 196 ss.; C. MICARELLI, in *La mediazione civile*, cit., p. 86 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 39 ss.

<sup>32</sup> Art. 16 d.lgs. n. 28/2010 e art. 4 ss. d.m. n. 180/2010.

<sup>33</sup> Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010, e art. 7 d.m. n. 180/2010.

<sup>34</sup> Artt 10 e 19 d.m. n. 180/2010.

vigenti. L'autonomia regolamentare dell'organismo, stante la natura nel complesso imperativa delle norme dettate sulla riservatezza, si esplicherà tendenzialmente nell'elevazione dei livelli di tutela dei contendenti e, comunque, nella costruzione e concreta gestione del sistema di sicurezza delle comunicazioni e della riservatezza della mediazione<sup>35</sup>, da combinare con tutte le restanti scelte che l'ente deve adottare per riuscire a erogare il servizio.

La riservatezza della mediazione, infatti, non si realizza unicamente attraverso le norme e le disposizioni ad essa dedicate nel regolamento, oltre che nel codice etico di cui ciascun organismo si deve munire<sup>36</sup>, in quanto, seppur indirettamente, sono suscettibili di assumere rilievo anche le altre regole concernenti differenti aspetti organizzativi e gestionali del procedimento. A tal proposito, si segnala il medesimo art. 3, comma 3, d.lgs. n. 28/2010, che dispone che gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità. In tal modo, si lascia all'autonomia dell'organismo e alle decisioni dei mediatori in esso operanti l'individuazione delle modalità di gestione del conflitto che garantiscano al meglio la riservatezza della mediazione, evitando inutili quanto rischiosi appesantimenti formali costituiti da eccessive verbalizzazioni o riproduzioni documentali di dichiarazioni e attività. La libertà dai formalismi, pertanto, deve essere intesa non solo quale principio generale di efficienza e duttilità del procedimento, ma anche quale meccanismo che favorisce la tutela della riservatezza dei contenuti della mediazione, oltre che la sicurezza nel trattamento dei relativi dati.

Nel regolamento si devono altresì indicare le modalità telematiche di svolgimento della mediazione utilizzate dall'organismo<sup>37</sup>. L'impiego dei mezzi di comunicazione a distanza, anche sotto quest'aspetto, impone l'adozione di soluzioni organizzative e gestionali adeguate a garantire elevati standard qualitativi di ri-

---

<sup>35</sup> Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>36</sup> Art. 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>37</sup> Artt. 3, comma 3, e 16, comma 3, d.lgs. n. 28/2010. Sulle modalità telematiche di svolgimento della mediazione, v. A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 49 ss.; C. MARUCCI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., pag. 105 ss.

servatezza e sicurezza. Le modalità telematiche, in quanto permettono di oltrepassare gli spazi materiali dell'organismo e di prendere contatto anche con persone ubicate all'esterno delle strutture riservate della mediazione, determinano maggiori rischi di fuoriuscita delle informazioni e dei dati personali trattati e, quindi, ingenerano più gravi pericoli per la riservatezza dei contenuti della mediazione. In questo senso, si prescrive espressamente che nel regolamento di procedura, fermo quanto disposto dal d.lgs. n. 28/2010, debbano essere previste le procedure telematiche eventualmente utilizzate dall'organismo, in modo da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. L'impiego delle varie tecniche di comunicazione a distanza nella mediazione, in prospettiva, solleverà i maggiori problemi di tutela della riservatezza. Basti in proposito considerare sia la forte spinta proveniente dall'Europa verso la mediazione telematica<sup>38</sup> al fine di favorirne la diffusione e semplificarne l'accesso per il largo pubblico, sia la tendenza generalizzata a delocalizzare la gestione dei servizi mediante soluzioni più razionali ed efficienti che permettono il contenimento dei tempi e il risparmio dei costi per l'organismo e per gli utenti. È da auspicare, pertanto, che con l'impiego crescente delle tecniche di comunicazione a distanza si riescano a garantire sempre adeguati livelli di tutela<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> In proposito, v. considerando n. 9 della direttiva 2008/52/CE, che esclude che la stessa direttiva possa minimamente impedire l'utilizzazione di tecnologie moderne di comunicazione nei procedimenti di mediazione. Più di recente si segnalano due nuove importanti iniziative della Commissione europea sulle ADR [Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, recante modifica del regolamento (CE) n. 2006/2004 e della direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori)] e sulle ODR [Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori)] per i consumatori, che dovrebbero essere approvate entro il 2012. Per un primo commento sistematico, v. G. GIOIA, *Il nuovo "pacchetto" della Commissione europea sull'ADR*, in *Il corriere giuridico*, 5, 2012, p. 697 ss.; V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2012, p. 313 ss.

<sup>39</sup> Sul punto, v. S. ROMANO, in *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 365 s.; C. MARUCCI, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 373 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 415 ss.

Le modalità telematiche nell'erogazione dei servizi della mediazione, sotto un piano differente, potrebbero essere congeniali alla migliore tutela della riservatezza in quanto permettono la gestione della procedura a distanza, senza la contestuale presenza fisica dei contendenti e del mediatore nel medesimo ambiente. A tal proposito, si osserva come non sia affatto semplice garantire la riservatezza della mediazione in quei contesti affollati e, comunque, frequentati da più persone che, inevitabilmente, dall'incontro o dalla frequentazione nei locali dell'organismo finiscono per evincere il coinvolgimento degli utenti nel procedimento di composizione stragiudiziale del conflitto. Basta segnalare che i principali organismi di mediazione aventi competenza generale sono quelli costituiti dai consigli degli ordini degli avvocati che operano presso i locali dei Tribunali<sup>40</sup> e dalle stesse Camere di commercio<sup>41</sup> che utilizzano le proprie sedi, dove verosimilmente risulta assai difficile, se non impossibile, riuscire a garantire la piena riservatezza in ragione di una pluralità di utenti che si rivolgono ai vari servizi giudiziari e camerali. Siffatti pericoli legati alle utenze promiscue o, comunque, plurime allo sportello, di contro, non vi sarebbero nella gestione telematica delle procedure direttamente da casa o dall'ufficio dei contenenti che, collegandosi con i mezzi di comunicazione a distanza, come rilevato, sarebbero però esposti a rischi differenti per quanto concerne la violazione della riservatezza e della sicurezza dei dati trattati e trasmessi avvalendosi delle più moderne tecnologie.

Gli organismi di mediazione, pertanto, nell'erogazione dei servizi dovranno utilizzare e sapientemente combinare sia le modalità tradizionali di incontro di persona dei mediatori con i contendenti e sia quelle telematiche, da mettere a disposizione degli utenti<sup>42</sup>. A costoro è lasciata la libertà di scelta nella quale

---

<sup>40</sup> Art. 18 d.lgs. n. 28/2010. In relazione a questi organismi di mediazione, v. S. ROMANO, in *La Mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 367 ss.; M. DI ROCCO, *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 367 ss.; F. SILLA, in *La mediazione civile*, cit., p. 63 ss.

<sup>41</sup> Art. 19 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>42</sup> Nell'art. 7, comma 4, d.m. n. 180/2010 si dispone che nel regolamento di procedura degli organismi non possa prevedersi che l'accesso alla mediazione si svolga esclusivamente attraverso modalità telematiche. Ciascun organi-

dovranno volta a volta ponderare le esigenze di garantire la riservatezza e la tempestività dell'accesso e dello svolgimento delle procedure.

4. *La riservatezza interna ed esterna.* – Il d.lgs. n. 28/2010, come accennato, contiene numerose disposizioni riferite alla tutela della riservatezza e, in particolare, ad essa sono interamente dedicati gli artt. 9 e 10, nei quali sono state trasfuse e sviluppate le prescrizioni europee che assumono un ruolo fondamentale nello statuto generale della mediazione.

Più precisamente, l'art. 9, rubricato "Dovere di riservatezza"<sup>43</sup>, si incentra sulla posizione giuridica di quanti sono impegnati nella mediazione e distingue tra due principali forme di riservatezza: l'una da mantenere nei confronti dei terzi, ossia rivolta alla costruzione di una barriera protettiva verso l'esterno (c.d. riservatezza esterna), e l'altra da garantire all'interno dello stesso procedimento tra mediatore e singole parti contendenti, in modo che ciascuna di esse non abbia conoscenza dei contenuti riservati concernenti le altre (c.d. riservatezza interna). La prima declinazione della riservatezza assume portata generale, riferita a tutte le mediazioni, la seconda si riferisce ai procedimenti che si svolgono con sessioni di incontri separati tenuti dal mediatore in maniera disgiunta con ognuna delle parti e i cui contenuti sono da mantenere riservati in primo luogo rispetto alle controparti, oltre che nei confronti dei terzi estranei.

L'art. 9 impone l'obbligo della riservatezza, indicando i soggetti ai quali si riferisce e i contenuti protetti. Sul piano soggettivo, con formula ampia e comprensiva si dispone che alla riservatezza è tenuto chiunque presta la propria opera o il proprio servi-

---

simo, pertanto, deve garantire anche l'accesso alla mediazione, oltre che lo svolgimento del procedimento, con le altre modalità tradizionali, tra le quali gli utenti possono scegliere quale utilizzare.

<sup>43</sup> Sul contenuto delle disposizioni dell'art. 9, d.lgs. n. 28/2010, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 251 ss.; C. MENICHINO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 145 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 95 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 229 ss.

zio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione. La riservatezza, pertanto, è imposta a tutti coloro che sono coinvolti nel procedimento di mediazione, tanto se risultino impegnati a prestare l'opera o il servizio all'interno dell'organismo (al riguardo si segnalano, in primo luogo, il mediatore designato e i mediatori ausiliari e gli esperti dei quali ci si avvalga<sup>44</sup>, oltre che il responsabile<sup>45</sup>, i dipendenti e i collaboratori della segreteria), quanto se agiscano all'esterno ma abbiano un ruolo nell'ambito del procedimento (tra essi, in particolare, assumono rilievo i rappresentanti e gli ausiliari delle parti contendenti) e, comunque, delle sequenze che precedono, accompagnano e seguono l'incardinamento della mediazione. Così, per quanto riguarda la presentazione dell'istanza<sup>46</sup>, la comunicazione della nomina del mediatore e della data del primo incontro<sup>47</sup>, degli avvisi concernenti gli incontri successivi, della proposta risolutiva scritta<sup>48</sup> e del verbale conclusivo del procedimento<sup>49</sup> ci si avvale dei vari mezzi di comunicazione anche elettronici direttamente disponibili in capo all'organismo e alle parti ovvero della corrispondenza cartacea spedita tramite gli uffici postali o i corrieri. Ancora, all'esterno si svolgono una serie di verifiche e controlli che concernono, tra l'altro, i profili dell'ammissione al gratuito pa-

---

<sup>44</sup> L'art. 8, d.lgs. n. 28/2010, infatti, prevede che il responsabile dell'organismo all'atto della presentazione della domanda possa designare un mediatore o, nelle controversie che richiedono particolari conoscenze tecniche, uno o più mediatori ausiliari (comma 1), precisando che, in mancanza, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali (comma 4). Nella stessa mediazione, peraltro, è possibile che per varie ragioni sia abbia la sostituzione dei mediatori, ad esempio per incompatibilità (art. 7, comma 3, d.m. n. 180/2010), per ricsuzione richiesta dalle parti (art. 14, d.lgs. n. 28/2010) ovvero perché, in caso di mancanza di accordo amichevole, si proceda alla formulazione della proposta risolutiva scritta con altro mediatore (art. 11, d.lgs. n. 28/2010 e artt. 7, comma 2, lett. b) e 16, comma 10, d.m. n. 180/2010).

<sup>45</sup> Ogni organismo deve avere un proprio responsabile al quale sono affidate le nomine e le sostituzioni dei mediatori (artt. 8, comma 1 e 14, comma 3, d.lgs. n. 28/2010).

<sup>46</sup> Art. 4 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>47</sup> Art. 8 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>48</sup> Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>49</sup> Art. 11, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

trocino<sup>50</sup>, il pagamento delle indennità di avvio e di mediazione, oltre che delle ulteriori spese<sup>51</sup>, l'autentica notarile del verbale di conciliazione in materia immobiliare<sup>52</sup>, l'omologa presidenziale dell'accordo conciliativo<sup>53</sup>, l'iscrizione di ipoteca giudiziale o l'esecuzione forzata o in forma specifica degli accordi conciliativi omologati<sup>54</sup>, l'applicazione del credito d'imposta e delle agevolazioni fiscali<sup>55</sup>. A carico di tutti i soggetti direttamente o indirettamente impegnati nell'organismo e, comunque, coinvolti nell'ambito del funzionamento della mediazione, quindi, si stabilisce una comune regola di carattere generale avente ad oggetto il rispetto della riservatezza che abbraccia la totalità dei procedimenti, per l'intero relativo svolgimento, comprese le sequenze correlate.

In relazione ai profili contenutistici dell'obbligo di riservatezza, la norma si riferisce espressamente alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione. La formulazione deve intendersi in senso ampio e comprensivo, in ragione delle finalità perseguite e dei valori tutelati con la prescrizione della riservatezza. Pertanto, sono da ritenere coperti tutti i contenuti delle dichiarazioni rese in mediazione, sia quelle provenienti dalla parti contendenti e dai loro rappresentanti o assistenti, sia quelle emesse dal mediatore e dagli esperti o collaboratori utilizzati, sia quelle rese dai terzi che a vario titolo intervengano nei procedimenti di mediazione, per esempio, come persone in qualche modo a conoscenza delle vicende oggetto della controversia o ad essa variamente collegate. L'obbligo di riservatezza, inoltre, riguarda tutte le informazioni acquisite durante il procedimento di mediazione e, di conseguenza, si riferisce a qualsiasi contenuto del procedimento, senza esclusioni o limitazioni. In sostanza, a tutela dei contendenti si dispone che l'esistenza stessa della mediazione e tutti i corrispondenti contenuti rimangano tendenzialmente coperti dalla riservatezza nei

---

<sup>50</sup> Art. 17 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>51</sup> Art. 16 d.m. n. 180/2010, ss.mm.

<sup>52</sup> Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>53</sup> Art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>54</sup> Art. 12, comma 2, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>55</sup> Art. 20 d.lgs. n. 28/2010.

confronti dei terzi. Tuttavia, occorre precisare che l'esistenza e alcuni essenziali contenuti della mediazione, in relazione alle esigenze poste dagli incombenti processuali e attuativi connessi al procedimento finalizzato alla conciliazione, possono essere portati a conoscenza degli uffici giudiziari ed, eventualmente, finanziari e, comunque, di quelli pubblici preposti alla tenuta dei registri immobiliari, ai quali si estende l'obbligo di riservatezza verso l'esterno, fatta eccezione per i contenuti dell'accordo che si trascrive o iscrive.

A fronte della richiamata regola generale, ancorché non integrale, di riservatezza esterna, come anticipato, l'art. 9, comma 2, prescrive pure una più limitata riservatezza interna tra il mediatore e le singole parti contendenti, con riferimento alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate. La riforma della mediazione, infatti, prevede che il mediatore possa svolgere sia incontri congiunti nel contraddittorio di tutte le parti contendenti, sia incontri separati con le singole parti<sup>56</sup>, dalle quali può ricevere dichiarazioni o acquisire informazioni che debbono essere mantenute riservate verso le controparti. Il mediatore, infatti, negli incontri separati si confronta riservatamente con la parte ascoltandola e scambiando dichiarazioni e informazioni che possono aggiungersi a quelle condivise tra le parti e riguardare aspetti ulteriori della controversia ovvero argomenti estranei all'oggetto del contendere, che sono comunque ritenuti utili a capire le posizioni in conflitto e a individuare i possibili percorsi risolutivi finalizzati alla conciliazione. Con la riservatezza interna, in sostanza, si favorisce il dialogo libero e il confronto aperto con il mediatore, permettendogli di conoscere in maniera più approfondita e completa le ragioni effettive, le esigenze autentiche e i desideri non dichiarati di ciascun contendente<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Art. 9, comma 2, d.lgs. n. 28/2010. Ai sensi dell'art. 7, comma 7, d.m. n. 180/2010, inoltre, si precisa che non sono consentite comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore, eccetto quelle effettuate in occasione delle sessioni separate. Quest'ultima disposizione garantisce l'imparzialità dell'attività di mediazione.

<sup>57</sup> Con riferimento alle parti complesse la tutela della riservatezza interna è suscettibile di articolarsi ulteriormente. Per un verso, infatti, la riservatezza interna potrebbe riferirsi anche agli altri soggetti appartenenti alla medesima parte, allorquando il mediatore abbia avuto degli incontri con ciascuno o al-

La tutela della riservatezza interna, comunque, è lasciata nella disponibilità della parte che rende le dichiarazioni o alla quale si riferiscono le informazioni acquisite in sessione separata. La stessa parte, infatti, potrebbe ritenere di condividere il contenuto delle proprie dichiarazioni e informazioni con una, alcune o tutte le controparti. In questo caso, qualora la parte non intenda ripetere ovvero portare tali contenuti direttamente a conoscenza delle controparti, comunque, potrebbe prestare il consenso affinché le stesse siano rese edotte tramite il mediatore. Di conseguenza, spetta a quest'ultimo nel corso delle sessioni riservate o di quelle congiunte, in funzione del perseguimento del successo della mediazione, rendere condiviso nelle modalità più adeguate il contenuto delle dichiarazioni e delle informazioni che è stato autorizzato a svelare. In tutti i casi, la rinuncia della parte alla riservatezza interna lascia comunque intatta la tutela della riservatezza esterna verso i terzi, che devono essere tenuti all'oscuro delle dichiarazioni e delle informazioni scaturenti dalla mediazione.

Entrambi i piani di tutela della riservatezza, infine, emergono sotto altri profili dalla disciplina del procedimento e del suo esito positivo o negativo. Così, ferma la riservatezza dell'intero procedimento di mediazione, le disposizioni del d.lgs. n. 28/2010 si soffermano sulle principali sequenze e sugli atti più importanti che contengono i dati trattati, quali risultano dall'impiego della tecnica di mediazione aggiudicativa e, comunque, dalla redazione dell'accordo conciliativo, ovvero dal verbale di mancata conciliazione.

La riforma prevede che, in caso di insuccesso della tecnica di mediazione facilitativa, qualora le parti non abbiano raggiunto un accordo amichevole malgrado l'assistenza del mediatore, questi possa utilizzare la tecnica aggiudicativa, consistente nella formulazione di una proposta scritta di risoluzione del conflitto, sulla quale le parti sono invitate a esprimere l'eventuale adesione<sup>58</sup>. La formulazione di una proposta scritta, peraltro, costituisce un obbligo per il mediatore ogniqualvolta le parti ne facciano concor-

---

cuni soltanto di essi. Per altro verso, il consenso alla condivisione delle informazioni potrebbe essere rivolto ad uno o taluni soltanto dei soggetti che compongono la controparte complessa.

<sup>58</sup> Art. 11 d.lgs. n. 28/2010.

de richiesta, dopo essere state informate delle possibili conseguenze in ordine alle spese processuali nel successivo giudizio<sup>59</sup>. Le due tecniche di mediazione sono contemplate e scandite nella disciplinata della mediazione sulla scorta di un criterio di sussidiarietà, nel senso che si passa alla seconda, di regola, in caso di insuccesso della prima. Esse presentano caratteristiche assai differenti, anche in relazione ai problemi di tutela della riservatezza che, per tanti versi, si complicano e cumulano quando siano entrambe utilizzate durante la medesima procedura di mediazione<sup>60</sup>. Con l'una tecnica, infatti, il mediatore favorisce la ricerca di un accordo amichevole attraverso un confronto aperto sulle posizioni delle parti, sentite anche separatamente, in relazione all'esame di tutti i profili della controversia ritenuti significativi per il raggiungimento della composizione concertata. Con l'altra tecnica, invece, il mediatore può o, in caso di richiesta congiunta, deve tentare di raggiungere diversamente una definizione della controversia tracciando per iscritto un'ipotesi risolutiva, circoscritta all'oggetto del contendere e rispettosa delle normative vigenti, sulla quale le parti sono tenute ad esprimersi per iscritto. Nel primo caso, la tutela della riservatezza, sia esterna che interna, si pone in relazione ai numerosi contenuti delle dichiarazioni e delle informazioni risultanti dal procedimento di mediazione, sia nelle sessioni congiunte e sia in quelle separate, che sono suscettibili di oltrepassare l'oggetto del contendere e le stesse posizioni conflittuali dei contendenti. Nel secondo caso, invece, la formulazione della proposta scritta solleva più delicati problemi non solo in ordine al vaglio di legalità, professionalità e imparzialità<sup>61</sup>, in quanto deve essere rispettosa delle norme imperative e del-

---

<sup>59</sup> Art. 13 d.lgs. n. 28/2010.

<sup>60</sup> Sulle fasi facilitativa e aggiudicativa della mediazione, v. A. SANTI, in *La composizione mediazione per la composizione amichevole delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 272 ss.; M.M ANDREONI, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, p. 171 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 263 ss. D. NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 181 ss.; M. CARADONNA, in *La mediazione civile*, cit., p. 288 ss.

<sup>61</sup> Al riguardo, v. le definizioni di mediazione e di mediatore contenute nell'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 28/2010.

l'ordine pubblico<sup>62</sup> e non risultare condizionata da quanto emerso dalla precedente fase facilitativa, ma anche alla necessaria tutela della riservatezza<sup>63</sup>. A tal fine, la proposta scritta non deve contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento, salvo diverso accordo delle parti stesse<sup>64</sup>. Si vuole garantire il mantenimento della riservatezza sul contenuto della mediazione, per quanto attiene sia al piano interno che a quello esterno. La disposizione, infatti, si giustifica in ragione tanto dell'utilizzo della forma scritta nella redazione della proposta, quanto della condivisione del contenuto dell'atto che non è circoscritta solo tra le parti contendenti ma investe pure i terzi all'esterno della mediazione. La proposta scritta, in primo luogo, viene comunicata a entrambe le parti, le quali entro sette giorni sono tenute a esprimere l'accettazione o il rifiuto<sup>65</sup>. In caso

---

<sup>62</sup> Tra gli obblighi del mediatore, l'art. 14, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 28/2010, infatti, è previsto quello di «formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative». In relazione agli obblighi del mediatore, v. M. BRUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 89 ss.; C. COVATA, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 311 ss.; N.G. ROCCO DI TORREPADULA, S. ROMANO, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 214 ss.; M. GIORGETTI, in *La mediazione civile*, cit., p. 353 ss.

<sup>63</sup> A questo fine, in particolare, assume importanza la disposizione del d.m. n. 180/2010 che riconosce esplicitamente la possibilità che nel regolamento dell'organismo di mediazione si preveda (art. 7, comma 2, lett. b) che la formulazione della proposta scritta, ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 28/2010, possa provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sia formulata sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente e, inoltre, che la proposta medesima sia formulabile anche in mancanza della partecipazione alla mediazione di una o più parti.

<sup>64</sup> Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010. Sulle modalità di formazione della proposta scritta, v. E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 486 ss.; D. NOVELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 189 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 279 ss.; M. BUZIO, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 260 ss.

<sup>65</sup> Ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, più precisamente, la proposta di conciliazione è comunicata per iscritto alle parti, le quali fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto. In caso di mancata risposta, la proposta si intende rifiutata.

di accettazione, inoltre, il verbale di conciliazione redatto dal mediatore recherà incorporata la proposta scritta con l'adesione delle parti<sup>66</sup>. In caso di rifiuto o di mancata accettazione, ancora, il verbale di mancata conciliazione indicherà comunque la proposta scritta del mediatore<sup>67</sup>.

La proposta scritta rifiutata, che per il tramite del verbale di mancata conciliazione risulta dall'atto finale del procedimento, assume un rilievo notevole in sede giudiziale ai fini della decisione sulle spese processuali che, ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 28/2010<sup>68</sup>, sono applicate dal giudice in deroga al criterio generale della soccombenza<sup>69</sup>. La norma, infatti, prevede delle conseguenze negative in sede di giudizio per la parte che non abbia accettato la proposta scritta formulata dal mediatore sia quando essa corrisponda alla decisione del giudice<sup>70</sup> e sia quando ricorrano comunque gra-

---

<sup>66</sup> Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>67</sup> Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>68</sup> Sul regime delle spese processuali ex art. 13, d.lgs. n. 28/2010, v. M.M. ANDREONI, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 203 ss.; NOVIELLO, in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 206 ss.; A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 303 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 283 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 323 ss.; M. VACCARI, *La disciplina delle spese nella media conciliazione*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); EAD., *La proposta conciliativa nella nuova disciplina delle spese di lite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2011, p. 610 ss.; V. DITTRICH, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., p. 593 s.; A. DE LUCA, *Mediazione (abuso del) processo: la deroga al principio della soccombenza come incentivo alla conciliazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 4, 2011, p. 403 ss.; F. AGNINO, *Le spese nel processo civile tra sanzioni e ottimizzazione del sistema giudiziario*, in *Il corriere giuridico*, 5, 2011, p. 633 s.

<sup>69</sup> Art. 91 c.p.c.

<sup>70</sup> La prima fattispecie prevista all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 si verifica quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta scritta formulata dal mediatore. In questo caso 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. Si prevede, inoltre, che resta ferma l'applicabili-

vi ed eccezionali ragioni, delle quali il giudice deve dare esplicita e puntuale indicazione nella decisione<sup>71</sup>. Sebbene vincitrice nel giudizio, la parte che non abbia accettato la proposta scritta del mediatore, a seconda dei casi, non solo non ha diritto alla rifusione delle spese, ma è pure tenuta a pagare quelle processuali e della mediazione sostenute dalla controparte soccombente, oltre che a subire la condanna al pagamento di ulteriori somme e penalità. In entrambe le fattispecie, peraltro, per provvedere sulle spese processuali e sulle altre somme, il giudice è tenuto a verificare il contenuto della proposta scritta formulata dal mediatore, di cui può sempre acquisire copia dalla segreteria dell'organismo<sup>72</sup>. La conoscenza giudiziale del contenuto della proposta scritta, quindi, determina un'evidente limitazione della riservatezza della mediazione, che non si realizza invece nell'ipotesi in cui il procedimento si svolga integralmente in base alla tecnica facilitativa.

In caso di mancato raggiungimento dell'accordo amichevole, infatti, il verbale negativo viene redatto dal mediatore senza altra indicazione che il dare atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione<sup>73</sup>. L'indicazione è rilevante ai fini della valutazione processuale negativa del comportamento e dell'applicazione di sanzioni pecuniarie a carico della parte che non abbia partecipato senza giustificato motivo alla mediazione<sup>74</sup>.

---

tà degli artt. 92 e 96 c.p.c. e che nel regime delle spese processuali sono comprese anche le spese e le indennità della mediazione e i compensi per gli esperti utilizzati (ex art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010).

<sup>71</sup> La seconda fattispecie prevista all'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 28/2010 si verifica quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta e il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per le indennità di mediazione e per il compenso degli esperti utilizzati (ex art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010). Il giudice è però tenuto ad indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese.

<sup>72</sup> Art. 8, comma 3, d.m. n. 180/2010.

<sup>73</sup> Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>74</sup> Art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010, che prevede che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo della parte invitata alla mediazione il giudice possa desumere argomenti di prova nel giudizio ai sensi dell'art. 116, com-

La partecipazione, oltre che la promozione del procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione, inoltre, costituisce fattore rilevante anche quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Nelle azioni relative alle controversie in materia civile e commerciale per le quali la mediazione è normativamente<sup>75</sup> o convenzionalmente<sup>76</sup> resa obbligatoria, infatti, il giudice deve rilevare d'ufficio e la controparte può eccepire il mancato assolvimento della condizione di procedibilità. Anche per tale aspetto, quindi, si ravvisa una limitazione della riservatezza della procedura di mediazione rispetto al successivo sviluppo processuale.

Nei segnalati momenti di raccordo con il processo civile, quindi, sono ravvisabili altrettante limitazioni alla tutela della riservatezza della mediazione che devono però intendersi in maniera rigorosa e tassativa.

5. *L'inutilizzabilità e il segreto professionale.* – La riservatezza della mediazione, come accennato, è altresì presidiata dall'art. 10, d.lgs. n. 28/2010, che contiene le disposizioni sull'inutilizzabilità e il segreto professionale rilevanti principalmente per le condotte delle parti e dei mediatori<sup>77</sup>.

Anzitutto, all'art. 10, comma 1, si prescrive che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il

---

ma 2, c.p.c. e, inoltre, in caso di mediazione obbligatoria, disporre una sanzione pecuniaria a carico della parte medesima pari all'ammontare del contributo unificato dovuto per il giudizio. In merito alla conseguenze processuali a carico della parte che non partecipa alla mediazione, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 238 ss.; M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, p. 759 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 294 ss.

<sup>75</sup> Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>76</sup> Art. 5, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>77</sup> In relazione all'art. 10, d.lgs. n. 28/2010, v. A. SANTI, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 261 ss.; F. FERRARIS, F. SODDU, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., p. 150 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 249 ss.

medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione. La disposizione contiene una regola generale con la quale si vuole evitare che i contenuti del procedimento finalizzato alla conciliazione siano impropriamente riversati nel successivo giudizio. Sono da scongiurare gli atteggiamenti opportunistici delle parti che raccolgano dichiarazioni e informazioni in sede di mediazione per un utilizzo strumentale diretto non tanto a favorire la composizione concertata della controversia, ma a procurare unicamente elementi probatori per avvantaggiarsi nella successiva definizione giudiziale della stessa. Quanto accade in mediazione, in via di principio, assume un esclusivo rilievo all'interno di questo procedimento e, tendenzialmente, non è riproponibile in sede processuale. L'inutilizzabilità delle dichiarazioni e delle informazioni costituisce la sanzione processuale con la quale si colpisce la produzioni e comunque l'acquisizione in giudizio dei materiali della mediazione. Il giudice, quindi, non ammette l'ingresso di tali materiali e, comunque, dovrebbe disporre l'estromissione dal processo quando siano illegittimamente acquisiti. In nessun caso, il giudice deve tenerne conto nella decisione del merito della controversia.

In tal senso, sempre all'art. 10, comma 1, si vieta espressamente l'ingresso nel giudizio del medesimo materiale rinveniente dalla mediazione tramite le altre prove processuali, non ammettendo sul contenuto delle dichiarazioni e delle informazioni suddette la prova per testimoni e la devoluzione del giuramento decisorio<sup>78</sup>. Le due prove si differenziano nettamente quanto ai soggetti chiamati in giudizio a riferire della mediazione, dal momento che mentre il giuramento viene deferito tra le parti contendenti, la testimonianza concerne soggetti terzi, quali sono coloro che hanno prestato la loro opera o il loro servizio nel procedimento stragiudiziale, a cominciare dai mediatori, oltre che i periti, i collaboratori e lo stesso responsabile e, comunque, chiunque altro a vario titolo sia intervenuto o abbia avuto conoscenza dei contenuti del medesimo procedimento. In termini soggettivi,

---

<sup>78</sup> Nel senso che il divieto si estenderebbe al giuramento suppletorio e agli altri mezzi di prova e, in particolare, agli interrogatori (libero o formale), alla confessione e alla prova documentale, v. D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, cit.

pertanto, la tutela della riservatezza può dirsi piena in quanto si esplica nei confronti di tutti, parti o terzi, siano chiamati in giudizio a riferire dei contenuti della mediazione.

In termini oggettivi, tuttavia, tanto l'inutilizzabilità quanto l'inammissibilità delle prove si riferiscono soltanto ai contenuti delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite durante la mediazione, non già ai materiali probatori preesistenti, successivi o, comunque, formati all'esterno del relativo procedimento. Così, le dichiarazioni e le informazioni raccolte prima o altrimenti rispetto alla mediazione, malgrado siano state acquisite nel relativo procedimento, rimangono utilizzabili o acquisibili in giudizio. In tal senso, l'eventuale documentazione concernente la controversia, malgrado sia acquisita in mediazione, non sarà resa inutilizzabile nel processo. La preclusione processuale, infatti, dovrebbe riferirsi al solo materiale che non sia solo proveniente dalla mediazione ma altresì formato in tale sede che, perciò, deve essere mantenuto all'interno del procedimento, in quanto finalizzato unicamente al tentativo di una composizione negoziale del conflitto mediante la conciliazione. Se si opinasse diversamente, invero, si finirebbe per pregiudicare la tutela giudiziale dei diritti dei contendenti, per esempio, ritenendo che qualsiasi dichiarazione o informazione portata in mediazione sia in tal modo resa inutilizzabile in sede processuale. Si favorirebbero abusi e strumentalizzazioni perpetrati mediante la produzione in mediazione dello sfavorevole materiale probatorio che, lungi dall'agevolare la conciliazione, avrebbero lo scopo di neutralizzarne l'impiego in sede giudiziale ad opera della parte che sarebbe pregiudicata dalle relative risultanze.

L'art. 10, comma 1, in ogni caso, lascia aperta la possibilità per le parti di accordarsi diversamente, nel senso che la parte dichiarante o alla quale si riferiscono le informazioni acquisite in mediazione può acconsentire alla limitazione della riservatezza e, quindi, all'utilizzo di tali dati in sede processuale. Il consenso della parte, a seconda dei casi, può essere rilasciato in sedi, momenti e con modalità differenti. Fin dalla mediazione, già al momento dell'effettuazione della dichiarazione o dell'assunzione dell'informazione ovvero prima della chiusura del procedimento, la parte può acconsentirne l'eventuale utilizzo anche in giudizio. In mancanza, durante il processo il consenso della parte è

concedibile anche in maniera concludente attraverso la non opposizione all'utilizzo delle dichiarazioni e delle informazioni ovvero all'ammissione dell'interrogatorio e della testimonianza sui relativi contenuti ovvero all'acquisizione e produzione del materiale probatorio formato in mediazione.

La tutela della riservatezza su quanto accade in mediazione, inoltre, è completata dall'art. 10, comma 2, con particolare riferimento alla posizione del mediatore. Ai sensi della disposizione richiamata, in primo luogo, il mediatore non può essere chiamato a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione<sup>79</sup>. La formulazione dell'esonerazione dall'obbligo di deporre risulta assai ampia, in quanto non è circoscritta alle sole deposizioni da rendere davanti all'autorità giudiziaria, ma si estende a qualsiasi altra autorità. Tale ampliamento determina un deciso rafforzamento della riservatezza nella mediazione tanto più significativo in ragione dell'ampia area di contenzioso interessata dalla riforma del d.lgs. n. 28/2010 e, quindi, della pluralità di autorità giudiziarie (civili, penali e amministrative) ed extragiudiziarie (locali, regionali, nazionali e sovranazionali) competenti, sotto tanti aspetti, a conoscere dei fatti oggetto della controversia. Si considerino, tra le altre, le fattispecie di responsabilità medica del professionista dipendente pubblico per le quali la vittima prima di adire il giudice civile deve esperire la procedura di mediazione<sup>80</sup>, nella con-

---

<sup>79</sup> Per D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, cit., più che di una facoltà, si tratterebbe di un divieto di testimonianza che discenderebbe direttamente dal dovere di riservatezza enunciato dall'art. 9, comma 1, la cui violazione rappresenterebbe per il mediatore un illecito che determinerebbe, a suo carico, una responsabilità per danni. Di qui la configurabilità non già di una facoltà, bensì di un obbligo di astensione, che renderebbe comunque inammissibile la testimonianza eventualmente resa dal mediatore sulle dichiarazioni o informazioni acquisite in corso di procedura.

<sup>80</sup> Sulle principali questioni sollevate dall'applicazione della mediazione in materia di responsabilità medica, v. AA.VV., *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario* a cura di R. Barberio, E. De Masi, E. Sirotti Gaudenzi, Rimini, 2012; M.R. FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *I contratti*, 4, 2011, p. 425 ss.; S. MEANI, *Conciliazione in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica: spunti di riflessione sulla scorta dell'esperienza americana*, in *Il corriere giuridico*, 8, 2011, p. 1163 ss.; G.

sapevolezza che la medesima vicenda è suscettibile di assumere rilievo anche penale, contabile e disciplinare e, quindi, di essere portata davanti alle varie autorità preposte.

L'art. 10, comma 2, si conclude prescrivendo che al mediatore si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto applicabili. In tal modo, la riforma ha provveduto a completare lo statuto del mediatore e della mediazione sul punto della tutela della riservatezza attraverso il richiamo delle disposizioni del codice di procedura penale, contenute nell'ambito delle discipline dedicate, rispettivamente, ai mezzi di prova (titolo II) e, in particolare, alla testimonianza (capo I) e al difensore e più precisamente alla sue garanzie. Nell'ordine, le disposizioni sul segreto professionale dell'art. 200 c.p.p. prevedono che talune categorie di soggetti<sup>81</sup> non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria<sup>82</sup>. L'applicazione delle disposizioni al mediatore, quale professionista che assiste le parti nel raggiungimento di un accordo amichevole, è coerente esplicitazione dei principi della riforma della mediazione, quali delineati a livello comunitario. In questo senso, tra il mediatore e le parti si realizza uno spazio di inviolabilità della comunicazione che si

---

MURGIA, Commento a: Corte costituzionale 14 maggio 2010 n. 178; in *Quaderni di conciliazione n. 2*, cit., p. 99 ss.; V. OCCORSIO, *Responsabilità medica e mediazione*, *ivi*, p. 139 ss.; E. D'ALOJA, 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 aziendale*, in *Quaderni di conciliazione n. 1*, cit., p. 63 ss.; C. PILIA, E. D'ALOJA, *L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo*, *ivi*, p. 181 ss.; C. PILIA, E. D'ALOJA, *La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile*, *ivi*, p. 235 ss.

<sup>81</sup> Ministri delle confessioni religiose (lett. a); avvocati, investigatori, consulenti tecnici, notai (lett. b); medici, chirurghi, farmacisti, ostetriche, esercenti professioni sanitarie (lett. c); gli esercenti altri uffici e professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale (lett. d) e i giornalisti professionisti (comma 3).

<sup>82</sup> Sarebbero le fattispecie di cui agli artt. 331 e 334 c.p.p.

impone anche nel giudizio penale, nel quale le esigenze della riservatezza della mediazione prevalgono rispetto a quelle dell'accertamento processuale.

Infine, al mediatore si estendono le garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 c.p.p., per quanto attiene ai presupposti e alle modalità di esecuzione delle ispezioni, delle perquisizioni e dei sequestri nell'ufficio del difensore, nonché delle intercettazioni delle conversazioni e delle comunicazioni, il sequestro e il controllo della corrispondenza. La violazione delle relative disposizioni, peraltro, comporta l'inutilizzabilità dei risultati probatori ottenuti. L'estensione delle disposizioni ai mediatori, comunque, è prevista in quanto siano compatibili. Perciò è affidato all'interprete sia il vaglio di compatibilità e sia l'individuazione del concreto contenuto normativo che, benché formulato con riferimento al processo penale, è da estendere e applicare anche al procedimento di mediazione.

6. *Il trattamento dei dati personali.* – La tutela della riservatezza della mediazione, come accennato, comprende altresì il rispetto delle disposizioni vigenti in materia di trattamento dei dati personali. L'attività della mediazione, infatti, comporta il compimento di operazioni di raccolta e di trattamento di numerosissimi dati personali aventi natura diversa, riferiti sia alle parti contendenti e sia a quanti collaborano con le strutture che erogano il servizio della mediazione. Tanto comporta, quindi, che sul piano organizzativo, gestionale e del controllo del funzionamento siano adottate tutte le misure occorrenti a garantire non solo la piena sicurezza e riservatezza dei dati trattati, ma anche la salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà di tutti i soggetti interessati.

In termini generali, l'art. 7, comma 7, d.m. n. 180/2010 impone agli organismi di mediazione di trattare i dati raccolti nel rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante codice in materia di protezione dei dati personali<sup>83</sup>. La diversa na-

---

<sup>83</sup> Sulle disposizioni del d.lgs. n. 196/2003, in generale, v. AA.VV., *Codice della privacy*, in *Le nuove leggi amministrative. Commenti a prima lettura* coordinati da V. Italia, Milano, 2004; R. IMPERIALI, R. IMPERIALI, *Codice della privacy. Commento alla normativa sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004.

tura giuridica, pubblica o privata, degli organismi e la differente tipologia di dati personali raccolti, comuni, sensibili e giudiziari, determina l'applicazione di plurimi regimi giuridici, che hanno comportato una serie di interventi diretti da parte dell'Autorità per la protezione dei dati personali. La riforma della mediazione, quanto alla disciplina del trattamento dei dati personali, pertanto, si deve combinare con le numerose disposizioni del codice della *privacy* e con il provvedimento e le due autorizzazioni del 21 aprile 2011 del Garante che hanno avuto la finalità di raccordare le normative, semplificare le procedure e gli adempimenti a carico degli organismi di mediazione pubblici e privati e autorizzare il trattamento dei dati personali di natura sensibile<sup>84</sup> e a carattere giudiziario<sup>85</sup> mantenendo un elevato livello di garanzia per i diritti e le libertà fondamentali.

Il Garante è dovuto intervenire perché nella mediazione sono usati i dati personali delle parti e degli altri protagonisti del procedimento, anche di tipo sensibile e giudiziario. In sintesi, i soggetti pubblici che intendono costituire un organismo di mediazione dovranno rispettare la normativa sulla *privacy* e aggiungere al proprio regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari il documento predisposto dal Garante, che individua i tipi di dati (stato di salute, vita sessuale, convinzioni politiche, condanne) e le operazioni eseguibili (raccolta presso l'interessato o presso terzi, elaborazione in forma cartacea o automatizzata). Con la prima autorizzazione, si consente agli organismi privati di trattare i dati di natura sensibile delle parti del procedimento, mentre con la seconda si autorizzano gli organismi pub-

---

<sup>84</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. *d*), codice *privacy*, per dati sensibili si intendono i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

<sup>85</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. *e*), codice *privacy*, per dati giudiziari si intendono i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'art. 3, comma 1, lett. da *a*) a *o*) e da *r*) a *u*) del d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli artt. 60 e 61 c.p.p.

blici e privati, il Ministero della giustizia e gli enti di formazione a trattare i dati giudiziari per la verifica dei requisiti di onorabilità di mediatori, soci, associati, rappresentanti degli organismi e degli enti privati. Tali provvedimenti assumono rilevanza non solo per i contenuti delle misure prescritte, ma anche per la finalità meritevole di tutela e per la natura giuridica dell'attività di mediazione.

Il primo provvedimento n. 160 del 21 aprile 2011<sup>86</sup>, adottato dal Garante a distanza di appena un mese dal varo della riforma italiana della mediazione, esordisce con la duplice premessa che è stato reso obbligatorio avvalersi preliminarmente della mediazione finalizzata alla conciliazione per chi intende esercitare in giudizio un'azione nelle materie ex art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 e che la gestione della mediazione è affidata a organismi pubblici o privati che si avvalgono di mediatori formati da appositi enti anch'essi accreditati presso i registri tenuti dal Ministero della Giustizia. Il Garante osserva ancora che il procedimento di mediazione comporta il trattamento di dati personali riferiti alle parti della mediazione e agli altri soggetti coinvolti nel medesimo procedimento in conformità alla legge e che in tale attività possono essere trattati tutti i tipi di dati, compresi quelli sensibili<sup>87</sup> e giudiziari<sup>88</sup>, per i quali il codice della *privacy* detta rafforzati regimi giuridici di tutela. In particolare, si osserva che la codificazione agli artt. 20 e 21 prevede che i dati personali sensibili e giudiziari possano essere trattati dai soggetti pubblici in base a un'espressa disposizione di legge nella quale siano specificati i tipi di dati, le operazioni eseguibili e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. Si rileva altresì che in presenza di una disposizione primaria che si limiti a specificare solo la finalità di rilevante interesse pubblico, è necessario identificare – in un atto di natura

---

<sup>86</sup> Provvedimento in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali n. 161 del 21 aprile 2011, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011 e reso disponibile sul sito web istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. web n. 1809039.

<sup>87</sup> Il Garante richiama in via esemplificativa i procedimenti inerenti al risarcimento del danno da responsabilità medica e da diffamazione.

<sup>88</sup> Il Garante richiama in via esemplificativa i dati relativi a sentenze di condanna in base alle quali si può richiedere il risarcimento del danno.

regolamentare conforme al parere reso dal Garante – e rendere pubblici i tipi di dati, nonché le operazioni eseguibili in relazione alle finalità perseguite nei singoli casi. In armonia con il principio di semplificazione, nel quadro di un elevato livello di tutela dei diritti, il predetto parere può essere espresso anche su uno schema-tipo (artt. 20 e 21 del codice). A tal fine, nel caso in esame, il Garante individua la finalità di rilevante interesse perseguita dagli organismi tramite la mediazione nell'art. 71, comma 1, lett. *b*) del codice, in base al quale “si considerano di rilevante interesse pubblico, ai sensi degli artt. 20 e 21, le finalità (...) volte a fare valere il diritto di difesa in sede amministrativa o giudiziaria, anche da parte di un terzo”. Sul punto, inoltre, il medesimo art. 71, comma 2, prevede che “quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se il diritto da fare valere o difendere, di cui alla lettera *b*) del comma 1, è di rango almeno pari a quello dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile”.

In mancanza di schemi tipo di regolamento presentati da enti pubblici che intendessero trattare dati sensibili o giudiziari, il Garante d'intesa con il Ministero della giustizia hanno condiviso un documento con il quale sono stati identificati i tipi di dati che possono essere trattati e di operazioni eseguibili, per il perseguimento della rilevante finalità di cui al citato art. 71, comma 1, lett. *b*) del codice. Il documento, pertanto, riguarda il trattamento dei dati sensibili e giudiziari da parte degli enti pubblici ed è stato predisposto al fine di assicurare che la medesima categoria di dati personali sia trattata in modo omogeneo rispetto agli organismi di mediazione costituiti da enti privati, in ordine ai quali il Garante nella stessa giornata ha adottato apposita autorizzazione generale.

Il documento costituisce parte integrante del provvedimento del Garante emesso ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 2, e 154, lett. *g*) del codice, che individua i tipi di dati e di operazioni eseguibili in relazione alla finalità di rilevante interesse pubblico, di cui all'art. 71, comma 1, lett. *b*) del codice, per le attività svolte da soggetti pubblici per la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010. A tal fine, si prevede che gli enti

pubblici che intendano costituire un organismo di mediazione, nell'adeguare il proprio regolamento per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari – che ciascun soggetto pubblico deve avere adottato ai sensi dell'art. 20 del codice – per il corretto utilizzo di tale categoria di dati per lo svolgimento delle altre funzioni istituzionali – possono adottare tale documento allegato, in conformità al presente provvedimento, senza richiedere all'Autorità un parere specifico per poter trattare dati sensibili o giudiziari per l'attività degli organismi di mediazione.

Dalla disamina di tale documento, come rilevato, emerge che le rilevanti finalità di interesse pubblico perseguite dal trattamento sono le attività sanzionatorie e di tutela dell'art. 71, comma 1, lett. b), del codice, e che i tipi di dati trattati sono quelli idonei a rivelare lo stato di salute (patologie attuali e pregresse, terapie in corso) e la vita sessuale, nonché l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche e d'altro genere, le convinzioni politiche e sindacali [art. 4, comma 1, lett. d], del codice) e i dati di carattere giudiziario [art. 4, comma 1, lett. e] del codice). Sono indicate le tipologie di operazioni eseguibili costituite dalla raccolta presso l'interessato e presso terzi, dall'elaborazione in forma cartacea ed automatizzata e da altre operazioni ordinarie. Tra le operazioni da queste diverse, inoltre, si individuano le comunicazioni alle parti nel procedimento di mediazione laddove sia indispensabile, nei limiti strettamente pertinenti all'espletamento dello specifico incarico di mediazione conferito e nel rispetto del d.lgs. n. 28/2010. Nella descrizione del trattamento, ancora, si precisa che l'organismo tratta i dati sensibili e giudiziari nell'ambito dell'attività di mediazione obbligatoria e, in particolare, che all'atto di presentazione della domanda di mediazione, l'organismo designa un mediatore presente nel proprio elenco che si adopera per la conciliazione delle parti. Infine, si precisa che nel caso in cui sia indispensabile, l'accordo amichevole o la proposta di conciliazione formata dal mediatore possono contenere dati sensibili e giudiziari relativi alle parti o a terzi. In proposito, il processo verbale formato dal mediatore con allegato l'accordo amichevole ovvero l'indicazione della proposta viene depositato presso la segreteria dell'organismo e le parti possono chiederne copia anche ai fini dell'omologazione da parte del tribunale.

Con il successivo provvedimento n. 161 sempre del 21 aprile 2011 concernente l'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nell'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali<sup>89</sup>, il Garante muove da alcune considerazioni, tra le quali, quella per cui la riforma della mediazione comporta che un elevato numero di trattamenti di dati sensibili sia effettuato dagli organismi privati per l'espletamento delle rispettive attività. Ai sensi dell'art. 26, comma 1, del codice i soggetti privati e gli enti pubblici economici possono trattare i dati sensibili solo previa autorizzazione del Garante medesimo e, ove necessario, con il consenso scritto degli interessati, nell'osservanza dei presupposti e dei limiti stabiliti nel codice, nonché dalla legge e dai regolamenti e che il trattamento di questi dati può essere autorizzato anche d'ufficio con provvedimento di carattere generale relativo a determinate categorie di titolari o di trattamenti (art. 40). Le autorizzazioni generali, infatti, sono risultate uno strumento idoneo per prescrivere misure uniformi a garanzia degli interessati e rendono superflua la richiesta di autorizzazioni individuali.

Malgrado l'esistenza di alcune autorizzazioni generali in materia di trattamento dei dati personali sensibili (n. 2/2009<sup>90</sup> e n. 5/2009<sup>91</sup>),

---

<sup>89</sup> Provvedimento pubblicato *sulla Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011* e reso disponibile sul sito web istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. web n. 1808658.

<sup>90</sup> Autorizzazione n. 2/2009 rilasciata per il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, anche per quando il trattamento sia necessario per far valere o difendere un diritto anche da parte di un terzo in sede giudiziaria, nonché in sede amministrativa o nelle procedure di arbitrato e di conciliazione nei casi previsti dalle leggi, dalla normativa comunitaria, dai regolamenti o dai contratti collettivi, sempre che il diritto sia di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile, e i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario per il loro perseguimento (punto 1.3., lett. a). L'Autorizzazione n. 2/2009 al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale è stata pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale n. 13 del 18 gennaio 2010* e resa disponibile sul sito web istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. web n. 1682956.

<sup>91</sup> Autorizzazione n. 5/2009 riferita al trattamento dei dati sensibili, che il Garante ha ritenuto, in ragione della diversa categoria di titolari a cui si rivolgono le prescrizioni, non applicabile al trattamento dei dati sensibili da parte degli organismi di mediazione, per i quali ha stimato necessaria una nuo-

il Garante ha ritenuto necessaria l'adozione di un'apposita autorizzazione, da rilasciare in via provvisoria a tempo determinato fino al 30 giugno 2012 in attesa del completamento della fase attuativa della riforma della mediazione. Per il trattamento dei dati giudiziari, invece, il Garante ha richiamato il dato normativo vigente e una precedente autorizzazione generale. Più precisamente, ai sensi dell'art. 27 del codice il trattamento di dati giudiziari da parte di privati o di enti pubblici economici è consentito soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specifichino le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e le operazioni eseguibili. A tal fine, il Garante ha ritenuto che anche al trattamento di dati a carattere giudiziario indispensabili nell'ambito dell'attività di mediazione di cui al d.lgs. n. 28/2010 sia applicabile l'autorizzazione generale n. 7/2009<sup>92</sup> al trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, di enti pubblici economici e di soggetti pubblici rilasciata "a chiunque, per far valere o difendere un diritto anche da parte di un terzo in sede giudiziaria, nonché in sede amministrativa o nelle procedure di arbitrato e di conciliazione nei casi previsti dalle leggi, dalla normativa comunitaria, dai regolamenti o dai contratti collettivi..."<sup>93</sup>.

Considerata, infine, la necessità di garantire il rispetto di alcuni principi volti a ridurre al minimo i rischi di danno o di pericolo che i trattamenti potrebbero comportare per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità delle persone e, in particolare, per il diritto alla protezione dei dati personali sancito dall'art. 1 del codice, e viste le disposizioni del codice restanti, in specie l'art. 11, comma 2, che dispone l'inutilizzabilità dei dati trattati in violazione della disciplina, gli artt. 31 ss. e il relativo disciplinare di cui all'allegato B) concernente le misure di sicurezza e gli

---

va autorizzazione. L'Autorizzazione n. 5/2009 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 13 del 18 gennaio 2010 e resa disponibile sul sito web istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. web n. 1683005.

<sup>92</sup> Autorizzazione n. 7/2009 al trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, di enti pubblici economici e di soggetti pubblici, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 13 del 18 gennaio 2010 e resa disponibile sul sito web istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. web n. 1683046.

<sup>93</sup> Autorizzazione n. 2/2009, punto 2, lett. a).

artt. 42 ss. in materia di trasferimento di dati personali all'estero, il Garante ha adottato l'autorizzazione generale n. 161/2011.

Passando al contenuto dell'autorizzazione, quanto ai soggetti, gli organismi di mediazione privati<sup>94</sup> sono autorizzati, anche senza richiesta, a trattare i dati sensibili<sup>95</sup>, secondo le prescrizioni di seguito indicate. In relazione alle finalità, il trattamento dei dati sensibili può essere effettuato solo ai fini dell'espletamento di un'attività che rientri tra quelle che i soggetti autorizzati possono svolgere ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 e, in particolare, per assistere due o più parti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia e, in mancanza, sia nella formulazione di una proposta risolutiva. Si precisa, inoltre, che qualora i dati siano idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il diritto da far valere o difendere deve essere di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Quanto agli interessati, di regola, il trattamento dei dati sensibili può riguardare soltanto i soggetti che siano coinvolti nella controversia oggetto della mediazione e, solo se sia per essa strettamente indispensabile, anche i dati sensibili relativi a terzi. Quanto alle categorie di dati e operazioni di trattamento, l'autorizzazione prescrive che il trattamento può riguardare solamente dati e operazioni che risultino indispensabili, pertinenti e non eccedenti in relazione alla specifica controversia oggetto della mediazione e rispetto ad attività che non possano essere svolte mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa. Infine, si precisa che il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale deve essere effettuato anche nel rispetto della citata autorizzazione generale n. 2/2009. Quanto alla comunicazione, i dati sensibili possono essere comunicati, laddove indispensabile, alle parti nel procedimento di mediazione, nei limiti strettamente pertinenti all'espletamento dello specifico incarico di mediazione conferito e nel rispetto del d.lgs. n. 28/2010. Si soggiunge che i dati sensibili non possono essere diffusi. Quanto alla conservazione, nel rispetto dell'obbligo disposto dall'art. 11, comma 1, lett. e) del codice, i dati sensibili possono essere conservati per il periodo di tempo previsto dalla normativa comunitaria, da

---

<sup>94</sup> A sensi dell'art. 4, comma 1, lett. d) del codice.

<sup>95</sup> A sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 28/2010.

leggi o regolamenti e, comunque, per un periodo non superiore a quello strettamente necessario per la gestione dell'attività di mediazione<sup>96</sup>. L'autorizzazione impone la verifica mediante controlli periodici della stretta pertinenza, non eccedenza e indispensabilità dei dati rispetto agli incarichi in corso, da instaurare o cessati, anche in considerazione dei dati che l'interessato fornisce di propria iniziativa. I dati che non soddisfino tali requisiti sono considerati inutilizzabili. Una specifica attenzione deve riservarsi all'indispensabilità dei dati riferiti a soggetti diversi da quelli cui si riferiscono direttamente le prestazioni e gli adempimenti.

Stante il carattere generale dell'autorizzazione rilasciata, gli organismi privati non devono presentare apposita richiesta di autorizzazione qualora il trattamento che si intende effettuare sia conforme alle suddette prescrizioni e, pertanto, le eventuali richieste pervenute o che perverranno sono da intendersi accolte nei termini del provvedimento generale. Non saranno perciò prese in considerazione richieste di autorizzazioni di trattamenti da effettuarsi in difformità al medesimo provvedimento generale, tranne che, ai sensi dell'art. 41 del codice, siano giustificate da circostanze del tutto particolari o da situazioni eccezionali non considerate nella presente autorizzazione. In questa, infine, si ribadisce che restano fermi, per un verso, gli obblighi previsti da norme di legge o di regolamento o dalla normativa comunitaria che stabiliscono divieti o limiti più restrittivi in materia di trattamento dei dati personali, e, per altro verso, gli obblighi di legge che vietano la rivelazione senza giusta causa e l'impiego a proprio o altrui profitto delle notizie coperte dal segreto professionale, nonché gli obblighi deontologici o di buona condotta relativi a singole figure professionali<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> A tal proposito, occorre segnalare l'art. 12, comma 1, d.m. n. 180/2010, che impone a ciascun organismo di istituire un registro, anche informatico, degli affari di mediazione (contenente le annotazioni relative al numero d'ordine progressivo, i dati identificativi delle parti, l'oggetto della mediazione, il mediatore designato, la durata del procedimento e il relativo esito). Il base al comma successivo, inoltre, si dispone che, a norma dell'art. 2961, comma 2, cod. civ., è fatto obbligo all'organismo di conservare copia degli atti dei procedimenti per almeno un triennio dalla data della loro conclusione.

<sup>97</sup> Buona parte dei mediatori sono professionisti iscritti agli ordini e collegi professionali (art. 4, comma 3, lett. a) d.m. n. 180/2010), che perciò sono tenuti a rispettare il segreto professionale e vincolati ai corrispondenti codici de-

Sempre in data 21 aprile 2011, con provvedimento n. 162<sup>98</sup>, il Garante ha rilasciato l'altra autorizzazione al trattamento dei dati a carattere giudiziario correlato all'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Anche in questo caso, il Garante svolge puntuali considerazioni in merito al regime giuridico applicabile al trattamento di questi dati in mediazione e alla necessità di prevedere un'autorizzazione generale e provvisoria al fine di consentirne il relativo trattamento. In particolare, sono richiamate numerose norme del codice che assumono rilievo (gli artt. 21, comma 1, e 27<sup>99</sup>, 20, comma 2 e 4<sup>100</sup>, e 22<sup>101</sup>) e si ripete la considerazione che il trattamento dei dati in questione può essere autorizzato dal Garante anche d'ufficio con provvedimenti di carattere generale (relativi a determinate categorie di titolari o di trattamenti, ai sensi dell'art. 40) che si sono dimostrati strumento idoneo per prescrivere misure uniformi a garanzia degli interessati, rendendo superflua la richiesta di singoli provvedimenti autorizzatori da parte dei numerosi titolari del trattamento.

---

ontologici. Tutti i mediatori, comunque, sono tenuti a osservare le disposizioni del codice etico degli organismi con i quali collaborano e, inoltre in base alla direttiva 2008/52/CE (considerando n. 17 e art. 4) si intendono favorire i codici di condotta degli organismi e dei mediatori. A tal proposito, si segnala l'esistenza di un codice europeo di condotta dei mediatori, che si occupa anche della riservatezza (art. 4). Il relativo testo è riportato nell'appendice del *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, cit., p. 631 ss. e, comunque, risulta disponibile all'indirizzo [web: ec.europa.eu/civijustice//adr/adr/\\_ec\\_code\\_conduct\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/civijustice//adr/adr/_ec_code_conduct_it.pdf).

<sup>98</sup> Provvedimento pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 101 del 3 maggio 2011 e reso disponibile sul sito *web* istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. *web* n. 18086776.

<sup>99</sup> Norme che consentono il trattamento di dati giudiziari, rispettivamente, da parte di soggetti pubblici e di privati o di enti pubblici economici, soltanto se autorizzato da espressa disposizione di legge o provvedimento del Garante che specifichino le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e le operazioni eseguibili.

<sup>100</sup> Insieme alle disposizioni relative a specifici settori di cui alla parte II del codice e, in particolare, il capo IV del titolo IV nel quale sono indicate le finalità di rilevante interesse pubblico che rendono ammissibile il trattamento di dati giudiziari da parte di soggetti pubblici.

<sup>101</sup> Norma che enuncia i principi applicabili, in particolare, al trattamento di dati giudiziari da parte di soggetti pubblici.

Con riferimento alla disciplina della mediazione (d.lgs. n. 28/2010 e d.m. n. 180/2010), in primo luogo, si rileva che è previsto che gli organismi di mediazione, gli enti di formazione e il Ministero della giustizia trattino i dati giudiziari per l'accertamento dei requisiti di onorabilità dei mediatori nonché dei soci, associati, amministratori e rappresentanti dei predetti enti di natura privata e attribuiscono al Ministero della giustizia l'esercizio di poteri di vigilanza e controllo in merito a tali requisiti. In secondo luogo, si rende necessario provvedere con una nuova autorizzazione al fine di consentirne il relativo trattamento correlato all'attività di mediazione, che non è contemplato dalla precedente autorizzazione generale n. 7/2009 relativa al trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, di enti pubblici economici e di soggetti pubblici.

Il Garante, pertanto, ha autorizzato i trattamenti di dati giudiziari per le finalità di rilevante interesse pubblico di seguito specificate ai sensi degli artt. 21 e 27 del codice, con l'osservanza di puntuali prescrizioni. Per quanto attiene ai soggetti e alle finalità del trattamento, si prevede che per il perseguimento di finalità di rilevante interesse pubblico individuata dall'art. 69 (Onorificenze, ricompense e riconoscimenti) sono autorizzati, anche senza richiesta, a trattare i dati personali giudiziari per adempiere gli obblighi previsti da disposizioni di legge e regolamento in materia di mediazione: 1) gli organismi di mediazione costituiti da enti privati, con riferimento ai dati dei soci, associati, amministratori e rappresentanti, nonché dei mediatori iscritti; 2) gli organismi di mediazione costituiti da enti pubblici, con riferimento ai dati dei mediatori iscritti; 3) gli enti di formazione per la mediazione con riferimento ai dati dei soci, associati, amministratori e rappresentanti. Ancora, per il perseguimento di finalità di rilevante interesse pubblico individuata dall'art. 69 (Onorificenze, ricompense e riconoscimenti), nonché dall'art. 67 (Attività di controllo e ispettive), il Ministero della giustizia è autorizzato, anche senza richiesta, a trattare i dati personali giudiziari per la gestione del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco degli enti di formazione e per la verifica dei requisiti di onorabilità (ex d.m. n. 180/2010) di soci, associati, amministratori e rappresentanti degli organismi di mediazione e degli enti di formazione di natura privata, nonché dei singoli mediatori.

In relazione agli interessati ai quali i dati si riferiscono e alle categorie di dati oggetto di trattamento, si prescrive che il trattamento può riguardare i soli dati giudiziari relativi ai requisiti di onorabilità previsti dal d.m. n. 180/2010 per soci, associati, amministratori e rappresentanti degli organismi di mediazione e degli enti di formazione di natura privata, nonché dei singoli mediatori<sup>102</sup>. Quanto alle categorie di dati e operazioni, il trattamento può riguardare i soli dati giudiziari e le sole operazioni che risultino indispensabili, pertinenti e non eccedenti in relazione alla specifica finalità perseguita, nei limiti stabiliti dalle norme di legge e regolamento. Quanto alla comunicazione dei dati, il Ministero di Giustizia nell'ambito dei poteri di vigilanza e controllo attribuitigli dalla normativa di settore può comunicare i dati giudiziari agli organismi di mediazione e agli enti di formazione di natura privata in relazione ai requisiti di onorabilità previsti dagli artt. 4, comma 2, lett. c) e 18, comma 2, lett. b), del d.m. n. 180/2010 per i propri soci, associati, amministratori e rappresentanti e agli organismi di mediazione di natura pubblica e privata in relazione ai requisiti di onorabilità previsti dall'art. 4, comma 3, lett. c) del d.m. n. 180/2010, per i mediatori individuati nei propri elenchi. Quanto alla conservazione dei dati, alla richiesta di autorizzazione specifica, alle norme finali e all'efficacia temporale fino al 30 giugno 2012, infine, sono riproposte le medesime prescrizioni dell'autorizzazione n. 161/2011.

Un altro puntuale intervento del Garante si è registrato con riferimento al trattamento in mediazione dei dati genetici. Il trattamento di tali dati è stato autorizzato dal Garante<sup>103</sup> che però ha

---

<sup>102</sup> Ai sensi dell'art. 4, comma 3, d.m. n. 180/2010, tra i requisiti di onorabilità dei mediatori figurano: a) non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva non sospesa; b) non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici; c) non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza; d) non aver riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento. I medesimi requisiti sono richiesti, dall'art. 18, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010, per i formatori. Mentre per i soci, associati, amministratori o rappresentanti dei predetti enti, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010 e degli organismi di mediazione, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. c), sono fissati requisiti conformi a quelli stabiliti dall'articolo 13 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

<sup>103</sup> Autorizzazione al trattamento dei dati genetici del 24 giugno 2011 (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 11 luglio 2011 e resa disponibile *sul sito*

esonerato gli organismi di mediazione dall'obbligo di notificazione previsto dall'art. 37, comma 1, lett. a), del codice<sup>104</sup>. Benché settoriale, l'indicazione sui dati genetici<sup>105</sup> assume sicuro rilievo nella mediazione obbligatoria, in special modo, da un lato,

---

*web istituzionale del Garante* [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. *web* n. 1822650) con cui è stato autorizzato il trattamento di tali dati anche da parte degli organismi di mediazione pubblici e privati limitatamente alle operazioni e ai dati indispensabili per le esclusive finalità di espletamento delle attività inerenti all'esercizio della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. L'autorizzazione è concessa per il trattamenti che avvengano in conformità alla legge e nel rispetto, per gli organismi privati, delle prescrizioni dell'autorizzazione generale al trattamento dei dati sensibili nell'attività di mediazione del 21 aprile 2011 e, per gli organismi pubblici, del provvedimento del 21 aprile che individua i tipi di dati e di operazioni eseguibili in relazione alla finalità di rilevante interesse pubblico di cui all'art. 71, comma 1, lett. b) del codice.

<sup>104</sup> Con deliberazione n. 259 del 24 giugno 2011, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 161 del 13 luglio 2011 e resa disponibile sul sito *web* istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. *web* n. 1823225. Il Garante ha disposto l'esonero dall'obbligo di notificazione del trattamento di dati genetici effettuato da organismi di mediazione. Dopo aver richiamato le autorizzazioni al trattamento dei dati sensibili nell'attività di mediazione e quelli giudiziari ad essa correlati del 21 aprile 2011, nonché l'autorizzazione al trattamento dei dati genetici del 24 giugno 2011 con cui è stato autorizzato il trattamento di tali dati da parte degli organismi di mediazione, il Garante rileva che gli organismi di mediazione possono venire a conoscenza di tali dati soltanto in modo saltuario, non assumendo l'attività di trattamento degli stessi dati carattere di costanza o di prevalenza rispetto a quella avente per oggetto qualsiasi altro tipo di dati personali. Considerate, inoltre, le puntuali indicazioni sul trattamento dei dati personali contenute nelle deliberazioni n. 160, 16 e 162 del 21 aprile 2011, nonché il regime di pubblicità dell'elenco dei soggetti abilitati all'attività di mediazione, tenuto costantemente aggiornato dal Ministero della Giustizia, il Garante ha deliberato di sottrarre gli organismi di mediazione dall'obbligo di notificazione al Garante medesimo dei trattamenti dei dati genetici, rientranti nei casi previsti dall'art. 37, comma 1, lett. a) del codice, che siano effettuati nell'esercizio e con le modalità proprie dell'attività di mediazione.

<sup>105</sup> L'autorizzazione 24 giugno 2011 del Garante definisce al punto 1, lett. a) il dato genetico come il risultato di test genetici o di ogni altra informazione che, indipendentemente dalla tipologia, identifica le caratteristiche genotipiche di un individuo trasmissibili nell'ambito di un gruppo di persone legate da vincoli di parentela. La medesima autorizzazione, di seguito, riporta anche le definizioni correlate di campione biologico (lett. b), test genetico (lett. c), test farmacogenetico (lett. d), test farmacogenomico (lett. e), test sulla variabilità individuale (lett. f), *screening* genetico (lett. g), consulenza genetica (lett. h) e informazione genetica (lett. i).

nei contenziosi della responsabilità medica e, in particolare, nelle fattispecie legate alle patologie non correttamente diagnosticate dei nascituri e comunque alle nascite indesiderate, e, dall'altro, ai contenziosi legati alle divisioni e alle successioni ereditarie per le quali siano contestati proprio i rapporti parentali quanto ai presupposti legami di sangue.

Con due provvedimenti datati 28 giugno 2012<sup>106</sup>, da ultimo, l'efficacia delle due autorizzazioni illustrate è stata prorogata di sei mesi fino al 31.12.2012, in ragione della ritenuta necessità di differire l'adozione di una nuova autorizzazione sostitutiva di quella precedente, al fine di completare il processo di armonizzazione e consolidamento delle prescrizioni già impartite, tenendo conto dell'esperienza maturata nella fase di prima applicazione della medesima e anche al fine di tenere in considerazione eventuali indicazioni e suggerimenti provenienti dal settore interessato. Si tratta, più precisamente, del provvedimento n. 181 recante differimento dell'efficacia dell'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nell'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, riferita all'autorizzazione n. 161/2011, e del provvedimento n. 182 recante differimento dell'efficacia dell'autorizzazione al trattamento dei dati a carattere giudiziario correlato all'attività di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, riferita all'autorizzazione n. 162/2011.

*7. La funzione meritevole di tutela e la natura giuridica della mediazione.* – La presenza di appositi regimi giuridici dedicati alla tutela della riservatezza e al trattamento dei dati personali nella mediazione, in chiave sistematica, costituisce conferma dell'autonomo rilievo che questo istituto assume nell'ordinamento. Sia il legislatore europeo, sia quello italiano, infatti, hanno ritenuto che non fossero applicabili le precedenti discipline previste negli ambiti, rispettivamente, della giurisdizione, con riferimento al processo civile, e dell'autonomia privata, con riguardo al con-

---

<sup>106</sup> Provvedimenti pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale n. 163 del 14 luglio 2012 e resi disponibili sul sito web istituzionale del Garante [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it). doc. web n. 1908632 e doc. web n. 1809039.

tratto. La mediazione, infatti, si pone a cavallo dei due ambiti, senza potersi ridurre a nessuna delle tradizionali figure processuali (conciliazione giudiziaria, arbitrato rituale, etc.) o sostanziali (transazione, arbitraggio, arbitrato irrituale, etc.) di composizione del conflitto. Sarebbe sbagliato e, comunque, poco utile in chiave ricostruttiva tentare un'assimilazione o un accostamento della mediazione a taluna di esse, stanti le profonde differenze funzionali, strutturali e di regime.

Per realizzare le finalità perseguite dall'importante riforma della mediazione finalizzata alla conciliazione, infatti, è stata costruita una disciplina organica, che affronta i principali aspetti di funzionamento con soluzioni istituzionali, organizzative, gestionali e di controllo innovative che portano a ravvisare la strutturazione di un sistema autonomo di tutela extragiudiziale dei diritti. Tanto si può verificare per numerosi altri aspetti affrontati dalla direttiva 2008/52/CE e dalla legislazione e normativa regolamentare italiana, i cui regimi si differenziano nettamente da quelli del processo civile e del contratto, non solo per la tutela della riservatezza e per il trattamento dei dati personali.

In relazione a entrambi i profili, le soluzioni adottate contribuiscono altresì a individuare la funzione particolarmente meritevole di tutela attribuita dalla riforma all'istituto della mediazione. In tal senso, in primo luogo, trovano coerente giustificazione le rigorose prescrizioni sulla riservatezza del procedimento di mediazione, sull'inutilizzabilità processuale dei contenuti delle informazioni, sulle garanzie per il mediatore e sull'esonero dall'obbligo di deposizione davanti all'autorità giudiziaria, compresa quella penale. Il medesimo fondamento, ancora, è ravvisabile alla base dei provvedimenti adottati dal Garante per autorizzare il trattamento dei dati personali di carattere sensibile e giudiziario, compresi quelli genetici, nelle attività di mediazione e ad esse connesse svolte dagli organismi sia pubblici che privati.

Le normative sulla riservatezza che sono state richiamate, peraltro, contribuiscono a definire la natura giuridica della mediazione quanto ai regimi rafforzati dell'esercizio assistito e garantito dell'autonomia privata delle parti contendenti e della responsabilità aggravata in buona misura determinata dalla pericolosità dell'attività di trattamento dei dati personali utilizzati. A questo proposito, infatti, trova applicazione l'art. 15 del codice della *privacy*, che al primo

comma dispone che chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., concernente la responsabilità per l'esercizio dell'attività pericolosa. Il secondo comma, inoltre, puntualizza che il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'art. 11 del codice della *privacy*. In esso, tra le regole generali applicabili a tutti i trattamenti, infatti, sono stabilite le regole attinenti alle modalità del trattamento e ai requisiti dei dati, corrispondenti alla liceità e correttezza del trattamento; alla determinatezza e al carattere esplicito e legittimo dello scopo; all'esattezza, aggiornamento, pertinenza, completezza e non eccedenza dei dati rispetto alle finalità; alla conservazione per uno periodo di tempo non superiore a quello necessario allo scopo. Tali principi, come già rilevato, trovano specificazione in numerose altre normative e provvedimenti settoriali e speciali, a seconda dell'ambito, della natura del titolare, delle tipologie di operazioni, di dati e di scopi.

In caso di violazione delle disposizioni in materia di trattamento dei dati, ferma la non utilizzabilità degli stessi, sancita in termini generali dal citato art. 11, comma 2, e l'applicazione dell'apparato sanzionatorio amministrativo affidato al Garante (art. 161 ss.) e quello penale (art. 167 ss.) previsto dal codice, sul piano civilistico l'interessato può invocare la tutela risarcitoria, sulla scorta del richiamato regime di responsabilità aggravata. A tal proposito, infatti, a tutti gli organismi di mediazione che intendano accreditarsi è imposto il possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità a qualunque titolo derivante dallo svolgimento dell'attività di mediazione<sup>107</sup>. A seconda dei casi, infatti, il danneggiato, che potrebbe essere sia una parte contendente che si avvale del servizio di mediazione e sia un terzo, in base ai principi generali, potrebbe invocare una responsabilità di tipo contrattuale o extracontrattuale dell'organismo e di quanti, tra responsabili, mediatori, dipendenti e collaboratori impegnati nel trattamento dei dati, abbiano concorso nel commettere la violazione e cagionare il pregiudizio<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> Art. 4, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010.

<sup>108</sup> Sulla natura giuridica e sui contenuti della responsabilità dell'organismo e del mediatore, v. M. DI ROCCO, *La mediazione per la composizione delle*

Le regole sul trattamento dei dati personali e sulla riservatezza, infatti, integrano il contenuto delle obbligazioni alle quali sono tenuti l'organismo e i mediatori verso le parti contendenti nell'erogazione con modalità professionale del servizio della mediazione. In ragione della violazione e, comunque, non della adeguata protezione della riservatezza, inoltre, le parti convenute potrebbero non partecipare alla mediazione e, in questo senso, la loro condotta dovrebbe ritenersi sorretta da una valida giustificazione e, perciò, scongiurare le conseguenze negative a loro carico sul piano processuale<sup>109</sup>. Più in generale, in un sistema nel quale sono le stesse a scegliere l'organismo di mediazione, le parti orienteranno la loro preferenza verso le strutture che garantiscano le soluzioni migliori.

Infine, la violazione delle regole sul trattamento dei dati personali e la riservatezza potrebbe determinare a carico dell'organismo di mediazione e dei mediatori l'intervento sanzionatorio del Ministero della giustizia che, nell'esercizio dei suoi poteri di controllo e vigilanza, è legittimato a disporre la misura amministrativa della sospensione e nei casi più gravi di reiterazione delle violazioni persino quella della cancellazione dai registri<sup>110</sup>.

---

*controversie civili e commerciali*, in cit. p. 421 ss.; L. VIOLA, *Mediatore ex d.lg. n. 28/2010: inadempimento di contratto a favore di terzi di tipo verticale*, in *La resp. civ.*, 12, 2011, p. 814 ss., il quale prospetta un ventaglio di soluzioni ricostruttive.

<sup>109</sup> Art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

<sup>110</sup> Art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010.

LAURA BUGATTI

## L'AVVOCATURA E LA MEDIAZIONE

SOMMARIO: 1. L'Avvocatura e la mediazione: reazioni ed azioni. - 2. L'avvocato difensore nel procedimento di mediazione.

1. *L'Avvocatura e la mediazione: reazioni ed azioni.* - La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, così come disciplinata dal Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, sin dalla sua introduzione nel nostro ordinamento giuridico, ha immediatamente sollevato forti resistenze da parte delle diverse componenti rappresentative dell'Avvocatura.

Il Consiglio Nazionale Forense, i singoli Ordini, le Unioni Regionali e le Associazioni forensi, nonché l'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana, per quanto non contrari all'istituto "mediazione" in sé e per sé considerato, hanno riscontrato alcuni elementi di debolezza e anomalie nella normativa di riferimento, tali da pregiudicarne l'effettività e, di conseguenza, gli auspicati risultati<sup>1</sup>. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla profonda critica mossa al disposto dell'articolo 5 del d.lgs. 28/2010<sup>2</sup>, che prevede il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità per un gruppo eterogeneo di materie. Secondo la norma citata, chi intenda esercitare un'azione giudiziaria relativa ad una con-

---

<sup>1</sup> Cfr. Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia, *Il d.lgs. n. 28/2010, la mediazione e l'avvocatura. Problemi e prospettive. Dossier di documentazione*, Roma, 21 giugno 2010, reperibile all'URL [www.consigliozionaleforense.it](http://www.consigliozionaleforense.it)

<sup>2</sup> Il Tar del Lazio, Sezione I, con ordinanza del 12 aprile 2011, n. 3202, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità, in relazione agli artt. 24 e 77 Cost., degli articoli 5 e 16, comma 1, del d.lgs. 28/2010; in dottrina, ex multis, v. A. GRECO, *Rilievi critici sulla mediazione obbligatoria*, in *Resp. civ.*, n. 5, 2011, p. 326; I. PAGNI, *La mediazione dinnanzi alla Corte Costituzionale dopo l'ordinanza del TAR Lazio n. 3202/2011*, in *Corr. giur.*, n. 7, 2011.

troversia vertente in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento danni derivanti 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 obbligato ad esperire, preliminarmente, il procedimento di mediazione. Su questo punto l'Avvocatura ha manifestato un forte dissenso: oltre al vizio di eccesso di delega, per contrasto con la legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>3</sup>, è stato ripetutamente sottolineato come le previsioni dell'obbligatorietà e dell'improcedibilità costituiscano una limitazione inaccettabile dell'accesso alla giustizia per i cittadini italiani e incidano, inevitabilmente, sull'effettività della tutela legale<sup>4</sup>.

L'Avvocatura ha altresì denunciato il ruolo marginale e subalterno riservato agli avvocati nel procedimento di mediazione, laddove non è stata prevista l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica, che rimane, ad oggi, facoltativa. È stata, inoltre, contestata la previsione della sanzione di annullabilità del contratto d'opera professionale concluso tra assistito e avvocato, qualora quest'ultimo ometta di informare adeguatamente il cliente, preventivamente e per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, a norma dell'art. 4, comma 3.

Alcuni enti rappresentativi dell'Avvocatura hanno espresso perplessità anche in merito alla disciplina delle spese di giudizio in caso di mancata conciliazione ex art. 13 e in riferimento alla mancata previsione di una competenza territoriale per gli Organismi di conciliazione.

Nonostante i numerosi aspetti oggetto di critica, l'Avvocatura ha comunque riconosciuto l'importanza dell'istituto della mediazione quale manifestazione della cultura giuridica europea e

---

<sup>3</sup> Sul contenuto della delega, v. F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1257; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, n. 5, 2009, p. 354; R. MASONI, *L'esercizio della delega in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lg. n. 28 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 512.

<sup>4</sup> Cfr. M. DE TILLA, *La obbligatorietà delle mediaconciliazione viola la Costituzione*, reperibile all'URL [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

non semplicemente in quanto meccanismo deflattivo del contenzioso ordinario civile<sup>5</sup>. Pur auspicando l'introduzione di alcune sostanziali modifiche dell'istituto, conseguenti anche all'incidente di costituzionalità, il Consiglio Nazionale Forense, consapevole del ruolo chiave ricoperto dall'avvocato nel nuovo procedimento<sup>6</sup>, si è tempestivamente attivato sul piano deontologico<sup>7</sup>. Diversamente da quanto accade per l'avvocato che assiste la parte in mediazione, per il quale sono ritenute adeguate le norme deontologiche in vigore che disciplinano l'attività professionale *tout court*, si è reputato indispensabile, invece, stabilire nuovi principi deontologici idonei ad informare l'attività dell'avvocato-mediatore. È stato a tal fine introdotto per ragioni di coerenza e logicità del sistema, nonché di uniformità di disciplina in quest'ambito, un'apposita norma, l'articolo 55-*bis*, rubricata "Mediazione".

Tale disposizione richiama, innanzitutto, il dovere dell'avvocato-mediatore di rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia, nonché quelli sanciti dal regolamento dell'Organismo di mediazione, attribuendo, in relazione a quest'ultimo aspetto normativo, una prevalenza gerarchica alla disciplina de-

---

<sup>5</sup> Cfr. Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia – Scuola Superiore dell'avvocatura, *La mediazione. Avvocato mediatore e avvocato difensore. Informazione e formazione*, reperibile all'URL: <http://www.scuolasuperioreavvocatura.it/arch/docs/445/Presentazione%20Mariani%20Marini.pdf>. L'impegno profuso dall'Avvocatura nella gestione delle procedure di mediazione emerge anche dal quadro tracciato dal CNF in occasione dell'incontro "*La mediazione forense, esperienze e problematiche*", tenutosi a Roma, il 6 luglio 2012 ed organizzato dalla *Commissione del Consiglio nazionale forense per lo studio e la riforma della conciliazione e della mediazione*. Il CNF ha sottolineato la serietà, imparzialità e qualificazione professionale che connotano l'operato degli Organismi istituiti presso gli Ordini Forensi, il cui numero ammonta a 107 (oltre ai 20 attualmente in attesa). Tali Organismi hanno, infatti, definito nel periodo compreso tra il 21 marzo 2011 e la fine del mese di aprile 2012 ben 14.394 procedimenti, con una percentuale di successo pari a 34,5%.

<sup>6</sup> In tal senso cfr., altresì, M. Russo, *L'avvocato e la mediazione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1; P.L. AMERIO, *Ruolo e deontologia dell'avvocato*, in P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIA, D. COMBIA e G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 383 s.

<sup>7</sup> Cfr. Circolare CNF n. 13-C-2011, reperibile all'URL [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it).

ontologica. La norma si concentra, in secondo luogo, sul profilo della competenza dell'avvocato<sup>8</sup>: ai sensi del primo comma, il professionista è tenuto ad accettare l'incarico di mediatore solo limitatamente alle controversie nelle quali egli possieda una specifica preparazione, dovendo, invece, rifiutare l'incarico in caso contrario. Il Consiglio Nazionale Forense non ha ritenuto sufficiente la generale preparazione giuridica posseduta dall'avvocato combinata con le abilità e conoscenze da questi maturate durante il corso di formazione per divenire mediatore, ritenendo necessaria una particolare competenza nella materia da mediare. In concreto sono, invero, gli stessi Organismi di mediazione, all'atto dell'iscrizione, a richiedere ai mediatori di indicare le materie oggetto di controversia in riferimento alle quali essi siano disposti ad operare: nella realtà applicativa gli avvocati-mediatori sono dunque posti nella condizione di poter selezionare *ex ante* le controversie in cui essi posseggono un'adeguata competenza.

Nei commi successivi la norma affronta gli aspetti dell'incompatibilità, del conflitto di interessi e dell'accaparramento di clientela. Vengono considerate causa di incompatibilità, *ex articolo 55-bis*, comma 2, l'esistenza di attuali o pregressi (in considerazione dell'arco temporale degli ultimi due anni) rapporti professionali tra l'avvocato-mediatore e la parte, ovvero la circostanza che "una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali". Non solo. Mediante il richiamo all'art. 815, comma 1, c.p.c., sono, altresì, considerate fonte di incompatibilità quelle situazioni che determinano anche la ricsuzione dell'arbitro. Il comma terzo dell'art. 55-*bis* fa divieto all'avvocato che ha esercitato il ruolo di mediatore di assumere la funzione di difensore della parte nel caso in cui non sia decorso almeno un biennio dalla definizione del procedimento ovvero qualora l'oggetto dell'attività sia il medesimo di quello affrontato in mediazione. Infine, il comma quattro vieta all'avvocato di ospitare nel proprio studio l'Organismo di mediazione presso il quale egli opera come mediatore e al contempo di stabilire

---

<sup>8</sup> Cfr. D. CERRI, *Il nuovo art. 55 bis del codice deontologico forense e l'“adeguata competenza” del mediatore-avvocato*, in *Società*, 2011, p. 1331.

il proprio studio legale presso la sede di tale Organismo. La disposizione risponde, evidentemente, all'esigenza di tutelare la terzietà ed indipendenza dell'avvocato-mediatore, evitando commistioni logistiche tra gli Organismi di mediazione e l'attività dell'avvocato, tali da far dubitare della neutralità e imparzialità del mediatore.

Questi importanti punti fermi evidenziano la necessità di un adattamento a livello comportamentale prima ancora che deontologico delle novità determinate dall'ingresso nel nostro sistema giuridico dell'istituto della mediazione. Al fine di interpretare i mutamenti nell'interesse dei cittadini, si rende necessario che l'Avvocatura e i professionisti forensi acquisiscano consapevolezza dei ruoli aggiuntivi e diversi che gli avvocati dovranno ricoprire all'interno del nuovo procedimento. Il cambiamento è evidente allorché l'avvocato si trovi a rivestire la qualifica di mediatore: egli diviene soggetto terzo ed imparziale, chiamato ad assistere le parti, facilitandone il dialogo, senza il potere di rendere decisioni vincolanti<sup>9</sup>. Si tendono, invece, a sottovalutare i mutamenti che coinvolgono l'attività dell'avvocato che assiste la parte nel procedimento di mediazione. All'avvocato-difensore, in realtà, non è sufficiente l'esperienza maturata in giudizio o nelle negoziazioni stragiudiziali, per agire con successo nella realtà della mediazione. I cambiamenti, seppur in apparenza meno lampanti, stravolgono invero il modo di assistere la parte ed impongono all'avvocato di acquisire nuove abilità e adottare atteggiamenti diversi. Proprio su quest'ultimo aspetto, ancora troppo poco considerato, si intende richiamare l'attenzione.

2. *L'avvocato-difensore nel procedimento di mediazione.* – La nostra cultura giuridica ci porta a considerare il processo come un luogo privilegiato per la risoluzione del conflitto: attraverso la distribuzione, sulla base di norme di diritto, dei torti e delle ragioni si giunge alla soluzione della controversia, decretando la definitiva vittoria di una parte sull'altra. Nonostante la centralità del processo nel nostro ordinamento giuridico, non bisogna comunque

---

<sup>9</sup> V. A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2010, p. 217.

cedere alla tentazione di considerare la mediazione in una riduttiva ottica processuale, enfatizzando la dicotomia mediazione-processo: la mediazione, infatti, non costituisce una mera alternativa alla via processuale o una fase preprocessuale, ma si pone, piuttosto, quale complemento integrativo del sistema legale.

Abbandonati i puri interessi legali, il procedimento di mediazione si concentra sui veri bisogni e necessità delle parti, privilegiando una composizione degli interessi secondo la logica del *win-win*: attraverso la creazione di soluzioni negoziate creative, grazie all'opera facilitatrice del mediatore, soggetto terzo ed imparziale, è possibile raggiungere un accordo che permette ad entrambe le parti di ottenere una completa soddisfazione. La mediazione rappresenta una possibilità di valorizzazione per l'individuo: rifuggendo il classico risultato processuale *win-lose*, predisponendo un contesto regolamentato in cui le parti hanno occasione di confrontarsi ricostruendo i perduti canali comunicativi e di fare emergere i propri interessi più profondi e i bisogni essenziali, si offre alle parti la possibilità di decidere in autonomia quale sia la miglior soluzione per sé stesse. In caso di fallimento le parti potranno comunque rivolgersi ad un soggetto estraneo alla vicenda, a un giudice o ad un arbitro, che decida al loro posto, ma non senza prima avere sfruttato la possibilità privilegiata di esercitare la propria autonomia privata nella gestione del conflitto.

Basta evidentemente questo breve sguardo alle peculiarità della mediazione per comprendere per quale ragione l'avvocato-difensore della parte è chiamato ad adottare nuovi contegni e ad assolvere nuovi compiti qualora decida di esercitare la propria attività in un procedimento di mediazione<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> V. B.M. HARGES, *The ABCS of effective ADR: Ten Practical Tips for Representing Clients in Mediations*, in 43 *LA Bar Jnl.* 142, 1995; J.R. COBEN, *Rethinking zealotry: A paradigm for Representation of Clients in Mediation*, in *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment* 4, 1999; J.R. STERNLIGHT, *Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in Nonadversarial Setting*, in 14 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 269, 1999; H. ABRAMSON, *Problem-Solving Advocacy in Mediations: A Model of Client Representation*, in 10 *Harv. Negotiation L. Rev.* 103, 2005; K.K. KLEIN, *Representing Clients in Mediation: a Twenty-Question Preparation Guide for Lawyers*, in 84 *N. Dak. L. Rev.* 877, 2008; R. GISE, J. Melnick, V. SHELANSKI e J. WILKINSON, *Mediation starts from the First Phone Call-Practice Pointers and Helpful Hints for Lawyers going to Mediation*, in 11

È palese la discrasia tra l'attività stragiudiziale volta alla transazione e l'utilizzo dell'istituto della mediazione: nel primo caso si negozia su *posizioni*, nel secondo, invece, si media per *interessi*. Nella transazione le parti si confrontano in maniera competitiva, cercando di ottenere al termine delle trattative il risultato più conveniente per sé stesse. Al fine di concludere un accordo che sia mutualmente accettabile, entrambe le parti saranno costrette a scambiarsi concessioni reciproche, giungendo ad una soluzione di compromesso, più o meno intermedia alle due posizioni iniziali<sup>11</sup>. Nella mediazione, invece, attribuendo rilevanza agli interessi e ai bisogni delle parti si arricchiscono e si articolano le rigide posizioni iniziali e si permette l'elaborazione di soluzioni originali e creative, che conducono entrambe le parti ad una completa soddisfazione.

Sono altresì evidenti le profonde differenze che sussistono tra il rappresentare la parte in mediazione ovvero curarne la difesa in un processo, dinnanzi all'autorità giudiziaria. Tradizionalmente l'avvocato, quando si trova ad analizzare un caso presentato da un cliente, tende a focalizzare l'attenzione esclusivamente sulle questioni legali, al fine di ricondurre il caso concreto alla fattispecie astratta prevista dalla legge. Nell'operazione di susunzione il professionista compie necessariamente una semplificazione dell'esperienza reale escludendo quelle informazioni che ritiene giuridicamente irrilevanti. Se ciò risulta essere estremamente utile qualora il legale decida di cercare la risoluzione della controversia in sede processuale, non può, invece, trovare giustificazione nel caso in cui il conflitto debba essere risolto in sede di mediazione<sup>12</sup>. In questo caso l'avvocato non potrà rinunciare ad indagare le questioni emotive del proprio cliente e a ca-

---

Cardozo *J. Conflict Resol.* 463, 2010; G. DE PALO, L. D'URSO E R. GABELLINI, *Il ruolo dell'avvocato nella mediazione: procedure e tecniche*, Giuffrè, Milano, 2011; AA.VV., *Il mediatore professionista*, Maggioli Editore, Rimini, 2011.

<sup>11</sup> Sulla critica al "negoziato di posizioni", si rinvia, su tutti a R. FISHER e W.L. URY, *Getting to yes, Negotiating Agreement Without Giving in*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1981.

<sup>12</sup> Cfr. C. GUTHRIE, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, in 6 *Harv. Negotiation L. Rev.* 145, 2001.

pirne gli interessi e i bisogni, poiché proprio questi elementi costituiranno i tasselli fondamentali dell'accordo negoziato. Spesso il professionista si sente a disagio a confrontarsi con questioni personali, non razionalizzate attraverso il filtro del diritto. Eppure, affinché la mediazione possa avere qualche *chance* di successo è opportuno non bloccare la componente emotiva dell'assistito, ma affrontarla e lasciarla emergere nel conflitto<sup>13</sup>.

L'avvocato in giudizio, nel tentativo di convincere il giudice della fondatezza delle proprie ragioni, adotta, tendenzialmente, un atteggiamento competitivo, aggressivo ed ostile alla controparte. Nel procedimento di mediazione l'aver ragione non ha nessuna rilevanza: il comportamento richiesto in questo contesto, affinché le parti possano trovare un accordo soddisfacente per entrambe, è di tipo collaborativo. Solo attraverso la cooperazione e l'interazione negoziale le parti potranno capire le reciproche posizioni e trovare una soluzione che avvantaggi entrambe. Il difensore dovrà, dunque, imparare un nuovo modo di gestire il conflitto che non potrà prescindere dall'utilizzo di un atteggiamento *problem-solving*<sup>14</sup>. Non solo, a differenza di quanto accade in sede processuale o durante le negoziazioni, nella mediazione il vero protagonista è il cliente: quest'ultimo è chiamato a svolgere un ruolo attivo nella risoluzione della controversia, ad interagire in prima persona con la controparte ed il mediatore, ad elaborare, anche autonomamente, ipotesi di soluzioni creative. Non potendosi trincerare dietro le argomentazioni giuridiche del proprio avvocato, rimettendosi alle decisioni in apparenza inopinabili di quest'ultimo, il cliente dovrà essere posto nella condizione di affrontare con coscienza il procedimento: il difensore avrà dunque il delicato compito di curare la preparazione

---

<sup>13</sup> Cfr. J.R. STERNLIGHT, *Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in Nonadversarial Setting*, cit.

<sup>14</sup> Sull'importanza dell'utilizzo di un comportamento collaborativo in mediazione, v. H. ABRAMSON, *Problem-Solving Advocacy in Mediations: A Model of Client Representation*, in 10 *Harv. Negot. L. Rev.* 103, 2005; C. MENKEL-MEADOW, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, in 31 *UCLA L. Rev.* 754, 1984; Id., *When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver*, in 28 *Hofstra L. Rev.* 905, 2000; M. NOLAN-HALEY, *Lawyers, Clients, and Mediation*, in 73 *Notre Dame L. Rev.* 1369-1375, 1998.

del suo assistito nei minimi dettagli, lavorando "con" il cliente e non già "per" il cliente<sup>15</sup>.

Spesso gli avvocati sono portati a credere che il proprio assistito non sia in grado di autogestirsi e, facendo leva su tale presupposto, cercano di proteggerlo da se stesso spiegando ogni espressione utilizzata quando la parte è interpellata direttamente, parlando in sua vece in ogni occasione possibile. Nella mediazione l'avvocato non potrà cercare di sostituirsi costantemente all'assistito, stante il ruolo centrale di quest'ultimo; il professionista dovrà, dunque, trasferire alla parte tutte le informazioni utili affinché questa possa comprendere il funzionamento e l'importanza del procedimento e conseguentemente essere in grado di partecipare attivamente ed in modo proficuo alla mediazione. Comprendendo i meccanismi che regolano il procedimento di mediazione seppur nella sua informalità, la parte potrà sentirsi a proprio agio durante l'intero incontro di mediazione, percependo l'eventuale intervallarsi di sessioni congiunte e sessioni separate come un *iter* scontato del procedimento e il dialogo diretto con gli altri soggetti coinvolti come presupposto ineludibile per il buon funzionamento della mediazione. Definendo i ruoli dei soggetti coinvolti la parte potrà interagire in modo ottimale, sfruttando al massimo le potenzialità del nuovo istituto: considerando il mediatore come soggetto terzo ed imparziale, equidistante, meglio "equivicino", alle parti, privo del potere di rendere decisioni vincolanti, ma con il precipuo compito di facilitare il raggiungimento di un accordo soddisfacente per tutti, la parte non si sentirà vulnerabile ed esposta alle domande che eventualmente il mediatore le rivolgerà direttamente e al contempo non avrà la percezione dell'esclusione qualora il professionista dialoghi, in certi momenti, solo con la controparte; conoscendo il ruolo dell'avvocato-difensore in mediazione e prendendo consapevolezza del fatto che questo diverge sensibilmente da quello che il professionista possiede nell'attività stragiudiziale volta alla transazione o nel giudizio, la parte non si stupirà se il proprio difensore utilizzerà un atteggiamento empatico ed eviterà di intervenire direttamente qualora ciò non gli sia richiesto. Infine, comprendendo l'importanza della risoluzione della controversia in

---

<sup>15</sup> V. M. NOLAN-HALEY, *Lawyers, Clients, and Mediation*, cit., loc. ult. cit.

mediazione, luogo privilegiato per la risoluzione del conflitto, la parte non perderà quest'ultima *chance* di esercitare la propria volontà nella ricerca di un accordo paritetico e nella ricostruzione del rapporto umano o commerciale che, superato il contrasto, potrebbe essere destinato a protrarsi nel tempo.

Appare del tutto insufficiente a raggiungere gli scopi appena illustrati, l'informativa che, a norma dell'art. 4 d.lgs. 28/2010, il professionista deve fornire "chiaramente e per iscritto" alla parte, pena l'annullabilità del contratto tra avvocato e assistito<sup>16</sup>. Tale documento informativo, reso all'atto del conferimento dell'incarico, sottoscritto dall'assistito e allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio, deve contenere, per espressa previsione normativa, semplicemente l'indicazione della possibilità o dell'obbligo (in relazione alle materie di cui all'art. 5) per la parte di accedere al procedimento di mediazione, nonché l'indicazione delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. È evidente come l'obbligo informativo in capo all'avvocato non potrà, in concreto, considerarsi esaurito nel limitarsi a rendere edotto il proprio assistito della facoltà o dell'obbligatorietà di intraprendere la via alternativa della mediazione, ma dovrà possedere un contenuto di gran lunga più complesso<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Cfr. U. PURFETTI, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. Forense*, n. 1, 2010, p. 23.

Sugli obblighi informativi dell'avvocato nella normativa della mediazione v., *ex multis*, M. LUPANO, *Obblighi informativi del difensore e ripercussione della loro violazione sul processo e sul contratto concluso con l'assistito*, in C. BESO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, G. Giappichelli, Torino, 2010, p. 348 s.; F. CUOMO ULLOA, *L'obbligo dell'avvocato di informare il cliente*, in A. BANDINI e N. SOLDATI (a cura di), *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali – Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 67 s. Sull'annullabilità del contratto di patrocinio nel caso di violazione degli obblighi di informazione, cfr. V. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1, 2010, p. 358; S. ZIINO e M. VAJANA, *Sul dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione finalizzata alla conciliazione. Spunti sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della mediazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>17</sup> Sull'esigenza che l'informazione fornita all'assistito travalichi il mero dato formale e divenga effettivamente idonea a permettere all'assistito di comprendere il funzionamento e l'essenza del procedimento di mediazione, v. D. DALFINO, *Mediazione e conciliazione nel d.lgs. 28/2010 e nel d.m. 180/2010*:

L'avvocato avrà, innanzitutto, il compito di determinare, in relazione alle specificità della controversia in oggetto e della posizione delle parti, se la mediazione possa costituire o meno il modo migliore per la risoluzione del conflitto<sup>18</sup>, quantomeno nei casi in cui il mancato esperimento della stessa non determini l'improcedibilità del giudizio. Per raggiungere tale obiettivo sarà necessario per il professionista forense descrivere all'assistito le alternative a disposizione, mostrando i vantaggi e gli svantaggi propri della via giurisdizionale e della mediazione, individuando in astratto le diverse strategie difensive adottabili, i possibili risultati ottenibili ed, infine, compiendo un'accurata analisi dei rischi/benefici connessi alla scelta dell'uno o dell'altro percorso. Tale operazione, spesso data per scontata e non condivisa con il cliente, è particolarmente importante perché attribuisce alla parte una prima possibilità di adottare una visione più realistica del processo e delle proprie aspettative<sup>19</sup>. Benché aspramente criticata per alcune sue disfunzioni, la via giurisdizionale è in fondo, nella maggior parte dei casi, considerata dalla parte come la panacea di tutti i mali: il cliente portando il proprio caso in tribunale crede di poter ottenere giustizia e, magari, di riuscire anche a vendicarsi sulla controparte. Sottovaluta, invece, il fatto che la gestione del conflitto nel processo richiede un forte investimento in termini di denaro, tempo ed energie. Prendendo seriamente in considerazione anche questi fattori, la mediazione potrebbe risultare più aderente alle esigenze della parte, che potrebbe guadagnare la possibilità di raggiungere un accordo per sé completamente soddisfacente senza gravi pressioni psicologiche, in tempi più rapidi e in modo più economico. Inoltre, il professioni-

---

*il dovere di informazione e la valutazione della proposta*, reperibile all'URL [www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it). In giurisprudenza, sulla necessità che l'informativa non si riduca ad una mera clausola di stile contenuta nella procura, dovendo la stessa essere chiara, esplicita e contenuta in un atto separato, si rinvia a Trib. Varese 6 maggio 2011, in *Resp. civ. e prev.*, n. 9, 2011, p. 1876.

<sup>18</sup> Cfr. G.F. PHILLIPS, *The Obligation Of Attorneys To Inform Clients About ADR-Mediation - A Win-Win Process "Try It You'll Like It"*, in 31 *W. St. U. L. Rev.* 239, 2004; J.M. NOLAN HALEY, *Informed Consent in Mediation: a Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, in 74 *Notre Dame L. Rev.* 775, 1999.

<sup>19</sup> Cfr. C. GUTHRIE, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, cit.

sta forense e l'assistito possiedono una diversa percezione individuale del rischio: quello che costituisce uno dei tanti casi da portare in giudizio per l'avvocato, rappresenta un *unicum* per la parte. Ne consegue che anche in ragione della sua ridotta propensione al rischio l'assistito potrebbe ritenere più conveniente la via alternativa della mediazione<sup>20</sup>.

Se il professionista forense e l'assistito ritengono, dopo aver condotto tale approfondita analisi, che la mediazione sia la miglior via per provare a risolvere la controversia, l'avvocato dovrà, *in primis*, esaminare il caso per rilevarne i punti di forza e quelli di debolezza. È fondamentale che l'analisi non si limiti a sottolineare gli aspetti che rendono la posizione del proprio assistito solida e le criticità che caratterizzano invece la posizione della controparte: un approccio egocentrico rischia di essere deleterio per il processo di mediazione, interferendo con la capacità della parte di risolvere la controversia. Solo confrontandosi con una valutazione che tenga conto dei punti di forza e di debolezza di entrambe le posizioni, l'assistito potrà acquisire una visione realistica del conflitto e essere dissuaso dal rimanere ancorato ad una posizione presumibilmente sbilanciata a proprio favore. In secondo luogo il professionista forense, proprio in ragione delle peculiarità dell'istituto della mediazione, dovrà indagare e comprendere i bisogni della parte, tralasciando i meri interessi legali che, come già sottolineato, rivestono un ruolo estremamente marginale, se non addirittura nullo, in questo contesto. Quest'operazione che permette alla parte di confrontarsi con le proprie esigenze, acquisendo consapevolezza di ciò che potrebbe costituire un risultato per sé appagante, è particolarmente utile anche per il professionista forense. L'avvocato facendo da filtro tra il proprio assistito e la controparte ovvero il mediatore potrebbe correre il rischio, qualora non abbia provveduto preventivamente ad indagare i bisogni dell'assistito, di sovrapporre inconsapevolmente i propri interessi a quelli della parte<sup>21</sup>, credendo in una identità invero inesistente. L'assistito, per converso, ac-

---

<sup>20</sup> Cfr. J.R. STERNLIGHT, *Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in Nonadversarial Setting*, cit.

<sup>21</sup> Cfr. J.R. STERNLIGHT, *Lawyers' Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in Nonadversarial Setting*, cit.

cordando piena fiducia al legale che ha scelto in ragione della sua professionalità ed esperienza, facilmente non sarà portato a criticarne le valutazioni e probabilmente accetterà acriticamente un accordo per sé non soddisfacente. Appare evidente allora che, per evitare questo inconveniente che potrebbe inficiare il risultato della mediazione, l'avvocato dovrà confrontarsi in maniera approfondita con il proprio assistito, preoccupandosi di capire e talvolta addirittura decifrare quali sono i veri interessi e bisogni di quest'ultimo. Tale dialogo permetterà all'avvocato anche di valutare se il proprio assistito sia il soggetto giusto per sedere al tavolo della mediazione. Può accadere, soprattutto quando la parte rappresenta una persona giuridica, che l'assistito non possieda un effettivo potere decisionale, ma dipenda dal volere di un soggetto diverso, non partecipante; oppure, indipendentemente da rapporti di tipo gerarchico, la parte può essere influenzata in maniera sensibile da soggetti estranei al procedimento (c.d. parti in ombra) ai quali è legata da vincoli familiari, sentimentali, di stima e così via. In tali situazioni la mediazione potrebbe tramutarsi in una sorta di "negoziato di posizioni": la parte costretta a rimanere ancorata a parametri eteronomi prefissati ovvero ad interessi altrui, non possedendo alcun margine di autonomia nella gestione del conflitto, non potrebbe fare emergere i propri reali bisogni e, dunque, raggiungere un accordo che sia per sé completamente soddisfacente. L'avvocato-difensore, non potendo sottovalutare l'esistenza di queste parti in grado di incidere sull'*an* e sul *quomodo* della risoluzione del conflitto, dovrà valutare l'opportunità di coinvolgerle o meno nella mediazione.

Una volta analizzati i problemi, focalizzando l'attenzione sulle questioni emotive, sui reali interessi e bisogni dell'assistito, l'avvocato dovrà elaborare con il cliente una strategia. È fondamentale arrivare in mediazione avendo già discusso con la parte le questioni nodali della controversia e le possibili soluzioni della stessa; in caso contrario la seduta di mediazione rischierebbe di tradursi in un'inutile perdita di tempo: la genesi di soluzioni creative e la valutazione delle stesse non sono infatti operazioni istantanee. L'avvocato dovrà aiutare la parte, prima dell'inizio del procedimento di mediazione, ad individuare la migliore e la peggiore alternativa all'accordo negoziato (identificate con gli acronimi italiani MAAN e PAAN, o con le sigle inglesi BATNA –

*Best Alternative to a negotiated Agreement*- e WATNA – *Worse Alternative to a negotiated Agreement*<sup>22</sup>). In tale fase si assisterà ad una progressione nella negoziazione: l'attenzione si sposterà da ciò che è accaduto, dalla causa generatrice del conflitto e dalle sue concrete conseguenze, al piano pratico e dinamico delle possibili alternative risolutive della controversia. La parte, ragionando in termini di migliore e peggiore alternativa all'accordo negoziato, sarà posta nella condizione di distinguere la situazione in cui converrà ricercare l'accordo fuori dalla mediazione, da quella in cui sarà, invece, necessario adottare un atteggiamento particolarmente collaborativo e non abbandonare il tavolo senza prima aver raggiunto una soluzione.

Una volta individuati gli estremi, all'interno dell'intervallo di trattativa, l'avvocato e la parte dovranno definire la gamma delle soluzioni accettabili. In tale operazione di *brainstorming* sarà fondamentale incentivare l'assistito a proporre liberamente soluzioni di ogni tipo, anche in apparenza insensate, evitando di darne immediatamente un giudizio di valore. Il cliente, se incoraggiato, risulterà nella maggior parte dei casi più idoneo rispetto al professionista a generare alternative risolutive originali e creative: egli sarà, ad esempio, portato a considerare soluzioni che esulano dai predefiniti rimedi processuali. Nel vagliare le modalità per ottenere un ristoro egli presumibilmente non si limiterà a considerare forme meramente economiche. Addirittura la liquidazione dei danni non patrimoniali potrà passare in secondo piano, qualora l'assistito avverta di poter recuperare la dignità che ritiene scalfita dall'atteggiamento dell'altra parte ricevendo delle scuse sentite, e non già ottenendo un risarcimento pecuniario<sup>23</sup>. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle c.d. questioni di principio: il disagio sofferto dalla parte si radica nella maggior parte dei casi esclusivamente nella sensazione di essere vessata dal comportamento dell'altra parte, indipendentemente dall'effettiva frustrazione economica; in tali situazioni, il dare e ricevere scuse costituirà indubbiamente un tassello fondamentale dell'accordo negoziato.

---

<sup>22</sup> Cfr. R. FISHER e W.L. URY, *Getting to yes, Negotiating Agreement Without Giving in*, cit.

<sup>23</sup> Cfr. D.L. LEVI, *The Role of Apology in Mediation*, in 72 *N.Y.U.L. Rev.* 1165, 1997; J.R. COHEN, *Advising Clients to Apologize*, in 72 *S. Cal. L. Rev.* 1009, 1999.

In questa fase di ricerca e ideazione di soluzioni creative, e nella successiva di valutazione critica e selezione delle stesse, l'avvocato dovrà iniziare a valutare con il proprio assistito anche la posizione e i presumibili bisogni dell'altra parte. È evidente come un accordo che soddisfi esclusivamente gli interessi del proprio assistito, benché estremamente appetibile, non potrà mai essere accettato dalla controparte e costituire l'accordo conclusivo della mediazione. Necessariamente si dovranno ipotizzare anche le alternative che potrebbero appagare gli interessi dell'altra parte ed infine scegliere le soluzioni che comportano dei vantaggi per entrambe: posizioni iniziali antitetiche ed inconciliabili celano infatti interessi e bisogni neutri o addirittura compatibili, che potranno costituire preziosi appigli per una conciliazione, permettendo l'ideazione di un accordo soddisfacente per tutti<sup>24</sup>.

Terminata tale articolata attività preparatoria l'avvocato dovrà formulare la domanda di mediazione, depositarla presso l'Organismo di conciliazione scelto e, successivamente, partecipare unitamente al proprio assistito all'incontro di mediazione.

Per quanto attiene alla predisposizione dell'istanza l'avvocato sarà sicuramente in grado, tenendo conto della sua preparazione giuridica, di introdurre in maniera corretta il procedimento.

Stante l'informalità che caratterizza il procedimento di mediazione, l'atto dovrà possedere semplicemente i requisiti formali e

---

<sup>24</sup> A titolo esemplificativo si consideri il noto e suggestivo caso dell'"arancia" mutuato dalla Scuola di negoziazione di Harvard: due sorelle litigano poiché entrambe vogliono l'ultima arancia rimasta in dispensa. L'una sostiene di averne diritto perché l'ha vista per prima, l'altra la pretende in quanto sorella maggiore. La madre (giudice), interviene per dirimere il contrasto proponendo di dividere il frutto in due parti uguali e di darne metà a ciascuna. Le due bambine però non sono soddisfatte poiché entrambe vogliono l'intero frutto e continuano nei litigi. La nonna (mediatore), che ha seguito con estrema attenzione la scena, si rivolge alle nipoti chiedendo per quale motivo desiderano l'arancia. La minore riferisce di avere sete e di volerla per farne una spremuta. La maggiore risponde di voler preparare una torta e di aver bisogno dell'arancia per fare i canditi. La nonna pertanto provvede a spremere la polpa del frutto per la bambina più piccola e a grattugiare la buccia per la maggiore: tale soluzione si dimostra completamente soddisfacente per entrambe le nipoti e il contrasto viene di conseguenza definitivamente risolto.

contenutistici idonei a raggiungere lo scopo al quale è preordinato: a norma dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. 28/2010, l'istanza dovrà contenere l'indicazione dell'Organismo prescelto, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa. In particolare, la definizione del *petitum* e della *causa petendi* consentirà la produzione degli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza ex art. 5, comma 6, del decreto legislativo, determinerà la prevenzione rispetto ad eventuali altri procedimenti di mediazione ai sensi dell'articolo 4, comma 1, e consentirà al giudice, qualora successivamente sia instaurato un giudizio, di verificare la procedibilità della domanda, accertando che il diritto per il quale si esercita l'azione giudiziale sia il medesimo azionato dinnanzi al mediatore<sup>25</sup>.

Da ultimo l'avvocato dovrà assistere il proprio cliente durante l'incontro (o gli incontri) di mediazione, sia nelle sessioni congiunte, sia nelle eventuali sessioni separate. In questa fase l'avvocato-difensore per apportare un *quid pluris* al procedimento e facilitare la buona riuscita della mediazione, dovrà mantenere un atteggiamento cooperativo ed empatico, promuovere un ascolto attivo, collaborare con il mediatore<sup>26</sup>, nonché aiutare il proprio cliente a gestire l'emotività e a comunicare in maniera proficua con l'altra parte e con il mediatore. La riapertura dei canali comunicativi costituirà, infatti, il presupposto per l'elaborazione e la condivisione di possibili soluzioni soddisfacenti per entrambe le parti. In mediazione l'avvocato-difensore dovrà, dunque, implementare una strategia negoziale che non solo tenga conto della posizione e degli interessi della controparte, ma che al contempo permetta a quest'ultima di capire i bisogni del proprio assistito. Tale operazione è estremamente delicata, poiché a differenza di quanto accade in un giudizio o durante un arbitrato in cui colui che deve essere convinto sulla base di argomentazioni giuridiche è un soggetto terzo imparziale, il giudice o l'arbitro, nel procedimento di mediazione il soggetto terzo da persuadere

---

<sup>25</sup> Cfr. G. IMPAGNATELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in *Mediares*, n. 15/16, 2010; M. FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, in *Società*, 2010, p. 1145.

<sup>26</sup> Cfr. J.K.L. LAWRENCE, *Practitioner's Corner: Mediation Advocacy: Partnering with the Mediator*, in *5 Ohio St. J. on Disp. Resol.* 425, 2000.

non è il mediatore, ma è l'altra parte<sup>27</sup>; in ragione della sua posizione originariamente antitetica sarà più difficile convincere la controparte a considerare la controversia da altri punti di vista, e dunque, anche in questo frangente, il lavoro dell'avvocato risulterà di basilare importanza.

Se l'avvocato-difensore e il proprio assistito nella fase antecedente alla seduta di mediazione avranno adeguatamente analizzato il caso, approfondito le questioni emotive, gli interessi e i bisogni, elaborato una strategia che tenga conto anche delle esigenze dell'altra parte e se durante la prima fase della mediazione le parti, grazie all'intervento del mediatore e di legali preparati a gestire il conflitto nella realtà della mediazione, saranno riuscite a riaprire i canali comunicativi, si potrà iniziare una fase di *brainstorming* di gruppo. Ciascuna parte sarà in grado di articolare una varietà di opzioni per l'accordo, ma, al contempo, sarà disposta a prendere in considerazione, senza pregiudizi, anche le proposte risolutive elaborate dalla controparte<sup>28</sup>.

Il professionista forense, infine, sarà chiamato a prestare particolare attenzione alla fase di chiusura della mediazione<sup>29</sup>. In caso di conclusione positiva del procedimento, l'avvocato dovrà sostenere il proprio assistito nella conclusione dell'accordo. Nessun rilievo assumerà la circostanza che il cliente avrebbe potuto ottenere un risultato diverso, magari in apparenza migliore, in altra sede; ciò che il professionista forense dovrà verificare è, invece, che l'accordo rispecchi effettivamente le esigenze di entrambe le parti: solo in tal caso infatti le parti vi daranno immediata ed effettiva esecuzione, senza neppure necessitare dell'omologa del tribunale, e l'accordo, in quanto rispondente ai precipui interessi delle parti, sarà destinato a durare nel tempo. L'avvocato-difensore dovrà definire con la controparte e con il mediatore i particolari dell'accordo e, soprattutto nel caso il me-

---

<sup>27</sup> Cfr. G. LACRISIA, *Preparation of the Trial Lawyer for Mediation*, in 7 *Jones Law Review* 1, 2003.

<sup>28</sup> Sulla necessità di non predefinire una *bottom-line*, ma rimanere disposti a valutare nuove opzioni risolutive, v. B.M. HARGES, *The ABCS of Effective ADR: Ten Practical Tips for Representing Clients in Mediations*, cit.

<sup>29</sup> V. F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali ed il ruolo dell'Avvocatura*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 138.

diatore non sia un giurista, provvederà a stendere per iscritto l'accordo raggiunto, attribuendo una veste giuridica allo stesso. Nel caso di fallimento del tentativo di mediazione, l'avvocato-difensore dovrà comunque fare tesoro delle informazioni emerse durante il procedimento e delle alternative approfondite grazie al dialogo con la controparte: esse potranno costituire importanti elementi per una eventuale futura trattativa stragiudiziale ovvero, qualora venga incardinato un successivo giudizio ordinario, per la predisposizione della strategia difensiva.

Come si evince dall'analisi appena condotta sui compiti dell'avvocato che assiste la parte in mediazione, la presenza del professionista, seppur non obbligatoria, potrebbe rivelarsi estremamente vantaggiosa per una migliore conduzione del procedimento, traducendosi in un incremento delle possibilità di pervenire ad una effettiva conciliazione. Affinché ciò accada, però, è necessario che il professionista forense prenda coscienza del nuovo e peculiare ruolo che gli è attribuito qualora si accinga a tutelare gli effettivi bisogni e interessi del proprio assistito in mediazione, e non già i suoi diritti in giudizio<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Per quanto concerne i comuni errori che possono essere commessi dal professionista forense non adeguatamente preparato ad assistere la parte in mediazione, v. R.G. SPIER, *Legal Practice Tips: Mediation Miscues: The 10 Biggest Mistakes Lawyers make in Mediation*, in 59 *Or. St. B. Bull.* 35, 1999; T. ARNOLD, *20 Common Errors in Mediation Advocacy*, in 13 *Alternatives to High Cost Litigation* 69, 1995; Id., *Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them*, in 8 *The Practical Litigator* 79, 1997.

INÉS C. IGLESIAS CANLE\*

## LA MEDIACIÓN CIVIL EN ESPAÑA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Conciliación y mediación civil en las últimas reformas procesales. - 3. La ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y Mercantiles. - 4. La mediación en el Estado de las Autonomías. - 5. Conclusiones.

1. *Introducción.* – Al colectivo de los jueces y magistrados es al que le compete en exclusiva el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sin que ejerzan más funciones que las señaladas y las que vengan atribuidas en las leyes en garantía de cualquier derecho (art. 117.3 y 4 C.E. y art. 2 LOPJ). Es por tanto una competencia exclusiva que no puede ser delegada y ejercida por otros poderes o instituciones del Estado, correlativa al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en los términos que se ha ido configurando a partir de la jurisprudencia constitucional. El sentido del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en la Constitución española de 1978 no tiene nada que ver con significados anteriores.

En efecto, el contenido del nuevo derecho está precisado en el art. 24.1 CE y su definición se ha hecho por vía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional analizando recursos de amparo que alegan una supuesta infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta labor se somete a continuación a examen como un mecanismo idóneo para perfilar en el actual Estado constitucional el derecho fundamental de los ciudadanos a obtener una respuesta jurídica de los órganos jurisdiccionales. Así se va generando una auténtica revolución en el mundo jurídico ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es el objetivo final de todo proceso y tiene además un amplio y complejo contenido, dentro del cual, los derechos y garantías procesales están protegidos por el recurso de amparo.

---

\* Profesora Titular de Derecho Procesal Universidad de Vigo.

El amplio contenido de este derecho fundamental se conecta directamente con la Jurisdicción como Poder del Estado, ya que éste tiene encomendado el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y debemos cuestionarnos si su dimensión garantista responde adecuadamente a la dimensión constitucional de este método heterocompositivo de resolución de conflictos<sup>1</sup>.

De otro lado, debemos tener en cuenta, en la línea que apuntó la reforma procesal del año 2009, que en el núcleo estrictamente considerado del ejercicio de la potestad jurisdiccional no deben entrar otros colaboradores de la potestad jurisdiccional, como los secretarios judiciales, pero más allá no resulta cuestionable esta cooperación<sup>2</sup>.

Y es precisamente en este contexto y teniendo en cuenta la sobredimensión del problema de la lentitud de la Administración de Justicia, provocada en gran medida por la hipertrofia del dere-

---

<sup>1</sup> F. CAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del art. 24.1 de la Constitución*, Barcelona, 1994, págs. 3 y ss. Sobre el contenido y última jurisprudencia constitucional de este derecho fundamental me remito a mi trabajo publicado conjuntamente con I. CANDAL JARRIN, sobre *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Valencia, 2009, cuya primera parte recoge ampliamente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (págs. 21 a 44), que se acompaña de una selección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema habida hasta la fecha de publicación en las págs. 125 a 131 de la misma obra.

<sup>2</sup> Los secretarios judiciales son funcionarios que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico al servicio de la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia, a los que la ley dispensa un tratamiento diferenciado respecto del resto de la oficina judicial debido tanto a sus conocimientos técnicos como a su carácter de autoridad (art. 440 LOPJ ). La Ley Orgánica 19/2003 , de 23 de diciembre, potencia y desarrolla las funciones de los secretarios, en consonancia con la idea de que todas aquellas tareas que no supongan estrictamente ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pueden ser atribuidas a sujetos distintos del juez o magistrado. V. MORENO CATENA (CON V. CORTES DOMINGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 2012, págs. 152 y ss.). Un estudio detenido sobre la dimensión de la reforma efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial se encuentra en mi trabajo publicado en la revista "Dereito", vol. 20, núm. 2, 2011, págs. 65-82. Parte de este trabajo se incluye en la presente publicación con el fin de conectar las distintas reformas legislativas realizadas en España en el ámbito de la Administración de Justicia tendentes a procurar una solución negociada del conflicto en el ámbito procesal civil.

cho a la tutela judicial efectiva, la que ha llevado a potenciar ciertas fórmulas de solución de conflictos, heterocompositivas o no, que traten de solventar o poner coto a los altos costes que supone la Administración de Justicia, su masificación y lentitud. Con ello se pretende descargar de parte de su pesada carga a la Administración de Justicia, haciéndola más ágil y, consiguientemente, realmente efectiva.

Sentadas estas premisas fundamentales, debemos dar cabida en el actual modelo constitucional y legal a otros mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos, particularmente, la mediación y la conciliación, refiriendo nuestro estudio exclusivamente al ámbito del proceso civil, si bien, desde el Consejo General del Poder Judicial se ha hecho una apuesta firme por la mediación también en el ámbito penal y laboral.

Con estas limitaciones, debemos considerar la regulación de la mediación familiar en el Estado de las Autonomías, y, posteriormente, la legislación estatal sobre la materia, referida a asuntos civiles y mercantiles, aprobada inicialmente por el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, convalidada posteriormente por las Cortes Generales por la Ley 5/2012, de 6 de julio, a la que dedicaremos la última parte de este trabajo. En esta última, como veremos, el legislador estatal apuesta firmemente por la mediación, en los términos que analizaremos seguidamente, pero configurándola bajo el prisma de los principios de voluntariedad y libre decisión de las partes.

2. *Conciliación y mediación en las últimas reformas procesales.* – Además del proceso y la Jurisdicción o el Arbitraje, métodos heterocompositivos de solución de conflictos, en los que la solución viene impuesta por un tercero *supra partes*, tradicionalmente se conocen otros métodos de solución de conflictos, que responden a distintos grados de implicación de las partes o la intervención de terceros para obtener la satisfacción de la pacificación que se ha quebrantado (ALCALÁ-ZAMORA): LA AUTODEFENSA o autotutela y la AUTOCOMPOSICIÓN.

La autotutela es el método más primitivo y simple de solventar conflictos, y al margen de supuestos excepcionales en que el ordenamiento jurídico reconoce como legítimo el uso de la fuerza, par-

ticularmente en el ámbito del Derecho Privado (arts. 592 y 612 Cc.) o del Derecho Penal en relación al reconocimiento de la legítima defensa como causa de justificación de actos delictivos (art. 20.4º CP), su utilización está prohibida por el ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

La segunda forma de solución de conflictos consiste en un acuerdo alcanzado de forma voluntaria por los propios contendientes. Estas soluciones autocompositivas se pueden alcanzar por las propias partes o por la intervención de un tercero, pero las partes no están vinculadas por lo que pueda plantear el tercero. La intervención puede consistir en intentar aproximar las posturas de las partes en conflicto y que sean ellos los que obtengan la solución (*mediación*), bien en sugerir, proponer o plantear diferentes salidas al conflicto, manejando cualquier posibilidad, con el fin de que las partes puedan acoger alguna de ellas (*conciliación*) y de ese modo poner fin al litigio.

La autocomposición permite una mejor solución a los conflictos, puesto que finalmente el arreglo se alcanza y se logra la pacificación social a través del concierto de voluntades de las partes en contienda, que son quienes mejor que nadie pueden saber lo que les conviene. Esta fórmula, a juicio de MORENO CATENA puede aplicarse a la mayor parte de los conflictos jurídicos pues cuando se trate de litigios sobre derechos disponibles, el ordenamiento permite a las partes que lleguen a una solución consensuada, en la seguridad de que el acuerdo debe preferirse a una solución impuesta desde fuera<sup>4</sup>.

Todos tenemos derecho a acceder a la Justicia, en los términos analizados, como un derecho fundamental y con un contenido determinado, pero este derecho no siempre parece la mejor opción,

---

<sup>3</sup> V. MORENO CATENA, (CON CORTES DOMINGUEZ), *Introducción al Derecho Procesal*, Valencia, 2012, págs. 36 y ss.

<sup>4</sup> V. MORENO CATENA, (CON CORTES DOMINGUEZ), *Introducción...*, cit., págs. 36 y ss. A continuación el mismo autor relata supuestos en los que la regla general presenta importantes excepciones y el Derecho expropia a las partes la posibilidad de solventar el conflicto, por ejemplo, los supuestos en que estén concernidos menores o personas incapacitadas, sobre estado civil... Entonces se impone acudir a los tribunales sin permitir soluciones extrajudiciales, ni logradas por el acuerdo de las partes ni impuestas por quien no tiene carácter y condición de órgano jurisdiccional; en esos casos, insiste este autor, el Estado ha expropiado a los implicados la posibilidad de solucionar el conflicto fuera de los cauces del propio Estado y de la autoridad y potestades públicas.

de ahí que todas las Organizaciones Internacionales reconozcan la importancia de la mediación como método de solución de conflictos.

El propio Consejo Europeo en su reunión de Tampere en 1999 instaba a los Estados Miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial. Desde entonces la Unión Europea ha potenciado las modalidades alternativas de solución de conflictos, por ser métodos rápidos, económicos y sencillos de solventar conflictos; su carácter debe ser voluntario y se constituyen como instrumentos de diálogo para resolver conflictos. La mediación es positiva para las partes ya que supone una solución más ágil y rápida del conflicto, lo que ocasiona frecuentemente un ahorro de tiempo y dinero, y al ser las partes los protagonistas de la resolución del conflicto, y como asumen libremente el acuerdo, se facilita el futuro cumplimiento voluntario de sus términos. La mediación también es positiva para el sistema judicial porque reduce la carga de trabajo de los tribunales, con el ahorro de costes que ello comporta. Mejora al mismo tiempo su funcionamiento y produce un aumento en la capacidad y calidad de la respuesta judicial<sup>5</sup>.

Tal y como hemos adelantado, desde el Consejo General del Poder Judicial existe un compromiso de estimular el impulso de la mediación. A juicio del órgano de autogobierno del Poder Judicial, la modernización de la Administración de Justicia implica que sea capaz de responder adecuadamente a las exigencias del siglo XXI, mejorando la eficacia de la respuesta judicial, con la finalidad última de reforzar la confianza de los ciudadanos en la Justicia.

En coherencia con lo dicho, el Real Decreto-Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como veremos más adelante, trató de dar respuesta a su vez a la Directiva 2008/52/CE del

---

<sup>5</sup> A. DORADO PICÓN, Vocal del Consejo General del Poder Judicial designado Vocal delegado para la Mediación por el Consejo General del Poder Judicial, Conferencia impartida en el Ilustre Colegio de Abogados de Ourense el día 5 de noviembre de 2009 sobre el tema *“La mediación y el Consejo General del Poder Judicial”* (inédita) No obstante, como reconoce el mismo autor *“pese a sus ventajas, la aplicación de la mediación en España resulta insuficiente, por lo que deviene necesario que los poderes públicos impulsen la utilización de este instrumento, elaborando un marco normativo adecuado que permita su desarrollo, ya sea como sistema alternativo a la vía judicial (mediación extrajudicial) o como complementario (mediación intrajudicial)”*.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y acoger las líneas de actuación antes definidas por el Consejo General del Poder Judicial para la mejora y modernización de la Administración de Justicia<sup>6</sup>. Aunque, como afirmaba su Exposición de Motivos, la regulación va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea, ya que la Directiva se limita a establecer unas normas mínimas para fomentar la mediación en asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil.

De hecho esta norma comunitaria se limita a diseñar un marco jurídico para la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ocupándose de aspectos muy concretos y prescindiendo de una regulación uniforme, no ya de los métodos alternativos de solución de conflictos, sino de la propia mediación<sup>7</sup>.

En cambio, la regulación de la ley española pretende conformar un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, si bien limitada al ámbito de asuntos civiles y mercantiles.

Para el impulso de este instituto, el Anteproyecto de Ley Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles (ALMACM) exigía obligatoriamente y como presupuesto de procedibilidad en determi-

---

<sup>6</sup> Los ejes de modernización de la Administración de Justicia son: 1. Implantación de la nueva oficina judicial, 2. reestructuración de la planta y demarcación judicial; 3. Aplicación de nuevas tecnologías; 4. Efectividad de las medidas de la carta de derechos y del plan de transparencia judicial; 5. Seguimiento y mejora de actividad de los órganos judiciales; 6. Impulso de las reformas procesales; 7. Estatuto del juez; 8. Organización territorial del Estado. En el eje número 6, se hace mención expresa de la mediación civil y penal, entre otras reformas procesales y orgánicas pendientes: juicios rápidos civiles, nuevo proceso penal, procesos civiles regulados en normas de la UE; reformas para la reducción de la litigiosidad (ampliación del proceso monitorio, limitación de recursos, órganos de reclamación administrativa...); doble instancia penal, reforma de la casación civil, órganos específicos para la resolución de conflictos menores; desjudicialización de los Registros Civiles y desarrollo de previsiones estatutarias. Sobre esta última cuestión la reforma de la Ley 20/2011, del Registro Civil y la Ley Orgánica 8/2011, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, suprime esta atribución a los Juzgados y Tribunales, si bien tal reforma no entrará en vigor hasta el 22 de julio de 2014.

Es en este contexto global en el que debe entenderse la mediación, no como una reforma aislada e inconexa, por lo que, así entendida, merece todo nuestro apoyo.

<sup>7</sup> Sobre el alcance de la Directiva 2008/52/CE v. J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, *Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la me-*

nados casos el inicio de la mediación, en los que se establecía como requisito necesario y previo para acudir a los tribunales o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos, tal y como contempla la legislación italiana en el art. 5 del Decreto Legislativo número 28 de 2010, de 4 de marzo<sup>8</sup>.

Así lo hacía en el ámbito de las reclamaciones de cantidad y para ello modificaba las leyes procesales pertinentes, no obstante, finalmente, tal y como veremos, la mediación resulta voluntaria y sometida al principio de libre disposición de las partes<sup>9</sup>.

---

*diación en asuntos civiles y mercantiles*, Revista del Poder Judicial, núm. 88, 2009, págs. 133-175.

<sup>8</sup> Sobre la dimensión de la obligatoriedad de la mediación en la doctrina italiana y su posible inconstitucionalidad v. R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a propósito del d.lgs. 4 marzo 2010, núm. 28)*, Il foro italiano, 2010, págs. 89 a 95. Participamos de la misma inquietud que traslada este autor en torno al éxito en las materias del art. 5, con vistas a generar efectividad del instituto de la mediación, con el fin evidente de realizar el objetivo de aligerar a la Administración de Justicia.

V. también G. ARMONE, P. PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, Il foro italiano, 2010, págs. 995-99; G. BALLENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, Il giusto processo civile, núm. 2, 2011, págs. 333 y ss.; E. CAVUOTO, *La «mediazione finalizzata alla conciliazione», di cui al d.lgs. 28/2010 e i rapporti con la giurisdizione*, 2010; M.L. CENNI, E. FABIANI, M. LEO, DIR., *Manuale della mediazione civile y commerciale, Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. 28/2010*, Napoli, 2012; D. DELFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, Il Foro italiano, 2010, págs. 102-107; G. IMPAGNIATELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto ed effetti*, Il giusto processo civile, núm. 3, 2011, págs. 701-718; G. MONTELEONE, *La Mediazione «Forzata»*, Il giusto processo civile, núm. 1, 2010, págs. 21-25; A. PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, Il Foro italiano, 2010, págs. 142 y ss.; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, Il foro italiano, 2010, págs. 146 y ss.; Idem, *L'inconstituzionalità della mediazione di cui al d.leg. 28/10*, Il Foro italiano, 2010, págs. 54 y ss. Particularmente, este último trabajo realiza un estudio pormenorizado de las causas en virtud de las cuales es inconstitucional la vigente normativa italiana por contravenir los arts. 77, 24 y 97 de la Constitución Italiana, al cual, a la espera de la respuesta jurisdiccional, nos remitimos.

En la doctrina española v. J.C. ORTIZ PRADILLO, *Normativa procesal de la UE: «La mediación en materia civil y mercantil en Italia: la transposición de la Directiva Europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles»*, Revista General del Derecho Procesal, núm. 21, 2010.

<sup>9</sup> A estos efectos se proponía la modificación del art. 437.3 LEC, que pasaría a ser el 4º, y se introducía un nuevo apartado tercero, con la siguiente redac-

Por tanto, la propuesta pretendía exigir con carácter previo y obligatorio en los asuntos sobre reclamación de cantidad que se tramiten por el juicio verbal el intento de mediación y, de otro, sobre la base de los principios de voluntariedad, dispositivo, de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad potenciar el instituto de la mediación extraprocésal.

Finalmente, también se pretendía reforzar la aplicación de la mediación intraprocésal, es decir, una vez iniciado el proceso, en el acto de la audiencia previa al juicio del juicio ordinario. En esa línea, ya en la convocatoria de las partes a la audiencia previa al juicio se les informaría de la posibilidad de recurrir a una mediación, de tal forma que en la audiencia previa al juicio indicasen la decisión que hubieran adoptado al respecto. Se tomaría en consideración la mediación realizada y el incumplimiento de un acuerdo a efectos de su posible inclusión en los gastos del ulterior proceso judicial.

No obstante, como veremos, la ley actual ha llevado a cabo la regulación del instituto de la mediación partiendo de la premisa de su voluntariedad y por ello la regulación sobre las costas procesales carece de sentido y simplemente se tienen en consideración en la regulación vigente las cuestiones relativas a la provisión de fondos y a la asunción de los costes generados por las partes en relación a la mediación, en los términos que contemplaba el art. 15 del RD-Ley 5/2012, de 5 de marzo y que homologa, en los mismos términos, el art. 15 de la vigente Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

---

*ción: “En los juicios verbales a los que alude el apartado 2 del art. 250 LEC que consistan en reclamación de cantidad, no se refieran a alguna de las materias previstas en el apartado 1 del mismo artículo y no se trate de una materia de consumo, será obligatorio el intento de mediación de las partes en los seis meses anteriores a la interposición de la demanda”.*

En el mismo sentido, se proponía la siguiente redacción del art. 439.2 LEC: *“En los casos del apartado 2 del art. 250 LEC no se admitirán las demandas en que se reclame una cantidad si no se acompañase acta final acreditativa del intento de mediación en los seis meses anteriores a su interposición”.*

Finalmente, el art. 403.3 LEC pasaría a tener la siguiente redacción: *“Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado mediaciones, conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales”.*

3. *La ley 5/2012, de 6 julio, de mediación en asuntos civiles y Mercantiles.* – La reforma emprendida por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, supone la introducción de la regulación acabada del instituto de la mediación en España, en consonancia con las exigencias planteadas por la normativa europea<sup>10</sup>. Posteriormente, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha derogado la anterior normativa si bien sin variar sustancialmente las líneas sustanciales de la misma (BOE de 7 de julio de 2012)<sup>11</sup>.

En efecto, tal y como reconoce la Exposición de Motivos de esta norma se trata de incorporar al Derecho español 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 mercantiles, si bien, su regulación va más allá al conformar un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un efecto jurídico vinculante, si bien, circunscrita al ámbito civil y mercantil. El transcurso

---

<sup>10</sup> En otro orden de cosas pero en la línea de potenciar la mediación, en España se han venido realizando en los últimos años experiencias pilotos, que están siendo analizadas por el Grupo Europeo de Magistrados Europeos por la Mediación (GEMME). Consecuencia de las experiencias piloto y por el propio interés mostrado desde el Consejo General del Poder Judicial se han elaborado distintos protocolos, a los que se van incorporando voluntariamente los órganos jurisdiccionales y que han fomentado la mediación penal, mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen asuntos de familia y la mediación intrajudicial en la Jurisdicción Social (anexo I, II y III, respectivamente, aprobados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 28 de enero de 2010). Los distintos órganos jurisdiccionales pueden adherirse voluntariamente a estos Protocolos, pero siempre que se cuente con los medios adecuados para ello.

<sup>11</sup> Difiere de la anterior regulación la previsión expresa del art. 24 de la ley respecto a las actuaciones desarrolladas por medios electrónicos de forma que las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta ley. No obstante, la previsión del apartado 2 del mismo precepto ya se contemplaba en la anterior regulación al prever la mediación por medios electrónicos para reclamaciones que no excedan de 600 euros, si bien, la nueva regulación alude a que se acuda a tal tramitación “preferentemente”, lo que debe valorarse positivamente.

del plazo de transposición de la normativa comunitaria, que finalizó el 21 de mayo de 2011, justificó el recurso al Real Decreto-ley 5/2012, pero la actual regulación se ajusta adecuadamente a las exigencias propias del Estado de Derecho.

El modelo de mediación se basa en el principio de voluntariedad y libre disposición (art. 6 ley 5/2012), si bien, siempre que haya un pacto escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la Jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

En la práctica, el legislador por medio de la cláusula de sujeción expresa está convirtiendo en obligatoria la mediación, por lo que resulta necesario adecuar la legislación procesal civil a tal previsión, lo que justifica la disposición final tercera de la Ley 5/2012, que modifica determinados preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (v. nueva redacción de los arts. 39, 63.1, 65.2, 66 LEC). No obstante, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

Otros principios rectores de la mediación son los de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (art. 7 de la Ley 5/2012), neutralidad (art. 8 de la Ley 5/2012) y confidencialidad (art. 9 de la Ley 5/2012). En relación a este último principio la obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no se podrá revelar la información que hubiere podido obtener derivada del procedimiento. Para asegurar la confidencialidad el mediador no puede declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, salvo que las partes lo autoricen expresamente, o mediante resolución judicial motivada sea solicitada tal información por los jueces del orden jurisdiccional penal. En tal sentido, se han modificado los arts. 335 y 347 LEC, tal y como contempla la disposición final tercera de la Ley 5/2012, a la cual nos remitimos.

Las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo (art. 10 de la Ley 5/2012), sin que durante el tiempo que dure la mediación las partes puedan realizar acción judicial o extrajudicial alguna sobre el mismo objeto, con excepción de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles.

El estatuto del mediador se define en términos generales en el título III de la Ley estableciendo en el art. 11 las condiciones para ejercer la mediación, estableciendo la obligación de poseer un título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación.

El mediador debe facilitar la comunicación entre las partes y desarrollar una conducta activa tendente a procurar un acercamiento entre las partes, en consonancia con el concepto de mediación que facilita el legislador según el cual *“se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”* (arts. 11 y 1 ley 5/2012). El art. 21 de la misma norma establece que el mediador dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado.

El título IV se ocupa del procedimiento de mediación de manera que se inicie de común acuerdo o bien por cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ambas (art. 16 de la Ley 5/2012). Tras la primera sesión informativa en la que se informará de las causas que puedan afectar a su imparcialidad (a los efectos del art. 13 de esta ley, que faculta al mediador a continuar si concurre alguna de las causas previstas que pongan en peligro su imparcialidad, si asegura mediar con total imparcialidad y las partes lo consientan expresamente), costes de la mediación (según el art. 15 se dividirán por igual entre las partes, salvo pacto en contrario), características, procedimiento y consecuencias jurídicas del acuerdo (art. 17), tendrá lugar la sesión constitutiva en los términos que contempla el art. 19 de esta ley, según el cual se desarrollará propiamente el procedimiento de mediación, que deberá ser lo más breve posible y regirse por tanto por el principio de concentración procesal (art. 20).

El procedimiento terminará con acuerdo o sin alcanzar dicho acuerdo, que podrá ser sobre parte o sobre todas las materias

sometidas a mediación y contra lo convenido sobre podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (arts. 22 y 23 de la Ley 5/2012).

Finalmente, el título V versa sobre la ejecución de los acuerdos. Para ello, las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado, siempre que el notario verifique el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley y que su contenido no sea contrario a Derecho<sup>12</sup>.

Si el acuerdo se alcanza en una mediación intrajudicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la LEC (art. 25 de la Ley 5/2012)<sup>13</sup>.

4. *La mediación en el Estado de las Autonomías.* – La apuesta por la mediación inicialmente se planteó como una estrategia de determinadas Comunidades Autónomas (CC.AA.).

En este sentido, desde el año 2001 se reguló la mediación familiar en la comunidad autónoma de Cataluña con la Ley 1/2001, de 15 de marzo, Ley de Mediación Familiar de Cataluña; a la que meses después siguieron las CC.AA. de Galicia y Valencia con sus respectivas leyes: Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia y Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar de Valencia. Poco más tarde, en 2003, la comunidad autónoma de Canarias aprobó también, la ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias.

Estas cuatro CC.AA. fueron sin duda, las pioneras en regular esta cuestión, pero lo cierto es que, sucesivamente, el resto de CC.AA continuaron con dicha labor; y así actualmente, dentro del panorama legislativo de la mediación en el Estado de las Autonomías, debemos destacar las siguientes normas:

- *Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero,*

---

<sup>12</sup> Ello apunta a la necesidad de que el mediador tenga la formación jurídica necesaria a fin de evitar que no sea posible constituir el título de ejecución si el acuerdo es contrario a Derecho.

<sup>13</sup> V. en el anexo la modificación del art. 414 y 415 LEC, según la disposición final tercera de esta Ley.

*reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

- *Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- *Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón.*
- *Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar.*
- *Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar.*
- *Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.*
- *Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.*
- *Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.*
- *Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.*
- *Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.*

En relación a esta norma, hay que decir que el Tribunal Constitucional tiene suspendida la vigencia de varios artículos, hasta que se resuelva el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Central.

- *Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears.*
- *Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación familiar.*
- *Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.*
- *Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar.*

Lo cierto es que la mayoría de las normas que hemos citado regulan y se refieren exclusivamente a la mediación familiar. Ello es debido a que en este ámbito existen numerosos conflictos, pues aunque la institución de la familia ha experimentado notorios cambios en las últimas décadas, obteniendo como resultado un modelo de familia diverso, menos jerárquico y más igualitario, los conflictos por ello no han desaparecido.

Es necesario, por tanto, emplear métodos de solución pacífica de los conflictos en el ámbito familiar, y es aquí donde la me-

diación adquiere protagonismo, porque nos permite lograr un acuerdo beneficioso para las distintas partes, mediante la intervención de un profesional, sin poder de decisión, cuya función será aproximar a las partes mediante el diálogo para que éstas alcancen un acuerdo, y todo esto siempre bajo los principios de voluntariedad, neutralidad, imparcialidad y confidencialidad.

Además, por último y en relación a este punto, hay que señalar que una de las características principales de la mediación, es que constituye una manera idónea para dispensar la protección adecuada a los hijos menores que se vean involuntariamente involucrados en los conflictos familiares. Así, el proceso de mediación se completa con la utilización de medidas de apoyo a la familia, ajustadas a sus necesidades.

En relación a los resultados obtenidos, podemos partir de la experiencia desarrollada en dos CC.AA, la Valenciana y la Catalana, tal y como refleja ANNA VALL RIUS, Coordinadora del Centro de Mediación y del Master de Mediación del Colegio de Abogados de Valencia en su informe inédito presentado en unas Jornadas organizadas en Santander por el Ilustre Colegio de Abogados, que por su interés incorporamos a este trabajo parcialmente:

*A) El Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña:*

Es un Centro público que depende del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña y que inició su funcionamiento efectivo en julio del año 2002.

El Centro nace como “Centro de Mediación Familiar de Cataluña” en base a lo establecido por la Ley 1/2001 de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña, y posteriormente se transforma en el Centro de Mediación de Derecho Privado, en virtud de la segunda ley de mediación catalana, la Ley 15/2009 de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

Tiene su sede en Barcelona y cuatro subsedes más en las capitales de provincia. Funciona con la implicación de más de 1.700 personas mediadoras que están inscritas en el Registro y que reúnen los requisitos que determinaba la Ley de Mediación Familiar de Cataluña del año 2001 (a falta de desarrollo reglamentario de la segunda Ley 15/2009, que abarca el ámbito familiar y el civil en general)

Las personas usuarias con derecho a justicia gratuita, según la Ley 1/1996 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, pueden solicitar un mediador del registro y no han de abonar la mediación. El mediador cobra directamente del Departamento de Justicia. Si los usuarios no tienen derecho a justicia gratuita, pagan al mediador el precio oficial del Centro de Mediación, que es el mismo que abona el Departamento de Justicia al mediador en caso de que las partes, una o ambas, tengan reconocido el derecho a justicia gratuita (equivalente a 30 euros por persona y sesión).

El Centro de Mediación ha firmado convenios de colaboración anuales desde 2004 con los 14 Colegios de Abogados de Cataluña, para que estos pongan en marcha en sus diferentes sedes los Servicios de Orientación Mediadora (SOM) que de forma paralela al Servicio de Orientación Jurídica y establecidos en el mismo espacio, orientan e informan a los usuarios acerca de la mediación, sus características y ventajas. El objetivo es que los usuarios con un conflicto, puedan obtener los servicios profesionales de un abogado y de un mediador y que ambas figuras sean facilitadas desde estos servicios que comparten un mismo espacio de atención a los ciudadanos.

Los usuarios pueden solicitar la mediación directamente al Centro de Mediación o a través de Servicios Sociales de los Ayuntamientos (se han firmado convenios de colaboración con más de 50 ayuntamientos) a través de los Jueces de Paz, de la policía, de escuelas o de otros organismos y también por recomendación de sus abogados. Es también fundamental la función de los jueces y su implicación en la derivación de casos judicializados a mediación.

Una vez las partes han solicitado la mediación, el Centro de Mediación designa a una persona mediadora que puede ser escogida por las partes y si estas no lo hacen, se designa a la persona mediadora que corresponda según el partido judicial de las partes y el turno aleatorio del Registro de personas mediadoras. La persona mediadora se pone en contacto con las partes y realiza la mediación en su propio espacio. Mientras la mediación está abierta, el Centro hace un seguimiento para asegurar su inicio sin dilaciones y su realización en un tiempo adecuado. La persona mediadora envía al Centro el acta inicial, el acta final, el cuestionario de satisfacción de las partes y el cuestionario con la valoración del propio mediador.

B) *El Centro de Mediación del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia:*

El Programa de mediación que está llevando a cabo desde enero de 2012 en ese momento, se empezó a diseñar la estructura, el funcionamiento, los contenidos, la documentación, los objetivos y las actividades a desarrollar por el futuro Centro de Mediación del ICAV (CMICAV). Se firmó un convenio de colaboración con el Consejo General del Poder judicial, que brinda plena cobertura jurídica a la mediación intrajudicial desarrollada por el ICAV, y finalmente, el día 2 de abril de 2012, el CMICAV, abrió sus puertas y dejó de ser un Proyecto para convertirse en una realidad, que crece día a día.

Estructura organizativa:

La dirección corresponde a varias personas, integrantes de la Junta de Gobierno del Colegio, que han impulsado de forma decidida la creación del Programa. Bajo esta dirección colegiada, está una coordinadora y una persona responsable de los temas administrativos.

El modelo de Centro de Mediación que se ha puesto en marcha, funciona gracias a la imprescindible colaboración de los profesionales mediadores del ICAV, que llevan a cabo, de forma totalmente voluntaria y altruista, los turnos de atención e información a los usuarios, y también las consiguientes mediaciones. Actualmente, todo el servicio, desde la primera entrevista informativa, hasta la última sesión de mediación, se ofrece a los ciudadanos de forma totalmente gratuita.

El Centro dispone de una página web, muy útil para dar a conocer el CMICAV y transmitir información a las personas mediadoras y al público en general. En la web se puede encontrar información sobre eventos de mediación, listados de mediadores, guardias, formularios, textos legislativos, artículos de interés para la mediación, etc.: [www.mediacion.icav.es](http://www.mediacion.icav.es).

Las personas usuarias son atendidas e informadas, de forma conjunta o individualizada, ya sea solas o acompañadas de sus abogados. Si acude una primera persona y firma el formulario de solicitud de mediación, el CMICAV se pone en contacto con la otra u otras partes y les ofrece la posibilidad de acudir a una sesión informativa para que tengan las mismas oportunidades y la misma información que la primera parte. Si todas las partes,

muestran su voluntad de participar en la mediación, firman la solicitud y el CMICAV designa a la persona mediadora que corresponda del listado de mediadores.

La mediación se puede llevar a cabo en la propia sede del ICAV o en el espacio del que dispongan los mediadores designados, siempre que sea adecuado para tal fin. La mayoría de mediaciones se están realizando en comediación entre dos mediadores.

En la primera sesión de mediación las partes firman el acta inicial de mediación, que ha sido preparada según los parámetros y los requisitos que establece la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para el acta constitutiva (art. 19).

Una vez finalizada la mediación, las partes firman el acta final, que ha de recoger igualmente la información que determina la Ley 5/2012 para el acta final y cumplimentan un cuestionario que les entrega el mediador, para evaluar el grado de satisfacción respecto a la actuación mediadora.

Si la mediación se inició con un proceso judicial abierto, se informa al juez del final de la mediación y de su resultado de acuerdos totales, parciales o sin acuerdos, pero no se da traslado al Juzgado del contenido de los acuerdos, que les llegan a través de los abogados de las partes, en el formato jurídico que corresponda (convenio regulador, modificación de medidas, etc)

Desde abril hasta mediados de septiembre de 2012, se han abierto más de cuatrocientos expedientes, casi la mitad de ellos de problemáticas hipotecarias, unos 150 de temáticas familiares y 60 mercantiles. De ellos 120 tiene un proceso judicial abierto y en la mayoría de los casos han sido derivados por el juez, o recomendada la mediación por sus abogados. En este momento hay más de 60 mediaciones abiertas y una ratio de acuerdos del 46 %.

Incluso acuden al Centro de Mediación algunas personas de fuera de la Comunidad de Valencia. La labor mediadora se lleva a cabo con la imprescindible colaboración de trescientas cuarenta personas colegiadas que además se han formado en mediación y creen y practican de forma entusiasta esta metodología de gestión colaborativa y eficiente de conflictos. Una experiencia de estas características, en estos momentos, puede considerarse como totalmente pionera en Valencia y en España”.

De lo dicho se desprende claramente el impulso que desde las instituciones en determinadas CC.AA se está dando a la media-

ción civil, que ya no se limita únicamente al ámbito familiar, con resultados exitosos, pese a la carencia de recursos económicos.

5. *Conclusiones.* – A modo de valoración final, podemos concluir afirmando que, en el camino que ha emprendido el legislador español para descargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales y potenciar la eficacia y agilidad de la Administración de Justicia, se apuesta firmemente por las soluciones alternativas de resolución de conflictos. Particularmente, la conciliación cobra nueva fuerza a partir de su atribución al secretario judicial, quien debe también informar sobre la posibilidad de derivar el asunto a mediación, y, por su parte, la mediación también se refuerza, si bien, debe entenderse a partir de su carácter voluntario e incluso subsidiario respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Este derecho ha sido redefinido por el legislador en otros términos dada su amplitud, causante en gran medida del colapso que sufren actualmente algunos órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, en sede de ordenación del sistema de recursos, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, ha limitado aún más el acceso a los mismos, no sólo en relación a los recursos extraordinarios, sino incluso al recurso de apelación. Éste, en el ámbito civil se ha limitado a los asuntos de cuantía superior a 3.000 euros en relación a las sentencias dictadas en juicios verbales (art. 455 LEC).

Por su parte, en sede de recursos extraordinarios, se ha limitado el acceso al recurso de casación civil para asuntos cuya cuantía supere los 600.000 euros, salvo que presenten interés casacional (art. 477 LEC). En la exposición de motivos de esta Ley, se justifican tales medidas en aras al derecho efectivo a la tutela judicial, ya que se considera imprescindible, a juicio del legislador, la limitación del derecho a los recursos para disminuir el volumen de entrada de asuntos en los órganos jurisdiccionales en el ámbito procesal civil, particularmente intenso en los últimos años.

No obstante, no podemos suscribir tal línea de actuación y consideramos tal medida desproporcionada, cercenando de modo efectivo la posibilidad de corregir eventuales errores judiciales en sede de apelación o en casación, si bien, en este último

caso, se limita, al mismo tiempo, la interpretación y aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por parte del Tribunal Supremo. Por tanto, lejos de potenciar el derecho a la tutela judicial efectiva lo restringe injustificadamente, tal y como hemos planteado al inicio de este trabajo.

Además, es preciso señalar que el pasado 27 de julio de 2012 ha sido aprobado por el Congreso de los diputados, pendiente de su tramitación en el Senado, el Proyecto de Ley de la Reforma de las Tasas Judiciales, en el que se produce un notable incremento del precio de las mismas, tanto para el acceso a primera instancia como para el acceso a la vía de recursos.

Los enormes cambios que se producen en la vía procesal civil dependiendo del tipo de proceso, son los siguientes:

Para el juicio y verbal o cambiario la cuantía de tasas actuales se sitúa en 90 euros, mientras que la propuesta aprobada las sitúa, en 150 euros, produciéndose un incremento de 60 euros.

Para el juicio ordinario, las tasas actuales son de 150 euros, mientras que la propuesta las sitúa en 300 euros, produciéndose un incremento del doble.

En los casos del proceso monitorio, el procesos monitorio europeo y la demanda incidental en el proceso concursal, las tasas vuelven a incrementarse hasta el doble, pasando de 50 euros a 100 euros.

En la ejecución extrajudicial y en el concurso necesario, se propone un aumento de los actuales 150 euros a 200 euros.

Pero, sin duda, los casos más exagerados se dan en el recurso de apelación y en el recurso de casación. Así, en el primero de éstos el incremento que se pretende producir es de 500 euros, las tasas actuales se sitúan en 300 euros y el proyecto de reforma las coloca en 800 euros; mientras que en el segundo, se propone una subida de 600 euros a 1.200 euros.

Todas estas subidas afectan tanto a personas físicas como a personas jurídicas y, solamente quedarán exonerados de las mismas, aquellos ciudadanos a los que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por carecer de recursos para litigar.

La reforma, que se apoya en la Doctrina constitucional sentada por la sentencia 20/2012 de 16 de febrero, en la que se confirma la constitucionalidad de las tasas con el objetivo de servir

de medio de financiación a la Administración de Justicia, no hace sino, incrementar de un modo desproporcionado las cuantías y someter el derecho a la tutela judicial efectiva a notables restricciones de carácter económico, por lo que, limita y disminuye las garantías de acceso a la vía judicial para los ciudadanos.

Consiguientemente, en este contexto y entendiendo así la conciliación y la mediación, sea previa al proceso o bien incorporada en el mismo, entendemos que la autocomposición tiene plena razón de ser y puede coadyuvar en el actual Estado de Derecho a potenciar la solución ágil de los conflictos entre particulares, siempre que se plantee como voluntaria y no como un trámite obligatorio y, en ese caso, costoso y dilatorio.

En este sentido, consideramos válida la trayectoria seguida en las distintas Comunidades Autónomas y a la emprendida por la última reforma procesal.

Tanto la labor desempeñada por el Consejo General del Poder Judicial, como la actuación en esta materia en determinadas CC.AA., como la reforma procesal de la Ley 5/2012, lo consideramos un punto de partida idóneo para afrontar los problemas actuales de que adolece la Administración de Justicia en España, sin merma de garantías procesales para el ciudadano, si bien, debemos esperar a que se desarrolle reglamentariamente la Ley 5/2012, de 6 de julio, siguiendo la experiencia italiana, tal y como prevé la disposición final octava, a los efectos de la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para los mediadores e instituciones de mediación, tales como la creación de Registros de Mediadores e Instituciones de Mediación y la definición de los contenidos mínimos del curso o cursos que con carácter previo hayan de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir.

Confiemos que las reformas realizadas en esta materia y la experiencia desarrollada den su fruto y permitan solucionar conflictos y, al propio tiempo, descongestionar a los órganos jurisdiccionales, de forma que la Justicia responda adecuadamente a su misión y sea percibida satisfactoriamente por el ciudadano que recurre a ella.

ROSARIO DE CASTRO-CAMERO, *Soluciones "in iure" a una controversia patrimonial: transaccion, juramento y confesion*, Sevilla, 2006

Nell'ambito del rapporto di collaborazione instaurato tra l'Ateneo di Siviglia e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, è pervenuto alla direzione scientifica dei Quaderni di Conciliazione l'interessante lavoro monografico in tema di *Soluciones in iure* a una controversia patrimonial della collega Rosario de Castro-Camero, allieva dell'illustre Prof. Fernando Betancourt Serna (al quale la ricerca è dedicata) e Titular de derecho romano nell'Università sivigliana.

Nonostante il tema trattato dalla de Castro-Camero riguardi soltanto in parte le problematiche oggetto di specifico interesse dei Quaderni di Conciliazione, è parso opportuno segnalare la ricerca in una breve nota in quanto una pur concisa analisi del contenuto del nostro lavoro monografico pone bene in evidenza la ricchezza di prospettive che l'indagine in tema di ADR

può aprire al ricercatore che intenda affrontare le nostre tematiche sotto un profilo storico giuridico. L'impostazione della ricerca adottata dall'A. appare, infatti, del tutto particolare, in quanto la induce ad esaminare solo gli istituti che nella fase *in iure* del processo formulare (dinnanzi al pretore) potevano condurre alla soluzione definitiva di una controversia patrimoniale, senza che si dovesse giungere alla *litis contestatio* ed alla successiva sentenza del giudice privato. In questa ottica, rimane fuori dalla trattazione, in quanto non presenta alcuna relazione con la fase *in iure*, un istituto, come il *compromissum*, il quale dava luogo ad un procedimento arbitrale, alternativo al ricorso alla giurisdizione, che, pur con i necessari distinguo, può essere considerato l'antecedente storico del moderno arbitrato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Occorre, infatti, sottolineare che nel diritto romano classico l'unico modo attraverso il quale i contendenti potevano vincolarsi a quanto stabilito dall'*arbiter* era il ricorso ad apposite *stipulationes poenales*. Ciò significa che l'attore al quale l'*arbiter* avesse dato torto avrebbe comunque potuto intentare l'azione nei confronti del convenuto che, a sua volta, avrebbe potuto citarlo in giudizio solo con l'*actio certae creditae pecuniae* per ottenere il pagamento della *poena* prevista nella *stipulatio*. Un tale meccanismo sembrerebbe dimostrare che il nostro istituto non era visto con particolare favore dal *praetor*, il quale non aveva previsto nel suo editto alcuna *exceptio* a favore di

In materia non appare, peraltro, possibile fissare un confine preciso. Si consideri che l'A. esamina, invece, compiutamente la *transactio*, con la quale le parti, mediante reciproche concessioni, pongono fine ad una lite che può ben essere giunta alla fase *in iure*<sup>2</sup> ma che può essere anche soltanto potenziale<sup>3</sup>.

Anche in relazione al *iusiurandum* ci troviamo dinanzi ad un istituto che (come l'A. pone bene in evidenza) solo nell'ipotesi in cui abbia ad oggetto una *certa pecunia* può produrre l'effetto di por termine alla controversia senza che si giunga alla *litis contestatio* ed alla fase *apud iudicem*<sup>4</sup>, in quanto nel

---

chi fosse stato citato in giudizio in violazione dell'accordo; occorre peraltro sottolineare che in senso contrario sembra deporre la circostanza che, ove l'*arbiter* avesse assunto il compito di giudicare e intendesse in seguito sottrarsi al suo *officium*, il *praetor* avrebbe potuto fare ricorso nei suoi confronti a mezzi di pressione derivanti dal suo *imperium*: indubbiamente una tale disposizione fa emergere un interesse del pretore a che la lite sia risolta dall'*arbiter*, evitando, per quanto possibile, il ricorso al potere giurisdizionale.

Solo nel 529 Giustiniano, con una sua costituzione, dà autonomia rilevanza al patto di compromesso rafforzato dal giuramento delle parti, concedendo a colui al quale l'arbitro avesse dato ragione d'intentare un'*actio in factum* per l'adempimento della pronuncia arbitrale. Una simile apertura, che potrebbe apparire in contrasto con la politica giustiniana in materia di giurisdizione, non a caso viene meno nel 539, in seguito all'emanazione della Nov. 82.11.1, con la quale si ha un drastico ritorno al principio per cui la *poena* convenzionale rappresenta l'unico meccanismo attraverso il quale le parti possono vincolarsi al giudizio dell'*arbiter*.

<sup>2</sup> La lite potrebbe, invero, essere pervenuta anche alla *sententia*, purché non definitiva. Per particolari ipotesi di *transactio* (*quia adhuc lis subesse possit*) in relazione ad una *res iudicata* vedi la testimonianza di D. 2.15.11 (Ulp. 4 *ad ed.*).

<sup>3</sup> Come rileva correttamente l'A. (p. 69), la transazione era possibile anche in presenza semplicemente di una *res dubia* (non ancora dedotta *in iure*). La stessa Autrice sottolinea, peraltro, che nella sua ricerca prenderà in considerazione la sola *transactio in iure* conclusa in presenza del magistrato, "cuya misión era procurar que las partes llegaran a un acuerdo amistoso que pusiera fin a la controversia". L'affermazione appare condivisibile, non sembra però del tutto probante nel senso che tra i compiti del pretore rientrasse il tentativo di far accordare le parti su una soluzione concordata della controversia la testimonianza (ricordata dall'A. alla nt. 39) di D. 12.1.21 (Iul. 48 *dig.*): il testo esamina, infatti, il caso di un pagamento parziale che determina soltanto una diminuzione del valore della lite (l'attore agirà, infatti, per cinque e non per dieci), non un'estinzione della stessa (in questo senso deve intendersi l'affermazione per cui rientra nell'*officium praetoris lites deminuere*).

<sup>4</sup> Ovviamente intendiamo riferirci alle ipotesi in cui, in caso di giuramento necessario, il convenuto non giuri e non riferisca il giuramento o a giurare sia l'attore cui il giuramento è stato riferito dal convenuto (per ipotesi di giu-

processo formulare la condanna può avere ad oggetto soltanto una certa somma di denaro<sup>5</sup>.

Conformemente al taglio dato alla propria ricerca, l'A. incentra quindi il suo discorso sulla distinzione tra "juramento de cantidad de dinero cierta y... juramento distinto a cantidad de dinero cierta", ritenendo "inadecuada"<sup>6</sup> la distinzione tradizionale operata dalla

dottrina romanistica tra giuramento necessario e giuramento volontario. Si può, peraltro, osservare che, a ben vedere, la distinzione tradizionale, cui la stessa A. fa riferimento, continua a mantenere la sua validità, risultando soltanto non funzionale alla particolare impostazione che la de Castro-Camero ha ritenuto di dare alla sua ricerca<sup>7</sup>.

---

ramento necessario non avente ad oggetto una *certa pecunia*, vedi nt. seguente).

<sup>5</sup> In questa ottica necessita forse di una messa a fuoco l'affermazione dell'A., la quale (p. 172) rileva che "en opinión de Murga, la cual suscribimos, tanto la *condictio certae pecuniae* como la *condictio certae rei* eran acciones *in ius* muy antiguas que, tras su inclusión en el Edicto, conservaron, tal vez por su propio arcaísmo, el juramento y su poder decisorio". Non a caso la stessa A. (p. 175), nel momento in cui pone la domanda sulla possibile estensione degli effetti del *iusiurandum certae pecuniae* anche al *iusiurandum* prestatato in relazione alla *condictio certae rei*, propende per la soluzione negativa, del tutto consequenzialista all'interno del suo discorso.

L'A. affronta le complesse problematiche relative al *iusiurandum* prendendo posizione in relazione ai numerosi profili che appaiono ancora dubbiosi in dottrina. Così, ad esempio, ritiene che anche nel caso dell'*actio certae creditae pecuniae* il giuramento potesse essere riferito all'attore (in senso contrario vedi, peraltro, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990, 327, ad avviso del quale questa possibilità sarebbe stata introdotta solo per le "poche altre azioni" (fra cui l'*actio de pecunia constituta* e l'*actio rei uxoriae*) alle quali fu esteso il giuramento necessario.

<sup>6</sup> Le citazioni testuali sono tratte dalla breve presentazione del lavoro dell'A. contenuta nella copertina del volume.

<sup>7</sup> In questo senso non mi sentirei di condividere pienamente l'affermazione che l'A. prospetta all'inizio del suo lavoro (p. 13), quando afferma che la transazione e il giuramento "son modos amigables" di risoluzione della controversia. Molto opportunamente, d'altronde, la stessa A., poco oltre (p. 14), sembra prendere le distanze da una tale affermazione, nel momento in cui sottolinea che "resulta un contrasentido que la Doctrina able de soluciones amigables y, por otro lado, sostenga la división del juramento en voluntario y necesario, ya que en este ultimo caso, cuando tiene lugar a instancia del demandante, sin posibilidad de rechazo por parte del demandado, el carácter amigable queda bastante diluido". Ora, non vi è dubbio che nel caso di giuramento volontario emerga il carattere convenzionale, che però è estraneo al giuramento necessa-

L'ultimo istituto esaminato dall'A. è, infine, la *confessio in iure*. Anche in relazione ad esso la de Castro-Camero, sulla base delle conclusioni della dottrina dominante, distingue tra *confessio certae pecuniae* e altre confessioni<sup>8</sup>, in quanto solo la prima appare in grado di porre termine al processo nella fase *in iure*<sup>9</sup>.

Non possiamo ovviamente in questa sede addentrarci nell'esame delle numerose problematiche che l'A. affronta in relazione ai complessi istituti esaminati nel corso del suo lavoro. Ci interessa assai di più sottolineare l'originalità del-

l'impostazione della ricerca per una riflessione di carattere generale sulla circostanza che la sentenza del giudice (che, tra l'altro, nel processo formulare romano è un privato cittadino) rappresenta soltanto uno dei possibili esiti di un conflitto che le parti e lo stesso *praetor* nella fase *in iure* mostrano di voler chiudere, ove ciò sia possibile, senza ulteriori dilazioni. In questa ottica, l'impostazione della de Castro-Camero sembra riprendere per il processo formulare, almeno sotto alcuni profili, l'osservazione formulata per il diritto romano arcaico dal Melillo, il quale aveva evi-

---

rio, in relazione al quale il convenuto viene posto dinnanzi all'alternativa di *solvere aut iurare* indipendentemente dalla sua volontà.

<sup>8</sup> Sul punto mi sia consentito di richiamare brevemente PUGLIESE-SITZIA-VACCA, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino, 1997, 164: "La *confessio* relativa a un credito di cosa determinata dava luogo al proseguimento della medesima azione, ma con una formula modificata in modo che il giudice dovesse presupporre la sussistenza del credito e limitarsi a condannare il convenuto, previa *aestimatio* della cosa. Analogamente la *confessio* relativa a un'azione *in rem* oppure *in personam* con clausola *restitutoria* rendeva incontrovertibile (grazie ad apposita modificazione della formula) il diritto dell'attore e limitava i poteri del giudice a quelli di invitare il convenuto alla *restitutio* e di pronunciare, in mancanza, la sua condanna pecuniaria secondo le regole da applicarsi in questo tipo di azioni. La *confessio* infine consistente nel riconoscimento di un'obbligazione di *incertum* ("*quidquid dare facere oportet*") non sembra influisse sul corso del procedimento *in iure*, né determinasse una modificazione della formula. Forse, se il convenuto non precisava di dovere un *certum* conforme alla sostanziale pretesa dell'attore, quella *confessio* aveva soltanto l'efficacia di un mezzo di prova dinnanzi al giudice".

<sup>9</sup> In questa ottica l'affermazione dell'A. (p. 215) per cui in virtù della confessione "*quedaba dispensada la prueba de aquello que se había confesado y se ponía fin al procedimiento*", va letta alla luce del discorso complessivo che la de Castro-Camero svolge sul nostro istituto nelle pagine seguenti. Non appare, infatti, dubbio che l'A. ricollegli la fine del procedimento solo alle ipotesi di *confessio certae pecuniae*, anzi imposti proprio in tal senso tutta la sua indagine.

denziato la “generale tendenza della procedura giudiziaria risalente a chiudere le liti nei termini più brevi possibili attraverso il giuramento, la *in iure cessio*<sup>10</sup>, gli *interdicta*, assicurando la effettività del raggiungimento delle ragioni sostanziali anche per via di rimedi collegati all'*imperium* del magistrato”<sup>11</sup>. Certo, le due prospettive non sono identiche, in quanto la de Castro-Camero prende in considerazione anche la *transactio*, che trova la sua fonte nell'accordo delle parti, per quanto verosimilmente favorito dallo stesso magistrato<sup>12</sup>. E, d'altra parte, la stessa A. non prende in considerazione l'*indefensio*, che pur presenta caratteristiche tali che avrebbero potuto giustificare un suo inserimento nella ricerca. Le ragioni dell'esclusione della *indefensio* dalla ricerca non vengono chiarite dall'A., mi sembra però che alcune considerazioni possano giustificare una tale scelta. Per quanto, infatti, la *indefensio* nelle *actiones in personam* portasse alla

immediata *missio in bona*<sup>13</sup>, può rilevarsi che il convenuto poteva far cessare gli effetti di tale *missio* assumendo successivamente la *defensio*; può, inoltre, porsi in evidenza che, non essendo stata accertata in modo definitivo la pretesa dell'attore, in caso di *bonorum venditio* il *bonorum emptor* ben avrebbe potuto non riconoscere il diritto dell'attore, obbligandolo ad intentare l'*actio Rutiliana* o *Serviana ficticia*: si può quindi affermare che, se da un lato l'*indefensio* impediva al processo di avere il suo corso normale, dall'altro non poneva necessariamente fine in modo definitivo alla controversia<sup>14</sup>, il che vale a giustificare la mancata trattazione del nostro istituto da parte della de Castro-Camero.

L'impostazione della ricerca dell'A. presenta spunti di indubbio interesse anche sotto il profilo romanistico che non mi sembra opportuno discutere in modo approfondito in una pubblicazione destinata essenzialmente a cultori di di-

<sup>10</sup> Ovviamente il riferimento alla *in iure cessio* non riguarda le ipotesi in cui le parti siano d'accordo per il trasferimento del diritto reale ma le ipotesi che nel processo formulare saranno considerate sotto il profilo dell'*indefensio* nelle *actiones in rem* (vedi *infra*, nt. 14).

<sup>11</sup> G. MELILLO, voce *Transazione (dir. rom.)*, in *EdD* XLIV, 1992, 775.

<sup>12</sup> Vedi *supra*, nt. 3.

<sup>13</sup> Cioè allo stesso provvedimento con cui si apriva la *bonorum venditio*.

<sup>14</sup> In caso di *indefensio* nell'*actio in rem*, com'è noto, il pretore faceva in modo che l'attore conseguisse il possesso della *res controversa*. Anche in questo caso (sia nell'ipotesi in cui la *res* fosse presente *in iure* e il magistrato autorizzasse l'attore a condurla o a portarla via, sia nelle ipotesi in cui l'immissione nel possesso dell'attore fosse intervenuta in seguito all'*actio ad exhibendum* o all'*interdictum quem fundum*) non si aveva comunque una

ritto positivo. Mi limiterò quindi a segnalare che, come la de Castro-Camero osserva nell'introduzione, il suo "trabajo basará gran parte de sus resultados en el análisis palinogénico y edictal de los tres títulos que en la Compilación aparecen referidos a la transacción, el juramento y la confesión". Detta analisi viene quindi condotta puntualmente nei diversi capitoli e consente all'A. di pervenire a una presentazione delle problematiche relative ai singoli istituti che fa perno non su alcune testimonianze isolate ma sull'insieme dei frammenti a noi pervenuti "integrados dentro de un libro, de una obra y de una masa compilatoria"<sup>15</sup>. La ricostruzione del pensiero dei giuristi, in particolare di coloro che scrissero i grandi commenti *ad edictum*, in relazione ai nostri istituti ne risulta indubbiamente favorita sotto il profilo di una maggiore organicità, anche se l'approccio alle singole problematiche mantiene correttamente quella dimensione casistica che caratterizza tutta l'opera della giurisprudenza romana. Ovviamente ogni scelta di tipo espositivo, specie se così radicale come quella proposta dall'A., determina, ac-

canto ad indubbi vantaggi, anche alcuni inconvenienti; nel nostro caso possiamo limitarci a segnalare che essa tende ad un appiattimento, forse eccessivo, delle problematiche connesse all'evoluzione storica degli istituti trattati nel periodo anteriore alla definitiva fissazione del testo dell'Editto perpetuo, testo al quale si riferiscono i grandi commenti *ad edictum*: a titolo di esempio, può osservarsi che nella trattazione relativa alla *transactio* un'impostazione diversa avrebbe verosimilmente consentito di rilevare in misura maggiore il significativo avanzamento che in relazione alle pratiche transattive si ebbe col riconoscimento della *stipulatio Aquiliana* già nel I sec. a. C.

Ovviamente le brevi considerazioni che abbiamo ritenuto di dover formulare non sono in grado di dare compiutamente conto dell'ampiezza e della profondità delle complesse problematiche affrontate puntualmente dall'A., con uno stile chiaro ed incisivo, nel corso del suo lavoro. D'altra parte, come abbiamo posto in evidenza fin dall'inizio, lo scopo di questa presentazione era quello di stimolare l'in-

---

pronuncia sulla proprietà, in quanto il convenuto avrebbe potuto, in qualsiasi momento, intentare la *reivindicatio* contro colui che era stato immesso nel possesso, assumendo quindi la scomoda posizione di attore in un successivo processo. Ragioni analoghe a quelle esposte nel testo in relazione alla *indefensio* nelle *actiones in personam* sembrano quindi giustificare la mancata trattazione da parte della de Castro-Camero anche della *indefensio* nelle *actiones in rem*.

<sup>15</sup> Le due ultime citazioni testuali sono tratte dalla p. 14 della ricerca della de Castro-Camero.

teresse intellettuale di un possibile lettore dei Quaderni di Conciliazione nei confronti di un approccio di tipo storico alle problematiche poste, in generale, dai vari istituti che, nel corso dei secoli, sono stati utilizzati dai diversi ordinamenti per porre fine ad un conflitto in modo rapido e indipendentemente da una sentenza del giudice. In questa ottica non possiamo non essere particolarmente grati all'A., che con la sua interessante ricerca

ci ha offerto uno strumento di riflessione particolarmente utile per tutti coloro che si interrogano oggi sulla grave crisi che coinvolge il processo civile e sui possibili rimedi, che vanno ormai ricercati a tutto campo, sia attraverso un ripensamento di molti istituti processuali, sia attraverso un significativo impulso che, specie in paesi come l'Italia e la Spagna, deve essere impresso ai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2012  
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