

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari

Quaderni di conciliazione

a cura di
CARLO PILIA



Camera di Commercio
Cagliari



N. 4



Cagliari - 2017

€ 20,00

ISBN 978-88-8374-111-1

N. 4
*Quaderni di
conciliazione*

N. 4
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2017

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



© Cagliari - 2017

Volume pubblicato con il contributo
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
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

ISBN 978-88-8374-111-1

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
I.G.E.S. - 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); 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 Picciardada (Università di Cagliari); Carlo Pilia (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Pasquale Stanzione (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

FRANCESCO SITZIA, <i>Presentazione</i>	Pag. 9
SARAH SCHIAPARELLI, <i>La mediazione finalizzata alla mediazione in ambito sanitario</i>	» 11
M ^a DEL ROSARIO SÁNCHEZ VALLE, <i>Principios informadores de la mediación en la ley española de mediación en asuntos civiles y mercantiles</i>	» 47
ALBERTO CONTU, <i>“Techniche di interazione comunicativa” e formazione del mediatore. Profili ermeneutici dell’art. 18, comma 2, del d.m. 145/2011</i>	» 101
JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ y MARIA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, <i>El sistema arbitral de consumo en España: aspectos civiles y administrativos</i>	» 117
MICHELINA MASIA, <i>La mediazione: osservazioni socio-giuridiche</i>	» 169
SARAH SCHIAPARELLI, <i>L’evoluzione giurisprudenziale e normativa delle tutele nella responsabilità medica</i>	» 193
CLAUDIA TROISI, <i>La mediazione sanitaria ospedaliera</i>	» 269

PRESENTAZIONE*

Nel presentare il terzo volume dei Quaderni di Conciliazione, avevo ritenuto opportuno formulare alcune riflessioni sul lavoro svolto dall'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010 e sulle complesse problematiche che l'avvio della riforma aveva posto alla nostra attenzione, con particolare riguardo ad alcuni settori, quale quello della mediazione in tema di responsabilità medica, che sin dall'inizio avevamo individuato come un campo privilegiato di indagine.

A distanza di appena alcuni mesi non possiamo oggi non segnalare che il quadro normativo è profondamente mutato in seguito alla sentenza con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità per eccesso di delega della cosiddetta "mediazione obbligatoria". Come ho già avuto occasione di rilevare nel presentare il volume monografico dell'amico Carlo Pilia, apparso in questa stessa collana, se da un lato la sentenza in esame ha determinato una significativa contrazione del ricorso al nostro istituto, dall'altro ha reso ancora più evidente, a mio avviso, l'esigenza di proseguire con maggior vigore nel cammino intrapreso, quello cioè di creare e diffondere quella nuova cultura in tema di mediazione che appare oggi più che mai necessaria in una società sempre più lacerata da una crescita abnorme della dimensione conflittuale e dalla evidente impossibilità di affidare la soluzione di tutte le controversie alla pronuncia di un giudice.

In questa ottica, la circostanza che il quarto volume veda la luce appena alcuni mesi dopo la pubblicazione del terzo è per noi motivo di particolare soddisfazione, in quanto rappresenta la prova tangibile che il seme gettato in questi anni inizia a produrre frutti copiosi e nuovi autori (specie tra i giovani), sia italiani

* Nonostante i contributi raccolti risalgano al 2013, la pubblicazione del volume in formato cartaceo, per problematiche relative alla disponibilità di fondi, è stata possibile solo nel 2017.

che spagnoli, manifestano la volontà di condividere il nostro progetto, chiedendoci di pubblicare nella nostra collana i risultati delle loro ricerche.

Nell'iniziare questa presentazione, ho posto in evidenza che uno dei settori privilegiati dal nostro gruppo di ricerca è stato quello della mediazione in campo sanitario ed anche nel presente volume, come il lettore avrà modo di constatare, diversi contributi riguardano proprio quel settore. Nel mese di dicembre è stata, infatti, portata a termine la ricerca, finanziata a livello regionale, diretta dal prof. Ernesto d'Aloja e che ha visto collaborare il dipartimento di Giurisprudenza con l'Azienda mista dell'Università di Cagliari e della Regione Sardegna. Il 20 dicembre i risultati della ricerca sono stati presentati in un Seminario che si è svolto nei locali del Dipartimento di Giurisprudenza e che ha visto la partecipazione attenta di numerosi mediatori. Se la ricerca è ormai terminata, non è però venuto meno l'interesse per la materia, siamo anzi certi che proprio i risultati conseguiti nei due anni di studio e di attività formativa, che ha riguardato medici e funzionari delle ASL di tutta la Sardegna, sono destinati a produrre ulteriori frutti, non soltanto in tema di produzione scientifica, ma altresì in tema di un più corretto approccio alle problematiche riguardanti la gestione dei conflitti col paziente nel campo della sanità pubblica della nostra isola. Proprio in questa ottica, vorrei chiudere queste note introduttive con l'auspicio che la fattiva collaborazione che si è realizzata nel corso della ricerca tra tutti i soggetti che, a vario titolo, sono stati in essa coinvolti, possa, non soltanto proseguire nel tempo, ma altresì dar luogo alla creazione di un osservatorio permanente in grado di monitorare, con continuità e competenza, l'evoluzione delle dinamiche dei conflitti nella nostra materia, individuando gli interventi idonei ad evitare che, nel breve volgere di pochi anni, le maggiori spese derivanti da un aumento esponenziale del contenzioso, possano incidere in modo significativo sui servizi erogati al cittadino in tema di sanità pubblica.

Cagliari, giugno 2013

Il presidente del comitato scientifico

FRANCESCO SITZIA

SARAH SCHIAPARELLI

LA MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE IN AMBITO SANITARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il contenzioso in materia di responsabilità medica: numeri, costi e ragioni dei conflitti. - 3. La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ex d.lgs. n. 28 del 2010 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012. - 4. La mediazione delle controversie in materia di responsabilità professionale sanitaria.

1. *Premessa.* – La progressiva e notevole ascesa del contenzioso giudiziario sulla responsabilità professionale sanitaria impone la ricerca di soluzioni idonee a favorire e rendere appetibile per i soggetti che vi sono coinvolti (pazienti, medici e professionisti della sanità, strutture sanitarie, compagnie assicurative) la risoluzione stragiudiziale dei conflitti. In tale prospettiva un positivo ruolo è suscettibile di assumere l'implementazione degli organismi di mediazione istituiti ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 e dei successivi d.m. di attuazione nn. 180 del 2010 e 145 del 2011 dotati di apposite sezioni stabilmente deputate alla gestione e risoluzione concordata dei molteplici conflitti che, con sempre maggiore frequenza, insorgono nell'ambito sanitario¹.

¹ Per un commento sistematico al d.lgs. n. 28 del 2010, «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», e successivi d.m. di attuazione, si rinvia, *ex multis*, a AA.VV., *Quaderni di conciliazione*, a cura di Pilia, vol. I, II e III, Cagliari, 2011-2012; AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Castagnola e Delfini, Padova, 2010; BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 343 ss.; CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, *ivi*, pp. 616 ss.; CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, pp. 437 ss.; CONTALDO e GORGA, *La mediazione civile e commerciale alla*

Si avverte pertanto l'esigenza (da ultimo suffragata anche dal nuovo decreto sanità n. 158 del 2012, convertito in legge n. 159/2012)² di potenziare il ricorso a forme alternative di gestione dei sinistri che, sperimentando la partecipazione attiva delle aziende sanitarie nel monitoraggio dei rischi clinici e nell'analisi dei singoli eventi dannosi, promuovano tecniche, conoscenze e ricadute positive in termini di prevenzione del contenzioso giudiziario. Tanto appare sottolineare, per un verso, la necessità della strutturazione di un servizio stabile ed efficiente di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di responsabilità medica all'interno di organismi finalizzati, ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 28/2010, all'espletamento delle procedure di mediazione finalizzata alla conciliazione di tali controversie. Per altro verso, la necessaria strutturazione di organismi interni alle aziende sanitarie stabilmente deputati al monitoraggio ed alla gestione dei rischi relativi alle attività delle aziende in funzione di prevenzione del contenzioso tra i pazienti e i professionisti della salute e di riduzione dei costi assicurativi è oggi testualmente imposta dall'art. 3 *bis* d.l. 158/2012. Il monitoraggio e il contenimento della conflittualità in ambito sanitario appare invece funzionale a indurre nelle compagnie assicuratrici un cambiamento delle attuali politiche di assunzione del rischio, oltre che a promuovere trasparenza e senso di giustizia nel rapporto con i pazienti.

In questo senso, l'analisi seguita in un recente progetto di ricerca³ si è sviluppata secondo due essenziali linee direttrici,

luce del D.M. 180 del 4 novembre 2010, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 5 ss.; CONVERSO, *La mediazione conciliativa*, in *Riv. not.*, 2011, pp. 267 ss.; CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e conciliazione*, *ivi*, pp. 209 ss.; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 575 ss.

² Sul nuovo decreto sanità, recante «*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*», e sulle sue più significative implicazioni in punto di regime giuridico della responsabilità medica, v. CARINGELLA, *Corso di diritto civile*, 1. *Le obbligazioni*, Roma, 2012, pp. 6 ss.; DE LUCA, *La nuova responsabilità medica dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012.

³ Il riferimento è al Progetto per la realizzazione di una Camera di conciliazione permanente presso le Aziende Ospedaliere: studio pilota nell'Azienda

l'una afferente alla disamina del formante giurisprudenziale in materia di responsabilità medica, quale settore peculiare della responsabilità professionale, oggetto di una radicale e profonda rivisitazione da parte del diritto vivente; l'altra, afferente all'esplicitazione dei dati relativi al contenzioso in materia di responsabilità medica, delle problematiche che vi sono connesse e delle risposte fornite dal legislatore in punto di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

2. Il contenzioso in materia di responsabilità medica: numeri, costi e ragioni dei conflitti. – L'attuale scenario della responsabilità professionale medica offre dati allarmanti che evidenziano un costante incremento delle cause civili e penali intentate dai pazienti nonché dell'entità dei risarcimenti corrisposti, a fronte di una speculare "fuga" delle compagnie assicuratrici disposte a offrire garanzie sempre più ridotte ai professionisti della salute, con un aumento esponenziale dei premi.

Tanto si traduce, per un verso, in un insostenibile e inarrestabile aggravio dei costi per le aziende sanitarie e in un atteggiamento sempre più "difensivo" dei professionisti sanitari, preoccupati di cautelarsi contro eventuali future citazioni in giudizio anche a discapito delle reali esigenze di diagnosi e cura dei pazienti. Per altro verso, l'esponenziale crescita del contenzioso giudiziario in materia di responsabilità medica influisce negativamente nei rapporti tra medico e paziente, minando pregiudizialmente la fiducia che, tipicamente, il malato è portato a riporre nelle competenze tecniche e scientifiche del professionista e contribuendo a sempre più facili "incolpazioni" del medico in vista del soddisfacimento della volontà "punitiva" (sul piano penale) e delle esigenze risarcitorie (sul piano civile) del paziente che si ritiene lesa dalla condotta del sanitario.

ospedaliero-universitaria di Cagliari, coordinatore scientifico prof. Ernesto d'Aloja, Progetto di ricerca *ex lege* regionale 7.8.2007, n. 7 «*Promozione della ricerca scientifica e dell'innovazione tecnologica in Sardegna*», su cui si rinvia a D'ALOJA e PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) e la responsabilità medica: per un progetto di fattibilità di una Camera di conciliazione nelle Aziende ospedaliere*, in *Quaderni di Conciliazione*, I, cit., pp. 63 ss.

Per quanto attiene ai numeri del contenzioso, in Italia si stima che ogni medico abbia, in soli vent'anni di attività, l'80% di probabilità di essere chiamato a rispondere giudizialmente di danni cagionati ai pazienti. Attualmente, le cause civili pendenti per risarcimenti da responsabilità medica sono circa 12.000: di queste, il 25% si conclude con una condanna di risarcimento a carico del sanitario. Peraltro, se è vero che circa tre medici su quattro vengono di norma assolti, restano le ripercussioni sull'immagine del medico, legata alle capacità professionali, nonché rilevanti conseguenze sul piano esistenziale e dell'equilibrio personale. Invero, risulta assai diffuso il senso di profondo disagio vissuto dalla classe medica per l'attribuzione di eventi avversi di cui spesso resta incerta la riconducibilità al normale rischio clinico terapeutico ovvero alla condotta del medico.

Nel periodo dal 1960 al 1990 risultano essere state depositate 234.789 sentenze, 28 delle quali contro medici (0,01%). Nel decennio successivo, invece, su 167.981 sentenze depositate quelle sfavorevoli ai medici sono risultate essere 39 con una frequenza, quindi, raddoppiata (0,02%). Dal 1995 al 2005, poi, il numero dei sinistri denunciati è passato complessivamente da poco più di 17.000 a circa 28.500, con un incremento del 65%. In particolare, l'aumento più sostenuto è stato registrato dai sinistri relativi alla copertura dei singoli professionisti medici, che sono passati dai 5.798 casi del 1995 ai 12.374 del 2005 (+134%). Più moderato, invece, l'incremento dei sinistri che riguardano la copertura delle strutture sanitarie, passati dagli 11.444 casi del 1995 ai 16.085 del 2005 (+41%).

In base ad un rapporto realizzato dal Tribunale dei Diritti del Malato nel 2007, poi, gli errori medici denunciati riguarderebbero prevalentemente gli interventi chirurgici (66% del totale delle segnalazioni di *malpractice*) e, in particolare, ortopedia (18%), oncologia (12%), chirurgia generale (9%), ginecologia-ostetricia (7%), odontoiatria e oculistica (5% ciascuno). A seguire, il denunciato errore diagnostico sarebbe responsabile del 28% dei casi in cui il medico è convenuto in giudizio. Più di recente, occorre rilevare che negli ultimi dieci anni i casi di *malpractice* arrivati in Cassazione sono aumentati del 200%.

A ciò si aggiungano i dati relativi alla durata media dei processi in Italia che si assestano su circa 887 giorni per la defini-

zione di un processo di primo grado, 808 giorni per una sentenza d'appello e ben 912 giorni per la definizione dell'eventuale ultimo grado di giudizio, per un totale di più di sette anni di durata del contenzioso.

Sul fronte dei costi, in base ai dati divulgati da svariate associazioni di categoria, il valore delle cause civili e penali in materia di responsabilità medica ammonterebbe a quasi dieci miliardi di euro l'anno, con una tendenza di circa 15.000 denunce annue nei confronti di singoli medici e di strutture sanitarie. In questo contesto, si stima che il costo dei risarcimenti per malasanità oscilla tra gli 850 e i 1400 milioni di euro l'anno.

A fronte di dati di tal fatta, è necessario interrogarsi sulle ragioni che stanno alla base della costante e progressiva ascesa del contenzioso giudiziario in materia di responsabilità medica. Solo la comprensione delle ragioni che spingono il paziente ad adire con tale frequenza l'autorità giudiziaria, infatti, consente di individuare i meccanismi maggiormente idonei a garantire validi e soddisfacenti moduli di prevenzione e risoluzione bonaria dei conflitti, alternativi alla composizione giudiziale delle liti afferenti all'ambito sanitario.

Essenzialmente può dirsi che l'origine del conflitto tra medici e pazienti si rinviene nella delusione dei primi in ordine all'esito dell'intervento, vissuto come il tradimento delle aspettative qualificate riposte nella professionalità del sanitario. L'exasperazione di tale conflitto, invece, affonda le proprie radici in due essenziali fattori, l'uno afferente all'incalzante progresso della scienza medica e l'altro all'imperante spersonalizzazione del rapporto tra medici e pazienti.

Sotto il primo aspetto, deve considerarsi come la figura del medico, in passato investita di una sorta di "autoritarismo paternalistico" che la rendeva pressoché immune dall'attribuzione di ogni responsabilità per errore, è stata radicalmente "ribaltata" dal diritto vivente, nell'ambito di una rinnovata visione del rapporto incentrata sulla più ampia tutela dei diritti costituzionalmente garantiti del paziente alla vita, alla salute e alla libertà personale suscettibili di essere pregiudicati nell'attuazione del rapporto di cura. Per converso, la figura del medico appare attualmente guardata con sfiducia dai pazienti che, peraltro, anche sulla spinta dell'incalzante progresso medico scientifico, sempre più preten-

dono dalla prestazione sanitaria esiti certi e sicuri, non accettando fatalisticamente il possibile risultato negativo. Invero, l'atteggiarsi della relazione terapeutica risulta fortemente condizionato dai continui e profondi mutamenti dell'*ars medica* indotti dal progresso scientifico e dal processo di istituzionalizzazione dei diritti dei pazienti: tanto ha determinato una crescita esponenziale delle attese riposte dai pazienti nelle prestazioni di cura⁴.

Peraltro, a tanto si accompagna l'affermazione del fenomeno della c.d. medicina difensiva, ossia della tendenza dei medici alla riduzione o addirittura all'eliminazione di certi servizi che hanno più probabilità di creare situazione di rischio di contenzioso, e/o della tendenza al sovra-utilizzo di indagini e test diagnostici, spesso inutili nel caso specifico, ma idonei a dimostrare l'assoluta correttezza del comportamento del medico⁵. Nella prima ipotesi si suole parlare di «medicina difensiva negativa», con ciò riferendosi tanto alla prassi invalsa tra i medici di evitare alcuni pazienti particolarmente "a rischio", tanto a peculiari trattamenti sanitari caratterizzati da un'elevata percentuale di rischio di esito infuosto. Nella seconda ipotesi, invece, si suole tradizionalmente parlare di «medicina difensiva positiva», con ciò riferendosi alla prassi dei professionisti della sanità tesa a moltiplicare gli adempimenti di diagnosi e/o di cura al solo fine di dare al paziente la percezione di un'attenta e completa considerazione del proprio personale caso da parte del medico attraverso la sottoposizione ad esami e visite spesso superflue, se non inopportune⁶.

⁴ INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. medicina legale*, 2001, pp. 879 ss.

⁵ In argomento si v., tra i tanti, BARTOLI, *I costi economico-penalistici della medicina difensiva*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 1107 ss.; BATTISTINI, DE MASI e RAGOZZINO, *Un'opportunità della mediazione sanitaria: curare la sanità dalla medicina difensiva*, in AA.Vv., *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, Maggioli, Rimini, 2012, pp. 209 ss.; CATTÒ, NARDELLA, CAPALBIO e RICCI, *La medicina difensiva*, in *Riv. it. medicina legale*, 2007, pp. 3 ss.; EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale criminogeno*, *ivi*, 2011, pp. 1085 ss.; FIORI, *La medicina legale difensiva*, *ivi*, 1996, pp. 899 ss.; *Id.*, *Medicina legale della responsabilità medica*, 1, Milano, 1995; ROIATI, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, *ivi*, 2011, pp. 1125 ss.; ROTOLO, *Medicina difensiva e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Diritto pen. e proc.*, 2012, p. 1259 ss.

⁶ In base ad un'indagine condotta dall'Ordine dei Medici di Roma, il 78% dei medici italiani ha tenuto almeno una condotta di medicina difensiva nel-

Sotto il secondo aspetto, della spersonalizzazione del rapporto tra medico e paziente, deve osservarsi come le azioni giudiziarie contro medici e strutture sanitarie per *malpractice*, che conducono alla rabbia derivante da aspettative frustrate, siano molto spesso a loro volta ingenerate dalla mancanza di dialogo tra le parti di un rapporto frettoloso e distaccato, dall'insoddisfazione del paziente per essere stato considerato un mero "caso clinico" e non una persona nel senso più ampio e profondo del termine⁷.

Anche la fase giudiziale di gestione del conflitto medico-paziente, d'altronde, si caratterizza per l'assenza di qualsivoglia relazionalità tra le parti in contesa, dovuta a imprescindibili ragioni di garanzia e di obiettività nello svolgimento del giudizio. In sede di contenzioso giudiziale, invero, si accertano i danni, il nesso causale con la condotta medica e la colpa ma non si affronta il rapporto tra il medico e il paziente.

A tentare di ripristinare la fiducia nei singoli medici, ma anche nei confronti delle strutture sanitarie e delle istituzioni, è intervenuto il legislatore attraverso la previsione e regolamentazione di strumenti finalizzati alla soluzione concordata stragiudiziale delle controversie sanitarie. In questa sede, ci si propone di vagliare l'utilità dello strumento della mediazione finalizzata

l'ambito della propria attività professionale al fine di scongiurare i rischi di azioni legali nei propri confronti. Intervistato sul fenomeno *de quo*, il Ministro della salute ha di recente evidenziato come la medicina difensiva influisca negativamente sul sistema dell'equilibrio economico-finanziario, oltre che in termini di pesante impatto sulla tutela della salute.

⁷ Sottolineano GADDI e MAROZZI, *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, p. 839, come «*Si tende forse a dimenticare che tutto il personale sanitario si trova a contatto quotidianamente con ciò che l'ammalato sperimenta solo eccezionalmente: il dolore, la paura, la consapevolezza della morte, anche per se stessi. Gravati da una responsabilità tanto onerosa come quella della salute e della sopravvivenza altrui, tenuti a prendersi cura di corpi sofferenti e costretti a manipolarli con modalità anche intrusive, medici e infermieri non hanno né il tempo né le energie per contenere l'angoscia del paziente e della sua famiglia, o per fronteggiare domande che generalmente non hanno risposte, o richieste impossibili da soddisfare (anche se poi spesso lo fanno, con pazienza e attenzione). Il risultato di tale complessa dialettica è spesso l'emergere di conflitti*». Sul punto v. anche MARINARO, *Malpractice, nell'attesa di un riordino normativo, la conciliazione riduce il rapporto medico-paziente*, in *Guida dir.*, 2010, pp. 100 ss.

alla conciliazione di cui al d.lgs. n. 28/2010, anche all'indomani della recente declaratoria d'illegittimità costituzionale che ha investito la previsione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione (anche) nelle controversie in materia di responsabilità medica (art. 5), e di mettere in luce i vantaggi dell'attuazione di tale normativa, in ambito sanitario, attraverso l'implementazione di sezioni specializzate nella risoluzione consensuale dei conflitti in materia di responsabilità medica all'interno degli organismi di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Invero, come accennato, tale esigenza trova oggi un importante e specifico supporto di carattere anche normativo nel nuovissimo decreto sanità in cui espressamente si prevede che *«Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi»* (art. 3 bis, d.l. n. 158/2012).

3. *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali ex d.lgs. n. 28 del 2010 e la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2012.* – Il d.lgs. n. 28 del 2010, emanato in attuazione della delega parlamentare in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (art. 60 della legge n. 69 del 2009, *«Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile»*, attuativo della Direttiva CE n. 2008/52), detta la disciplina generale del procedimento di risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili, di cui gli avvocati sono tenuti ad informare per iscritto i propri clienti all'atto del conferimento dell'incarico, a pena di annullabilità del contratto di prestazione d'opera professionale⁸. Tanto nelle materie in cui il

⁸ *«All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'av-*

tentativo di risoluzione delle liti dinanzi al mediatore è imposto dalla legge (ex art. 5, 1° co., d.lgs. n. 28 del 2010, peraltro dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza cost. n. 272 del 6 dicembre 2012), quanto nei casi in cui la scelta è rimessa agli interessati, la nuova normativa configura la «*mediazione*» come attività procedimentale essenzialmente informale, riservata e primariamente facilitativa della ricerca di una composizione bonaria della controversia, svolta innanzi al mediatore (ossia la persona o le persone fisiche che conducono, con terzietà, imparzialità e senza potere decisionale, il procedimento di mediazione per conto di uno degli organismi di conciliazione dotati di abilitazione pubblica e soggetti alla vigilanza del Ministero della Giustizia) e finalizzata alla conclusione di un accordo che dirime il conflitto entro un breve lasso temporale (massimo quattro mesi dall'avvio del procedimento: art. 6)⁹, e la «*conciliazione*» come il negozio di composizione amichevole della lite in cui si identifica l'esito positivo di tale procedimento, seppur solo eventuale in quanto i contendenti possono anche non raggiungere alcun accordo laddove il conflitto non sia superato¹⁰.

vocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione»: art. 4, 3° co., d.lgs. n. 28 del 2010, dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui prevede la sanzione dell'annullabilità del contratto d'opera, da Corte Cost. n. 272/2012.

⁹ «*Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi*»: tale termine «*decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale*»: art. 6, d.lgs. n. 28 del 2010.

¹⁰ Precisamente, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 28 del 2010, per «*mediazione*» si intende «*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*»; per «*mediatore*» si intende «*la perso-*

In caso di mancato accordo, il procedimento può concludersi con un verbale che attesta l'impossibilità di una composizione amichevole della lite, ovvero portare alla formulazione di una proposta da parte del mediatore, su richiesta di entrambe le parti o anche di una sola di esse, o su iniziativa del mediatore medesimo quando egli ritenga siano emersi dal procedimento elementi sufficienti per supporre che la formalizzazione di una proposta di accordo potrebbe condurre alla conciliazione della controversia¹¹. Ad ogni modo, tale proposta non è mai vincolante per le parti in quanto solo l'accettazione di entrambe può trasformare la proposta in un verbale di accordo di conciliazione suscettibile di essere omologato dal giudice e, quindi, di acquisire efficacia di titolo esecutivo¹².

na o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo»; per «conciliazione» si intende «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione»; per «organismo» si intende «l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto».

¹¹ Sulla proposta ad iniziativa del mediatore v. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta aggiudicativa del mediatore*, in *Obbl. e contr.*, pp. 486 ss. Tra i tanti contributi sulla recente normativa si segnalano, oltre a quelli segnalati *sub* nota n. 1, ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Società*, 2010, pp. 626 ss.; DELL'ARTE, *La conciliazione contrattuale*, in *Contratti*, 2011, pp. 529 ss.; DOSI, *Dalla conciliazione giudiziale alla mediazione stragiudiziale*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 343 ss.; MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse)*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 2156 ss.; MARZOCCHI, *Il nuovo procedimento di mediazione*, in *Imm. e propr.*, 2010, pp. 309 ss.; MURINO, *Prime considerazioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti*, in *Corr. merito*, 2010, pp. 593 ss.; PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, pp. 619 ss.; PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.lgs. 4.3.2010, n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, pp. 543 ss.; PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime e degli effetti*, in *Riv. not.*, 2011, pp. 763 ss.; PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012; PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in *Società*, 2010, pp. 631 ss.; SANTAGATA, «Mediazione», «mediatore» e «conciliazione» (appunti su alcuni profili sostanziali del d.lgs. 28 del 2010), in *Riv. dott. Comm.*, 2011, pp. 393 ss.

¹² In argomento v. D'ALESSANDRO, *Il conferimento dell'esecutività al verbale di conciliazione stragiudiziale e la sua circolazione all'interno dello spazio giuridico Europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 1157 ss.

La ricerca di strumenti di composizione delle controversie private alternativi al processo costituisce una tendenza di grande attualità e in indubbia espansione, di cui (anche) il settore della responsabilità medica rappresenta una significativa espressione¹³. Invero, la recente normativa sulla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» espressamente annoverava la materia della «responsabilità medica» tra quelle in cui il preliminare esperimento del procedimento di mediazione delle controversie costituisce condizione di procedibilità dell'azione giudiziale (art. 5, 1° co.)¹⁴. Come si è accen-

¹³ Sulla mediazione e sulla conciliazione, in generale e in rapporto alla tutela giurisdizionale dei diritti, si rinvia a BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 1065 ss.; SITZIA, *Mediazione e ricorso al giudice nella società postmoderna*, in *AA.VV., Quaderni di conciliazione*, I, cit., pp. 9 ss.; ZANNUTIGH, *Mediazione e processo civile*, in *Contratti*, 2011, pp. 205 ss. Anteriormente al decreto del 2010 si rinvenivano indici della crescita esponenziale del fenomeno della conciliazione stragiudiziale nell'ordinamento interno, tra l'altro, nella normativa in materia di: controversie individuali di lavoro (art. 5 della legge n. 108 del 1990; art. 65 del d.lgs. n. 165 del 2001; artt. 410 e 420 c.p.c.); locazione, comodato di immobili urbani e affitto di aziende (ex comb. disp. artt. 447 bis e 420 c.p.c.); contratto di subfornitura (art. 10 della legge n. 192 del 1998); controversie tra utenti e soggetti esercenti un servizio di pubblica utilità (legge n. 481 del 1995); comunicazione per le controversie devolute all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (legge n. 249 del 1997; regolamenti nn. 148/2001 e 182/2002); diritti dei consumatori (legge n. 580 del 1993; legge n. 281 del 1998; art. 3 della legge n. 84 del 2006); turismo (legge n. 135 del 2001); diritto societario, intermediazione finanziaria, diritto bancario e titoli di credito (d.lgs. n. 5 del 2003); contratti di affiliazione commerciale (art. 7 della legge n. 129 del 2004).

¹⁴ Ai sensi dell'art. 5, 1° co., d.lgs. n. 28 del 2010 «*L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione*». Il procedimento di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale costituisce pertanto una questione processuale preliminare (e quindi, più in generale, un presupposto processuale) che, se non soddisfatta, impedisce al giudice di giungere ad una decisione sul merito della causa (ma deve essere eccepita dal convenuto, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza): in argomento v., per tutti, CERINO CANOVA, voce *Inammissibilità e*

nato, e come meglio si dirà in seguito, infatti, la previsione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione ex art. 5, 1° co., d.lgs. n. 28 del 2010 è venuta meno in virtù della recente declaratoria d'illegittimità da parte del Giudice delle leggi (Corte Cost. n. 272 del 6 dicembre 2012).

Ancora, il decreto prevede che «*anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*» il giudice possa «*invitare le stesse a procedere alla mediazione*» (art. 5, 2° co.: mediazione c.d. delegata).

Il procedimento di mediazione delineato dal decreto n. 28 del 2010 rappresenta una forma alternativa (e non sostituiva), strutturata e tendenzialmente facilitativa di accesso alla giustizia¹⁵, me-

improcedibilità. 1) *Dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, pp. 1 ss.; *Dosi*, *La mediazione civile come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, pp. 327 ss.; LA CHINA, voce *Procedibilità (condizioni di)*. a) *Dir. proc. civ.*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, pp. 794 ss. Le ulteriori materie in cui, ai sensi dell'art. 5, 1° co., d.lgs. n. 28 del 2010, il ricorso alla procedura conciliativa delle controversie, così come disciplinata nel medesimo decreto, veniva imposto a pena d'improcedibilità della domanda giudiziale sono: il condominio; i diritti reali; la divisione; le successioni ereditarie; la locazione; il comodato; l'affitto di aziende; il risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; i contratti assicurativi, bancari e finanziari (per i quali, tuttavia, è fatta salva la facoltà, per le parti, di avvalersi del procedimento di conciliazione previsto dal d.lgs. n. 179 del 2007, ovvero del procedimento istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* del T.U. in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. n. 385 del 1993 e successive modificazioni). Il ricorso al preliminare procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione era previsto invece come solo facoltativo nelle restanti controversie civili e commerciali (diverse da quelle espressamente escluse dall'ambito di applicazione del decreto): art. 5, 5° co., d.lgs. n. 28 del 2010.

¹⁵ Al riguardo si usa dire, come osserva CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., p. 187, che spetta «al conciliatore il potere sulla procedura, essendo rimesso alle parti il potere sul risultato»: a differenza di quanto avviene nelle forme alternative di accesso alla giustizia c.d. aggiudicative o valutative (come ad esempio nell'arbitrato), in cui l'intervento del terzo è finalizzato alla risoluzione della controversia mediante una decisione vincolante per le parti in conflitto, nelle forme di mediazione c.d. facilitativa l'intervento del terzo è diretto solo a facilitare un accordo delle parti in conflitto favorendone la comunicazione e, anche laddove il terzo abbia il potere di formulare una proposta di accordo, questa non è comunque

dante organismi stabili e funzionalmente dedicati, idonei a garantire l'imparzialità e la professionalità del mediatore e il carattere informale, flessibile, rapido e riservato della procedura¹⁶. Invero, la nuova disciplina generale espressamente garantisce la riservatezza del procedimento di mediazione (artt. 9 e 10 d.lgs. n. 28 del 2010)¹⁷, l'interruzione della prescrizione dell'azione giudiziale nonché, per una sola volta, l'impedimento della decadenza, dal momento della comunicazione alle altre parti dell'istanza di mediazione (art. 5, 6° co., d.lgs. n. 28 del 2010), e attribuisce natura di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata,

mai vincolante per le parti. In argomento v., in particolare, LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, pp. 2059 ss.; e in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, pp. 1205 ss.; PUNZI, *op. loc. cit.*; SANTAGATA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, pp. 95 ss.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 3, d.lgs. n. 28 del 2010, «*Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti*» che «*deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'articolo 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico*». Inoltre la stessa norma espressamente prevede che «*Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità*» e che «*La mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo*».

¹⁷ «*Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo*» e «*Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti*»: art. 9, d.lgs. n. 28 del 2010. Ai sensi del successivo art. 10, inoltre, «*Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio*», né il mediatore «*può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. 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*».

l'esecuzione in forma specifica e l'iscrizione di ipoteca giudiziale al verbale di accordo conciliativo omologato dal presidente del tribunale competente (artt. 11 e 12 d.lgs. n. 28 del 2010)¹⁸.

La conciliazione stragiudiziale rappresenta un istituto di risoluzione delle controversie che insiste interamente sul piano consensuale e, in caso di esito positivo della comunicazione che il

¹⁸ Ex art. 11, d.lgs. n. 28 del 2010: «Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento. Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. 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. L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento». Diversamente, per il caso di mancata conciliazione la stessa norma prevede che «il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione. Il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono». Ai sensi del successivo art. 12, poi, «Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione». In ogni caso, il verbale di accordo «costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

mediatore abbia (ri)attivato tra le parti in contesa, sfocia in un accordo che riveste natura giuridica contrattuale. Costituisce una logica conseguenza di tale assunto che il contenuto del negozio di conciliazione possa essere liberamente determinato dalle parti «*nei limiti imposti dalla legge*» all'autonomia contrattuale (art. 1322, 1° co., c.c.). Peraltro, nell'ambito dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione risulta(va)no espressamente ricomprese anche materie caratterizzate dalla facile intersezione, in occasione della medesima controversia, di diritti disponibili e diritti sottratti, per legge o per natura, alla libera negoziabilità. In questo senso si pensi, accanto alle controversie in materia di responsabilità medica, a quelle in materia di patti di famiglia, successioni ereditarie e divisioni, risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e da diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità. La previsione della necessaria natura disponibile dei diritti controversi che, in queste stesse materie, dovevano e oggi possono facoltativamente essere preventivamente sottoposti all'attenzione del mediatore, funge da criterio selettivo delle controversie conciliabili all'interno di ciascun settore¹⁹. È facile comprendere, tuttavia, come in questi casi l'accordo eventualmente raggiunto dalle parti all'esito del procedimento di mediazione possa in concreto condurre all'attuazione di diritti anche parzialmente indisponibili delle parti purché, naturalmente, in modo conforme alle norme imperative che li disciplinano.

Ad ogni modo, una delle caratteristiche immanenti alla nuova mediazione delle controversie civili e commerciali è rappresentata dal ruolo che il mediatore svolge nell'ambito del procedimento e che si sostanzia nel tentativo di alimentare lo scambio dialogico tra le parti in modo funzionale a far loro acquisire una comunicazione efficace, che è requisito essenziale per giungere ad una soluzione condivisa della lite e che proprio l'esistenza del conflitto, spesso, impedisce²⁰. Diversamente da quanto accade nel proces-

¹⁹ «*Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto*»: art. 2, 1° co., d.lgs. n. 28 del 2010.

²⁰ Ai sensi dell'art. 8, 3° co., d.lgs. n. 28 del 2010, infatti, «*Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia*».

so, la circostanza che il percorso dialogico così attivato tra le parti possa dare ingresso nel procedimento di mediazione anche a rapporti originariamente non ricompresi nella lite rappresenta un tratto saliente della conciliazione, e non un limite al suo svolgimento²¹. Rientra pertanto nello strumentario a disposizione del mediatore la possibilità di “allargare” il piano di composizione della controversia (e quindi il contenuto dell’accordo) anche a vicende ulteriori a quelle costituenti immediato oggetto di contestazione e che, in occasione del procedimento di mediazione, vengono “sistematizzate” dalle parti al fine di far confluire il conflitto in una diversa e condivisa regolamentazione del rapporto controverso ed, eventualmente, anche di un rapporto futuro²².

²¹ Non vale infatti per il procedimento di mediazione il principio della necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) in quanto la “soluzione” del conflitto non è mai imposta dall’alto dal giudice (o dall’arbitro), bensì solo guidata dal mediatore e, in ogni caso, deve essere condivisa da entrambe le parti (cfr. art. 11 d.lgs. n. 28 del 2010). Al riguardo v., in particolare, CUOMO ULLOA, *op. ult. cit.*, p. 454, che sottolinea come «il mediatore, attraverso il suo intervento comunicativo, ha il potere e il compito di favorire l’allargamento del terreno del mediabile, estendendo l’oggetto della comunicazione (a seconda delle diverse impostazioni, in misura maggiore o minore) a fattori esterni, interessi, comportamenti ed emozioni che sono invece trascurati dal diritto e dalla sua tipica sotto-inclusività trincerata. Senza che esista alcun vincolo formale tra ciò che le parti hanno originariamente dedotto e ciò che risulta in seguito deducibile dalle parti e dal mediatore per risolvere la lite».

²² Così VIGORITI, *op. cit.*, pp. 10-11, il quale incisivamente afferma che «non è affatto detto che la composizione abbia per oggetto il solo rapporto litigioso, perché anzi accade sovente che, con l’occasione, le parti sistemino anche altri rapporti, potenzialmente se non attualmente conflittuali, e ne costituiscano persino di nuovi». Nello stesso senso anche CUOMO ULLOA, *op. ult. cit.*, pp. 434-435, che sottolinea come «La ricerca di soluzioni rivolte al futuro che prescindano dalle cause che hanno originato il conflitto» sia «una delle chiavi della mediazione, in contrapposizione alla decisione che è invece una soluzione rivolta all’indietro, una risposta, tipica e generalizzata, agli accadimenti passati»: «La mediazione, al contrario, mira ad individuare la soluzione, indipendentemente dall’accertamento e dalla qualificazione dei comportamenti che hanno dato origine al conflitto», e può «sfruttare anche una prospettiva temporale più ampia» poiché, «a differenza della decisione che offre una soluzione statica, la mediazione consente, infatti, di individuare soluzioni dinamiche, in quanto le parti possono modularne liberamente il tempo di realizzazione dei comportamenti, sfruttando anche questo elemento per ampliare l’ambito della mediazione e del mediabile»; e PAGNI, *op. cit.*, p. 623.

La procedura di mediazione, pertanto, mira ad uno scopo diverso ed ulteriore rispetto a quello della causa giudiziale, poiché si prefigge anzitutto di riattivare i canali comunicativi fra le parti, facendo emergere i reali interessi sottesi alla lite, consentendo di riallacciare rapporti interrotti, in modo rapido (la durata massima del procedimento di mediazione è fissata in quattro mesi decorrenti dalla data di deposito della domanda di mediazione o, in caso di mediazione delegata dal giudice, dalla scadenza fissata per il deposito della domanda: art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010) ed economico, soprattutto se si paragonano i costi ed i tempi di un procedimento contenzioso²³.

²³ Per quanto attiene, in particolare, al profilo dei costi della mediazione a carico delle parti, l'art. 17, 2° e 3° co., d.lgs. n. 28 del 2010 espressamente prevede che «*Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura*» e che «*Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente*». Ancora, la stessa norma (4° co.) rimanda ad appositi decreti del Ministero della Giustizia la determinazione dell'«*ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti*» nonché dei «*criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati*» e delle «*maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione*» [nonché delle «*riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1*»: previsione non più in vigore a seguito della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 5, 1° co. del decreto]. A tale disposizione è stata data attuazione con il d.m. n. 180 del 2010, così come modificato dal successivo d.m. n. 145 del 2011 (e, per quanto attiene alle disposizioni afferenti alla mediazione conciliazione obbligatoria ex art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, dalla sentenza cost. n. 275 del 2012) il cui art. 16 testualmente stabilisce che «*a) l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi pubblici, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti; b) i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati; c) le maggiorazioni massime delle indennità dovute, non superiori al venticinque per cento, nell'ipotesi di successo della mediazione; [d] le riduzioni minime delle indennità dovute nelle ipotesi in cui la mediazione è condizione di procedibilità ai sensi dell'articolo 5, comma 1); e) deve essere ridotto a euro quaranta per il primo scaglione e ad euro cinquanta per tutti gli altri scaglioni, ferma restando l'applicazione della lettera c) del presente comma quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione, partecipa al procedimento. Si considerano importi minimi quelli dovuti come massimi per il valore della lite ricompreso nello*

Al momento in cui si scrive, peraltro, è doveroso dar conto della recentissima pronuncia del Giudice delle leggi investito di plurime questioni di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 28 del 2010²⁴ e che, per quanto qui interessa, ha rilevato l'incostituzionalità della previsione di obbligatorietà del tentativo di mediazione conciliazione di cui all'art. 5, 1° co. del decreto per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. e, in via consequenziale, delle norme funzionalmente collegate a tale previsione²⁵.

scaglione immediatamente precedente a quello effettivamente applicabile; l'importo minimo relativo al primo scaglione è liberamente determinato. Gli importi dovuti per il singolo scaglione non si sommano in nessun caso tra loro. Il valore della lite è indicato nella domanda di mediazione a norma del codice di procedura civile. Qualora il valore risulti indeterminato, indeterminabile, o vi sia una notevole divergenza tra le parti sulla stima, l'organismo decide il valore di riferimento, sino al limite di euro 250.000, e lo comunica alle parti. In ogni caso, se all'esito del procedimento di mediazione il valore risulta diverso, l'importo dell'indennità è dovuto secondo il corrispondente scaglione di riferimento. Le spese di mediazione sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà. Il regolamento di procedura dell'organismo può prevedere che le indennità debbano essere corrisposte per intero prima del rilascio del verbale di accordo di cui all'articolo 11 del decreto legislativo. [In ogni caso, nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo, l'organismo e il mediatore non possono rifiutarsi di svolgere la mediazione]. Le spese di mediazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'intero procedimento di mediazione, indipendentemente dal numero di incontri svolti. Esse rimangono fisse anche nel caso di mutamento del mediatore nel corso del procedimento ovvero di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari, ovvero di nomina di un diverso mediatore per la formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo. Le spese di mediazione indicate sono dovute in solido da ciascuna parte che ha aderito al procedimento. Ai fini della corresponsione dell'indennità, quando più soggetti rappresentano un unico centro d'interessi si considerano come un'unica parte. Gli organismi diversi da quelli costituiti dagli enti di diritto pubblico interno stabiliscono gli importi di cui al comma 3 [ma restano fermi gli importi fissati dal comma 4, lettera d), per le materie di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo]. Resta altresì ferma ogni altra disposizione di cui al presente articolo. Gli importi minimi delle indennità per ciascun scaglione di riferimento, come determinati a norma della tabella A allegata al presente decreto, sono derogabili».

²⁴ Per le quali si rinvia a VIOTTI, *Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale*, in *Giur. merito*, 2011, pp. 1944 ss.

²⁵ Si riporta il testo massimato della sentenza cost. n. 272 del 2012: «Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giu-

Specificamente, la Consulta fonda la declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 sul difetto di delega da parte del Parlamento (legge delega n. 69 del 2009, emanata in attuazione della Direttiva 2008/52/CE) al Governo relativamente alla obbligatorietà del tentativo di mediazione in determinate materie. In questo senso, la Corte anzitutto premette che *«Il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi. Il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si*

gno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. La declaratoria deve essere estesa all'intero comma 1, perché gli ultimi tre periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti, sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi. Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e quindi in via consequenziale alla decisione adottata, va dichiarata l'illegittimità costituzionale: a) dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2010, limitatamente al secondo periodo («L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale») e al sesto periodo, limitatamente alla frase «se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1»; b) dell'art. 5, comma 2, primo periodo, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; c) dell'art. 5, comma 4, del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «I commi 1 e»; d) dell'art. 5, comma 5 del detto decreto legislativo, limitatamente alle parole «Fermo quanto previsto dal comma 1 e»; e) dell'art. 6, comma 2, del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo cinque»; f) dell'art. 7 del detto decreto legislativo, limitatamente alla frase «e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1»; g) dello stesso articolo 7 nella parte in cui usa il verbo «computano» anziché «computa»; h) dell'art. 8, comma 5, del detto decreto legislativo; i) dell'art. 11, comma 1, del detto decreto legislativo, limitatamente al periodo «Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13»; l) dell'intero art. 13 del detto decreto legislativo, escluso il periodo «resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile»; m) dell'art. 17, comma 4, lettera d), del detto decreto legislativo; n) dell'art. 17, comma 5, del detto decreto legislativo; o), dell'art. 24 del detto decreto legislativo».

inseriranno la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata. La delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (ex plurimis: sentenze n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, nn. 340 e 170 del 2007). In particolare, circa i requisiti che devono fungere da cerniera tra i due atti normativi, «i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega (sentenza n. 341 del 2007, ordinanza n. 228 del 2005)»²⁶.

Tanto premesso, la Consulta procede ad un'approfondita ricognizione della normativa europea in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali a cagione del fatto che tanto la legge delega (art. 60, commi 2 e 3, lettera c, della legge n. 69 del 2009), quanto il d.lgs. n. 28 del 2010 (nel preambolo) «*si richiamano al rispetto e alla coerenza con la normativa dell'Unione europea*». Dalla suddetta ricognizione la Corte inferisce che «*la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Ne deriva che l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina. Infatti, una volta raggiunta tale conclusione, si deve per conseguenza escludere che il contenuto della legge delega,*

²⁶ Sul punto v., spec., APPIANO, *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2009, pp. 59 ss.; FRIGNANI, *Il d.lgs. n. 28 sulla mediazione nel quadro della normativa dell'Unione Europea*, in *Dir. econom. e assic.*, 2011, pp. 977 ss.; SIROTTI GAUDENZI, *Tra i problemi legati al nuovo istituto nessuna incompatibilità con le norme UE*, in *Guida dir.*, 2011, pp. 9 ss.

richiamando la direttiva comunitaria, possa essere interpretato come scelta a favore del modello di mediazione obbligatoria»²⁷.

Il Giudice delle leggi procede quindi «all'interpretazione della legge delega (art. 60 della legge n. 69 del 2009), al fine di verificare il rispetto dei principi da essa posti in sede di emanazione del d.lgs. n. 28 del 2010 e, in particolare, delle disposizioni oggetto di censure», argomentando nel senso che «la detta legge delega, tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione. Sul punto l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, che per altri aspetti dell'istituto si rivela abbastanza dettagliato, risulta del tutto silente»: tanto basta per concludere che «il denunciato eccesso di delega, dunque, sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della

²⁷ Invero, prosegue la Corte, «Come emerge dalla ricognizione che precede, dai richiamati atti dell'Unione europea non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il favor dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato («può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 3, lettera a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008), ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata).

Allo stesso principio, come risulta dal dispositivo, s'ispira la sentenza della Corte di giustizia richiamata nel paragrafo che precede. Vero è che, in un passaggio argomentativo (punto 65 della motivazione) la Corte considera inesistente una alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, perché l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituirebbe uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione degli obiettivi perseguiti. Ma tale rilievo non può costituire un precedente, sia perché si tratta di un obiter dictum, sia perché la sentenza citata interviene su una procedura conciliativa concernente un tipo ben circoscritto di controversie (quelle in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi), là dove la mediazione di cui qui si discute riguarda un rilevante numero di vertenze, che rende non comparabili le due procedure anche per le differenze strutturali che le caratterizzano».

domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010»²⁸.

²⁸ «Eppure», osserva la Corte, «non si può certo ritenere che l'omissione riguardi un aspetto secondario o marginale. Al contrario, la scelta del modello di mediazione costituisce un profilo centrale nella disciplina dell'istituto, come risulta sia dall'ampio dibattito dottrinale svoltosi in proposito, sia dai lavori parlamentari durante i quali il tema dell'obbligatorietà o meno della mediazione fu più volte discusso. Non si potrebbe ritenere che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall'art. 60 citato, comma 3, lettera a). Tale disposizione, nel prevedere che la mediazione abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, aggiunge la frase «senza precludere l'accesso alla giustizia». Si tratta, però, di un'affermazione di carattere generale, non a caso collocata in apertura dell'elenco dei principi e criteri direttivi e non necessariamente collegabile alla scelta di un determinato modello procedurale, tanto più che nella norma di delega non mancano spunti ben più espliciti che orientano l'interprete in senso contrario rispetto alla volontà del legislatore delegante di introdurre una procedura a carattere obbligatorio.

In particolare: l'art. 60, comma 3, lettera c), dispone che la mediazione sia disciplinata «anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5», recante la definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia. Gli articoli da 38 a 40 di tale decreto (poi abrogati dall'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010) prevedevano un procedimento di conciliazione stragiudiziale nel quale il ricorso alla mediazione trovava la propria fonte in un accordo tra le parti (contratto o statuto). Il modulo richiamato dal legislatore delegante era, dunque, di fonte volontaria, il che non si concilia (pur volendo considerare quel richiamo come non vincolante) con un'opzione a favore della mediazione obbligatoria.

Ancora, merita di essere menzionato il disposto dell'art. 60, comma 3, lettera n), della norma di delega, alla stregua del quale nell'esercizio della delega stessa il Governo doveva attenersi (tra gli altri) al principio di «prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione». Orbene, «possibilità» di avvalersi significa, evidentemente, facoltà, e non obbligo, di avvalersi («è tenuto preliminarmente»), cui invece fa riferimento l'art. 5, comma 1, del decreto delegato. Il che si evince con chiarezza dall'art. 4, comma 3, di quest'ultimo. La disposizione così stabilisce: «All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20»; poi, così prosegue: «L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Com'è palese, si tratta di due disposizioni distinte, la prima riferibile alla mediazione facoltativa, la seconda alla mediazione obbligatoria e perciò costituente condizione di procedibilità della domanda. Tuttavia, soltanto il primo modello trova la

In ultima analisi, all'indomani della pubblicazione della sentenza cost. n. 272 del 2012, la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, tra cui rientrano quelle in materia di responsabilità medica, si caratterizza come mediazione meramente facoltativa. Peraltro, anche al di là del fatto che dalla sentenza del Giudice delle leggi emerge con chiarezza che laddove il legislatore nazionale volesse reintrodurre, con legge ordinaria, ipotesi di obbligatorietà della mediazione ciò non si porrebbe in contrasto con la normativa europea (che prende in considerazione la mediazione anche obbligatoria come mediazione del tutto legittima e che demanda alla discrezionalità dei singoli Stati membri la scelta sul punto, nei limiti in cui non sia precluso l'accesso all'autorità giudiziaria), assume peculiare rilievo l'affermazione conclusiva della Consulta afferente *«alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell'esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali»*. Al riguardo, la Corte pone l'accento sulla circostanza che *«il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia»*.

Queste caratteristiche essenziali del nuovo procedimento di mediazione sono quindi proprie anche della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia di responsabilità medica nel cui ambito emerge la necessità di garantire la massima applicazione dell'istituto, in considerazione della rilevanza degli interessi coinvolti nella prestazione medica

necessaria copertura nella norma di delega. Il secondo compare nel decreto delegato, ma è privo di ancoraggio nella norma suddetta. Tale vizio», conclude la Consulta, *«non potrebbe essere superato considerando la norma introdotta dal legislatore delegato come un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché – come sopra messo in rilievo – in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata»*.

e della progressiva ed esponenziale crescita del contenzioso in materia.

In questo contesto, la sede processuale dovrebbe allora comunque porsi come momento estremo e residuale di composizione del conflitto, che esce dalla sfera e dai meccanismi della concertazione per essere rimesso alla decisione giudiziaria, che si impone autoritativamente alle parti in conflitto.

4. *La mediazione conciliazione delle controversie in materia di responsabilità medica.* – Passando ai vantaggi che possono derivare dall'utilizzo della procedura di mediazione per risolvere le controversie in tema di responsabilità medica, si deve anzitutto sottolineare come la mediazione nel settore medico, per la complessità della materia, necessiti di un approccio ed un metodo specifici per poter addivenire ad una conciliazione equa ed idonea a soddisfare gli interessi e le aspettative di tutte le parti coinvolte nella vertenza. Invero, il d.lgs. n. 28 del 2010 e il d.m. di attuazione n. 180 del 2010 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione hanno ricevuto discordanti valutazioni da parte degli addetti ai lavori, i quali hanno sottolineato la delicatezza della materia della responsabilità medica che coinvolge una molteplicità di aspetti, non solo medici, scientifici e giuridici ma anche psicologici e sociali, legati alle peculiarità dei rapporti che tipicamente presentano ampie potenzialità di conflitto in quest'ambito e involgenti soggetti e interessi molteplici²⁹. In

²⁹ Sul punto vedi, tra gli altri, AA.VV., *Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione civile (d.lgs. n. 28, 4 marzo 2010) e sue possibilità applicative in tema di responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 655 ss.; BARBERIO, *La risoluzione stragiudiziale dei conflitti in ambito sanitario*, in AA.VV., *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, cit., pp. 19 ss.; BONA, *R.C. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 595 ss.; CASOLA, *La mediazione in sanità*, in *Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario*, cit., pp. 99 ss.; COMANDÉ, *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal "pacco avvelenato" alla "giustizia alta"*, *ivi*, 2011, p. 309; D'ALOJA e PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione nelle aziende ospedaliere*, in *Quaderni di conciliazione*, I, cit., pp. 63 ss.; ID., *L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo*, *ivi*, pp. 181 ss.; ID., *La*

questo senso, si pone anzitutto l'accento sull'esigenza di sottoposizione delle controversie afferenti al settore sanitario all'esame di mediatori esperti della materia e delle sue specificità.

Lo strumento della mediazione conciliazione introdotto dal d.lgs. n. 28 del 2010 appare idoneo a rispondere a queste istanze, a condizione che vi sia un adeguato numero di organismi e di mediatori, questi ultimi dotati di una specifica professionalità, tanto in materia di responsabilità medica quanto in punto di tecniche di mediazione³⁰. Invero, la formazione e l'esperienza del mediatore devono insistere sia sul tecnicismo giuridico e scientifico della specifica e complessa materia della responsabilità medica, come sulle tecniche di negoziazione e di mediazione che implicano necessarie doti e competenze comunicative del mediatore professionista. Il possesso di tali requisiti di professionalità specifica del mediatore rendono possibile aiutare le parti coinvolte nella controversia ad elaborare il conflitto, a ristabilire il dialogo, ad indagare gli interessi comuni ed a superare le posizioni contrapposte in funzione della conclusione, in tempi rapidi e con costi contenuti, di un accordo bonario soddisfacente per tutti e, comunque, costituente titolo esecutivo.

Al riguardo il legislatore del 2010 espressamente impone il requisito della professionalità dei mediatori civili e commerciali e il rispetto dei «*criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica com-*

responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile, ivi, pp. 235 ss.; FASCIA, La mediazione e la responsabilità medica, in Contratti, 2011, pp. 425 ss.; NISSOLINO, La responsabilità medico-sanitaria: le questioni più rilevanti e la mediazione conciliazione, in Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie. Dal diritto alla salute al diritto alla giustizia, a cura di Marinaro, Roma, 2012; ROMEO, Responsabilità medica e mediazione delle controversie, in La resp. civ., 2011, pp. 1163 ss.; SITZIA, Responsabilità del medico: linee evolutive e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, in Quaderni di conciliazione, I, cit., pp. 169 ss.; SIROTTI GAUDENZI, Mediazione e responsabilità medica: l'autodeterminazione in ambito sanitario, in Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario, cit., pp. 61 ss.; SPEDICATI, Atti sanitari e clausola di mediazione, in Rischio clinico e mediazione nel contenzioso sanitario, cit., pp. 137 ss.

³⁰ BRUNO, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale*, Rimini, 2011; MARMOCCHI, *La mediazione professionale e l'adoperarsi del mediatore*, in *Riv. not.*, 2011, pp. 255 ss.

petenza professionale del mediatore designato, desunta anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta», criteri che devono essere necessariamente previsti dal regolamento di procedura di cui ogni organismo di mediazione accreditato è tenuto a dotarsi (art. 7, 5° co., lett. e), d.m. n. 180 del 2010)³¹. Ancora, è testuale la previsione che il regolamento di procedura di ciascun organismo di mediazione possa prevedere «la formazione di separati elenchi dei mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche» e che «la mediazione svolta dall'organismo medesimo è limitata a specifiche materie, chiaramente individuate nel medesimo regolamento» (art. 7, 2° co., d.m. n. 180 del 2010)³².

³¹ Ai sensi dell'art. 16, 5° co., d.lgs. n. 28 del 2010 «Presso il Ministero della giustizia è istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione. Il decreto stabilisce i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori. Con lo stesso decreto, è stabilita la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale». Tale previsione ha ricevuto attuazione in forza del d.m. n. 180 del 2010 ai sensi del quale, ai fini dell'iscrizione nel registro degli organismi deputati a svolgere la mediazione conciliazione ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, tenuto presso il Ministero della Giustizia, sono richiesti determinati requisiti di professionalità ed efficienza degli organismi di formazione costituiti da enti pubblici o privati tra cui figurano anche «i requisiti di qualificazione dei mediatori, i quali devono possedere un titolo di studio non inferiore al diploma di laurea universitaria triennale ovvero, in alternativa, devono essere iscritti a un ordine o collegio professionale» ed «il possesso, da parte dei mediatori, di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all'articolo 18, nonché la partecipazione, da parte dei mediatori, nel biennio di aggiornamento e in forma di tirocinio assistito, ad almeno venti casi di mediazione svolti presso organismi iscritti» (art. 4, 3° co.). L'art. 18, 5° co., dello stesso d.m. di attuazione prevede inoltre che il responsabile dell'organismo di mediazione verifichi l'avvenuta individuazione, da parte dell'organismo richiedente la registrazione in qualità di formatore, «di un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, che attesti la completezza e l'adeguatezza del percorso formativo e di aggiornamento» e che «l'esistenza, la durata e le caratteristiche dei percorsi di formazione e di aggiornamento formativo di cui alle lettere f) e g) siano rese note, anche mediante la loro pubblicazione sul sito internet dell'ente di formazione».

³² Sull'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione v. VERDICCHIO, *L'autonomia regolamentare degli organismi di mediazione*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 607 ss.

Tuttavia, il richiamato d.lgs. n. 28 del 2010 ed il successivo d.m. di attuazione n. 180 del 2010 enunciano in termini solo generali le linee guida della modalità di svolgimento della procedura di mediazione, rinunciando a fornire indicazioni specifiche tanto in relazione alle singole vertenze che possono essere sottoposte all'esame del mediatore, quanto delle tecniche di conciliazione più adatte a risolvere lo specifico conflitto³³.

Sotto il primo profilo, del generico richiamo della disciplina generale della mediazione conciliazione alle controversie «*in materia di responsabilità medica*», la formula aperta scelta dal legislatore appare esprimere una chiara scelta normativa nel senso del più ampio utilizzo della procedura di risoluzione bonaria delle controversie che tipicamente insorgono in ambito sanitario, tanto tra medico e paziente quanto tra struttura sanitaria (pubblica o privata) e paziente, tra personale paramedico e paziente nonché tra le compagnie assicuratrici e gli operatori della sanità. In questo senso, il legislatore del 2010 pare avallare l'ampio concetto di responsabilità medico-sanitaria enucleato dalla giurisprudenza di legittimità, idoneo a ricomprendere in sé rapporti e conflitti anche ultronei a quelli intercorrenti tra il singolo medico e il paziente.

Sotto il secondo profilo, dell'assenza di precise indicazioni normative in punto di tecniche di mediazione e conciliazione, il legislatore rimanda in sostanza agli operatori il compito di individuare di volta in volta tali tecniche, fermo restando che la conciliazione si caratterizza tanto per l'assenza di forme vincolanti quanto per la libertà lasciata alle parti di individuare autonomamente la soluzione consensuale del conflitto che meglio soddisfi le loro esigenze ed i loro interessi, anche di carattere non esclusivamente economico. Peraltro, come accennato, il settore della responsabilità medica si caratterizza senz'altro per un'elevata complessità tecnica che inevitabilmente si ripercuote anche sul procedimento di mediazione: per questa ragione, la mediazione conciliazione nel settore sanitario abbisogna di competen-

³³ Sul tema v. CICOGLIA, DI RAGO e GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Rimini, 2010; MARIANELLO, *I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 530 ss.; MARTELLO, *L'arte del mediatore dei conflitti. Protocolli senza regole: una formazione possibile*, Milano, 2002; NANETTI, *L'arte di comunicare*, Bologna, 2010.

ze specifiche in capo al mediatore, pur nella connaturale assenza di un modello preconstituito di mediazione.

Pertanto, anche nell'ambito di una mediazione essenzialmente "facilitativa", quale è quella disegnata dal d.lgs. n. 28 del 2010, si impone l'esigenza che i mediatori siano in possesso di qualificate conoscenze sia delle tecniche di mediazione dei conflitti sia dei principi propri dello statuto, normativo e pretorio, in materia di responsabilità medica. Tanto si richiede anche in funzione dell'instaurazione di un corretto ed efficiente dialogo con le parti in conflitto e (soprattutto) con gli eventuali loro rappresentanti legali nella mediazione.

Anche alla luce di tali considerazioni, appare altamente auspicabile e opportuno il ricorso degli organismi di mediazione al sistema della co-mediazione nel settore delle controversie in materia di responsabilità medica, invero previsto in termini generali dal legislatore³⁴. Nella specie, a fianco del mediatore professionista, esperto sia di tecniche di mediazione che dei principi di diritto che regolano la materia della responsabilità medica, e quindi di formazione giuridica, dovrebbe sedere un medico legale, mediatore anch'egli ma altresì in possesso della professionalità necessaria a comprendere e valutare gli aspetti medici tecnici della controversia, dopo aver esaminato tutti i documenti presen-

³⁴ Specificamente, il d.lgs. n. 28 del 2010 all'art. 1 prevede la presenza di più mediatori. Il successivo art. 8, 4° co., dispone invece che «Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti». Va poi detto che il d.m. n. 180 del 2010 all'art. 7 introduce la possibilità di un accordo tra diversi organismi di mediazione, per cui vi potranno essere delle co-mediazioni che vedranno operare anche mediatori provenienti da diversi organismi (precisamente, la norma statuisce che ciascun organismo accreditato possa prevedere nel proprio regolamento, tra l'altro, «la possibilità di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione»). Sul punto v., spec., COLOMBO, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 167, secondo cui «questa opportunità è tanto più apprezzabile quanto più la si contestualizza in una mediazione afferente una disputa per la quale servono competenze specifiche diverse, come potrebbe essere, per esempio, quella derivante da responsabilità medica e per la quale è importante una preparazione sia medica che giuridica».

tati dalle parti. In tal modo, sarebbe assicurata una compiuta comprensione tanto degli aspetti strettamente giuridici che medici del conflitto, necessaria al fine di riattivare efficacemente il dialogo tra le parti e addivenire ad una soluzione bonaria della controversia il più possibile soddisfacente per ognuno.

Nella stessa ottica, appare inoltre auspicabile che tutti gli operatori del settore sanitario, a cominciare dai dirigenti delle aziende ospedaliere, si adoperino affinché il paziente sia quanto prima reso edotto della possibilità di rivolgersi ad un organismo di mediazione dotato di sezioni specializzate in materia di responsabilità medica per il caso in cui sorgano conflitti nell'ambito del rapporto di cura e/o di ospitalità.

Gli ulteriori vantaggi che la mediazione conciliazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 offre ai protagonisti dei conflitti in ambito sanitario si rinviengono nelle garanzie di imparzialità e di riservatezza dei mediatori (oltre che, s'intende, nelle già richiamate caratteristiche di rapidità, flessibilità ed economicità del procedimento)³⁵.

Per quanto attiene all'imparzialità, si sottolinea la necessità di assicurare l'equidistanza del mediatore dalle parti in conflitto e dalle loro pretese al fine di garantire la riattivazione di una corretta ed efficace comunicazione, in vista di una composizione bonaria della vertenza sulla responsabilità medica che sia equa e paritetica³⁶. Tanto impone il legislatore del 2010 che, espressamente, qualifica il mediatore come soggetto «terzo e imparziale» la cui imparzialità deve essere assicurata dalle modalità di nomina previste nel regolamento di ciascun organismo accreditato (artt. 1 e 3 d.lgs. n. 28 del 2010) ed a cui è imposto l'obbligo di «sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è desi-

³⁵ In argomento v., per tutti, D'ANNO, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, pp. 771 ss.

³⁶ «L'imparzialità costituisce la nota forse da ritenere principale, che indica l'equidistanza del mediatore rispetto alle parti, la mancanza di coinvolgimento e condizionamento alcuno. Il mediatore, come esprime la radice stessa della parola, assume una posizione mediana rispetto ai contendenti e al merito della controversia, soltanto in tal modo egli è in condizione di favorire il confronto libero e paritetico senza prendere posizione rispetto alle reciproche pretese. L'imparzialità diviene il tratto dominante dell'intero procedimento e, quindi, della stessa mediazione»: così, C. PILIA, *La mediazione volontaria*, cit., p. 87.

gnato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile» nonché di «informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione» (art. 14 d.lgs. n. 28 del 2010)³⁷.

Al riguardo, si sottolinea l'idoneità degli organismi di mediazione istituiti ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 ad offrire tali garanzie di imparzialità dei mediatori e delle procedure, assicurate a monte dall'imprescindibile carattere di autonomia e indipendenza che l'organismo deve possedere ai fini dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 14 dello stesso decreto. In quanto organismi strutturalmente esterni alle aziende sanitarie e da queste autonomi e indipendenti, gli organismi di mediazione conciliazione sono in grado di garantire l'imparzialità e l'equidistanza dei propri mediatori. Tale caratteristica, unitamente alla implementazione di sezioni dell'organismo stabilmente dedicate alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di responsabilità medica, appare idonea ad assicurare la conduzione delle procedure di mediazione afferenti al settore sanitario secondo criteri di terzietà, professionalità ed efficienza.

Per quanto attiene alla riservatezza, si sottolinea come il dovere di riserbo rappresenti uno dei cardini della mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali che, in un settore come quello afferente alle controversie in materia di responsabilità medica, esplica al massimo livello la propria centralità³⁸. Invero, tanto per il paziente che per il medico, la certezza che ciò che emerge nel corso del procedimento di mediazione, senza il preventivo consenso dell'autore della fonte, non potrà essere conosciuto dalle altre parti né essere utilizzato nell'eventuale futuro giudizio e, comunque, in generale, essere reso

³⁷ Sul punto v. CERRI, *Il nuovo art. 55 bis del Codice deontologico forense e l'adeguata competenza del mediatore avvocato*, in *Società*, 2011, pp. 1331 ss.

³⁸ Sulla tutela della riservatezza nella mediazione conciliazione v., in particolare, BRUNIALTI, *Dovere di riservatezza e segreto professionale nella mediazione*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 487 ss.; PILIA, *Riservatezza e tutela dei dati personali nella mediazione*, in *Quaderni di conciliazione*, III, cit., pp. 183 ss.; SANTI, *Art. 9*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bove, Padova, 2011, pp. 251 ss.; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, pp. 51 ss.

noto all'esterno, appare senz'altro fortemente appetibile in considerazione della delicatezza dei dati afferenti alla salute del paziente e delle conseguenze negative sul piano della reputazione professionale del medico³⁹.

Specificamente, l'esigenza di assicurare il massimo riserbo nell'espletamento dei procedimenti di mediazione trova espressione, oltre che nella generale previsione dell'art. 3 del d.lgs. n. 128 del 2010, nella testuale imposizione della riservatezza sia "interna" che "esterna" della procedura, ai sensi dell'art. 9 del decreto, nonché dell'inutilizzabilità e del segreto professionale di cui al successivo art. 10.

La riservatezza è garantita all'esterno della procedura di mediazione in senso soggettivo e oggettivo. Per un verso, invero, l'obbligo di non divulgare informazioni o dichiarazioni apprese nel corso della mediazione incombe sul mediatore e su «chiunque» abbia prestato la propria opera o il proprio servizio nell'ambito del procedimento. Si pensi, in questo senso, ai dipendenti amministrativi degli organismi di mediazione, ai tirocinanti e comediatori nonché agli ausiliari e agli esperti nominati nel corso della procedura ed agli avvocati che eventualmente assistono le parti (si ricordi inoltre che, su questi ultimi, grava in ogni caso il dovere di segretezza e riservatezza imposto dall'art. 9 del codice di deontologia forense). La genericità della previsione dei destinatari dell'obbligo di riservatezza pare invero suggerire un'ampia lettura della cerchia dei soggetti obbligati. Tanto appare coerente con la finalità perseguita dal legislatore di garantire la massima applicazione della mediazione conciliazione ponendo le parti in conflitto al riparo dal rischio dei pregiudizi che potrebbero provenire dalla diffusione di dati e fatti afferenti alla persona del paziente ed alla professionalità dell'operatore

³⁹ «La riservatezza della mediazione, quindi, si pone quale misura necessaria a garantire la libertà del dialogo e del confronto tra le parti e con il mediatore, nella consapevolezza di tutti che quanto sia stato affermato, appreso o emerga nella procedura non è utilizzabile in sede giudiziaria. Anche questo aspetto, fondamentale per il successo della mediazione, si dimostra pienamente coerente con il carattere dispositivo della partecipazione delle parti alla mediazione e con la natura contrattuale dell'accordo risolutivo della controversia che si riuscisse a raggiungere con l'assistenza del mediatore»: così PILLIA, in *La mediazione volontaria*, cit., p. 94.

sanitario emersi nel corso dello svolgimento della procedura di mediazione o in occasione della sua istruzione.

Per altro verso, sotto il profilo oggettivo, il legislatore prevede l'applicazione delle guarentigie di riservatezza tanto alle «*dichiarazioni rese*» quanto alle «*informazioni acquisite*» durante il procedimento. Pertanto, tutto quanto emerge nel corso della mediazione non può essere divulgato all'esterno.

Per quanto attiene alla garanzia di riservatezza "interna" al procedimento di mediazione, il legislatore pone a carico del mediatore il dovere di non riferire alle altre parti le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante le «*sessioni separate*» di dialogo con la singola parte che il mediatore può espletare nel corso della procedura. Tale obbligo di riserbo interno può essere derogato solo in forza di autorizzazione rilasciata al mediatore dalla parte che abbia reso la dichiarazione o fornito l'informazione a riferirne il contenuto alle altre parti.

L'ascolto separato delle parti in conflitto è una tecnica di mediazione ammessa solo implicitamente dal legislatore, proprio per il tramite della previsione normativa del dovere di riservatezza interna ma che esprime un'importante funzione in vista dell'accordo di conciliazione. Invero, lo strumento delle audizioni separate mira anzitutto a far acquisire al mediatore la cognizione di fatti (per lo più sfavorevoli al dichiarante) o di intenti (anche conciliativi) che l'interessato verosimilmente non esprimerebbe alla presenza dell'avversario, per il timore di un utilizzo strumentale in pregiudizio della propria posizione. Tanto si correla alla garanzia di assoluto riserbo prevista dal legislatore anche in funzione dell'incentivo per ciascuna parte a parlare apertamente al mediatore offrendo, in tal modo, un quadro esaustivo della propria posizione⁴⁰. In questo senso, il mediatore, avuta contezza delle effettive pretese e degli interessi concretamente coinvolti nella controversia emersi anche nel corso delle sessioni separate, dispone di un valido strumento al fine di favorire l'incontro delle volontà delle parti da trasfondere in un accordo di risoluzione consensuale della lite.

⁴⁰ In questo senso, «*La riservatezza interna, quindi, costituisce una tutela aggiuntiva prevista dalla riforma, che è funzionale al libero confronto del mediatore con ciascuna parte, che ritenga di aprirsi al dialogo con il mediatore, ma non anche con le altre parti*»: così PILIA, *op. ult. cit.*, p. 155.

La disciplina della riservatezza della mediazione si completa con la testuale previsione dell'inutilizzabilità nel successivo giudizio, eventualmente iniziato, riassunto o proseguito, delle dichiarazioni rese e delle informazioni emerse nel corso del procedimento di mediazione. Tale divieto può essere derogato esclusivamente con il consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Ancora, il legislatore dispone l'inammissibilità della prova testimoniale e del giuramento decisorio sul contenuto delle predette dichiarazioni e informazioni e prevede che il mediatore non sia tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nella mediazione, davanti a qualunque autorità adita (civile, penale, contabile, amministrativa o arbitrale), e che ad esso si applichino le garanzie sul segreto professionale stabilite dagli artt. 103 e 200 c.p.p. (art. 10 d.lgs. n. 28 del 2010). Pertanto, anche chi esercita la professione di mediatore (al pari dei ministri di culto, degli avvocati, degli investigatori privati autorizzati, dei consulenti tecnici, dei notai, degli esercenti una professione sanitari) ha la facoltà di astenersi dal testimoniare su quanto appreso in ragione della propria attività facendo valere il segreto professionale e si vede estese, «in quanto applicabili» ossia compatibili con la figura del mediatore, le garanzie di libertà del difensore previste dal legislatore del codice di procedura penale. In questo senso, si pensi al divieto o alla limitazione di ispezioni e perquisizioni nel suo ufficio, di sequestri di documenti relativi alla sua attività, di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra i mediatori e con le parti: garanzie che devono essere logicamente riconosciute anche all'organismo di mediazione nella cui sede si svolgono i procedimenti di mediazione.

Emerge pertanto la chiara volontà del legislatore di rafforzare l'esigenza di tutelare la riservatezza della procedura conciliativa attraverso la previsione di molteplici garanzie operanti tanto all'interno che all'esterno della procedura, anche in funzione della garanzia di autonomia della mediazione dal processo.

In ultima analisi, la mediazione nel settore della responsabilità medica appare uno strumento idoneo a soddisfare rapidamente ed efficacemente i reali interessi delle parti in conflitto e diminuire al contempo il contenzioso giudiziale, sempreché i

professionisti coinvolti siano in grado di applicare un metodo e delle tecniche adeguate alla complessità tecnica e giuridica di questa materia, oltre che offrire le adeguate garanzie di imparzialità e riservatezza imposte dalla legge.

Al riguardo, è doveroso segnalare la recente iniziativa del Ministero della Giustizia afferente alla predisposizione del Manuale di Qualità degli organismi di mediazione, in funzione della definizione degli *standards* di qualità del servizio di mediazione gestito dagli organismi accreditati ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 e del d.m. n. 180/2010, come modificato dal d.m. n. 145/2011⁴¹.

⁴¹ Secondo quanto riportato nella homepage del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it), «Con la circolare del 20 dicembre 2011 (emanata a seguito della entrata in vigore del D.M. 145/2011) il Direttore Generale della Giustizia Civile poneva, fra l'altro, particolare attenzione all'attività di vigilanza già contemplata nelle previsioni generali di cui all'art. 16, comma quarto, del d.lgs. 28/2010 nonché nelle previsioni regolamentari di cui agli artt. 3, 4, 5, 10, 17, 18, 19 del d.m. 180/2010, evidenziando la necessità di una sua compiuta ed efficace attivazione. Lo specifico riferimento all'attività di vigilanza di cui alla suddetta circolare faceva seguito alla particolare attenzione posta dal legislatore interno in sede di normativa secondaria con la introduzione dell'art. 1, comma 2, lett. b) del D.M. 145/2011.

Con tale intervento correttivo, in particolare, veniva previsto che l'attività di vigilanza avrebbe potuto essere altresì compiuta avvalendosi dell'Ispettorato Generale del Ministero della Giustizia. Nella citata circolare veniva precisato che la previsione di cui sopra conferiva uno strumento ulteriore per rendere concreto ed adeguato l'esercizio dell'attività di controllo da parte dell'autorità preposta alla vigilanza sugli organismi di mediazione.

Si prefigurava, quindi, che l'attività di vigilanza sarebbe stata compiutamente esercitata non solo verificando ipotesi di inosservanza delle previsioni di legge (primarie e secondarie), ma anche tenendo conto del raggiungimento di standard di qualità, requisiti necessari per potere validamente svolgere un servizio di mediazione che fosse improntato ai presupposti della professionalità, efficienza ed idoneità.

Si evidenziava, quindi, che il controllo sarebbe stato esercitato non solo tenendo in considerazione, ad esempio, le inosservanze agli obblighi di comunicazione imposti all'organismo, ovvero il venire meno dei requisiti richiesti (il capitale minimo, il numero minimo di mediatori, l'aggiornamento biennale degli stessi, e così via); ma anche le modalità concrete di gestione del servizio (tempestività di provvedere alle comunicazioni a seguito della presentazione della istanza di mediazione; fissazione della prima sessione; rispetto dei criteri di assegnazione degli incarichi e così via).

Sicché, dopo una prima fase, conseguente all'entrata in vigore del d.m. 180/2010, essenzialmente orientata a fissare i criteri per la corretta redazione della domanda di iscrizione e per la verifica della regolarità dell'istanza,

Precisamente, nel Manuale di Qualità dovranno essere riportati in modo specifico gli *standards* di qualità necessari che ciascun organismo di mediazione deve possedere ai fini della valutazione da parte dell'amministrazione della giustizia circa l'idoneità del servizio reso⁴².

Il Manuale di Qualità degli organismi di mediazione, pertanto, risponde ad una triplice funzione: costituire il parametro di riferimento per gli organismi di mediazione per potere orientare il servizio reso secondo livelli necessari di qualità; consentire una più agevole attività ispettiva da parte della Direzione Generale della Giustizia Civile; costituire un più facile strumento di conoscenza, per gli organismi di mediazione, delle violazioni che la stessa amministrazione ritiene di dovere indicare e del differente peso delle violazioni anche ai fini dell'intervento san-

la Direzione Generale ha ritenuto di dovere focalizzare l'attenzione, quindi, anche sul diverso piano della verifica delle concrete modalità di gestione del servizio di mediazione. Si preannunciava, peraltro, che sarebbe stata cura della Direzione Generale della Giustizia Civile rendere noto a tutti gli organismi iscritti su quali profili si sarebbe appuntata particolarmente l'attenzione per la verifica della rispondenza delle modalità di svolgimento del servizio di mediazione prestato dai vari organismi accreditati ai livelli minimi di qualità esigibili, cioè agli standard di qualità necessari.

Ciò posto, volendo ora procedere nel senso indicato, la Direzione Generale della Giustizia Civile, al fine di potere adeguatamente attivare una corretta attività di vigilanza che contempra non solo la verifica della regolarità formale della sussistenza dei requisiti imposti per l'ottenimento dell'accREDITAMENTO, ma anche una compiuta verifica delle modalità concrete di gestione del servizio di mediazione, ha ritenuto necessario procedere alla redazione di un Manuale di Qualità nel quale riportare in modo specifico gli standard di qualità necessari che ciascun organismo di mediazione deve possedere ai fini della valutazione da parte di questa amministrazione della idoneità del servizio reso.

⁴² Ancora nella homepage del Ministero si legge altresì che «*ai fini della concreta predisposizione del suddetto Manuale di Qualità la Direzione Generale della Giustizia Civile ha ritenuto di dovere operare attraverso il coinvolgimento di tutti gli interessati del settore della mediazione, attingendo al necessario contributo da essi fornito: l'ottica perseguita è, infatti, quella di una più completa definizione ed esaustiva possibile individuazione dei suddetti standards minimi di qualità. Per la redazione del Manuale di Qualità si è ritenuto necessaria la costituzione di una tavola di lavoro composto da rappresentanti dei principali e maggiormente rappresentativi organismi pubblici di mediazione accreditati presso il Ministero, in quanto tali direttamente coinvolti in prima persona nella gestione del servizio di mediazione*».

S. Schiaparelli

zionatorio. Nell'ambito di tale iniziativa, le dimensioni della qualità del servizio di mediazione cui fare riferimento sono state inquadrare nei principi di professionalità, indipendenza, stabilità, efficienza e riservatezza che si è detto essere essenziali ai fini dell'effettivo sfruttamento della totalità dei vantaggi insiti nell'implementazione di sezioni specializzate nella risoluzione bonaria delle controversie in materia di responsabilità medica all'interno degli organismi di mediazione, istituiti e accreditati ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 e dei successivi decreti ministeriali di attuazione.

M^a DEL ROSARIO SÁNCHEZ VALLE¹

PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN EN LA LEY ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Antecedentes normativos. - 3. Los principios y la Ley de mediación. - 4. Voluntariedad. 4.1 Marco de la Directiva europea. 4.2 Voluntariedad para instar la mediación. Fomento de la mediación. 4.2.1 Mediación acordada como cláusula en un contrato. 4.2.2 Derivación de los conflictos a mediación por un tribunal 4.3 Voluntariedad en el mantenimiento de la mediación y conclusión del procedimiento. - 5. Imparcialidad. - 6. Neutralidad. - 7. Confidencialidad. 7.1 Introducción. 7.2 Concepto y alcance. 7.2.1 Ámbito subjetivo. 7.2.2 Ámbito objetivo 7.3 Excepciones. 7.4. Incumplimiento: responsabilidad.

1. *Introducción*. – La mediación se rige por una serie de principios básicos que determinan el modo en el que se va a configurar y desarrollar². Es necesario que todos tengamos claro esas características comunes y principios esenciales “*como acervo común*”, según Sastre Peláez³. Sobre esas notas características se irán asentando las disposiciones jurídicas relativas a la mediación de las que se derivarán importantes derechos, obligaciones y garantías necesarias dada su aspiración a convertirse en un

¹ Becaria de Investigación FPU del Ministerio de Educación del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla (AP 2010-5369). Dirigida por los profesores D. Tomás Rubio Garrido y D. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla.

² F. MARTÍN DÍZ, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 69.

³ A.J. SASTRE PELAEZ, «Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica», *Diario La Ley*, 2 (2002), pp. 1752-1761. En www.laleydigital.es [consultado el día 13 de mayo de 2011].

mecanismo de resolución de conflictos⁴. Por ello, en este artículo, nos proponemos hacer un análisis de los principios fundamentales de la mediación. En primer lugar, haremos un breve resumen de los antecedentes normativos tanto a nivel europeo como a nivel nacional. Posteriormente, daremos un repaso sucinto a la regulación de los principios en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵ (en adelante Ley de mediación), para pasar, posteriormente, a analizar aquellos principios que constituyen el núcleo esencial de la mediación.

2. *Antecedentes normativos.* – Desde la UE se ha señalado la conveniencia de identificar los principios fundamentales de la mediación, a efectos de permitir su desarrollo, funcionamiento y garantizar su calidad⁶. Ello es lógico teniendo en cuenta que los mismos no siempre se entienden de la misma manera ni en los distintos países miembros de la Unión, ni tan siquiera dentro de un mismo Estado⁷.

En un primer momento, enmarcándolo dentro de un ámbito de aplicación reducido, de la trascendencia de esos principios ya se hizo eco la Recomendación n^o R (98) 1, sobre Mediación Familiar que distingue entre “*los vinculados a la organización de la mediación*”, en los que se hace hincapié en la voluntariedad y en la capacitación de los mediadores, y “*los relativos al proceso*”, que se presentan, en buena medida, como obligaciones del mediador (imparcialidad, neutralidad y confidencialidad)⁸.

⁴ J.C. ORTIZ PRADILLO, «Análisis de los principios informadores de la mediación en materia civil y mercantil», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2135 (2011). En www.mjusticia.es/bmj [consultado el día 28 de octubre de 2011].

⁵ Publicado en el BOE n^o 162, de 7 de julio de 2012 y corrección de errores publicada en el BOE n^o 178, de 26 de julio de 2012.

⁶ Así lo puso de manifiesto el Consejo en el año 2000 en las Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles.

⁷ F. MARTÍN DIZ, «Alternativas extrajudiciales para la resolución de conflictos civiles y mercantiles: perspectivas comunitarias», *Diario La Ley*, 3 (2006), pp. 1637-1654. En www.laleydigital.es [consultado el día 10 de mayo de 2011].

⁸ Vid. apartados II y III de la citada Recomendación.

Por su encomiable labor en el desarrollo de los principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos, destacamos la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo⁹ que se basa en los principios de imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Aunque el ámbito de aplicación de estas Recomendaciones se reduce a los litigios surgidos en el ámbito del consumo¹⁰ que se excluye en la Ley de mediación¹¹, sus principios son extrapolables, siempre con las oportunas adaptaciones¹².

En el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil se recogió como una de las posibles medidas a adoptar el establecimiento de principios fundamentales para garantizar que la solución extrajudicial de conflictos tenga el mismo nivel de seguridad que la solución judicial¹³. Las autoridades públicas habían constatado en la práctica la existencia de estos principios comunes aunque lo presentan en forma de garantías mínimas de procedimiento. Entre ellos se pone un especial énfasis en los principios de voluntariedad, flexibilidad, imparcialidad, equidad y confidencialidad¹⁴.

⁹ DOUE L 115, de 17 de abril de 1998 y DOUE L 109, de 19 de abril de 2001, respectivamente.

¹⁰ Vid. por ejemplo, el Considerando 9 y art. 1.2 Recomendación 2001/310/CE.

¹¹ Vid. Art. 2.d) de la Ley de mediación.

¹² El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002 (en adelante "Libro Verde"), p. 31, subraya la conveniencia de trasladar los principios que en las dos Recomendaciones se contienen a las ADR aplicadas en otros ámbitos del Derecho, siempre con las oportunas adaptaciones.

¹³ Libro Verde, *cit.*, p. 31. "Las ADR son flexibles pero tienen que basarse en unas normas mínimas de calidad entre las que figuran determinados principios básicos de procedimiento". Libro Verde, *cit.*, p. 30.

¹⁴ Libro Verde, *cit.*, p. 17.

Asimismo, subrayó la conveniencia de que estos principios generales reconocidos en el ámbito de las ADR se plasmaran en Códigos deontológicos a los que considera instrumentos privilegiados en el funcionamiento y calidad de las ADR¹⁵. Así, el Código de conducta europeo para mediadores adoptado en Bruselas en julio de 2004 enumera expresamente una serie de principios que deben regir la conducta del mediador en el proceso de mediación: independencia, neutralidad, confidencialidad e imparcialidad¹⁶.

La Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles ha subrayado los principios de voluntariedad¹⁷, confidencialidad¹⁸, imparcialidad¹⁹ y la flexibilidad del procedimiento²⁰.

En España, a nivel autonómico, todas las normas sin excepción, con independencia de su ámbito material de aplicación²¹,

¹⁵ Vid. Libro Verde, *cit.*, p. 31.

¹⁶ Aunque no es un documento vinculante, el Considerando 17 de la Directiva 2008/52/CE subraya la necesidad de que se informe a los mediadores sobre dicho Código que, además, se ha tomado como referente para la redacción de la Ley de mediación (Exposición de Motivos, apartado IV).

¹⁷ Considerando 13 y 14; art. 3.a) Directiva.

¹⁸ Considerando 23 y art. 7 Directiva.

¹⁹ Considerando 17 y art. 3.b) Directiva.

²⁰ Considerando 17 Directiva.

²¹ En España, la mayoría de las Comunidades Autónomas se han adelantado al legislador estatal en la regulación de la mediación, si bien, en la mayoría de los casos, circunscrita al ámbito familiar. Una relación de las leyes autonómicas vigentes se puede encontrar en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Normativa_y_jurisprudencia/Leyes_Autonomicas. Únicamente, Cataluña a través de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña (en lo sucesivo “Ley catalana”) y Cantabria con la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (en adelante “Ley cántabra”), han ampliado su ámbito de aplicación al Derecho privado en general (civil y mercantil). Estas leyes han servido de referente para la redacción del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles – en adelante Real Decreto-ley – (Publicado en el BOE nº 56, de 6 de marzo de 2012 y corrección de errores publicada en el BOE nº 65, de 16 de marzo de 2012) y posterior Ley de mediación. Probablemente todas estas normas continuarán vigentes y coexistirán con la ley estatal ya que en palabras de la

coinciden en señalar una serie de principios que rigen la mediación y la actuación del mediador, concretamente, los de voluntariedad, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora y confidencialidad. Buena fe²², carácter personalísimo²³ y flexibilidad del procedimiento²⁴ se contemplan en la gran mayoría.

En el plano estatal, la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) en materia de separación y divorcio (en adelante Ley 15/2005), dispone que *“debe estar basado en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad [...]”*²⁵.

3. *Los principios y la Ley de mediación.* – La Ley de mediación, al igual que el Real Decreto-ley al que deroga y cuya regulación es casi idéntica²⁶, es aplicable a las mediaciones civiles y mercanti-

Exposición de Motivos apartado III de la Ley de mediación: *“se circunscribe al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil”* – artículo 149.1.6.^a y 8.^a de la Constitución Española (Disposición final quinta de la Ley de mediación) – , *“que permiten articular un marco para la vertiente jurisdiccional de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”*.

²² Este principio está recogido en prácticamente todas las leyes, así por ejemplo, art. 9 Ley catalana; art. 8 Ley cántabra, art. 8.j) Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco (en adelante Ley vasca)...

²³ Se recoge en numerosas leyes autonómicas, por ejemplo, art. 4.8 Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación familiar de Castilla y León (en adelante Ley castellano-leonesa) o art. 8.1 Ley 4/2001 de 31 de mayo, Reguladora de Mediación Familiar en Galicia (en adelante Ley gallega), art. 8 Ley catalana, art. 12 Ley cántabra, entre otras.

²⁴ Art. 10 Ley cántabra, art. 4.2 Ley 3/2005 de 23 de junio (en adelante Ley canaria) o art. 12 Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante Ley andaluza).

²⁵ Ya la Exposición de Motivos de esa Ley se refiere a la mediación como un recurso voluntario y a la intervención del mediador como imparcial y neutral.

²⁶ La utilización de la vía del Real Decreto-ley convalidado por el Congreso de los Diputados en Resolución de 29 de marzo de 2012 (BOE nº 87, de 11 de abril de 2012), en la que también se acordó su tramitación como Proyecto

les siempre que se trate de derechos y obligaciones disponibles para las partes (art. 2.1 de la Ley de mediación) y tanto a conflictos internos como transfronterizos ya que, aunque viene a transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2008/52/CE cuyo plazo de transposición se incumplió²⁷, va más allá²⁸, extendiéndose a los conflictos internos, en línea con la disposición final tercera de la Ley 15/2005. Pretende establecer “*un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España y que pretenda tener efectos jurídicos vinculantes [...]*” (Exposición de Motivos, apartado II, de la Ley de mediación).

La Ley de mediación, siguiendo la línea marcada por la normativa europea y autonómica, así como por la disposición final tercera de la Ley 15/2005, consagra en el Título II, que lleva por rúbrica “Principios informadores de la mediación”, los principios o características que son universalmente aceptados sobre la mediación. Inserta en artículos sucesivos, la voluntariedad y libre disposición (artículo 6), igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores (artículo 7), neutralidad (artículo 8) y confidencialidad (artículo 10). No obstante, hay que apuntar que algunos de estos principios se ven modulados por lo que se dispone en otros pasajes de la Ley de mediación. A estos principios, como señala la Exposición de Motivos apartado IV de la Ley de mediación, se añaden las reglas o directrices que han de dirigir la conducta de las partes en la mediación, conminándolas el art. 10 a actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo²⁹

de Ley por el procedimiento de urgencia (BOCG, Serie A, de 10 de abril de 2012, nº 6-1), se justificó en el riesgo de que se sancionara a España por no haber realizado la transposición de la Directiva 2008/52/CE en plazo. Esta urgencia llevó a rescatar en gran parte, si bien con algunas mejoras relevantes, el Proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles anterior – en adelante Proyecto de Ley – (BOCG, Serie A, de 29 de abril de 2011, nº 122-1. Presentado a las Cortes Generales el 11 de abril de 2011), que no pudo ver la luz al caducar su tramitación por la disolución anticipada de las Cortes Generales (BOCG, Serie D, de 28 de octubre de 2011, nº 648).

²⁷ A excepción del art. 10, terminó el 21 de Mayo de 2011 (art. 12 de la Directiva 2008/52/CE).

²⁸ El Considerando 8 de la Directiva así lo permite.

²⁹ La buena fe es un principio básico del ordenamiento jurídico (art. 7 Código Civil). En relación con el proceso, arts. 11 LOPJ y art. 247 LEC. La Ley de

(apartado segundo párrafo primero) y, respecto al mediador, con “*adecuada deferencia*” a su actividad, prestando colaboración y apoyo permanente a su actuación (apartado tercero).

Es necesario que la mediación se lleve a cabo conforme a estos principios si se quiere dotar de efecto ejecutivo al ser elevado a escritura pública³⁰.

Sobre la regulación contenida en la Ley de mediación hay que hacer tres puntualizaciones. La primera es que aunque pretende establecer un marco flexible, como se indica en los apartados III y IV de su Exposición de Motivos, regula un procedimiento mínimo basado en tres etapas (artículos 16 a 22).

La segunda es su carácter heterogéneo, pues algunos de los principios que figuran en el Capítulo II se refieren al propio sistema de mediación, como puede ser el de voluntariedad, mientras

mediación, a pesar de reconocer el principio de buena fe, no establece ninguna consecuencia en caso de incumplimiento al modo de lo que se hace en el proceso civil en el art. 247 LEC, por ejemplo, con la posible imposición de una multa. Sobre el principio de buena fe, Vid. I. ÁLVAREZ SACRISTÁN, *Los principios generales del Derecho*, Gomylex, Bilbao, 2010, pp. 66-98. Según Martín Diz, en la mediación la buena fe ha de entenderse más bien como un principio de probidad en el sentido de que las partes deben actuar con honestidad, con colaboración leal... F. MARTÍN DIZ, *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*, cit., p. 84. Así, parece entenderlo también la Ley de mediación, que ha sido modificada para incluir expresamente la lealtad como forma en la que han de proceder las partes en la mediación. Ante la inobservancia de este principio, podría plantearse si el mediador tiene la posibilidad de dar por terminada la mediación en base al art. 22.1 de la Ley de mediación, no obstante, ello puede pugnar con otros principios. Por lo demás, el principio de buena fe referido tanto a las partes como al mediador, se recoge en algunas leyes autonómicas. Vid. art. 9 Ley catalana. En la Ley 7/2001 de 26 de noviembre, Reguladora de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana (en adelante Ley valenciana) (art. 5) y la Ley cántabra (art. 8) se contemplan, además, las consecuencias de su quebrantamiento, tanto respecto de las partes – si bien no muy claras –, como respecto del mediador, al que se le impondría una sanción.

³⁰ El art. 23.1 párrafo segundo de la Ley de mediación señala que en el acuerdo debe hacerse constar que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de esta Ley, y el art. 25.2 que el notario para elevarlo a escritura pública ha de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta norma. La importancia de estos principios se desprende también del art. 5.3, en el que se le impone a los poderes públicos el deber de velar porque las instituciones de mediación respeten estos principios.

que otros se refieren a la actuación del mediador, así el de imparcialidad o el de la conducta de las partes en la mediación³¹.

Por último, se le ha reprochado principalmente que no contemple el principio de inmediatez o también denominado carácter personalísimo, recogido en la mayoría de leyes autonómicas pero no en los documentos comunitarios, conforme al cual las partes y el mediador deben asistir personalmente a las diferentes sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios³². Esta opción legislativa ha sido criticada por parte de la doctrina ya que, teniendo en cuenta que la mediación descansa sobre el diálogo a través del cual las partes indagarán sobre sus intereses y buscarán una solución consensuada, se considera necesario la intervención personal de las mismas³³. En concreto, se alude expresamente al artículo 8.1 de la Ley catalana como modelo a seguir en este punto. Esta característica definitoria de la mediación familiar puede ser cuestionada en otros ámbitos³⁴. Coincidimos con García Villaluenga en que la ausencia de este principio en la Ley de mediación se debe al hecho de que, al aplicarse la ley a mediaciones llevadas a cabo en el ámbito mercantil, donde cobra una especial relevancia la representación de intereses por terceros, esto hace que haya que adaptar las pautas del mismo proceso³⁵. La finalidad última sería que la

³¹ Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobado el día 17 de febrero de 2011 (en adelante "Dictamen del Consejo de Estado"), consideración III. Observaciones letra k). El texto del Dictamen se puede consultar en el vínculo web: http://boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2010-2222.

³² *Loc. cit.*

³³ E. CARRETERO MORALES, «Comentarios al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1 (2011). En www.riedpa.com [consultado el día 29 de septiembre de 2011], F. Martín Diz, *ult. op. cit.*, p. 75 y J.C. Ortiz Pradillo, *op. cit.*

³⁴ M.E. LAUROBA, I. BARRAL, J. TARABAL, I. VIOLA, «La construcción institucional y jurídica de la mediación» en *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* dirigido por P. Casanovas, J. Magre, M.E. Lauroba, Departamento de Justicia, Generalitat de Cataluña, 1^a Edición, 2011. <http://www.llibreblancmediacio.com/> [consultado el día 2 de noviembre de 2011], p. 844.

³⁵ L. GARCÍA VILLALUENGA, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mer-

mediación sea útil en éste o en otros ámbitos que tradicionalmente se consideran Derecho civil, acogándose una concepción más amplia de la autonomía de la voluntad, de la flexibilidad del proceso y de la idea de sujetos mediados o partes del proceso³⁶. No obstante, convendría que la Ley de mediación hiciera alguna referencia expresa en este sentido³⁷ no estableciendo sólo que el acuerdo de mediación pueda ser firmado por las partes o sus representantes (art. 23.2 de la Ley de mediación), sino que, de modo similar al art. 12.1 párrafo segundo de la Ley cántabra o al art. 8 del Reglamento de la OMPI³⁸, se tuviera que presentar el escrito acreditativo de la representación, o que la parte comunique, tanto al mediador como a la otra parte, los datos de las personas autorizadas para representarla y, los de las que van a asistir a las reuniones.

4. Voluntariedad

4.1 *Marco de la Directiva europea.* – La voluntariedad es la característica primera y esencial de la mediación³⁹. Es un principio que ha sido recogido desde el surgimiento de la institución de la mediación

cantiles», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 4 (2010), p. 744. Debe llamarse también la atención sobre la posibilidad que se contempla en la nueva Ley de mediación de que las personas jurídicas (sociedades profesionales u otras previstas por el ordenamiento jurídico) se dediquen a la mediación, en cuyo caso, deberán designar a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la ley para que la lleve a cabo (art. 11.1 párrafo segundo).

³⁶ *Ult. loc. cit.* El Libro Verde, *cit.*, p. 9, al tratar de la flexibilidad como característica de las ADR, dice que incluye la posibilidad de “*optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento*”.

³⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles aprobado el 13 de mayo de 2010 (en adelante Informe del CGPJ), p. 40. El texto del informe se puede obtener en: http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/014.10_1.0.0.pdf.

Podría disponer para las mediaciones familiares el carácter personalísimo.

³⁸ Se puede consultar en: <http://www.wipo.int/amc/es/mediation/rules/>.

³⁹ J.C. ORTIZ PRADILLO, *op. cit.* De hecho, es el primer principio recogido en la Ley de mediación.

en todos los antecedentes comunitarios⁴⁰. En este sentido, se incluye en el apartado II.A de la Recomendación n^o R (98) 1, sobre Mediación Familiar, en el Libro Verde⁴¹, en el Código de conducta europeo para mediadores⁴² y en la Directiva 2008/52/CE, como ahora veremos.

El principio de voluntariedad en la mediación se traduce en que son las partes las que deciden libremente tanto: 1. acudir a la mediación y mantenerse en ella una vez iniciada como; 2. el modo en que va a concluir, si con acuerdo o sin él⁴³. Este principio es aceptado como fundamental en casi todos los sistemas. Sin embargo, es uno de los que históricamente ha sido más debatido en relación al momento inicial de la figura, dado que hay sistemas legales que establecen el acudir a la mediación como un requisito de procedibilidad previo y obligatorio al proceso judicial (*mandatory mediation*)⁴⁴. Así sucede en algunos estados norteamericanos, de forma paradigmática en California⁴⁵ y en otros países, como por ejemplo, en Argentina⁴⁶. Por otro lado, en

⁴⁰ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 723.

⁴¹ Señala que: “*las partes son libres de recurrir a una ADR*” que, “*lo que caracteriza el recurso a las ADR es el predominio del carácter consensual. [que] se expresa en todas las etapas de su aplicación [...]*”. Al tratar de las cláusulas de sometimiento a la mediación dispone “*podría ser inútil obligar a alguien a participar en una modalidad alternativa de resolución de litigios contra su voluntad en la medida en que el éxito del procedimiento depende, precisamente, de su voluntad*”. Libro Verde, *cit.*, pp. 9 y 64.

⁴² Las partes son libres para permanecer o separarse del proceso (art. 3.3 Código), de tal forma que el mediador no debería poder obligar ni a continuarlo ni a abandonarlo. Sin embargo, el art. 3.2, como posteriormente veremos, supone una derogación de este principio de voluntariedad, al permitir al mediador dar por terminada la mediación “*si considera que es improbable que la continuación de la mediación dé lugar a un acuerdo*”.

⁴³ B. Andrés Ciurana, «La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12 (2005), p. 66.

⁴⁴ A.J. SASTRE PELAEZ, *op. cit.*

⁴⁵ R. LUQUÍN BERGARECHE, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, p. 99.

⁴⁶ La Ley 26.589 sobre mediación y conciliación publicada en el Boletín Oficial el día 6 de mayo de 2010, reitera el carácter obligatorio de la media-

algunos ordenamientos jurídicos se establece la posibilidad de que los tribunales deriven a las partes a una sesión de mediación, normalmente una sesión informativa⁴⁷.

La Directiva 2008/52/CE deja libertad a los Estados miembros para que configuren el acceso a la mediación como facultativo u obligatorio⁴⁸. Dependerá, entonces, de cómo se regule en cada ordenamiento jurídico⁴⁹. Así se puede colegir de su art. 3.a) que lo define como un procedimiento que “*puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro*”⁵⁰. Del mismo modo se pronuncia el art. 5 que incluye tanto aquellos casos en que “*la legislación nacional haga obligatorio el uso de la mediación o la someta a incentivos o sanciones ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*”⁵¹ (apartado 2), como los supuestos en que un órgano judicial proponga u “*ordene a las partes acudir a la mediación*”⁵² (apartado 1). La regulación del acceso a la mediación como obligatorio hace que el principio de voluntariedad adopte un carácter relativo, al menos, en su inicio⁵³. La voluntariedad

ción como paso previo a un procedimiento judicial (art. 1). www.canosa.com. [consultado el día 23 de mayo de 2011].

⁴⁷ En Argentina, el art. 55 de la Ley 26.589 faculta al Juez a derivar a las partes a mediación, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican (art. 55). www.canosa.com. [consultado el día 23 de mayo de 2011].

⁴⁸ B. ANDRÉS CIURANA, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁹ *Loc. cit.*

⁵⁰ En el mismo sentido se manifiesta el Considerando 12.

⁵¹ En los mismos términos se pronuncia el Considerando 14. En Inglaterra y Gales gozan de gran predicamento, como posteriormente veremos.

⁵² En el mismo sentido Considerando 12 y 13 de la Directiva 2008/52/CE.

⁵³ Informe del CGPJ, *cit.*, p. 33. En este sentido, se pronuncia gran parte de la doctrina para la que la voluntariedad implica como característica primera e imprescindible que sean las partes las que acudan libremente a este procedimiento. Por todos, I. GARCÍA PRESAS, «Sus principios rectores y garantías» en *La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*, La Ley, Madrid, 1ª Edición, 2009. En www.laley.es [consultado el día 13 de mayo de 2011]. Entre los autores más críticos, Martín Diz *para el*

no se manifestaría “en el comienzo del procedimiento de mediación sino, más bien, en el mantenimiento de la mediación una vez iniciado el proceso y en la consecución de un acuerdo”⁵⁴. De este modo, lo entiende el Considerando 13 de la Directiva 2008/52/CE, como después veremos.

4.2 *Voluntariedad para instar la mediación. Fomento de la mediación.* – En España, la Ley de mediación ha optado por configurar la mediación como un mecanismo voluntario desde su inicio. Ya en la Exposición de Motivos apartado III de la Ley de mediación subraya que “el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes [...]”, consagrando en el art. 6.1 que “la mediación es voluntaria”. A lo que se añade que, para comenzar verdaderamente el procedimiento de mediación con la firma del acta de la sesión constitutiva, las partes tienen que haber “*aceptado voluntariamente el desarrollo de la mediación*” (art. 19.1.f) de la Ley de mediación).

La Ley de mediación, al igual que el Real Decreto-ley anterior, se aparta del primer Proyecto de Ley que establecía un intento de mediación como requisito de procedibilidad previo y obligatorio a la interposición de demandas de juicio verbal que consistieran en una reclamación de cantidad cuya cuantía fuera inferior a 6.000? y no se refiriera a ninguna de las materias enumeradas en el art. 250.1 LEC ni tampoco a materia de consumo⁵⁵.

que, “son inaceptables, e incluso de nulo valor jurídico, las disposiciones legales, las cláusulas compromisorias, e incluso las resoluciones judiciales que impongan la mediación obligatoria como requisito previo e imprescindible antes de proceder en vía jurisdiccional”, ya que además de contravenir el principio de voluntariedad, vulnerarían el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción consagrado en el art. 24 de la CE, “por cuanto establecen una limitación injustificada, irrazonable y desproporcionada al ejercicio de un derecho fundamental”. F. MARTÍN DÍZ, *ult. op. cit.*, pp. 72 y 73 y V. PÉREZ DAUDÍ, «Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles» en *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* dirigido por H. Soletto Muñoz, Tecnos, Madrid, 2011, p. 393.

⁵⁴ Vid. Dictamen del Consejo de Estado, *cit.*, consideración III. Observaciones letra k), punto i.

⁵⁵ Nuevo apartado 3 en el art. 437 de la LEC que hubiera introducido la disposición final cuarta apartado 10 del Proyecto. Bastaba con que al menos una de las partes acudiera a una sesión informativa (art. 18.2 del Proyecto).

Aun cuando analizando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE)⁵⁶ y del Tribunal Constitucional⁵⁷ en supuestos similares, llegáramos a la conclusión de que el establecimiento de un intento obligatorio de mediación no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción garantizado a nivel europeo en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, a nivel nacional, en el art. 24 CE⁵⁸, que es uno de los mayores problemas que tendría que afrontar⁵⁹, consideramos que la opción adoptada por la Ley de mediación es la más adecuada.

En España no existe una “cultura de la mediación⁶⁰”, pero no consideramos que el establecimiento de un intento de media-

⁵⁶ Vid. sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2010, *caso Rosalba Alassini contra Telecom Italia* (TJCE/2010/78) en relación a la implantación de un intento de conciliación obligatoria y el análisis que realiza A.I. MENDOZA LOSANA, «¿Existe un derecho absoluto a acceder a los órganos jurisdiccionales en nombre de la tutela judicial efectiva?», *Centro de Estudios de Consumo*. En <http://www.uclm.es/centro/cesco/> [consultado el día 23 de mayo de 2011].

⁵⁷ Vid. STC 4/1988, de 21 de enero (RTC\1988\4), fundamento jurídico 5º en el que se detallan los límites que han de respetar los presupuestos o requisitos que puedan suponer un obstáculo o retraso del acceso a la jurisdicción para no vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. Vid. M.J. RODRÍGUEZ CRESPO, «Los procedimientos autónomos de solución de conflictos y el derecho de tutela judicial efectiva. En especial, la conciliación como trámite previo al proceso», *Revista internauta de práctica jurídica*, 14 (2004). En www.ripj.com [consultado el día 8 de junio de 2011].

⁵⁸ El Considerando 14 y art. 5.2 de la Directiva 2008/52/CE ya advertía que se incluyen las legislaciones nacionales que hagan obligatorio el uso de la mediación, “*siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial*”.

⁵⁹ En Italia el art. 5 del Decreto legislativo nº 28, de 4 de marzo de 2010 (G. U. nº 53, de 5 de marzo) dictado por el Gobierno en virtud de la Ley de delegación 69/2009, de 19 de junio, en el que se establecía la obligatoriedad de la mediación para un buen número de materias, ha sido declarado inconstitucional en virtud de la sentencia de la Corte Costituzionale de 6 de diciembre de 2012, nº 272 (G.U. 12 de diciembre de 2012) pero por exceso en la delegación legislativa.

⁶⁰ Uno de los obstáculos que, según Torres Escámez, impide en España un desarrollo más vivo de la mediación es precisamente: “*la carencia entre nosotros*”

ción obligatorio sea la fórmula más adecuada para el impulso de este instituto⁶¹, teniendo en cuenta los antecedentes que existen en nuestro ordenamiento jurídico respecto al acto de conciliación previo y obligatorio a la demanda de juicio declarativo que se establecía en el artículo 460 LEC/1881 y que fue eliminado por el legislador, dándole carácter facultativo, en virtud del artículo 8 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto debido a los resultados pocos satisfactorios que, como demostraba la experiencia, había dado⁶². Como ha señalado Montes ReyesM: *“las partes acudían a él sin verdadero ánimo conciliatorio, sino sólo para*

de una cultura científica, académica y social que valore debidamente las ventajas de la autocomposición de intereses”. S. TORRES ESCÁMEZ, «Actualidad de la mediación» en *El Notario del siglo XXI*, 25 (2009). En www.elnotario.com [consultado el día 20 de junio de 2011].

⁶¹ En este sentido, coincidimos con la mayor parte de la doctrina. Por todos, B. ANDRÉS CIURANA, *op. cit.*, p. 67 y V. PÉREZ DAUDÍ, *op. cit.*, p. 393. Hay algunos autores, aunque escasos, que consideran que puede ser positivo impulsar de esta forma la mediación. E. CARRETERO MORALES, *op. cit.* Incluso hay quien, como Colmenero Guerra lo considera necesario. Fundamentándose en una estadística del CGPJ del año 2008, arguye que un porcentaje elevado de asuntos que se presentaron ante la jurisdicción civil finalizaron sin sentencia, por consiguiente, puede que con un acuerdo. J.A. COLMENERO GUERRA, «Consideraciones sobre los anteproyectos de Ley de Mediación y de Reforma de la Ley de Arbitraje.» www.codigosdeconducta.com [consultado el día 7 de junio de 2011]. El argumento utilizado por los defensores de la mediación prejudicial obligatoria es que, al no existir una cultura de la mediación, las partes no conocen las características de la mediación como medio de resolución de conflictos que ofrece presumiblemente una solución más sencilla, rápida y económica que el proceso judicial. Ante su desconocimiento, no acudirían a ella de forma voluntaria y se embarcarían en largos y costosos procesos cuya definición muchas veces no compensa el tiempo y el esfuerzo dedicados. Por este motivo, en el Proyecto bastaba con que al menos una de las partes acudiera a una sesión informativa (art. 18.2). H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español», *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III, p. 5 www.arcos.org.br El mismo argumento es utilizado en otros países como Chile o Argentina. Vid. M. VARGAS PAVEZ, «Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación», *Revista de Derecho*, 2 (2008). En <http://dialnet.unirioja.es> [consultado el día 2 de mayo de 2011], p. 189 y el artículo sobre La mediación obligatoria genera polémica en Argentina publicado en la revista *Ellitoral.com*. El texto completo del artículo puede ser consultado en <http://www.mediacionarbitraje.eu/?p=209>.

⁶² Informe del CGPJ, *cit.*, p. 96.

cumplir un presupuesto necesario para que la demanda fuera admitida"⁶³. Si se hubiera mantenido el intento de mediación previo y obligatorio al proceso judicial se habría corrido el riesgo de que hubiera terminado convirtiéndose en una mera formalidad, un mero trámite previo que las partes habrían de cumplir "*sin una verdadera efectividad*", que lo único que hubiera conseguido, probablemente, es agregar "*nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia*"⁶⁴.

Pensamos que es más adecuado que las partes acudan a la mediación voluntariamente por considerarlo un método útil y eficaz por las ventajas que presenta. Está claro que, para el éxito de la mediación no basta con aprobar la Ley de mediación, sino que, es fundamental que se fomente la "*cultura de la mediación*"⁶⁵ y se conozca este sistema. Una de las formas de impulsarla puede estribar, como señala Soletto Muñoz, en fomentarla positivamente a través de campañas de difusión, de publicidad y comunicación institucional, transmitiendo confianza en esta institución⁶⁶.

⁶³ A. MONTES REYES, «Justificación e inconvenientes del acto de conciliación en el proceso civil», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 10 (1986), pp. 270 y 271. En idéntico sentido se han pronunciado J.P. ORTUÑO MUÑOZ y J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *Fundación alternativas*, 110 (2007). En <http://dialnet.unirioja.es> [consultado el día 1 de junio de 2011], p. 34.

⁶⁴ Informe del CGPJ, *cit.*, p. 97. Según el Informe, ése parecía ser el escenario más probable cuando para entender que se había cumplido con la obligación legal de llevar a cabo un intento de mediación bastaba con que una sola de las partes acudiera a la sesión informativa (art. 18.2) que además era gratuita en estos casos (art. 18.3). Aún más, teniendo en cuenta que la Memoria del Análisis de Impacto Normativo que acompaña al Anteproyecto dice "*que no será un obstáculo que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, sino "un mero trámite de carácter previo que permite dar por cumplida la obligación legal en la sesión informativa si no se llegara a iniciar la mediación"*. Informe del CGPJ, *cit.*, pp. 96 y 97.

⁶⁵ Según Andrés Ciuriana, el éxito no dependería de que se regulara con carácter preceptivo o facultativo, sino del fomento de la cultura mediadora. B. Andrés Ciuriana, *op. cit.*, pp. 61 y 67.

⁶⁶ H. SOLETO MUÑOZ, *ult. op. cit.* En el mismo sentido, F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 231 para quien "*la formación e información*" son las dos vigas en las que debe apoyarse el sistema. Refiriéndose a la configuración del trámite de conciliación previa como voluntario.

En este sentido, la disposición adicional segunda de la Ley de mediación requiere a las Administraciones Públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia para que pongan a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. También deberán procurar incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso. El problema en la actualidad radica en la falta de recursos públicos para financiar estos gastos.

En este punto, consideramos primordial la información y formación que sobre la mediación reciban los profesionales de la Justicia⁶⁷, especialmente, los abogados⁶⁸. Mientras la abogacía no perciba que existen dos modelos metodológicos para intentar solucionar el litigio, uno el contencioso clásico, y el otro la mediación, y que, sean ellos quienes en cada caso aconsejen al cliente, según las circunstancias del supuesto, las ventajas de uno y otro sistema, la mediación no se implantará⁶⁹. Precisamente el Considerando 25 de la Directiva subraya que: *“Los Estados miembros [...] deben alentar a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación”*.

A esto se añade que el art. 5.1 párrafo primero de la Ley de mediación, incluye entre los fines de las instituciones de mediación *“el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores”*. Para ello, darán a conocer la identidad de los mediadores que actúen en su ámbito⁷⁰ (art. 5.1 párrafo tercero) y pueden organizar sesiones informativas

⁶⁷ Así lo ha entendido el CGPJ que ha creado una Vocalía Delegada para el impulso y coordinación de la mediación entre cuyas finalidades está la información sobre numerosos aspectos de la mediación y la formación inicial de los jueces, contribuyendo a crear una “cultura de la mediación”. Se puede ampliar esta información en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Que_es_la_mediacion/Informacion_general.

⁶⁸ F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 232.

⁶⁹ J. ZAPATERO GÓMEZ, J.R. SÁEZ VALCÁRCEL, J.P. ORTUÑO MUÑOZ, Conclusiones al curso «Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación», *Consejo General del Poder Judicial y Fiscalía General del Estado*, Barcelona, 2006. En www.ase mip.org [consultado el día 24 de mayo de 2011], p. 6.

⁷⁰ Es conforme tanto con el Considerando 25 como con el art. 9 de la Directiva europea.

abiertas sobre este mecanismo de resolución de conflictos (art. 17.2 de la Ley de mediación). Asimismo, se ha modificado a través de la disposición final primera y segunda de la Ley de mediación, el art. 5.ñ) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y el art. 2.1.i) de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, para incluir entre sus funciones el impulso y desarrollo de la mediación.

Para favorecer el uso de la mediación, la Ley de mediación, como indica el apartado III de su Exposición de Motivos, pretende establecer un marco flexible, un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración, que no tenga repercusión en costes procesales posteriores, que no se permita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes, la suspensión de la prescripción o el reconocimiento del acuerdo como título ejecutivo una vez elevado a escritura pública, entre otras cuestiones.

En esta línea de promover la práctica de la mediación, se reconoce el carácter vinculante de la cláusula en la que las partes pactan remitir las controversias a mediación o que el juez pueda informar a las partes de la posibilidad de recurrir a mediación o les invite a acudir a una sesión informativa, como estudiaremos ahora.

En el marco del art. 5.2 de la Directiva 2008/52/CE, como modo de incentivar la mediación, el art. 8.5 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses prevé una devolución del 60% del importe de la cuota de la tasa si el proceso cuya iniciación dio lugar al devengo, se resuelve a través de una solución extrajudicial como podría ser la mediación.

Parte de la doctrina⁷¹ defiende como modo de fomentar la mediación la posibilidad de que el juez pueda tener en cuenta la actitud de las partes ante la mediación en el momento de condenar en costas (no estaría reñido con la voluntariedad)⁷². Podría

⁷¹ P. FAJARDO, «Expertos juristas valoran los avances de la nueva Ley de Mediación, al ser voluntaria y más flexible que el proyecto de ley anterior». Entrevista realizada en www.diariojuridico.com [consultado el día 16 de marzo de 2012].

⁷² J.J. GARCÍA, «Nueva regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles». En www.diariojuridico.com [consultado el día 23 de abril 2012].

considerarse la oposición injustificada a la mediación como una actitud temeraria⁷³, por ejemplo. Este mecanismo, permitido por el art. 5.2 de la Directiva, ha tenido gran éxito en algunos países, especialmente en Inglaterra⁷⁴. En la Ley de mediación sólo se contempla la imposición de las costas al demandado que se allana antes de contestar a la demanda al apreciar mala fe si antes de presentarse la demanda se hubiera iniciado un procedimiento de mediación (art. 395.1 segundo párrafo LEC)⁷⁵.

4.2.1 *Mediación acordada como cláusula en un contrato.* – Es posible, también, que la obligatoriedad venga marcada por la existencia de una cláusula en un contrato previo en el que las partes pacten que, para la resolución de las controversias surgidas o que puedan surgir, se haya de acudir, en primer lugar, a la mediación.

La Ley de mediación considera vinculante el acuerdo disponiendo en el art. 6.2 que *“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”*.

Entendemos que el carácter vinculante de dicha cláusula no supone una quiebra del principio de voluntariedad puesto que la adopción de la cláusula de sometimiento a mediación en un

⁷³ J.M. ALONSO, «Reflexiones sobre la Ley de Mediación (IV)». En www.diariojuridico.com [consultado el día 23 de abril de 2012].

⁷⁴ En el ámbito comercial, en Inglaterra y Gales, para incentivar la mediación, existe el principio de que la parte que pierde el litigio tiene que pagar tanto los gastos que hubiera generado como los creados por la parte que obtuvo la sentencia a su favor, pero no sólo eso, el Tribunal de Apelación ha declarado en algunas sentencias (Caso Dunnet vs. Railtrack [2002] EWCA Civ. 303 y Hasley v. Milton Keynes NHS Trust [2004] EWCA Civ. 576 (Court of Appeal) la posibilidad de imponer las costas del proceso judicial a la parte que rechaza de manera injustificada la mediación, aunque sea la que haya ganado el litigio. C. MACHO GÓMEZ, «La mediación comercial como instrumento para la resolución de conflictos en la práctica de Inglaterra y Gales» en *Mediación, Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Tomo I, coordinado por C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2010, pp. 267-269.

⁷⁵ Modificación operada por la disposición final tercera apartado 9 Ley de mediación.

contrato implica “*un previo ejercicio de la autonomía de la voluntad*”⁷⁶. Son las partes, las que *voluntariamente* deciden someterse a la mediación⁷⁷. Si bien, en un momento anterior al del surgimiento de la disputa.

Parece que la Ley de mediación pretende establecer una cláusula similar a la de sumisión al arbitraje (art. 9 de la Ley de Arbitraje). Empero, coincidimos con Torres Escámez en que el reconocimiento del carácter vinculante de dicha cláusula, a diferencia del arbitraje, en el que si las partes acuerdan someterse a él, sólo podrían separarse si ambas están de acuerdo, tiene una importancia más teórica que práctica⁷⁸, teniendo en cuenta que el éxito de la mediación depende de la voluntad de las partes⁷⁹. 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 acuerdo⁸⁰. Para entender cumplida la obligación, bastaría con que

⁷⁶ Informe del CGPJ, *cit.*, p. 34.

⁷⁷ Sobre la posibilidad de que la cláusula de sumisión sea nula al ser fruto de la imposición unilateral por una de las partes, hay que recordar que, como advertía el Informe del CGPJ, *cit.*, p. 35, en aquellos ámbitos donde puede presumirse el desequilibrio de partida en las posiciones negociales de las partes, tales como el Derecho laboral o el Derecho de consumo, así como las materias que no son disponibles para las partes, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley de mediación por lo que se reduce el número de casos en que esta circunstancia puede darse. Pese a ello, aconseja que de modo similar al art. 9.2 Ley 60/2003, de 23 de Diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje institucional en la Administración General del Estado (en adelante Ley de Arbitraje), se haga referencia a la aplicación de la normativa que rige las condiciones generales de la contratación u otro tipo de contratos de adhesión, ya que estas figuras pueden darse en el ámbito civil y mercantil fuera de la contratación con consumidores.

⁷⁸ S. TORRES ESCÁMEZ, «La función notarial, función preventiva de litigios: el consejo y la mediación notariales como instrumentos» (2º parte), *Anuario de justicia alternativa*, 4 (2003). En www.vlex.com [consultado el día 3 de mayo de 2011].

⁷⁹ Libro Verde, *cit.*, p. 28. En este sentido, como ha señalado Ortiz Pradillo, se confunde la autonomía de la voluntad con la voluntariedad que rige toda mediación. J.C. ORTIZ PRADILLO, *op. cit.*

⁸⁰ Vid. arts. 6.3 y art. 22.1 de la Ley de mediación.

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.

Como remedio frente al incumplimiento, para dotar de eficacia lo dispuesto en el art. 6.2, de forma similar a lo que sucede en el arbitraje, se prevé la posibilidad de que la parte a quien interesa pueda invocar mediante declinatoria la falta de jurisdicción del tribunal (Exposición de Motivos apartado V y art. 10.2 párrafo tercero de la Ley de mediación)⁸¹.

Cabría plantearse también si frente al incumplimiento podría exigírsele una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantificación, como Torres Escámez precisa, *“resultaría difícil o incluso imposible, por la peculiaridad antes indicada (que las partes pueden apartarse en cualquier momento), a menos que lo hubiese sido previamente por las partes en forma de cláusula penal”*⁸².

4.2.2 Derivación de los conflictos a mediación por un tribunal. –

Para promover la mediación, la Ley de mediación regula la mediación intrajudicial que es aquella que se lleva a cabo una vez se haya iniciado un proceso y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso, en pleno proceso, en cualquiera de las instancias o recursos e incluso, en fase de ejecución de sentencia⁸³ cuando además, la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios de dicho órgano⁸⁴.

⁸¹ Para introducir esta posibilidad, la disposición final tercera – apartados 2, 3, 4 y 5 – de la Ley de mediación, modifica los artículos 39, 63.1 párrafo primero, 65.2 y 66 de la LEC.

⁸² S. Torres Escámez, *ult. op. cit.*

⁸³ Art. 19.3 LEC en relación con el apartado primero del mismo precepto que se modifica por la disposición final segunda apartado 1 del Real Decreto-ley, para incluir la posibilidad de que los litigantes puedan someterse a mediación.

⁸⁴ H. SOLETO MUÑOZ, «La mediación vinculada a los tribunales», en *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* dirigido por H. Soletto Muñoz, Tecnos, Madrid, 2011, p. 251. En el mismo sentido, M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Reus, Madrid, 2009, pp. 189 y 190.

La Ley de mediación no se aplicará, al menos para los conflictos transfronterizos, siguiendo lo dispuesto en el art. 3.a) párrafo segundo in fine y Considerando 12 de la Directiva 2008/52/CE, a las gestiones que para resolver el litigio realice el órgano jurisdiccional competente en el curso del proceso judicial referente a ese litigio. Esta razón nos lleva a rechazar la posibilidad de que el juez que está conociendo del asunto actúe como mediador⁸⁵, así como la conciliación judicial. Sin embargo, no impide que el juez que está conociendo del litigio pueda derivar a las partes a mediación, así, el art. 3.a) de la Directiva señala que *“este procedimiento puede ser [...] sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional”*⁸⁶ y el art. 5 dispone que, *“el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso”*, puede *“proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio”*, pudiendo pedirles, asimismo, que acudan a una sesión informativa, *“si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesible”*⁸⁷.

De acuerdo con las posibilidades ofrecidas por la Directiva, la Ley de mediación modifica el art. 414.1 párrafo segundo LEC⁸⁸ para dar al juez la posibilidad de que, en la audiencia previa, si no se ha realizado antes, informe a las partes de la posibilidad de recurrir a la mediación, *“en cuyo caso éstas indicarán en la au-*

⁸⁵ M. Blanco Carrasco, *op. cit.*, p. 189. Expresamente se excluye interpretando a sensu contrario el Considerando 12 y el art. 3.a) párrafo segundo Directiva 2008/52/CE que contempla la mediación *“llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio”*. Consideramos acertada esta exclusión puesto que uno de los principales motivos por los que según la doctrina no ha tenido tanto éxito la conciliación intrajudicial ha sido porque se le encomiendan al mismo juez que juzga la función de conciliar, siendo muy alto el riesgo de prejuzgar. M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, La Ley, Madrid, 2010, p. 33.

⁸⁶ El término órgano jurisdiccional supone que no se tenga por qué limitar únicamente al juez, pudiendo facultarse a los secretarios judiciales.

⁸⁷ El Considerado 12 incluye dentro del ámbito de aplicación de la Directiva los supuestos en los que un órgano judicial remite a las partes a mediación y el Considerando 13 establece que el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales el poder de indicar a las partes la posibilidad de acudir a la mediación, cuando resulte adecuado.

⁸⁸ Disposición final tercera apartado 10 de la Ley de mediación.

diencia su decisión al respecto y las razones de la misma". No entendemos bien la finalidad de tener que argüir las razones⁸⁹. Quizá sea para tenerlo en cuenta a la hora de imponer las costas. El art. 395.1 segundo párrafo LEC⁹⁰ sólo impone las costas al demandado que se allana antes de contestar a la demanda al apreciar mala fe si antes de presentarse la demanda se hubiera iniciado un procedimiento de mediación. No cabría, sin embargo, aplicarlo en este supuesto ya que el procedimiento de mediación no habría llegado ni siquiera a iniciarse⁹¹ y es posible que el demandado haya contestado a la demanda.

Además de informar a las partes, la Ley de mediación permite al tribunal, en atención al objeto del proceso⁹², invitar a las partes a intentar un acuerdo a través de un procedimiento de mediación, "*instándolas a que asistan a una sesión informativa*" (art. 414.1 párrafo cuarto LEC). Serán las partes, las que en última instancia decidirán si acudir o no a la mediación⁹³. Por eso, bajo mi punto de vista, no plantea ningún problema respecto del principio de voluntariedad ya que las partes quedan siempre en libertad para decidir asistir o no. Ahora bien, como la información de qué parte acudió a la sesión informativa no es confidencial (art. 17.1 párrafo primero de la Ley de mediación) podría entenderse si, al igual que antes, el juez puede tenerlo en cuenta al imponer las costas⁹⁴.

Si las partes, en uno u otro caso, deciden someter el asunto a mediación, podrán solicitar la suspensión del proceso según lo

⁸⁹ J. BONET NAVARRO, «Primeras críticas en torno a ciertas implicaciones procesales del RDL 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles». En www.derechoproc.blogspot.com [consultado el día 9 de marzo de 2012].

⁹⁰ Modificación operada por la disposición final tercera apartado 9 de la Ley de mediación.

⁹¹ J. BONET NAVARRO, *op. cit.*

⁹² No en todos los casos la mediación es recomendable. J. ZAPATERO GÓMEZ, J.R. SÁEZ VALCÁRCEL, J.P. ORTUÑO MUÑOZ, *ult. op. cit.*, p. 5.

⁹³ E. GONZÁLEZ PILLADO, «Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica» en *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* dirigido por H. Soletto Muñoz, Tecnos, Madrid, 2011, p. 360.

⁹⁴ F. RODRÍGUEZ PRIETO, «El Real Decreto-ley regulador de la mediación civil y mercantil». En www.hayderecho.com [consultado el día 7 de marzo de 2012].

dispuesto en el art. 19.4 LEC (art. 415.1 párrafo tercero LEC). Terminada la mediación sin acuerdo, cualquiera de ellas puede solicitar que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la audiencia (art. 415.3 LEC)⁹⁵.

Las mismas posibilidades que en el juicio ordinario se han previsto en el juicio verbal. De hecho, se han copiado literalmente los mismos preceptos, lo que ha provocado algún error. Si bien, en el primer caso, será el secretario judicial, en la citación para la vista, el que informará a las partes de la posibilidad de acudir a la mediación (art. 440.1 de la LEC) y, en el segundo, será el tribunal el que, en atención al objeto, invite a las partes a acudir a una mediación instándolas a que asistan a una sesión informativa (art. 443.3 LEC)⁹⁶. Para ello, podrán solicitar la suspensión del proceso conforme a lo previsto en el art. 19.4 de la LEC.

Podemos entender que en los procesos de familia, tales como el procedimiento de separación o divorcio o guarda y custodia de menores, en los que se han llevado a cabo numerosas experiencias piloto y existe hasta un protocolo de actuación⁹⁷, se le reconoce también al secretario judicial y al tribunal esta posibilidad ya que, con carácter general, los procesos a que se refiere el Título I del Libro IV de la LEC se sustanciarán por los trámites del juicio verbal⁹⁸, con las particularidades que para cada procedimiento concreto establezca la propia ley.

En cuanto al momento procesal señalado para la remisión en el juicio ordinario, la audiencia previa es el más adecuado, pero también existen otros momentos en los que es recomendable la

⁹⁵ Redacción dada en ambos casos, por la disposición final tercera apartado 11 de la Ley de mediación.

⁹⁶ Modificados por la disposición final tercera apartados 13 y 14 de la Ley de mediación.

⁹⁷ *“Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia”* de 2008, elaborado en base a las experiencias en varios juzgados. Se puede consultar en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/MediacionQue_es_la_mediacion/Protocolos_y_proyectos_piloto/Protocolo_para_la_implantacion_de_la_mediacion_familiar_intrajudicial_en_los_juzgados_y_tribunales_que_conocen_de_procesos_de_familia.

⁹⁸ Nos estamos refiriendo a procesos cuyo objeto sea disponible.

remisión, por ejemplo, en fase de ejecución de sentencia⁹⁹. En los procesos de familia es factible hacerlo, por ejemplo, en fase de medidas provisionales o en fase de ejecución, variando en este caso el momento, dependiendo de las medidas a ejecutar¹⁰⁰. Por lo que, consideramos que se debería dejar libertad al tribunal para que lo realice cuando lo considere más adecuado.

Con el establecimiento de estas normas parece haberse tenido algo en cuenta, las experiencias pilotos y protocolos de actuación que, auspiciados y apoyados por el CGPJ y sustentados por Comunidades Autónomas, Universidades, Ayuntamientos o Colegios profesionales¹⁰¹, se están llevado a cabo en diversos tribunales españoles, tanto en el ámbito penal y familiar como después, en el social y civil y, en la actualidad, en el ámbito mercantil¹⁰² y contencioso-administrativo, que se está estudiando.

No ha optado la Ley de mediación, aunque la Directiva lo permita, por otorgarle al órgano judicial la facultad de derivar a las partes con carácter obligatorio a una sesión informativa, lo que según algunos autores puede resultar muy conveniente en algunos casos¹⁰³. Tampoco contempla la legislación española la posibilidad ofrecida por el art. 3 de la Directiva de que la media-

⁹⁹ Esta es una de las conclusiones a las que se llegó en el "Taller Civil". H. SOLETO MUÑOZ, *ult. op. cit.*, p. 277.

¹⁰⁰ Por ejemplo, si se trata de ejecutar medidas personales sería, una vez presentada la demanda de ejecución, y antes de despachar ejecución tras la audiencia a la otra parte y a la vista de sus alegaciones. Vid. Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los juzgados y tribunales que conocen de procesos de familia, *cit.*, p. 13.

¹⁰¹ J. ZAPATERO GÓMEZ, J.R. SÁEZ VALCÁRCEL, J.P. ORTUÑO MUÑOZ, *ult. op. cit.*, p. 10.

¹⁰² Tanto los proyectos piloto como los protocolos de actuación, así como, toda la información relativa a la mediación: órganos judiciales donde se están llevando a cabo proyectos piloto, normativa y jurisprudencia relacionada con la mediación, bibliografía.... pueden ser consultados en la página web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion>.

¹⁰³ R. LUQUÍN BERGARECHE, *op. cit.*, pp. 100 y 101. Precisamente una de las Conclusiones a las que se llegó en el Curso de la Escuela Judicial, en el que se analizaron las experiencias piloto llevadas a cabo desde 2006 en diversos tribunales españoles, fue esa y es que, en la práctica se había observado que las partes no solicitaban la suspensión del proceso para someterse a mediación. J. ZAPATERO GÓMEZ, J.R. SÁEZ VALCÁRCEL, J.P. ORTUÑO MUÑOZ, *ult. op. cit.*, p. 10.

ción “sea llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio”, lo que podría ser beneficioso siempre que los jueces cuenten con la adecuada formación específica y tengan experiencia. Sin embargo, pensamos que en la actualidad con la sobrecarga que padecen los tribunales, carece de verosimilitud esta solución.

4.3 Voluntariedad en el mantenimiento de la mediación y conclusión del procedimiento. – El principio de voluntariedad también se manifiesta en que son las partes las que deciden libremente mantenerse en la mediación una vez iniciada como el modo en que va a concluir, si con acuerdo o sin él¹⁰⁴. Por eso, el art. 6.3 de la Ley de mediación dispone que: “nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo” y el art. 22.1 permite que, en cualquier momento, cualquiera de las partes pueda dar por finalizada la mediación sin necesidad de alegar causa alguna.

Este principio, al igual que el de imparcialidad y neutralidad, quiebra cuando el art. 22.1 de la Ley de mediación limita la libertad y autonomía de las partes al permitir al mediador dar por terminado el procedimiento “cuando aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables”, lo que puede impedir a éstas la adopción de un acuerdo.

La voluntariedad durante el proceso de mediación es resalta en el Considerando 13 de la Directiva 2008/52/CE en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y deben poderlo organizar y darlo por terminado en cualquier momento. De este modo, el art. 10.1 de la Ley de mediación dispone que “sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente”. Este precepto, que es también manifestación de la flexibilidad del procedimiento, significa que las partes tienen libertad para designar al mediador o mediadores que guiarán el procedi-

¹⁰⁴ B. ANDRÉS CIURANA, *op. cit.*, p. 66. En este sentido se pronuncian también las normas autonómicas. Por ejemplo, el art. 4 Ley Valenciana, art. 8.2 Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (en adelante Ley castellano-manchega)...

miento¹⁰⁵, pudiendo rechazarlo y nombrar a otro si así lo estiman conveniente (art. 22.2 de la Ley de mediación); también podrán elegir el lugar donde se va a celebrar el procedimiento y la lengua en la que se van a llevar a cabo las actuaciones¹⁰⁶. El principio de voluntariedad y de autoorganización del procedimiento también se manifiesta en materia de costes, serán las partes las que decidirán como se reparten siendo la regla subsidiaria la división por partes iguales (art. 15.1 de la Ley de mediación). El que el mediador guíe y dirija el proceso no disminuye en modo alguno la autonomía de la voluntad de las partes¹⁰⁷; éste deberá estar en continuo contacto con las mismas puesto que, de no estar de acuerdo, las partes pueden retirarle del mismo¹⁰⁸ sin que termine la mediación salvo que no lleguen a nombrar uno nuevo (art. 22.2 de la Ley de mediación).

Una de las más importantes manifestaciones del principio de voluntariedad en la mediación se da precisamente en su conclusión, y es que las partes no están obligadas a adoptar un acuerdo: así lo dispone el art. 6.3 de la Ley de mediación y la Exposición de Motivos apartado IV¹⁰⁹. La solución del conflicto depende de la voluntad de las partes y nunca va a poder ser impuesta por el mediador¹¹⁰. En el caso de que quieran adoptar un acuerdo son totalmente libres para hacerlo hasta el punto de que el acuerdo, si las partes así lo creen conveniente, *“puede versar sobre una par-*

¹⁰⁵ Vid. art. 16.1.a) y 19.1.b) de la Ley de mediación.

¹⁰⁶ Así se infiere del art. 16.1.a) y del art. 19.1.g) de la Ley de mediación, puesto que en la sesión constitutiva las partes han de estar conformes sobre *“el lugar de celebración y la lengua del procedimiento”*.

¹⁰⁷ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 723.

¹⁰⁸ Comentarios del Instituto Español para la Mediación al Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles de 28 de abril de 2010 (en lo sucesivo Comentarios del Instituto para la Mediación). www.iemediacion.com [consultado el día 3 de Mayo de 2011].

¹⁰⁹ Señala que, la Ley de mediación *“se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar, siempre bajo la premisa de que alcanzar un acuerdo no es algo obligatorio [...]”*. En la definición de mediación en el art. 1 de la Ley de mediación, se pone de relieve la libertad que tienen las partes para adoptar el acuerdo.

¹¹⁰ B. ANDRÉS CIURANA, *op. cit.*, p. 66.

te o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación" (art. 23.1 apartado 1 de la Ley de mediación). El hecho de que la mediación tenga un carácter voluntario y que el acuerdo, si llega a adoptarse, se haga de forma voluntaria, implica, según el Considerando 6 de la Directiva 2008/52/CE, un mayor grado de probabilidad en su cumplimiento de forma voluntaria¹¹¹. No obstante, y dado el riesgo de que se incumpla la Ley de mediación lo dota de eficacia ejecutiva si es elevado a escritura pública u homologado judicialmente¹¹².

Por último, la voluntariedad también alcanza al mediador en el sentido en que, puede decidir si participar como mediador, renunciar a continuar con el procedimiento (artículos 13.3 y 22.2 de la Ley de mediación) y dar por finalizada la mediación si aprecia de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables (art. 22.1 de la Ley de mediación).

5. *Imparcialidad*. – La imparcialidad es uno de los principios fundamentales de la mediación que debe regir en todo momento la actuación del mediador. Desde un principio, ha sido contemplado en los documentos comunitarios¹¹³. Entre ellos, destaca por

¹¹¹ J.F. MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, Madrid, 2009, p. 35.

¹¹² Vid. artículos 25 a 27 de la Ley de mediación y art. 517.2 apartado dos y tres de la LEC.

¹¹³ En el apartado 10 de la Recomendación nº R (98) 1, sobre Mediación Familiar se describe la mediación como "el proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral [...]". Igualmente, al señalar los principios que deben guiar los procesos de mediación se hace referencia a que "el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes". En el Considerando 10 de la Recomendación 2001/310/CE se estipula que: "debe garantizarse la imparcialidad de los procedimientos de resolución de litigios para tener la certeza de que todas las partes confían en su equidad". Ha de garantizarse la imparcialidad de la(s) persona(s) que son responsables del procedimiento. El art. II.A) describe qué medidas se adoptan para garantizarla, entre otras, "las personas responsables no tendrán ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes y facilitarán a ambas partes información sobre su imparcialidad y competencia antes de que comience el procedimiento". El Libro Verde, *cit.*, p. 6, subordina la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos a que se trate de procedimientos extrajudiciales de resolución

su claridad y por haber sido utilizado como referente para redactar la Ley de mediación alumbrada en España, el Código de conducta europeo para mediadores. En España, en algunas normas autonómicas aparece regulado de forma conjunta con la neutralidad¹¹⁴, llegando incluso a veces a no delimitar con nitidez ambos principios¹¹⁵.

La imparcialidad significa que el mediador debe mantener siempre una posición de equilibrio y equidistancia respecto de las partes en conflicto¹¹⁶, sin tomar partido por ninguna de ellas, respetando los intereses de ambas¹¹⁷ y, por consiguiente, garantizando la igualdad de trato a lo largo de todo el proceso¹¹⁸. Sobre estas premisas se ha configurado el principio de imparcialidad en la Ley de mediación como uno de sus principios informadores, disponiendo en el art. 7: *“en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de*

de conflictos *“aplicados por un tercero imparcial”*. Asimismo, a lo largo de todo el Libro Verde se asocia la imparcialidad con una de las garantías mínimas de calidad que deben ofrecer los ADR (Vid. como ejemplo, Libro Verde, *cit.*, p. 31). Por último, y además del Código de conducta europeo para mediadores, la Directiva 2008/52/CE en el Considerando 17 contempla éste al tratar de los mecanismos de control de calidad de los servicios prestados: *“Los mencionados mecanismos (...) deben aspirar a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente”*. En el art. 3.b), al describir quién es el mediador, alude a *“todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente”*. Para garantizar que se logra practicar de esa forma la mediación, se establece en el art. 4.2 la necesidad de que los Estados miembros fomenten la formación inicial y continua de mediadores.

¹¹⁴ Así lo hace, entre otras, la Ley catalana en el art. 6.

¹¹⁵ Esto sucede, como apunta García Villaluenga, en el art. 4 c) de la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (en adelante Ley madrileña) que se refiere conjuntamente a ambos, para distinguirlos después en su finalidad. L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 749.

¹¹⁶ J. GUILLERMO PORTELA, «Características de la mediación» en *Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* coordinado por H. Soletto Muñoz, y M. Otero Parga, Tecnos, Madrid, 2007, p. 220.

¹¹⁷ M. GARCÍA TOMÉ, «Técnicas de Mediación familiar», Curso de Mediación Familiar, Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia, Salamanca, 1999-2000 *apud* A.J. SASTRE PELAEZ, *op. cit.*

¹¹⁸ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 727.

*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*¹¹⁹.

De la definición recogida por la Ley destacan dos cosas:

1. La imparcialidad supone por un lado, en relación con el principio de igualdad de partes y equidad, que el mediador ha de garantizar que las partes tengan igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y respetando los puntos de vista y los intereses expresados por ambas (art. 7 de la Ley de mediación)¹²⁰.

Dado el clima de equilibrio y equidad que debe reinar en la mediación, *“una posición dominante, ostentada por alguna de las partes, impediría el desarrollo de una verdadera mediación”*, como ha puesto de manifiesto Martín Diz¹²¹. Por esta razón, la existencia de situaciones de violencia, amenaza, coerción, intimidación..., de forma paradigmática, la violencia de género, de una parte sobre la otra impide la celebración o continuación de la mediación al no poder garantizar el mediador un verdadero equilibrio de poder de las partes¹²². A diferencia de algunas leyes autonómicas, como la Catalana que en su art. 6.1 faculta al mediador para no iniciar¹²³ o interrumpir el procedimiento de mediación iniciado¹²⁴ si no puede garantizar la igualdad de poder en-

¹¹⁹ El art. 21.1 de la Ley de mediación también señala que, el mediador en las sesiones que se celebren, facilitará la exposición de las posiciones de las partes *“y su comunicación de modo igual y equilibrado”*.

¹²⁰ Sigue en este sentido al art. 2.2 del Código de conducta europeo para mediadores. A pesar de que el precepto se refiera a “posiciones” habría que entenderlo como las “necesidades” o “intereses”. Con la mediación se trata de buscar y satisfacer los intereses que subyacen a las posiciones (no sólo lo que las partes demandan de forma explícita) sino las verdaderas necesidades que presentan. J.F. MEJÍAS GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

¹²¹ F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 70.

¹²² *Ult. loc. cit.*

¹²³ También art. 17 Ley castellano-manchega.

¹²⁴ En el mismo sentido: art. 6.1 Ley catalana, art. 5.4 Ley cántabra, art. 5.4 Ley vasca, art. 4.4 Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares que deroga la anterior del año 2006 (en adelante Ley balear)...

tre las partes y la libertad de decidir, especialmente en situaciones de violencia y en particular, en el ámbito de la pareja o familiar, la Ley de mediación no recoge una previsión similar, lo que pensamos que sería conveniente hacer. La única posibilidad de algo de este tenor sería que lo pudiéramos entender incluido en el art. 22.1 de la Ley de mediación¹²⁵, dentro de la posibilidad que se le concede al mediador de dar por terminado el procedimiento de mediación cuando aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o dentro de esas "*otras causas que pueden determinar la terminación del procedimiento*". La justificación viene dada en el art. 87 ter 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹²⁶, que establece de forma clara la prohibición de mediar en todos los casos de violencia de género.

La posibilidad prevista en el art. 22.1 de la Ley de mediación, en mi opinión, sólo tendría sentido con la finalidad de garantizar el equilibrio de las partes y así se debería prever de forma expresa en la Ley de mediación¹²⁷, ya que de lo contrario, supondría un atentado contra el principio de imparcialidad, además del de voluntariedad y neutralidad, puesto que la finalización del procedimiento puede ser más beneficiosa para una de las partes¹²⁸. Si no es así, este precepto debería ser suprimido¹²⁹.

La igualdad de partes que debe inspirar el principio de imparcialidad y que abarca todo el procedimiento de mediación, como ha sostenido Martín Diz, no debe entenderse en el sentido de que el acuerdo alcanzado deba ser equitativo, ya que si las

¹²⁵ Sigue en este sentido lo dispuesto en el art. 3.2 del Código de conducta europeo para mediadores.

¹²⁶ Introducido en virtud del art. 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Vid. sobre la mediación y violencia de género, F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, pp. 395-401.

¹²⁷ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 728.

¹²⁸ Informe del CGPJ, *cit.*, p. 62.

¹²⁹ Una de las opciones posibles es que el mediador ejerza su derecho a renunciar (art. 13.3 de la Ley de mediación). Si las partes no nombran a otro nuevo pues terminaría el procedimiento (art. 22.2 de la Ley de mediación). De esta forma se deja en manos de las partes la última decisión sobre su continuación. Informe del CGPJ, *cit.*, p. 62.

partes así lo han consentido puede ser más beneficioso para alguna de ellas¹³⁰.

2. El principio de imparcialidad supone, como venimos afirmando, que el mediador no puede tomar partido por ninguna de las partes. De ahí, que en el art. 7 de la Ley de mediación se disponga que *“el mediador no pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”*. Para garantizar la actuación imparcial del mediador, éste en caso de que concurra alguna circunstancia que afecte a su imparcialidad, no podrá iniciar o, en caso de que se hubiera iniciado, deberá abandonar la mediación¹³¹. Así lo dispone el art. 13.4 de la Ley de mediación. En consonancia con ello, el art. 13.5 de la Ley de mediación, reproduciendo prácticamente de forma literal el art. 2.1 del Código de conducta europeo para mediadores¹³², obliga al mediador a que antes de iniciar¹³³ o de continuar la mediación revele cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien pudiera generar un conflicto de intereses¹³⁴. Tales circunstancias incluirán, en todo caso, según dicho precepto: *“a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial*

¹³⁰ F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 71.

¹³¹ Entendemos que entre esas circunstancias se incluyen las expresadas en el art. 13.5 de la Ley de mediación. La mayoría de las leyes autonómicas bajo el rótulo causas de abstención o incompatibilidades se pronuncian en el mismo sentido. Vid. art. 12 Ley castellano-manchega o art. 15 Ley madrileña.

¹³² La propia Exposición de Motivos de la Ley de mediación en el apartado IV reconoce que *“para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores”*. Mientras que en el Código de conducta europeo se protege la *“independencia”* del mediador vinculada al principio de imparcialidad, en la Ley de mediación se recoge dentro de la actuación del mediador como un deber en el art. 13. No obstante, hay que poner en conexión el art. 7 con el art. 13.4 y 5 de la Ley de mediación.

¹³³ El art. 17.1 párrafo segundo de la Ley de mediación señala que el mediador en la sesión informativa advertirá a las partes de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad.

¹³⁴ Este deber de revelar esta información, según señala el art. 13.5 último párrafo de la Ley de mediación, permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

con una de las partes. b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación y 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”.

No obstante, esa posible parcialidad del mediador puede ser salvada si las partes, advertidas del problema, consienten expresamente la intervención del mediador en concreto inicialmente encargado del caso. Esta excepción, justificada en aras del principio de autonomía de la voluntad, no supone una derogación del principio de imparcialidad, ya que, como sostiene García Villaluenga, para que se pueda iniciar o continuar la mediación en estos casos será necesario, además de que las partes lo dispensen, que el mediador considere que puede llevar a cabo la mediación de una manera imparcial, siendo garante y responsable en último término de la observancia escrupulosa de este principio¹³⁵.

Si el mediador no se abstiene de iniciar o continuar la mediación y/o no informa a las partes de alguna causa que afectara a su imparcialidad y las partes tuvieran conocimiento de ella, en virtud del principio de voluntariedad y flexibilidad del procedimiento, que les permite tanto decidir sobre el procedimiento como designar al mediador, podrán rechazarlo sin que ello suponga como señala el art. 22.2 de la Ley de mediación la terminación del proceso, salvo que no se llegase a nombrar un nuevo mediador. Por este motivo, no consideramos necesario que se consagre ni un procedimiento ni causas para la recusación puesto que las partes en cualquier momento pueden rechazar al mediador sin necesidad de alegar causa alguna¹³⁶. Adicionalmente, sí

¹³⁵ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 727. Dispone el art. 13.5 de la Ley de 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*”. En caso de que las partes presten su consentimiento pero éste no pueda asegurar su imparcialidad, deberá abstenerse de iniciar o continuar el procedimiento de mediación (art. 13.4 y artículos 13.3 y 22.2 de la Ley de mediación que recoge el derecho a renunciar del mediador).

¹³⁶ En algunas normas autonómicas se da a las partes la posibilidad de recusar al mediador. Art. 6.5 Ley catalana; art. 34.3 Ley cántabra, arts. 12.4 y 13.3 Ley gallega; art. 11.2 Ley castellano-leonesa; art. 20.2 Ley 3/ 2007 de 23 de mayo,

podrían exigir al mediador responsabilidad por los daños y perjuicios causados si se considera que no ha cumplido fielmente su encargo¹³⁷. Si estimamos, tal y como hacen algunos autores, que se trata de un contrato de prestación de servicios, la naturaleza de la responsabilidad del mediador sería contractual¹³⁸.

Si el mediador está cumpliendo o no con el principio de imparcialidad queda sujeto a un alto grado de apreciación subjetiva por las partes¹³⁹. Será la renovación constante del mediador como guía del procedimiento de mediación lo que acredite, como ha señalado García Villaluenga, que está cumpliendo con este deber¹⁴⁰.

6. *Neutralidad*. – El principio de neutralidad es un principio de la mediación que debe informar en todo momento la actuación del mediador. Sin embargo, no se hace una referencia expresa a éste en todos los textos europeos¹⁴¹; y en la mayor parte de las leyes autonómicas aparece vinculado al principio de imparcialidad, aludiéndose a ambos de forma conjunta¹⁴².

En el ámbito europeo hay que remontarse a la Recomendación nº R (98) 1, sobre Mediación Familiar que de forma esquemática pero bastante clara diferencia este principio del de imparcialidad. Así, en el apartado referente a los principios sobre la media-

de Mediación Familiar del Principado de Asturias (en adelante Ley asturiana); art. 14.3 Ley vasca; arts. 17.2 y 21 Ley andaluza y art. 11.4 Ley balear.

¹³⁷ Vid. art. 14 de la Ley de mediación. En algunas normas autonómicas se contempla el incumplimiento como una infracción grave, o incluso muy grave, que lleva aparejada la correspondiente sanción. Como ejemplo, arts. 30.b), 31.3.a) y 4.a) y 32.b) y c) Ley catalana.

¹³⁸ F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 190.

¹³⁹ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 728. El Código de conducta europeo para mediadores indica en su art. 2.2 que, “*el mediador se esforzará en demostrar su imparcialidad*”.

¹⁴⁰ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 730.

¹⁴¹ No se recoge ni en el Libro Verde, ni en el Código de conducta europeo para mediadores ni en la Directiva 2008/52/CE.

¹⁴² No son muchas, aunque cada vez más, las leyes que analizan la imparcialidad y neutralidad de forma separada. Sólo la Ley castellano-manchega (arts. 8.4 y 5), Ley asturiana (arts. 5 y 6), Ley vasca (art. 8 e) y f), Ley balear (art. 2 c) y d) y Ley aragonesa (art. 7 e) y f).

ción (III.I y II) dispone que “*el mediador es imparcial en sus relaciones con las partes*” y “*el mediador es neutral respecto al resultado del proceso de mediación*” sin que tenga poder para imponer una solución a las partes (III.IV). Por tanto, la neutralidad del mediador va referida a la actitud del mediador respecto del posible resultado del proceso¹⁴³.

El principio de neutralidad supone, en primer lugar, que el mediador carezca de capacidad decisoria, en el sentido de que no va a poder imponer ninguna solución a las partes. De ahí, que se califique como sistema autocompositivo, aun en los casos de evaluative mediation, por contraposición a los heterocompositivos, como el proceso judicial o el arbitraje en los que el juez o el árbitro dictarán una solución vinculante para las partes¹⁴⁴.

La Ley de mediación define el principio de neutralidad en el art. 8: “*las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13*”¹⁴⁵. La característica común que presentan prácticamente todas las normas autonómicas al tratar del principio de neutralidad en la mediación, es la necesaria ausencia de imposición por parte del mediador del resultado del proceso¹⁴⁶.

La Ley de mediación, tanto en el art. 1, al definirla, como en el art. 8, pone el acento en que las actuaciones de mediación habrán de permitir a las partes alcanzar un acuerdo “*por sí mismas*”, si bien, y a diferencia de lo que ocurría en el art. 10 del Anteproyecto y en las legislaciones autonómicas, no recoge una prohibición expresa al mediador de imponer una solución o medida concreta. Creemos necesario que tanto en la definición del art. 1 como en el art. 8 relativo a la neutralidad, o al menos en alguno

¹⁴³ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 730.

¹⁴⁴ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, pp. 226 y 237.

¹⁴⁵ En el mismo sentido, la Exposición de Motivos apartado I de la Ley de mediación recoge: “*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 [...]*”.

¹⁴⁶ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 731. Así se recoge, por ejemplo, en el art. 8.5 Ley castellano-manchega, art. 6.2 Ley catalana o art. 2.c) Ley balear, entre otras.

de ellos, se subraye de forma expresa ese mandato prohibitivo. Y es que, el que la Ley de mediación no haya señalado el carácter neutral – en el sentido de que el mediador carezca de capacidad decisoria –, unido a la supresión de un mandato prohibitivo en términos análogos a los expuestos y la remisión que el art. 1 hacía a los *“principios de esta ley”*, incluyendo al de neutralidad, más la referencia final del art. 1 *“a la intervención del mediador”*¹⁴⁷ sin más, hace que se dude aún más de cuál debe ser la intervención del mediador en el procedimiento de mediación¹⁴⁸.

A todo esto se añade la remisión expresa que el art. 8 de la Ley de mediación realiza al art. 13 en el que se regula la intervención del mediador en el proceso. En dicho precepto se le exige no sólo que *“facilite la comunicación entre las partes y que vele por que dispongan de la información y el asesoramiento suficientes”* sino que, además, desarrolle *“una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta ley”*. De un modo similar, la Exposición de Motivos apartado III de la Ley de mediación señala que *“el modelo de mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una intervención activa orientada a la solución de la controversia por las propias partes”*.

Será necesario interpretar qué significa que el mediador ha de adoptar una *“conducta activa”*, teniendo en cuenta que son las partes las que *“por sí mismas”* tienen que llegar a un acuerdo. Nos situamos ante una de las cuestiones más debatidas respecto a la función del mediador, que es la de si éste tiene capacidad para proponer alternativas de solución o no. En el ámbito anglosajón, en función de la intervención del mediador¹⁴⁹ se identifican dos

¹⁴⁷ El art. 1 se define la 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”*.

¹⁴⁸ Esas dudas ya se advertían en el Informe del CGPJ, que aconsejaba la inclusión del mandato prohibitivo en la definición de mediación. Si bien, las dudas quedaban disipadas al introducirse en el art. 10 del Anteproyecto la prohibición al mediador para imponer soluciones. Informe del CGPJ, *cit.*, p. 24. En la Ley de mediación, sin embargo, no se ha hecho.

¹⁴⁹ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, p. 144.

formas de hacer mediación¹⁵⁰. Por una parte, mediación facilitadora (“facilitative mediation”), que es la que se ha venido desarrollando en España¹⁵¹, en la que el mediador conduce el proceso y se esfuerza en facilitar la comunicación entre las partes y las ayuda a racionalizar los problemas, a identificar y comprender sus verdaderos intereses y los de la otra persona, de tal forma que éstas sean capaces de generar opciones para resolver el conflicto¹⁵², sin que en ningún caso el mediador pueda proponer soluciones¹⁵³. Por eso, se califica como sistema de gestión de conflictos porque la finalidad es gestionar un problema¹⁵⁴. Y, mediación evaluativa (“evaluative mediation”) es aquella en la que el mediador ayuda a las partes a encontrar una solución pudiendo hacer propuestas no vinculantes para las partes si lo considera necesario¹⁵⁵. Se califica como sistema de solución de conflictos porque el objetivo pretendido es que a través de la mediación se alcance la solución al conflicto¹⁵⁶. El Informe del CGPJ ya apuntó que: “*el dato de que el mediador no posea capacidad para imponer una solución no significa que no pueda formular propuestas de solución, o adoptar una actitud activa en busca del arreglo*”¹⁵⁷. Entiende el citado Informe que el Proyecto anterior y también la Ley de mediación puesto que sigue la misma regulación, se decanta por un modelo de mediación evaluativa que sería conforme con el régimen de la Directiva, que en este punto deja a las partes plena libertad para diseñar el modo en el que desean que se lleve a cabo el proceso de mediación y el calibre de la intervención del mediador (vid. su artículo 3.b/ in

¹⁵⁰ H. SOLETO MUÑOZ, *ult. op. cit.*, p. 249.

¹⁵¹ Es lógico dado que en España ha sido la mediación familiar la que ha tenido una mayor difusión.

¹⁵² J.P. ORTUÑO MUÑOZ y J. HERNÁNDEZ GARCÍA, «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», *cit.*, pp. 36 y 37.

¹⁵³ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, p. 231.

¹⁵⁴ F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁵ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, p. 144.

¹⁵⁶ F. MARTÍN DIZ, *ult. op. cit.*, p. 64.

¹⁵⁷ Informe del CGPJ, *cit.*, pp. 37 y 38.

fine)¹⁵⁸. Parece que es en este sentido en el que ha de interpretarse “*la intervención activa del mediador*”, y es que el mediador no podrá imponer soluciones, pero sí formular alternativas o propuestas de solución que las partes pueden decidir libremente si aceptar o rechazar¹⁵⁹. Esas propuestas nunca pueden ser recomendaciones formales ya que el Considerando 11 de la Directiva excluye “*los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales*”¹⁶⁰.

Sirva para justificar esta postura el que el Dictamen del Consejo de Estado apuntaba a que, si es en el sentido marcado por el Informe del CGPJ en el que ha de entenderse, sería conveniente que en el precepto en el que se regula la neutralidad se hiciera remisión expresa al art. 14 (ahora en la Ley de mediación, art. 13) “*en la medida que concreta el modo – “conducta activa” – en que ha de llevarse a cabo la mediación por parte del mediador*”¹⁶¹. Lo que en efecto tuvo plasmación expresa en el Proyecto anterior y ahora en la Ley de mediación, que no ha cambiado su regulación, modifi-

¹⁵⁸ En la definición de mediador, según este precepto, no incide el modo en que se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación, incluyéndose de esta forma la mediación evaluativa. Informe del CGPJ, *cit.*, pp. 37 y 38.

¹⁵⁹ Este precepto es reflejo del antiguo art. 2 de la Ley 18/2006, de 22 Noviembre, de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares antes de que haya sido derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar de las Islas Baleares, en el que se establecía la posibilidad de ofrecer propuestas. En la actualidad, se ha eliminado. Sigue, por tanto, los pasos de la mayoría de las leyes autonómicas en las que esta previsión no goza de especial predicamento ya que no es recomendable en las mediaciones familiares. Se rechaza expresamente la posibilidad de hacer propuestas en el art. 8.f) de la Ley vasca: el mediador “*deberá abstenerse de dar su opinión, sugerir o proponer acuerdos, siendo su obligación respetar los puntos de vista de las partes y preservar su igualdad en la negociación*”. En el mismo sentido, el art. 6.2 Ley cántabra.

¹⁶⁰ Esta exclusión va referida más bien a figuras distintas a la mediación como puede ser el “*informe de expertos*” o figuras análogas en países anglosajones en las que el tercero hace una recomendación formal. H. SOLETO MUÑOZ, *ult. op. cit.*, p. 250. Si bien, aunque el mediador hiciera recomendaciones formales, no debemos olvidar que la Directiva sólo es aplicable a los conflictos transfronterizos.

¹⁶¹ Dictamen del Consejo de Estado, *cit.*, consideración III. Observaciones letra k), punto ii.

cándose el art. 8, que regula la neutralidad, para pasar ahora a remitirse al art. 13.

La mayor parte de la doctrina señala que la neutralidad no supone únicamente que el mediador no pueda imponer a las partes un acuerdo, sino también que no puede orientar ni imponer a las partes su propia escala de valores¹⁶². Ahora bien, la neutralidad no debe confundirse con ausencia total de valores por parte de la persona mediadora, ni con su pasividad¹⁶³. De hecho, la mayor parte de la doctrina, tanto española como extranjera, coincide en señalar que una neutralidad absoluta en este sentido no sería posible, cuestionándose principalmente desde una perspectiva comunicacional¹⁶⁴. Como apunta Blanco Carrasco: *“el mediador ejerce sus funciones dentro de una cultura, la occidental y en el marco de unos valores sociales claramente determinados, como son los valores democráticos. A ello se une el hecho de que el mediador debe interactuar con las partes, dado que su intervención es activa, y en dicha interacción es muy complicado que no se viertan las formas de entender y sentir propias”*¹⁶⁵. La neutralidad se debe

¹⁶² A.J. SASTRE PELAEZ, *op. cit.* En este sentido, se pronuncia el art. 4.2 Ley madrileña.

¹⁶³ *Loc. cit.*

¹⁶⁴ Desde los postulados de la “Escuela transformativa” y desde “el modelo circular-narrativo” se arguye que la neutralidad axiológica del mediador no es una realidad sino un mito de la teoría de la mediación, impracticable en nuestros días. Vid. R. LUQUÍN BERGARECHE, *op. cit.*, p. 107.

¹⁶⁵ La influencia de la persona mediadora es inevitable en cualquier interacción humana: *“no podemos formar parte de una interacción sin contribuir a darle forma, moverla y dirigirla continuamente”*. J. FOLGER y T. JONES, *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Paidós-Mediación, Buenos Aires, 1997, p. 305 *apud* L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, p. 406. *“Las orientaciones de las personas mediadoras, sus concepciones explícitas o implícitas del conflicto, la justicia y la moral (Littlejohn, Sahilor y Pearce), su inclinación ideológica y su creencia sobre la naturaleza y el uso de la resolución de problemas (Folger y Bus), sus ideas acerca de cuáles son los relatos más creíbles (S. Cobb), la selección del lenguaje para influir en las percepciones de su propia credibilidad y orientación (Tracy y Spradlin), son factores que contribuyen a determinar de qué modo se despliega en última instancia el conflicto dentro de la mediación”*. A.J. SASTRE PELAEZ, *op. cit.*

*entender por tanto como la capacidad del mediador para dar un espacio a la forma de entender la vida y el conflicto propia de las partes, así como un lugar para que los sujetos conozcan y ejerzan su propia voluntad, siendo conscientes de que la mejor solución es la que las partes quieran y no la que el mediador entienda como tal*¹⁶⁶.

Ante la inevitabilidad de ciertas influencias, la cuestión radica, como han apuntado diversos autores¹⁶⁷, en especificar qué formas de influencia de la persona mediadora son aceptables y asumibles en el papel del mediador y cuáles no.

Por un lado, la Ley de mediación al adoptar el modelo de la “*evaluative mediation*” considera que el mediador puede hacer propuestas. Del mismo modo lo entiende Blanco Carrasco, quien opina que: “*el que el mediador ofrezca propuestas de solución no sólo es posible sino deseable y esperable*”¹⁶⁸. El mediador tiene una experiencia propia que puede permitirle presentar algunas soluciones no contempladas ni siquiera por las partes y que pueden ser adecuadas para sus intereses en aras a la resolución de la controversia¹⁶⁹. La cuestión radicaría en que las soluciones propuestas no sean las más adecuadas según la escala de valores y criterio del mediador, sino que ha de proponer las más adecuadas teniendo en cuenta los criterios, intereses y los valores de las partes en conflicto manifestadas a lo largo de todo el procedimiento de mediación¹⁷⁰. No obstante, advierte de que no se trata de una cuestión fácil pero que una neutralidad pura es prácticamente imposible¹⁷¹.

Otra parte de la doctrina considera que el principio de neutralidad implica que el mediador no pueda realizar propuestas de solución para el conflicto planteado¹⁷². García Villaluenga, te-

¹⁶⁶ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, p. 175.

¹⁶⁷ Entre ellos, A.J. SASTRE PELAEZ, *op. cit.* y L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 406.

¹⁶⁸ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, p. 232.

¹⁶⁹ *Loc. cit.*

¹⁷⁰ *Loc. cit.*

¹⁷¹ *Loc. cit.*

¹⁷² J.P. ORTUÑO MUÑOZ y J. HERNÁNDEZ GARCÍA, *ult. op. cit.*, p. 36 y C. ROGEL VIDE, «Los mediadores, sus obligaciones y su responsabilidad: comentario

niendo presente que la influencia del mediador es inevitable, entiendo que ello no debe significar la posibilidad de formular propuestas, mostrándose contraria a la regulación contenida en el Proyecto, y en consecuencia, también a la de la Ley de mediación¹⁷³, que en este punto es idéntica. El mediador debe trabajar con las partes y sus intereses, ayudándoles a generar propuestas, pero no que él las realice, ya que ha de respetarse en su más íntima esencia, en la de su formación, el principio de autonomía de la voluntad de las partes, esencial en la mediación¹⁷⁴. Ello, además, porque a mayor protagonismo de las partes para adoptar el acuerdo, mayor probabilidad de que lo cumplan voluntariamente¹⁷⁵. Se corre el peligro, si las propuestas no las hacen suyas las propias partes en conflicto, de que puedan excusarse en que *“yo no quería, pero como lo propuso el mediador”*¹⁷⁶. No obstante, como ha apuntado García Villaluenga, el que se excluya la referencia a la capacidad de propuesta del mediador no significa que en determinados conflictos no pueda utilizar técnicas más o menos directivas, pero no como obligación *“marco”* para todos los mediadores y en todas las mediaciones¹⁷⁷.

Como estamos poniendo de relieve, la posibilidad de que en la Ley de mediación se le atribuyan al mediador funciones de proposición no está exenta de debate. En mi opinión, y poniendo de relieve que se trata de una cuestión muy compleja, el mediador puede hacer propuestas, ya que por su experiencia puede proponer alternativas muy útiles para las partes pero impensables para ellas que podrían evitar posibles bloqueos en el proce-

crítico de los artículos 13, 16 y concordantes del anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2 (2010), p. 326.

¹⁷³ L. GARCÍA VILLALUENGA, «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», *cit.*, p. 733.

¹⁷⁴ Siendo diferente ayudar a generar propuestas que ofrecérselas. El plano principal o secundario en que se sitúan las partes es importante, según esta autora. L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 732.

¹⁷⁵ *Ult. loc. cit.*

¹⁷⁶ *Ult. loc. cit.*

¹⁷⁷ *Ult. op. cit.*, p. 751.

dimiento de mediación; ahora bien, siempre teniendo en cuenta que la propuesta debe ser lo más objetiva posible, atendiendo a los intereses y valores de las partes y no a los suyos propios, aunque ya advertimos que una neutralidad absoluta del mediador es imposible¹⁷⁸. Además, no debemos olvidar que serán las partes las que libremente decidirán si aceptan o no la propuesta del mediador poniendo fin a la controversia, sin que tenga ninguna consecuencia su rechazo. Son éstas las que tienen la capacidad decisoria sin que el mediador pueda imponer la solución. De este modo, el mismo art. 13.2 *in fine* se remite a los principios de la mediación¹⁷⁹.

Aunque entendemos que es factible que el mediador pueda realizar propuestas de solución, coincido con García Villaluen-ga, en que no puede establecerse como obligación marco para cualquier tipo de mediación¹⁸⁰. La principal función del mediador es intentar restaurar el diálogo y la comunicación entre las partes, ayudándolas a identificar sus necesidades e intereses, racionalizando los problemas, lo que les permitirá (a las partes) generar opciones que creen las condiciones adecuadas para adoptar un acuerdo¹⁸¹. Sólo en aquellos casos en los que las partes lo soliciten, atendiendo a las circunstancias, la materia del conflicto y los intereses, el mediador adoptará una conducta más activa, pudiendo proponer soluciones lo más objetivas posibles. Así, por ejemplo, en los conflictos en los que existen relaciones personales, como pueden ser los familiares, dada la naturaleza de las cuestiones debatidas, y la implicación de emociones, sentimientos ... la actitud del mediador, por lo general, debe ser facilitativa, orientada a la mejora o transformación de las relaciones¹⁸². Sólo en el caso de que las partes lo solicitaran podría el mediador presentar una propuesta. En el ámbito de las relaciones más estrictamente civiles y mercantiles, en las que los intereses

¹⁷⁸ Comentarios del Instituto para la Mediación, *cit.*

¹⁷⁹ Entre ellos, además del de neutralidad, el principio de voluntariedad que supone también que el mediador no puede imponer una solución.

¹⁸⁰ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. loc. cit.*

¹⁸¹ J. GUILLERMO PORTELA, *op. cit.*, p. 218.

¹⁸² E. CARRETERO MORALES, *op. cit.*

son básicamente económicos o empresariales, la conducta del mediador, demandada por las partes, será más activa o evaluativa, tendente a la búsqueda de una solución que ponga fin a la controversia¹⁸³.

Por último, este principio se ve modulado por lo establecido en el art. 22.1 de la Ley de mediación, al permitirse al mediador dar por terminado el procedimiento *“cuando aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables”*¹⁸⁴. Aunque el mediador no va a poder imponer una solución, sí va a impedir que las partes puedan hacerlo decidiendo la finalización del procedimiento¹⁸⁵.

7. Confidencialidad

7.1 *Introducción*. – La confidencialidad es un principio rector del proceso de mediación que se contrapone a la publicidad propia de los procesos judiciales¹⁸⁶. Así lo afirma la práctica totalidad de la doctrina que la califica como pieza esencial en la que se basa la metodología de la mediación¹⁸⁷ y de cuya observancia estricta, dependerá, en gran medida, el éxito de la misma¹⁸⁸.

Como ha señalado Viola Demestre, la confidencialidad permite crear el clima de confianza necesario para que las partes con franqueza y sinceridad expresen sus intereses y necesidades, buscando de este modo, *“la solución más razonada, mejor ajustada y conveniente a las circunstancias que concurran, sin temor a que sus palabras, documentos o informaciones vertidas sean utiliza-*

¹⁸³ *Loc. cit.*

¹⁸⁴ Este precepto es una copia de lo dispuesto en el art. 3.2 del Código de conducta europeo para mediadores.

¹⁸⁵ Informe del CGPJ, *cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁸⁶ F.-M. CORVO LÓPEZ, «El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar», *Aranzadi Civil-Mercantil*, 1 (2011), pp. 43-78. En www.westlaw.es [consultado el día 6 de mayo de 2011].

¹⁸⁷ Por todos, R. GIL NIEVAS, «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», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 768 (2008). En www.westlaw.es [consultado el día 4 de octubre de 2011].

¹⁸⁸ Por todos, E. CARRETERO MORALES, *op. cit.*

das en su contra, en otro medio de resolución de controversias, en general, un juicio posterior"¹⁸⁹.

La confidencialidad como principio rector de la mediación ha tenido un claro reflejo en todos los Instrumentos comunitarios sobre la materia ya desde la Recomendación nº R (98) 1, sobre Mediación Familiar¹⁹⁰ hasta el punto de que en el Libro Verde, además de ser el único principio que ha sido desarrollado¹⁹¹, se apunta a la confidencialidad como *"la condición sine qua non para el buen funcionamiento de las ADR, porque contribuye a garantizar la franqueza de las partes y la sinceridad de las comunicaciones durante el procedimiento"*¹⁹². También se refleja en los artículos 3.1 y 4 del Código de conducta europeo para mediadores. Especial relieve adquiere la confidencialidad en la Directiva 2008/52/CE, y es que, siendo consciente de la importancia que tiene en el procedimiento de mediación, considera necesario que la Directiva regule una serie de normas que estipulen *"un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil"* (Considerando 23). Ello lo hace en el art. 7 en el que, tras afirmar que la mediación debe llevarse a cabo de forma que se preserve la confidencialidad, impone a los Estados la obligación de garantizar que

"ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje,

¹⁸⁹ I. VIOLA DEMESTRE, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», *Revista de Internet, Derecho y Política*, 11 (2010). En <http://idp.uoc.edu> [consultado el día 6 de mayo de 2011]. Como ha apuntado Corvo López, la confidencialidad es clave para que la mediación resulte eficaz puesto que dada la vigencia del principio de voluntariedad sería difícil que se creara ese clima de confianza si no se garantiza que lo que las partes expresen no va a traspasar el espacio mediador salvo que lo haga en forma de acuerdo. F.-M. CORVO LÓPEZ, *op. cit.*

¹⁹⁰ El apartado III.VI dispone que, *"las discusiones que tengan lugar durante la mediación serán confidenciales y no podrán utilizarse posteriormente, salvo acuerdo de las partes o en los casos permitidos en el derecho nacional"*.

¹⁹¹ Vid. Libro Verde, *cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁹² Libro Verde, *cit.*, p. 32.

sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso”.

Empero, este principio no es absoluto¹⁹³, y al igual que hacían los Instrumentos anteriores, el art. 7 contiene una serie de excepciones a las que nos referiremos posteriormente. Esta regulación mínima, como a continuación veremos, ha sido tenida en cuenta en la redacción de la Ley de mediación española, pues no hemos de olvidar que supone la incorporación al Derecho español de la citada Directiva. No obstante, nada impide que los Estados puedan implantar medidas más estrictas con la finalidad de proteger la confidencialidad de la mediación (art. 7.2 de la Directiva).

A nivel nacional, en el ámbito autonómico, si bien con distinto alcance¹⁹⁴, la confidencialidad aparece definida como principio rector en todas las Leyes de Mediación que han sido promulgadas hasta la fecha.

Es esencial el papel del legislador estatal a la hora de garantizar la confidencialidad en un proceso judicial posterior. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2011 (RJ 2011\2616), fundamento jurídico 2º, admite la presentación como prueba de los acuerdos concertados en el transcurso de una mediación familiar. Para el Tribunal Supremo, tal aportación no infringe lo dispuesto por los artículos 281.1, 283.3 y 287.1 LEC y rechaza que la regla de confidencialidad establecida en el artículo 13 de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar en Cataluña contenga una prohibición de aportación al proceso de los acuerdos obtenidos en el transcurso de la mediación, sino que *“dicha confidencialidad se refiere únicamente a las “informaciones confidenciales”, pero no a lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial”*¹⁹⁵. Resulta, por tanto, necesario analizar el concepto y alcance que tendrá la confidencialidad.

7.2 Concepto y alcance. – La confidencialidad se define en el art. 9 de la Ley de mediación en un sentido negativo, ya que se

¹⁹³ I. VIOLA DEMESTRE, *ult. op. cit.*

¹⁹⁴ *Ult. loc. cit.*

¹⁹⁵ Sentencia citada por J.C. ORTIZ PRADILLO, *op. cit.*

impone tanto a las partes intervinientes como al mediador, como a las instituciones de mediación una obligación de no hacer (no revelar) “*la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento*” (de mediación)¹⁹⁶.

Avanzando un paso más, la confidencialidad, como apunta el Informe del CGPJ, también significa que esas informaciones no podrán ser presentadas como prueba en un eventual proceso judicial o arbitral que se instaurase con posterioridad entre las partes¹⁹⁷. Con todo esto, se pone de relieve una clara conexión entre mediación y proceso judicial. Teniendo en cuenta que en virtud del principio de voluntariedad las partes van a poder abandonar el procedimiento de mediación cuando lo estimen oportuno pudiendo acudir a la vía judicial o arbitral, se ha de garantizar que ni el mediador ni las partes ni otros terceros que interviengan vayan a poder revelar esos datos conocidos en virtud de la mediación practicada. De esta forma se evita que se use la mediación como medio para obtener información de cara a un proceso judicial o arbitral posterior¹⁹⁸.

La obligación del mediador – protegido por el secreto profesional – y de las partes intervinientes de no revelar “*la información que hubiera podido obtener derivada del procedimiento*” (art. 9.1 de la Ley de mediación), unida a que, la confidencialidad de la mediación y de su contenido impide, según el apartado segundo del art. 9 de la Ley de mediación¹⁹⁹, que ni los mediadores ni las personas que intervengan, “*estén obligados a 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*”²⁰⁰ debe ser entendida:

¹⁹⁶ I. VIOLA DEMESTRE, *ult. op. cit.*

¹⁹⁷ Informe del CGPJ, *cit.*, p. 38.

¹⁹⁸ P. ORTUÑO MUÑOZ, «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil», de 19 de abril de 2002 de la Comisión de las Comunidades Europeas”, IURIS-LA LEY, Barcelona, noviembre, 2003 *apud* L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, pp. 733 y 734.

¹⁹⁹ Es muy similar al art. 7 de la Directiva europea.

²⁰⁰ Con esta previsión se da cumplimiento a la obligación que impone el art. 7 de la Directiva 2008/52/CE. Del mismo modo lo establece el Libro Verde,

- a) Respecto de las partes, como una obligación legal de guardar secreto a los efectos del art. 307 LEC²⁰¹.
- b) Respecto al mediador y terceros profesionales, el deber de confidencialidad incluye que no vaya a poder ser llamado en calidad de testigo o de perito²⁰² en el seno de un ulterior procedimiento judicial relacionado con el objeto de la mediación practicada. Al quedar el mediador protegido por el secreto profesional (art. 9 de la Ley de mediación), se le concede permiso legal para no intervenir como testigo “*en función del deber de guardar secreto por razón de estado o profesión a que se refiere el artículo 371 LEC*”, como ya apuntó el Informe del CGPJ²⁰³.
En términos jurídicos, la confidencialidad se configura en la Ley de mediación como un deber u obligación²⁰⁴. En el caso del

cit., p. 32, tanto respecto a las partes: “*la información intercambiada entre las partes durante el procedimiento no debería admitirse como prueba en un procedimiento judicial o arbitral posterior*”, como respecto al mediador “*por otra parte, cuando la ADR no se hubiese visto coronada por el éxito, el tercero que hubiere intervenido en ella no debería poder ser citado como testigo ni intervenir como árbitro en el marco del mismo litigio, dado que en el transcurso del procedimiento pudiera haber tenido acceso a informaciones que un árbitro no siempre puede obtener*”.

²⁰¹ J.C. ORTIZ PRADILLO, *op. cit.*

²⁰² La exención de emitir dictamen y declarar como perito, tanto por el mediador como por cualquier tercero que intervenga en el procedimiento, se ha puesto de relieve en la disposición final tercera apartados 7 y 8 de la Ley de mediación que propone modificar dos preceptos de la LEC. Así, añade un apartado 3 al artículo 335 LEC, con la siguiente redacción: “*3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto*”. Igualmente, se modificaría el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 347 LEC: “*El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes*”.

²⁰³ Informe del CGPJ, *cit.*, p. 78.

²⁰⁴ Sin embargo, coincidimos con Corvo López en que es un derecho-deber tanto para el mediador como las partes. “*El mediador tiene el deber de no revelar la información obtenida en el proceso de mediación; pero, a la vez, tiene derecho a que no se le llame como testigo o perito en un eventual juicio posterior. Las partes (los mediados), por su parte, tienen derecho a que se mantenga en secreto lo tratado en mediación pero deben renunciar, al mismo tiem-*

mediador y los terceros profesionales que pudieran intervenir está relacionado estrechamente con el secreto profesional²⁰⁵, lo que convertiría a este principio en un derecho-deber²⁰⁶.

En la sesión informativa el mediador ha de explicar a las partes en qué consiste y el alcance de esta obligación²⁰⁷. Una vez finalizada la sesión informativa, y, en caso de que las partes decidan comenzar propiamente la mediación, éstas y el mediador dejarán constancia de la aceptación de la obligación de confidencialidad en el acta de la sesión constitutiva²⁰⁸. Son numerosos quienes opinan que el compromiso de cumplir el deber de confidencialidad tiene que ser por escrito, teniendo ello una función claramente garantista²⁰⁹. El deber de confidencialidad no cede con la firma del acuerdo final, en caso de que llegara a alcanzarse, sino que se mantiene una vez finalizado el procedimiento²¹⁰.

7.2.1 *Ámbito subjetivo.* – Del art. 9 de la Ley de mediación se desprende claramente que están sujetos a la confidencialidad el

po, a proponer al mediador como testigo o perito en un eventual proceso judicial posterior que tenga relación con lo tratado en mediación". F.-M. CORVO LÓPEZ, op. cit.

²⁰⁵ El art. 9.1 de la Ley de mediación así lo especifica y del mismo modo, el art. 7.1 de la Ley catalana. El secreto profesional está en conexión con la confidencialidad, en tanto no se puede revelar la información, pero para personas con un determinado perfil profesional. I. VIOLA DEMESTRE, *ult. op. cit.*

²⁰⁶ Así precisamente lo justifica el Grupo Unión Progreso y Democracia al formular la Enmienda nº 41 por la que se solicita la modificación de este precepto (BOCG, Serie A, de 24 de mayo de 2012, nº 6-7, p. 16).

²⁰⁷ Así podemos inferirlo del art. 17.1 párrafo segundo de la Ley de mediación cuando dispone que el mediador informará a las partes de las características de la mediación. Entre ellas, entendemos incluida su carácter confidencial.

²⁰⁸ M. BLANCO CARRASCO, *op. cit.*, p. 187. *El art. 19.1.f de la Ley de mediación indica que, en el acta de la sesión constitutiva se dejará constancia de que las partes aceptan someterse a la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas, entre éstas, entendemos que está la de confidencialidad. Respecto al mediador también el art. 14 de la Ley de mediación señala que, la aceptación del mediador lo obliga a cumplir fielmente el encargo.*

²⁰⁹ M.E. LAUROBA, I. BARRAL, J. TARABAL, I. VIOLA, «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *cit.*, p. 843.

²¹⁰ F.-M. CORVO LÓPEZ, *op. cit.*

mediador, las instituciones de mediación y las partes²¹¹. Es lógico que en la Ley de mediación se haya ampliado la obligación de confidencialidad a las instituciones de mediación ya que en sus archivos puede quedar constancia de las sesiones celebradas, documentos que no hayan de devolverse a las partes, el contenido del acuerdo...²¹². Aunque el apartado 1 no lo mencione también estarían sometidas al deber de confidencialidad, “*las personas que participen en el procedimiento de mediación*” a las que alude el apartado segundo del mismo precepto²¹³. Entendemos que podrían ser abogados que intervinieran asesorando a las partes, peritos o especialistas en alguna materia concreta sobre la que versara la controversia...

7.2.2 **Ámbito objetivo.** – En los apartados primero y segundo del art. 9 de la Ley de mediación se dice que es confidencial “*el procedimiento y la documentación utilizada en el mismo*”, que “*no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento*” o “*información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo*”.

Entendemos, con García Villaluenga, que el referirse a informaciones es hacerlo a todos los documentos, reuniones y declaraciones generados en el procedimiento de mediación²¹⁴. La confidencialidad respecto de las partes, no impide que la parte que hubiera aportado la documentación, la presente como prue-

²¹¹ El art. 9.1 de la Ley de mediación dice claramente: “*la obligación de confidencialidad se extiende al mediador [...], a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes*”. El Libro Verde, *cit.*, p. 39 advierte: “*la confidencialidad se impone tanto a las partes como a los terceros*”. No en todas las normas autonómicas, las partes están sometidas a la confidencialidad. M.E. LAUROBA, I. BARRAL, J. TARABAL, I. VIOLA, *ult. op. cit.*, p. 842.

²¹² El art. 22.1 párrafo segundo de la Ley de mediación alude a la creación de un expediente que se formará con los documentos que no hubieran de devolverse a las partes y que deberá conservarse y custodiarse, en su caso, por la institución de mediación por un plazo de cuatro meses.

²¹³ Esta referencia se incluye como consecuencia de la transposición del art. 7 de la Directiva europea que se refiere a “*las personas que participan en la administración del procedimiento*”.

²¹⁴ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, p. 736.

ba en un proceso judicial o arbitral posterior²¹⁵. El mismo art. 9.1 de la Ley de mediación dispone que “*la información se haya podido obtener derivada del procedimiento*”. Esta cuestión es muy compleja, sobre todo por lo que respecta a las partes. Hay quien considera que no están cubiertos por la confidencialidad, todos los documentos o instrumentos de pruebas producidos con anterioridad al proceso²¹⁶ o que, sí lo están salvo que la parte a quien favorezca no los haya obtenido de otro modo, sino como consecuencia de la mediación²¹⁷.

Se entiende que la confidencialidad hace referencia al carácter reservado del expediente que se formará con los documentos que no se hubiesen devuelto a las partes (art. 22.1 párrafo segundo de la Ley de mediación). Se declara igualmente confidencial la conversación individual (*caucus*) mantenida por el mediador con cualquiera de las partes sobre las materias que son objeto de mediación. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera dado²¹⁸, excepto si ha sido expresamente autorizado por la persona que ha proporcionado la información²¹⁹ (art. 21.3 de la Ley de mediación). No será confidencial sin embargo, la información de qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa (art. 17.1 de la Ley de mediación).

No es cuestión pacífica si la confidencialidad abarca o no al acuerdo de mediación²²⁰. No obstante, consideramos, junto con Corvo López, que al acuerdo, resultado último del procedimiento de mediación, no alcanza la confidencialidad²²¹, o al menos,

²¹⁵ I. VIOLA DEMESTRE, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», *cit.*

²¹⁶ J.M. ARIAS RODRÍGUEZ, «Reflexiones acerca de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles», *Revista del Poder Judicial*, 88 (2009), p. 163.

²¹⁷ R. GIL NIEVAS, art. *cit.*

²¹⁸ En el mismo sentido, el Libro Verde, *cit.*, p. 32.

²¹⁹ El art. 4 *in fine* del Código de Conducta europeo para mediadores consagra la necesaria autorización de la parte para que el mediador pueda revelar los datos a su adversario, salvo disposición legal en contrario.

²²⁰ M.E. LAUROBA, I. BARRAL, J. TARABAL, I. VIOLA, «La construcción institucional y jurídica de la mediación», *cit.*, p. 843.

²²¹ F.-M. CORVO LÓPEZ, *op. cit.*

no en el caso de que quisiera dotársele de eficacia ejecutiva a través de su elevación a escritura pública u homologación. Como argumento para defender que el acuerdo de mediación no está cubierto por la confidencialidad encontramos el art. 9, que se refiere únicamente a la *“información derivada del procedimiento de mediación”*. El procedimiento de mediación finaliza con el acta de la sesión final (art. 22.3 de la Ley de mediación). Adoptándose con posterioridad el acuerdo.

7.3 Excepciones. – Como ha señalado Viola Demestre, *“la confidencialidad no es un principio absoluto”*²²². La Ley de mediación, siguiendo los pasos de la Directiva, consagra una serie de excepciones que van a permitir que la información pueda ser revelada. No obstante, dada la importancia de este principio, las excepciones han de ser las estrictamente necesarias y consideramos que deben interpretarse de un modo restrictivo.

En su art. 7 la Directiva 2008/52/CE recoge tres posibles excepciones al principio de confidencialidad que venimos estudiando, si bien contempla la posibilidad de que los Estados miembros apliquen medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación: 1.El acuerdo en contrario de las partes. Dispone el art. 7, *“salvo acuerdo contrario de las partes”*; 2. Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público, por ejemplo, en orden a garantizar la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona (art. 7.1.a); 3.Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo (art. 7.1.b)²²³.

²²² I. VIOLA DEMESTRE, «La confidencialidad en el procedimiento de mediación», *cit.*

²²³ El Libro Verde, *cit.*, pp. 32 y 33, ya apuntaba a la posibilidad de que existieran excepciones a la obligación de confidencialidad, así *“las partes pueden, por ejemplo, decidir de común acuerdo que la totalidad o parte del procedimiento no sea confidencial. Una parte puede revelar tal o cual aspecto del procedimiento si está obligada a ello en virtud de una legislación aplicable. Por último, una parte puede revelar el acuerdo por el que se pone fin al litigio entre las partes si tal revelación fuere necesaria para la aplicación o la ejecución de dicho acuerdo”*. Respecto al mediador puede descartarse, *“si las partes del procedimiento de ADR están de acuerdo para que se revelen algunas de estas*

En el art. 9 de la Ley de mediación queda exceptuada la confidencialidad:

a) Cuando las partes – mediados –²²⁴ de manera expresa y por escrito dispensen del deber de confidencialidad.

Esta excepción, que es plenamente coherente con lo que se recoge en la Directiva 2008/52/CE, parece dar prevalencia al principio de voluntariedad y autonomía de la voluntad. Por eso, ha sido duramente criticada por parte de la doctrina. En este sentido, García Villaluenga pone de manifiesto que al igual que no puede negociarse sobre otros principios de la mediación, como la imparcialidad o la buena fe, la propia esencia de la mediación exige la confidencialidad²²⁵. Entiende que las partes sí podrían renunciar expresamente entre ellas a mantener dicho principio, pero que no deberían poder dispensar al mediador de la obligación de confidencialidad ni de que pueda ser llamado como testigo o perito a un proceso judicial²²⁶. Corvo López, entiende que el mediador también tendría que prestar su consentimiento²²⁷.

A su favor, podría argumentarse, como apunta Viola Demestra, que el principio de confidencialidad rige en beneficio de las partes (mediados) por lo que si ellas renuncian, el levantamiento de la confidencialidad habrá de vincular al mediador, a menos que suponga un perjuicio para terceros (ej. hijos menores)²²⁸.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Guarda este supuesto una estrecha conexión con lo previsto en el artículo 7.1.a) de la Directiva sobre la excepción de la

informaciones protegidas, o en caso de que el propio tercero, sometido por su profesión al secreto profesional, se vea obligado a revelar parte de dichas informaciones en virtud de la legislación aplicable". En el Código de conducta europeo para mediadores se exceptúa la confidencialidad en el caso de que haya razones legales o de orden público que así lo dispongan (art. 4).

²²⁴ F.-M. CORVO LÓPEZ, *op. cit.*

²²⁵ L. GARCÍA VILLALUENGA, *ult. op. cit.*, pp. 734 y 735.

²²⁶ *Ult. loc. cit.*

²²⁷ F.-M. CORVO LÓPEZ, *op. cit.*

²²⁸ I. VIOLA DEMESTRE, *ult. op. cit.*

confidencialidad por razones imperiosas de orden público. Efectivamente, se pretende evitar que el principio de confidencialidad se convierta en un obstáculo insalvable para la investigación de eventuales actuaciones ilícitas.

c) El último de los supuestos recogidos en la Directiva, el relativo a la necesidad de conocer el acuerdo con objeto de poder ejecutarlo o aplicarlo, aunque no se consagre de forma expresa en la Ley de mediación, está claro que se incluye. El acuerdo puede adquirir eficacia ejecutiva y convertirse en título ejecutivo si se eleva a escritura pública o se homologa judicialmente. Así, por ejemplo, para elevarlo a escritura pública, el art. 25 de la Ley de mediación exige que se presente al notario tanto el acuerdo como copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. Del mismo modo, el art. 550.1.1^o LEC²²⁹ requiere que a la demanda ejecutiva se acompañen copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento.

Tampoco se incluyen otras excepciones contempladas en diversas normas autonómicas como la relativa a la información que no sea personalizada y se utilice para finalidades de formación o investigación²³⁰ o a efectos estadísticos²³¹. En nuestra opinión no sería aplicable ya que las excepciones serán las expresamente previstas dada la importancia de este principio para el éxito de la mediación. No obstante, el mediador podría proponerlo y si las partes lo desean pues pueden acordar que respecto a esos aspectos no rija el principio de confidencialidad.

7.4 Incumplimiento: responsabilidad. – Finalmente, el apartado tercero del artículo 9 concluye que la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Respecto al mediador, el art. 14 de la Ley de mediación establece: *“la aceptación de la media-*

²²⁹ Modificado en virtud de la disposición final tercera apartado 20 de la Ley de mediación.

²³⁰ Por ejemplo, artículo 7.4. a) de la Ley catalana.

²³¹ Por ejemplo, artículo 11.2 c) de la Ley gallega.

ción obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hiciera, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren"²³². Respecto a las partes, la Ley de mediación no prevé las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento. Aunque no se diga nada en la Ley de mediación, teniendo en cuenta que asumen el deber de confidencialidad con la firma del acta de la sesión constitutiva, si estimamos que tiene naturaleza contractual, daría lugar a responsabilidad por incumplimiento contractual.

²³² Para ser mediador, el art. 11.3 de la Ley de mediación exige tener suscrito un seguro de responsabilidad civil.

ALBERTO CONTU

“TECNICHE DI INTERAZIONE COMUNICATIVA”
E FORMAZIONE DEL MEDIATORE. PROFILI ERMENEUTICI
DELL’ART. 18, COMMA 2, DEL D.M. 145/2011

SOMMARIO: 1. Oggetto. - 2. Il problema della formazione alla luce della normativa vigente in tema di mediazione. - 3. L’art. 18, co. 2, del d.m. 145/2011: “tecniche di interazione comunicativa” e contenuti della formazione in tema di abilità comunicativa del mediatore. - 4. Spunti di *pars construens* per una formazione di qualità rispettosa del dato normativo.

1. *Oggetto*. – Con l’introduzione del procedimento di mediazione nell’ordinamento italiano, si è resa necessaria una complessiva riflessione sulla portata dell’istituto, testimoniata da una vasta letteratura composta da commentari, monografie e saggi settoriali¹. L’attenzione di studiosi e operatori ha privilegiato un approc-

¹ Nell’impossibilità di citare la letteratura sul tema cfr., *ex pluris*, alcune delle più significative monografie e opere collettanee sul tema: *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso Marcheis, Giappichelli, Torino 2010; *Mediazione e conciliazione. Profili teorico-pratici*, a cura di G. Sciancalepore e S. Sica, Giappichelli, Torino 2010; *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Cedam, Padova 2010; *La mediazione civile*, a cura di F. Russetta, M. Caradonna, F. Novelli, Ipsoa, Milano 2011; *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di P.L. Amerio, E.M. Appiano, L. Boggio, D. Comba, G. Saffirio, Giuffré, Milano 2011; *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Cedam, Padova 2011; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino 2011; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino 2011; *Quaderni di conciliazione n. 1*, a cura di C. Pilia, Edizioni AV, Cagliari 2011; *Quaderni di conciliazione n. 2*, a cura di C. Pilia, Edizioni AV, Cagliari 2011; *Quaderni di conciliazione n. 3*, a cura di C. Pilia, Edizioni AV, Cagliari 2012; C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Edizioni AV, Cagliari 2012; *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,

cio prevalentemente giuridico alla mediazione, mentre il problema della formazione, che pure appare centrale nel nuovo disegno, ha finito per occupare uno spazio secondario. Nel variegato panorama degli studi pubblicati a partire dal 2010 non sono tuttavia mancati interventi sul problema della formazione dei mediatori (e, specularmente, della formazione dei formatori), anche se al tema si è fatto di solito riferimento in termini assai generali, senza che si sia proposta una lettura analitica delle peraltro scarse disposizioni ricavabili dalla normativa vigente². Come si tenterà di argomentare nel sèguito dell'analisi, oggetto privilegiato delle presenti brevi note è la particolare disposizione di cui all'art. 18, co. 2, del d.m. 145/2011³, nella parte relativa alle competenze richieste al mediatore in tema di comunicazione. La lettera f) del citato articolo, infatti, reca uno specifico riferimento alla formazione obbligatoria in tema di "tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa". Alle complesse questioni implicite in tale disposizione saranno dedicate alcune note, seguite da una proposta *de jure condendo*, estrapolate da un più ampio studio in fase di elaborazione.

2. Il problema della formazione alla luce della normativa vigente in tema di mediazione. – Per inquadrare il disposto di cui al citato art. 18, co. 2, lettera f), è necessaria una sua contestualizza-

M. Leo, Esi, Napoli 2012; *La mediazione*, a cura di G. Cassano, S. Defrancis, C. De Luca, L. Giannone, Cedam, Padova 2012; P.G. MISTÒ, *Normativa e procedura della mediazione*, Giappichelli, Torino 2012. In ciascuna delle voci riportate, sono presenti riferimenti al problema della formazione.

² Fa eccezione, in particolare, l'ottimo contributo di sintesi di P. STANZIONE, *Professionalità ed obblighi di aggiornamento. Formazione e deontologia del mediatore*, in *Quaderni di Conciliazione* n. 2, cit., pp. 177-192, che offre una complessiva e puntuale panoramica del tema.

³ Decreto 6 luglio 2011 n. 145 - *Regolamento recante modifica al d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. 28/2010*, pubblicato in "Gazzetta Ufficiale", n. 197 del 25 agosto 2011. L'art. 18 è dedicato ai "Criteri per l'iscrizione nell'elenco".

zione nell'ambito della normativa vigente. Se si prescinde dalla precedente normativa in tema di organismi di conciliazione⁴, alla quale peraltro la successiva normativa si è in più punti ispirata, il testo di partenza è dato dalla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio in data 21 maggio 2008⁵, che dedica al tema della formazione dei mediatori due significativi *loci*: il primo (Considerato n. 16) si limita a suggerire che “gli Stati membri dovrebbero incoraggiare [...] la formazione dei mediatori”; il secondo (art. 4, co. 2) stabilisce invece più precisamente che “*Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale competente in relazione alle parti*”. Dal combinato disposto del Considerato n. 16 e dell'art. 4, co. 2, emerge come la formazione dei mediatori rappresenti uno degli snodi fondamentali e qualificanti dell'istituto della mediazione. In particolare, nella Direttiva Europea

⁴ Si fa riferimento al D.M. 23 luglio 2004, n. 222, *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5*, pubblicato nella “Gazzetta Ufficiale” n. 197 del 23 agosto 2004, e in particolare all'art. 4, co. 4, che recita: “Il responsabile verifica in ogni caso:

a) i requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori per i quali, ove non siano professori universitari in discipline economiche o giuridiche, o professionisti iscritti ad albi professionali nelle medesime materie con anzianità di iscrizione di almeno quindici anni, ovvero magistrati in quiescenza, deve risultare provato il possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati presso il responsabile in base ai criteri fissati a norma dell'articolo 10, co. 5”. Il richiamato art. 10, co. 5 recita: “Il responsabile stabilisce i requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati a tenere i corsi di formazione previsti dall'articolo 4, co. 3, lettera d); in via transitoria, e finché non si sia autonomamente determinata, il responsabile applica i criteri elaborati dall'Unione italiana delle CCIAA per il corso di conciliazione di livello base, con una durata non inferiore a 32 ore di lezione, di cui almeno 16 ore di pratica e 4 ore per la valutazione, per un numero massimo di 30 partecipanti”.

⁵ Si tratta, precisamente, della *Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*, pubblicata nella “Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea”, L 136 del 24 maggio 2008.

sono individuate due fasi fondamentali della formazione che gli Stati membri devono promuovere: quella "iniziale", vale a dire la formazione di base comune, e quella "successiva", da ricondurre all'aggiornamento periodico obbligatorio. Ciò che conta, e che deve determinare il contenuto e la qualità dell'offerta formativa, sono tre indicatori essenziali: efficacia, imparzialità, competenza. Si noti che, anche in mancanza di una specifica indicazione in merito, l'acquisizione di tecniche comunicative appare implicita quanto meno in ordine al requisito della efficacia della mediazione.

Va peraltro segnalato come l'art. 60 della c.d. "legge-delega" 18 giugno 2009, n. 69⁶, nell'articolato elenco di principi e criteri direttivi a cui si deve attenere il Governo in materia di mediazione civile e commerciale, non menziona la formazione dei mediatori, che peraltro è implicita nella disposizione relativa ai requisiti per l'iscrizione dei mediatori al Registro degli organismi di conciliazione (art. 60, co. 3, lettera d).

È solo nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28⁷, che si ritrova una esplicita disposizione dedicata alla formazione, e precisamente all'art. 16, co. 5: *"Presso il Ministero della giustizia è istituito, con decreto ministeriale, l'elenco dei formatori per la mediazione. Il decreto stabilisce i criteri per l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti, nonché per lo svolgimento dell'attività di formazione, in modo da garantire elevati livelli di formazione dei mediatori.*

Con lo stesso decreto, è stabilita la data a decorrere dalla quale la partecipazione all'attività di formazione di cui al presente comma costituisce per il mediatore requisito di qualificazione professionale". Al di là del fatto che il d.lgs. 28 rimanda ad apposito successivo Decreto la concreta individuazione dei criteri a cui deve ispirarsi la formazione dei mediatori, è di notevole interesse rilevare il nesso stringente che deve intercorrere tra attività formativa e acquisizione di "elevati livelli di formazione dei me-

⁶ Legge 18 giugno 2009, n. 69, recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, pubblicata nella "Gazzetta Ufficiale" n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95.

⁷ Pubblicato nella "Gazzetta Ufficiale" n. 53 del 5 marzo 2010.

diatori”. Per la prima volta, in forma esplicita, la normativa italiana si sforza di tradurre le importanti direttive europee in materia.

Ulteriori specificazioni in tema di formazione sono infatti contenute nel d.m. 18 ottobre 2010, n. 180⁸, che si occupa sia della formazione dei mediatori, sia della formazione dei formatori.

Le due questioni saranno perciò ricostruite distintamente.

a) *La formazione dei mediatori.* Al riguardo, assume centrale importanza l’art. 4, co. 3, lettera b), in cui è presente il riferimento al *“possesso di una specifica formazione e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, acquisiti presso gli enti di formazione in base all’articolo 18”*⁹. In questa specifica disposizione rileva, in particolare, il riferimento della Direttiva Europea alla formazione *“iniziale” e “successiva”*, vale a dire al duplice aspetto di una formazione di base *“specifica”* (erogata secondo criteri professionalizzanti) e di un altrettanto specifico (e non meno importante) aggiornamento periodico. A confermare la centralità della formazione nella definizione dell’istituto della mediazione si pone l’intero Capo V del d.m. 180 (*“Enti di formazione e formatori”*), che all’art. 18, co. 2, lettere f) e g), introduce una disciplina assai più dettagliata, riferita sia alla formazione di base sia all’aggiornamento, con l’indicazione delle materie obbligatorie oggetto della formazione del mediatore: *“f) la previsione e la istituzione di un percorso formativo, di durata complessiva non inferiore a 50 ore, articolato in corsi teorici e pratici, con un massimo di trenta partecipanti per corso, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti, e in una prova finale di valutazione della durata minima di quattro ore, articolata distintamente per la parte teorica e pratica; i corsi teorici e pratici devono avere per oggetto le seguenti materie: normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione, metodolo-*

⁸ Decreto 18 ottobre 2010 n. 180 - *Registro degli organismi di mediazione e elenco dei formatori per la mediazione*. 4 novembre 2010. *Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell’articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.*

⁹ Così come modificato dall’art. 2, co. 1, del D.M. 145/2011.

gia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione e relative tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice, efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione, forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione, compiti e responsabilità del mediatore; g) la previsione e l'istituzione di un distinto percorso di aggiornamento formativo, di durata complessiva non inferiore a 18 ore biennali, articolato in corsi teorici e pratici avanzati, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti ovvero, in alternativa, di sessioni di mediazione; i corsi di aggiornamento devono avere per oggetto le materie di cui alla lettera f)"¹⁰.

In questa sede non è necessaria una analitica disamina delle molte questioni relative alla definizione complessiva degli standard della formazione e alle materie oggetto della formazione obbligatoria (di base e di aggiornamento). Più avanti, infatti, si dovrà però tornare almeno sul computo delle ore previste per la formazione generale al fine di isolare, per così dire, la possibile quota parte destinabile alla formazione in materia di comunicazione. L'ordito normativo del d.m. 180, relativo alla formazione dei mediatori, si completa con la disposizione di cui all'art. 20, co. 2, nella parte dedicata alla disciplina transitoria che prevede, in relazione ai mediatori iscritti agli organismi previgenti di cui al decreto del Ministro della Giustizia del 23 luglio 2004, n. 222, l'obbligo di acquisire, entro un anno dalla data in vigore del d.m. 180, o *"i requisiti anche formativi in esso previsti per l'esercizio della mediazione o, in alternativa, attestare di aver svolto*

¹⁰ L'art. 18, co. 2, è ulteriormente integrato dalle disposizioni di cui alle lettere h) e i), rispettivamente relative alle modalità di pubblicazione della natura dei percorsi formativi di cui ai due commi precedenti, e alla individuazione del responsabile scientifico che ne attesti la qualità: il responsabile verifica infatti *"h) che l'esistenza, la durata e le caratteristiche dei percorsi di formazione e di aggiornamento formativo di cui alle lettere f) e g) siano rese note, anche mediante la loro pubblicazione sul sito internet dell'ente di formazione;*

i) l'individuazione, da parte del richiedente, di un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie, che attesti la completezza e l'adeguatezza del percorso formativo e di aggiornamento".

*almeno venti procedure di mediazione, conciliazione o negoziazione volontaria e paritetica, in qualsiasi materia, di cui almeno cinque concluse con successo anche parziale*¹¹. In proposito va almeno sottolineato il fatto che si tratta di disposizioni transitorie, volte a salvaguardare le competenze acquisite pregresse e a integrarle nella nuova normativa. Tuttavia, non si può non rilevare come la previsione che consente ai mediatori iscritti agli organismi di cui al citato decreto del Ministro della Giustizia del 2004 la scelta a) di acquisire i requisiti formativi di cui al d.m. 180 (obbligatorie per tutti gli altri mediatori) o, in alternativa, b) di attestare lo svolgimento di almeno 20 procedure di mediazione, conciliazione o di negoziazione volontaria o paritetica, si ponga su un piano di discutibile legittimità. Infatti, la possibilità offerta *ex lege* di *bypassare* i nuovi requisiti formativi, non appare in linea con la *ratio* del nuovo istituto della mediazione, sia perché la centralità della formazione discende da una Direttiva Europea (anche se successiva), sia perché la istituzione della mediazione civile e commerciale di cui al d.lgs. 28/2010 è imperniata sulla centralità inderogabile e fondante della formazione obbligatoria dei mediatori (e, ovviamente, dei formatori). E appare di tutta evidenza che la formazione precedente al 2010 non può considerarsi sostitutiva e neppure omologa agli standard formativi richiesti per esercitare la nuova mediazione civile e commerciale. La pratica della mediazione e della conciliazione, alla luce del combinato disposto delle norme citate nel testo, non può mai sostituire l'obbligo formativo (di base e di aggiornamento), ma ne costituisce semmai la logica conseguenza alla luce dell'assorbente criterio della qualificazione professionale dei mediatori orientata al servizio e a garanzia delle parti.

b) *La formazione dei formatori*. Strettamente collegata alla formazione dei mediatori appare anche la questione della formazione dei formatori, disciplinata dalle disposizioni di cui agli articoli 18, co. 3, lettera a), e 20, co. 4, del d.m. 180/2010. In riferimento alla prima disposizione, è chiarito come la figura del responsabile di cui all'art. 1, co. 1, lettera l) del citato d.m. deve verificare tra l'altro: *“a) i requisiti di qualificazione dei formatori, i quali devono provare l'idoneità alla formazione, attestando: per*

¹¹ Così come modificato dall'art. 6, co. 1, n. 2, del D.M. 145/2011.

i docenti dei corsi teorici, di aver pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie; per i docenti dei corsi pratici, di aver operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure; per tutti i docenti, di avere svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private riconosciute, nazionali o straniere, nonché di impegnarsi a partecipare in qualità di discente presso i medesimi enti ad almeno 16 ore di aggiornamento nel corso di un biennio”.

Quanto alla disposizione di cui all’art. 20, in perfetto parallelismo con quanto previsto per la formazione dei mediatori iscritti negli enti accreditati ai sensi del decreto del Ministro della Giustizia del 2004, n. 222, anche per la formazione dei formatori iscritti ai medesimi enti si apre una discutibile deroga ai principi generali della obbligatorietà della formazione qualificata: “4. I formatori abilitati a prestare la loro attività presso gli enti di cui al comma 3 devono acquisire, entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i requisiti di aggiornamento indicati nell’articolo 18. Gli stessi formatori, fino alla scadenza di un anno di cui al periodo precedente, possono continuare a esercitare l’attività di formazione. Dell’avvenuto aggiornamento gli enti di cui al comma 3 danno immediata comunicazione al responsabile”¹².

A prescindere da una analitica disamina delle molte questioni poste dal combinato disposto dei citati articoli 18, co. 3, e 20, co. 4, sulle quali non occorre in questa sede soffermarsi, è doveroso completare l’analisi del quadro normativo con la citazione di due documenti ministeriali (la Nota del 2 febbraio 2011 e la Circolare 13 giugno 2011) che presentano parecchi aspetti controversi¹³. Si rileva, in particolare, come al corretto principio se-

¹² Così come modificato dall’art. 6, co. 1, n. 4, del D.M. 145/2011. Anche in questo caso valgono le notazioni critiche esposte *supra*.

¹³ In questa sede importa solo rilevare l’erronea e riduttiva impostazione della questione così come è stata determinata da due documenti ministeriali, che qui si citano integralmente nelle parti che riguardano la formazione dei formatori: a) la Nota del 2 febbraio 2011 (*Organismi di mediazione ed enti di*

condo cui i formatori (siano essi teorici o pratici) devono possedere una formazione omologa a quella che poi essi dovrebbero

formazione: nota illustrativa per la compilazione dei modelli di domanda), al punto 3.2. dedicato ai “requisiti dei formatori”, è un esempio paradigmatico di visione meramente giuridica e accademica di un modello di formazione disallineato rispetto alla *ratio* della formazione dei mediatori: “L’appendice terza e quarta, infine, sono specificamente riferite ai formatori nonché al responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie. Con riferimento ai primi, si è richiesta la espressa e precisa indicazione dei requisiti richiesti dall’art. 18, co. terzo, del regolamento, distinguendo tra i requisiti per i docenti dei corsi teorici e requisiti per i docenti dei corsi pratici. Per i primi, il requisito delle pubblicazioni di almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione e risoluzione alternativa delle controversie è stato individuato facendo specifico riferimento a queste specifiche condizioni: a) che si tratti di pubblicazioni scientifiche, giuridiche specializzate, a diffusione nazionale dotate di codice ISBN per i libri e ISSN per le pubblicazioni in serie; che si tratti di pubblicazioni scientifiche, giuridiche specializzate, ufficiali edite o prodotte da organi dello stato, regioni, province, comuni ed enti pubblici. Non possono essere considerate valide, ai fini di cui sopra, le pubblicazioni online, sebbene dotate dei suddetti codici identificati. In tal modo, si è ritenuto di potere adeguatamente limitare a validi testi di approfondimento la verifica della sussistenza del requisiti in esame, dovendo essere caratterizzati, in primo luogo, dalla naturale destinazione a tutti i possibili esperti e non ad un limitato contesto; dall’altro, dalla destinazione al commercio del contributo realizzato: la finalità è, evidentemente, quella di evitare la presentazione di pubblicazioni di comodo non aventi alcuna referenza qualificata di provenienza. Con riferimento, poi, ai requisiti dei formatori, l’art. 18, comma terzo, del regolamento distingue a seconda che trattasi di docenti dei corsi teorici e docenti dei corsi pratici, prevedendo per ciascuna di tali categorie requisiti specifici. La norma, in particolare, non richiama alcun requisito che invece è stato precisato con riferimento ai mediatori, cioè la laurea universitaria triennale ovvero la iscrizione ad un ordine o collegio professionale. La circostanza è apparsa di particolare rilievo, in quanto comporterebbe la possibilità che formatori possano svolgere l’attività di formazione senza il possesso di quei requisiti minimali previsti per lo svolgimento dell’attività di mediazione e che appaiono, invece, imprescindibili per una compiuta ed adeguata professionalità. Si è pertanto ritenuto che i requisiti di cui all’art. 18, comma terzo, stabiliti per i formatori siano aggiuntivi rispetto a quelli previsti per i mediatori ed il cui possesso è imprescindibile per chi è chiamato a svolgere l’attività di docenza nella materia della mediazione. Pertanto, nell’ambito dell’appendice terza, nella indicazione dei requisiti previsti per i formatori si è fatto richiamo anche ai suddetti requisiti della laurea almeno triennale ovvero della iscrizione in un albo o collegio professionale”; b) La Circolare del 13 giugno 2011 (*Attività di tenuta del registro degli orga-*

impartire ai mediatori, non paiono corrispondere coerenti indicazioni nel momento in cui si richiede che i medesimi formatori producano, quale requisito formativo, pubblicazioni “giuridiche specializzate”, di diffusione nazionale e dotate di codici ISBN, vertenti sulla complessiva materia della mediazione e della conciliazione. Ma questa impostazione è riduttiva proprio in considerazione del fatto che l’art. 18, co. 2, lettera f) del d.m. 145/2011 estende l’obbligo di formazione ad aspetti e problemi estranei agli approfondimenti giuridici, pure indispensabili nella formazione complessiva del mediatore. In sostanza, con le citate riduttive disposizioni ministeriali è ritagliato un particolare mo-

nismi di mediazione e dell’elenco degli enti di formazione. Indicazioni sull’applicabilità della disciplina del silenzio assenso) conferma l’impianto precedente, e avalla un’impostazione prevalentemente giuridica e accademica della formazione dei formatori: “ai sensi dell’art.18, co. 3 lett. a) del d.m. 180/2010, i formatori devono attestare di avere pubblicato almeno tre contributi scientifici in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie (formatori teorici); di avere operato, in qualità di mediatore, presso organismi di mediazione o conciliazione in almeno tre procedure (formatori pratici); in entrambi i casi, devono attestare di avere svolto attività di docenza in corsi o seminari in materia di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie presso ordini professionali, enti pubblici o loro organi, università pubbliche o private, nazionali o straniere. Con riferimento al primo requisito, il contributo deve avere carattere scientifico, nel senso che deve avere la sua rilevanza in quanto costituisce motivo di approfondimento, sotto il profilo tecnico-giuridico, della materia in esame, in particolare delle diverse questioni che la effettiva utilizzazione della figura può comportare nonché della piena comprensione della stessa dagli operatori del diritto. In secondo luogo, l’oggetto della pubblicazione deve riguardare specificamente la materia della mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie. Lo stesso, dunque, implica un necessario momento di approfondimento personale, da parte del docente del corso teorico, della figura della mediazione e degli altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie quali strumenti di definizione della controversia nello specifico ambito civilistico, dal punto di vista processuale che sostanziale, delle tecniche di mediazione da utilizzare, della disciplina normativa e regolamentare. Sotto il profilo, poi, della effettiva dimostrazione della pubblicazione dello scritto, deve trattarsi di: a) pubblicazioni scientifiche, giuridiche specializzate, a diffusione nazionale dotate di codice ISBN per i libri e ISSN per le pubblicazioni in serie; pubblicazioni scientifiche, giuridiche specializzate, ufficiali edite o prodotte da organi dello stato, regioni, province, comuni ed enti pubblici. Non possono essere considerate valide, ai fini di cui sopra, le pubblicazioni online, sebbene dotate dei suddetti codici identificati”.

dello di formatore, vale a dire un giurista civilista, accademico o legato al rapporto stringente con l'accademia, dotato di una preparazione tecnico-giuridica e processualistica, al quale si richiede unicamente di cimentarsi con le categorie della tradizionale formazione giuridica. Di conseguenza, un formatore privo di formazione giuridica, che intenda insegnare tecniche di interazione comunicativa nei corsi di formazione per mediatori non potrebbe avere titoli per diventare formatore dei mediatori in considerazione del semplice fatto che sue eventuali pubblicazioni scientifiche in materia di comunicazione, oggi, sul piano strettamente normativo, non potrebbero essere ricomprese tra le pubblicazioni scientifiche specializzate richiamate dal documento ministeriale. Il modello che emerge dal combinato disposto della Nota e della Circolare citate tradisce una impostazione meramente civilistica e accademica della mediazione, e appare più attenta alla certificazione della pubblicazione che non al suo contenuto, il quale ben può e deve estendersi anche al di là del *limes* “giuridico specializzato”.

Appare al contrario fondamentale ribadire l'importanza attribuita dal legislatore alla stessa formazione dei formatori, la quale però, per essere aderente alla *ratio* della normativa sulla mediazione, dovrà orientarsi, e sia pure in base alle poche ore di formazione obbligatoria richieste, alla acquisizione di tecniche di comunicazione, dato che la norma fa *esplicito* riferimento ai criteri, di cui all'art. 18, co. 2, sui quali deve basarsi obbligatoriamente la formazione dei formatori. E appare perciò auspicabile rendere il sistema della formazione dei mediatori coerente rispetto alla formazione dei formatori, con particolare riferimento all'estensione dei requisiti per essere abilitati alla formazione teorica e pratica (su cui cfr. *infra*, § 4).

3. *L'art. 18, co. 2, del d.m. 145/2011: “tecniche di interazione comunicativa” e contenuti della formazione in tema di abilità comunicativa del mediatore.* – Il breve inquadramento della complessiva disciplina della formazione nella mediazione consente di apprezzare, nella sua portata innovativa, la disposizione di cui all'art. 18, co. 2, del d.m. 145/2011 riferita alla formazione in materia di tecniche di “interazione comunicativa”. L'innovazione

contenuta nella citata disposizione, e precisamente alla lettera f), si apprezza in particolare se si estrapola in uno schema sintetico l'insieme delle "materie" su cui si deve basare obbligatoriamente la formazione nella mediazione: a) conoscenza della normativa; b) acquisizione della metodologia delle procedure di mediazione; c) conoscenza delle clausole contrattuali della mediazione e della conciliazione; d) forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione; e) compiti e responsabilità del mediatore. Accanto a un insieme di materie codificate si pone infatti, in una particolare posizione strumentale, la disposizione relativa alla acquisizione di tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa. Non appare invece particolarmente perspicua l'ulteriore disposizione che segue il riferimento alle tecniche di interazione comunicativa – "anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice" –, dato che non pare trarsi dal contesto normativo alcuna differenza tra le varie tipologie di mediazione tali da giustificare un particolare schema formativo, né tanto meno si comprende, sul piano scientifico, quali peculiari tecniche comunicative sarebbero indispensabili in merito all'istituto della mediazione demandata dal giudice.

In ogni caso, la particolarità del riferimento alle tecniche di interazione comunicativa è duplice: a) da una parte si tratta di una disposizione che non vive, per così dire, di vita propria, ma che trae la propria ragion d'essere dal suo collegamento topografico e causale con la acquisizione della metodologia delle procedure facilitative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione, a loro volta correlate alle tecniche di gestione dei conflitti; b) dall'altra parte, si tratta di una materia che non gode di una codificazione pari al resto delle materie obbligatorie oggetto della formazione, in quanto il necessariamente generico riferimento alle tecniche di interazione comunicativa non è basato su protocolli codificati né su un accordo generalizzato in ordine agli approcci e alla stessa condivisione delle tecniche. E tuttavia, trattandosi di materia obbligatoria, e sia pure costruita in funzione ancillare rispetto alle procedure di negoziazione e di mediazione, occorre trovare per altra via i contenuti che tale materia deve necessariamente rappresentare. Si tratta di una operazione ermeneutica di assoluta rilevanza dato che le stesse disposizioni di cui all'art. 18 disegnano un ordito normativo nel quale le tecni-

che di interazione comunicativa occupano una posizione centrale nella definizione delle buone prassi in tema di procedimento di mediazione e perciò di formazione obbligatoria degli attori della mediazione.

L'analisi dei contenuti inerenti il procedimento della mediazione, ricavabili dalla complessiva ricognizione delle norme vigenti, deve consentire di chiarire la portata di una disposizione come quella in tema di tecniche di interazione comunicativa che, altrimenti, si configurerebbe come una disposizione vaga e indeterminata, e perciò di fatto non idonea a fondare un progetto formativo orientato alla qualificazione professionale nell'interesse e a garanzia delle parti.

Il primo punto di partenza è dato dal generale accordo circa la sostanziale differenza 'genetica' tra procedimento di mediazione e approccio giudiziario alle controversie. Nella mediazione mancano infatti almeno tre fondamentali requisiti costitutivi del paradigma giudiziario, e precisamente: a) la detenzione di poteri decisorii in capo al mediatore; b) struttura rigida e formale dei procedimenti; c) assenza di incisivi meccanismi di condizionamento. I tre requisiti in negativo sono poi permeati da una logica processuale competitiva e antagonista, fondata in ultima analisi sulla ricerca del soccombente e del vincente.

Nella particolare configurazione della mediazione sono invece presenti logiche, prassi e strategie (anche e forse soprattutto comunicative) orientate alla ricerca del principio *win-win* che è sempre fondato su una assai diversa logica cooperativa. In un elenco necessariamente aperto, e perciò ben passibile di integrazioni e precisazioni, il procedimento della mediazione appare caratterizzato dalla presenza di importanti elementi cooperativi: ascolto attivo, promozione del confronto, libertà di forme e regole, centralità della persuasione e della comprensione degli altrui punti di vista, negoziazione, comunicazione efficace con elevata competenza assertiva, valorizzazione delle emozioni, ricerca di canali comunicativi tra le parti, spiccata empatia come metodo di gestione dei conflitti, *problem solving* basato sulla introduzione di tecniche facilitative, promozione della partecipazione delle parti alla formazione del procedimento di mediazione.

Anche solo in presenza di un tale elenco solo in apparenza eterogeneo di orientamenti comportamentali emerge subito la

centralità dei processi comunicativi che appaiono funzionali, sul piano strettamente normativo, a rendere effettive le procedure di negoziazione e di mediazione al di fuori delle codificate logiche processualistiche. Le “tecniche di interazione comunicativa” rappresentano il valore aggiunto, la qualificazione peculiare e la concreta attualizzazione della *ratio* della mediazione, al punto che si tratta di competenze e qualità professionali che, oltre a contribuire a individuare alcuni degli standard di diligenza del professionista della mediazione, vale anche a connotare la stessa natura della formazione obbligatoria. In proposito, va rilevato come nella *ratio* circolare delle norme sulla mediazione, la formazione in tema di comunicazione, così come emerge dalla complessiva ermeneutica dell’art. 18, non vale solo per i mediatori, ma, assai correttamente, anche per i formatori teorici e pratici di cui al medesimo art. 18, co. 3, lettera a).

Il problema, però, è che proprio in due *loci* dell’art. 18 (e precisamente nei commi 2 e 3) appare una non lieve incoerenza sistemica, dal momento che se è vero che il formatore della mediazione deve essere a sua volta esperto nella mediazione, è altrettanto evidente che le disposizioni relative ai formatori pratici e teorici prevedono il possesso di requisiti che male si inquadrano con l’acquisizione delle competenze comunicative di cui all’art. 18, co. 2, lettera f) del d.m. 145/2011. I docenti teorici, infatti, devono solo dimostrare di aver svolto attività editoriale in materia di mediazione, mentre i docenti pratici devono solamente dimostrare di aver partecipato attivamente a non meno di tre procedimenti di mediazione. Si noti, peraltro, come non sia richiesta ai formatori pratici la partecipazione ad almeno un procedimento andato a buon fine, il che potrebbe permettere un approccio meramente formale all’acquisizione del requisito. Ma anche a prescindere da ciò, i criteri richiesti, se possono in astratto ritenersi soddisfacenti almeno in ordine all’acquisizione di competenze giuridiche e di esperienze procedurali, non altrettanto possono qualificarsi come soddisfacenti se ci si riferisce almeno all’acquisizione di specifiche competenze comunicative, che di certo non possono unicamente attestarsi in pubblicazioni per quanto qualificate, e neppure sono acquisibili con la mera partecipazione a procedimenti di mediazione. Esiste perciò, a mio avviso, una asimmetria tra la *ratio* normativa riferita

alla formazione dei mediatori e le disposizioni relative alla formazione dei formatori, e ciò rischia di non facilitare la promozione di standard formativi adeguati al tenore delle disposizioni analizzate.

4. *Spunti di pars construens per una formazione di qualità rispettosa del dato normativo.* – L’art. 18 rappresenta un elemento di potenziale innovativo assai rilevante per la diffusione delle buone pratiche formative, a loro volta orientate alla qualificazione professionale intesa come strumento di garanzia a tutela delle parti. Non a caso, da una lettura complessiva delle varie norme analizzate, emerge con chiarezza che la formazione obbligatoria deve soddisfare almeno tre fondamentali requisiti: a) *completezza* (perciò l’acquisizione di tecniche di interazione comunicativa è parte integrante di qualsiasi progetto formativo); b) *adeguatezza* (perciò la formazione deve soddisfare le esigenze costitutive della mediazione); c) *professionalità* (perciò la formazione deve mirare a conseguire elevati standard di qualità professionale).

Al fine di non affidare totalmente alla discrezionalità degli enti di formazione l’organizzazione della formazione di cui all’art. 18, co. 2, lettera f), appare quanto meno auspicabile che con ulteriore circolare ministeriale siano specificati almeno due ordini di questioni: a) quale sia la quota parte minima del tempo che la formazione obbligatoria deve necessariamente dedicare all’acquisizione teorico-pratica delle tecniche di interazione comunicativa legate alla gestione del conflitto, e b) quali linee-guida minime siano da ritenersi coerenti per definire, almeno in linea generale, le competenze degli attori della mediazione in ambito comunicativo funzionali a perseguire buone prassi a favore delle parti.

Si tratta di una soluzione che, per essere effettiva, dovrebbe essere accompagnata a) dalla revisione delle disposizioni di cui all’art. 18, co. 3, lettera a) riferite alla formazione dei docenti teorici e pratici, da estendere senz’altro sino a ricomprendere, tra i requisiti, anche una competenza effettiva in materia di comunicazione, e b) dal radicale ripensamento della Nota ministeriale del 2 febbraio 2011 e della Circolare del 13 giugno 2011, con particolare riferimento ai requisiti richiesti ai formatori in relazio-

ne alle pubblicazioni giuridiche specializzate, i quali devono essere estesi *ratione materiae* anche alle eventuali pubblicazioni scientifiche in tema di comunicazione.

Senza un intervento normativo *ad hoc* continueremo infatti a disporre di indicazioni operative disallineate rispetto alla *ratio* complessiva della normativa sulla formazione nei procedimenti di mediazione¹⁴. L'auspicato mutamento da un lato permetterebbe comunque di valorizzare i progetti formativi dei vari enti di formazione all'interno di un quadro normativo dotato di adeguate linee-guida¹⁵, e dall'altro lato il disegno complessivamente riformato resterebbe in ogni caso coerente con il "carattere minimale della disciplina della mediazione", sempre da integrare per via interpretativa¹⁶, e la formazione risulterebbe confermata come uno dei punti più qualificanti per definire la stessa natura innovativa e determinante della mediazione nell'ordinamento giuridico, intesa quale nuovo canale di portata generale per l'accesso alla giustizia.

¹⁴ Cfr., sul punto, i passi tratti dai documenti ministeriali citati *supra*, nt. 13.

¹⁵ Secondo il fecondo schema già adottato in relazione all'istituto dello stress lavoro-correlato che, introdotto dal legislatore italiano nel DLgs. 81/2008 s.i.m. sulla base della ricezione di una Direttiva europea, ha demandato ad una Commissione consultiva la elaborazione di linee-guida per la valutazione del rischio stress lavoro-correlato e la redazione del relativo DVR, recepite poi da una circolare del Ministero del Lavoro: cfr., sul punto, A. CONTU, *Stress Lavoro-Correlato. Profili ermeneutici e applicativi*, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma 2011, *passim*.

¹⁶ C. PILIA, *La mediazione volontaria*, cit., p. 135.

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ* - MARÍA DE LOS ÁNGELES
FERNÁNDEZ SCAGLIUSI**

EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN ESPAÑA: ASPECTOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Regulación del sistema arbitral de consumo. - 3. Concepto y características del sistema arbitral de consumo. - 4. Delimitación del sistema arbitral de consumo. - 4.1 Sujetos. - 4.1.1 Consumidor o usuario. - 4.1.2 Empresario. - 4.2 Objeto. - 4.2.1 Materias de libre disposición. 4.2.2 Materias excluidas del arbitraje de consumo. - 5. El convenio arbitral. - 5.1 Pacto expreso. 5.2 La oferta pública de adhesión. - 5.2.1 Tipos de oferta. - 5.2.2 Las ofertas públicas limitadas. - 5.2.3 Presentación de las ofertas. - 5.2.4 Pérdida de vigencia de las ofertas. - 5.3 Aceptación por el empresario de la sumisión tras la solicitud del consumidor. - 6. Organización del sistema arbitral de consumo. - 6.1 El sistema de arbitraje de consumo como organización administrativa. - 6.1.1 Órganos. - 7. Conclusiones. - 8. Bibliografía.

1. *Introducción.* – La doctrina suele fijar el Mensaje Especial del Presidente Kennedy de 19 de marzo de 1962 como el inicio del movimiento protector del consumidor, y nadie imaginaba entonces que la protección de tales intereses llegaría a adquirir un papel protagonista en las políticas de los Estados sociales de derecho y, especialmente, en la sociedad del siglo XXI. En efecto, si hay algo que caracterice la práctica de los poderes públicos en los últimos tiempos es el principio *pro consumatore*, conforme al cual la protección del consumidor constituye uno de los valores llamados a presidir las relaciones sociales; y ello tanto en el ámbito nacional como (particularmente) en el comunitario¹.

* Becario de Investigación de Derecho Civil, Universidad de Sevilla.

** Becaria de Investigación de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla.

¹ Prueba de ello son las numerosas normas y documentos de la Unión Europea y la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

El mencionado y célebre Mensaje norteamericano dio paso a una enorme proliferación de normas sustantivas variopintas e insospechadas que protegen al consumidor en distintos ámbitos; normas que no se han contentado con salvaguardar los intereses de los consumidores en las tradicionales contrataciones en masa propias de las sociedades desarrolladas, sino que incluso se han extendido a las entonces impensables, novedosas y cada vez mayores contrataciones a través de la Red. Todo ello evidencia el anunciado papel protagonista de los consumidores en el siglo XXI.

Concretamente en el Estado español, existe una gran cantidad de normas, no sólo generales, sino también sectoriales, esto es, normas dictadas en relación con distintos sectores del ordenamiento, muchos de los cuales son de gran trascendencia para los consumidores. Asimismo, debe tenerse también presente que en un Estado autonómico como el nuestro, las distintas Comunidades Autónomas han asumido competencia en materia de consumo y, por tanto, han dictado incluso sus propias normas, tanto generales como sectoriales.

Ahora bien, todos estos derechos e intereses de los consumidores que las prolijas normas nacionales y comunitarias tratan de proteger, sólo tienen sentido si, en última instancia, pueden hacerse efectivos en caso de reclamación (así lo ha apuntado expresamente el Consejo Económico y Social). En efecto, de nada serviría el mero reconocimiento de numerosos derechos e intereses a favor de los consumidores por parte de nuestras normas, si éstos carecen de medios eficaces para hacerse valer. De ahí que la Unión Europea haya dedicado igualmente gran parte de sus esfuerzos en elaborar una serie de normas y documentos desde un punto de vista procesal, ya sea favoreciendo su protección judicial o articulando nuevos procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (las conocidas como ADR: *Alternative Dispute Resolution*) más efectivos y eficaces, tales como la mediación o el arbitraje.

Nuestro Estado se ha decantado especialmente por la última de las dos vías extrajudiciales anunciadas anteriormente, esto es,

peas a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico comunitario, que, ante todo, pretenden salvaguardar los derechos e intereses de los consumidores.

por el arbitraje, desde la época de los ochenta del siglo pasado; postura que se ha reafirmado recientemente con la aprobación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, regulador del Sistema Arbitral de Consumo².

Pues bien, salvadas estas líneas introductorias, cabe destacar que precisamente será el arbitraje de consumo el objeto de estudio del presente trabajo; arbitraje de consumo que es de patente actualidad en nuestra escena jurídica, en la medida en, como tendremos ocasión de ver, ha sido y está recibiendo especial atención por parte de nuestro legislador. En efecto, se trata de un sistema, el arbitral en el ámbito de consumo, que está siendo objeto de un gran uso en la práctica diaria, hasta el punto de que puede que llegue a morir de éxito dada su configuración (en especial por su carácter gratuito) actual.

En cualquier caso, el esquema a desarrollar en el presente trabajo será el que sigue:

- En primer lugar, nos adentraremos en el estudio de la regulación positiva existente en el ordenamiento español sobre el arbitraje de consumo, lo que nos permitirá tener presente nuestro marco de referencia y en base al cual obtendremos el desarrollo de los siguientes apartados.
- Conocido el acervo normativo existente sobre la materia objeto de estudio, profundizaremos en las características que configuran el sistema arbitral de consumo en la actualidad.
- En siguiente lugar, en base a todo lo anterior, nos centraremos en el análisis de la delimitación del arbitraje de consumo, tanto desde una perspectiva subjetiva (sujetos), como desde una perspectiva objetiva (objeto).
- Delimitado el sistema arbitral de consumo desde las distintas perspectivas posibles, pasaremos a estudiar un elemento básico en el quehacer del sistema arbitral de consumo, a saber, el convenio arbitral en base al cual éste nace.
- En siguiente lugar, nos detendremos en el análisis de la organización del sistema arbitral de consumo; esto es, los distintos órganos que lo conforman y que protagonizan el sistema y su funcionamiento.

² D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-18.

- Como conclusión, apuntaremos una serie de consideraciones y apreciaciones personales sobre el estudio de conjunto efectuado mediante el presente trabajo.

2. *Regulación del sistema arbitral de consumo.* – A los efectos de preparar el escenario oportuno para la adecuada comprensión del anunciado análisis del arbitraje de consumo y entender su evolución, conviene comenzar teniendo en cuenta las distintas fuentes jurídicas que han justificado, fundamentado y recomendado la creación de procedimientos extrajudiciales eficaces para solventar los litigios de consumo, como lo es nuestro peculiar arbitraje de consumo administrado por juntas arbitrales de consumo.

Toda regulación positiva de nuestro ordenamiento jurídico patrio debe partir, sea cual sea la materia objeto de estudio, de nuestra norma de cabecera, de la cúspide de la pirámide normativa, a saber, de nuestra **Constitución Española de 1978**. Concretamente, en el ámbito del saber que nos ocupa, debemos partir del artículo 51 de nuestra Carta Magna, a cuyo tenor: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Asimismo, el artículo 53.3 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero³, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

Pues bien, ha sido la **Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984**⁴, la que vino a cum-

³ El artículo 51 de la CE está dentro de este Capítulo III.

⁴ Nótese que con posterioridad, y al tratarse de una materia armonizada por la UE, se dictaron distintas Directivas cuya transposición dieron lugar a la aparición de una diversidad de normas españolas en materia de consumidores. Pueden computarse hasta cinco leyes reguladoras de la materia, siendo la última la constituida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, cuya Disposición Final Quinta, habilitó e instó al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, procediese a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los

plir con la anterior previsión constitucional, dando el primer paso para la instauración en nuestro ordenamiento jurídico del Sistema Arbitral de Consumo. El artículo primero de la citada norma, disponía que la defensa de los consumidores y usuarios «tiene carácter de principio general informador del Ordenamiento Jurídico» y, a continuación, en el artículo 31 instaba al Gobierno para que, previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones y usuarios, establezca el sistema arbitral de consumo. Pero, además, en este mismo artículo 31 se establecía que las principales características del arbitraje de consumo: por un lado, preveía que el arbitraje de consumo no debía tener formalidades especiales y debía atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas y reclamaciones de los consumidores; por otro lado, señalaba que el sometimiento de las partes al sistema arbitral de consumo sería voluntario y debería constar expresamente por escrito; y por último, disponía que los órganos de arbitraje estarían integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.

Fruto de lo expuesto anteriormente, entre los años 1986 y 1993, se puso en marcha con carácter experimental el sistema arbitral de consumo, mediante la creación de Juntas Arbitrales de Consumo en los distintos ámbitos territoriales. Esta experiencia fue positiva y puso de manifiesto la buena aceptación del sistema arbitral de consumo en España, tanto en el sector empresarial como entre los consumidores y usuarios.

En este mismo marco de tiempo expresado, concretamente en 1988 debe destacarse, la promulgación de la **Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988**⁵, en cuya Disposición Adicional 1ª, disponía la aplicación supletoria de esta Ley al arbitraje previsto en la Ley

consumidores y usuarios que incidiesen en los aspectos regulados en ella. En cumplimiento de lo anterior, se dictó la Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el llamado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; norma que es la que ya recoge íntegramente el régimen jurídico completo aplicable a los consumidores y usuarios. Y norma, que es la actualmente vigente.

⁵ Texto normativo que ha estado vigente hasta el 26 de marzo de 2004.

26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, especificando que el arbitraje de consumo sería gratuito y no se precisaría la protocolización notarial del laudo. Por su parte, la Disposición Adicional 2ª de la Ley de Arbitraje disponía además que «el Gobierno establecería reglamentariamente la denominación, composición, carácter, forma de designación y ámbito territorial de los órganos arbitrales y demás especialidades del procedimiento y del régimen jurídico del sistema arbitral que previera, en sus características básicas, el artículo 31 de la Ley 26/1984».

En cumplimiento de lo previsto en las citadas normas, se publicó el **Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo**, que en su artículo 1 establecía que *«el sistema arbitral de consumo se regiría por el presente Real Decreto y, en lo no previsto en él, por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje»*.

Como consecuencia del carácter supletorio de la Ley de Arbitraje de 1988, fue necesario reformar el Real Decreto 636/1993, tras la aprobación de la nueva **Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre**, inspirada en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), el 21 de junio de 1985.

La necesidad de reforma del citado Real Decreto 636/1993 también se puso de manifiesto por parte de la **Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios**, que, en su Disposición Final 5ª, habilitaba al Gobierno para que procediese a refundir en un único texto legal la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios; y en su Disposición Final 6ª, instaba al Gobierno para que, en un plazo de un año desde su entrada en vigor, dictase una nueva regulación del sistema arbitral de consumo contando con el parecer de las Comunidades Autónomas a través de la Conferencia Sectorial de Consumo y con audiencia del Consejo del Consumidores y Usuarios.

En el contexto enunciado, se ha dictado el **Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de**

Consumo (en adelante, RDSAC). Este Real Decreto entró en vigor el 25 de agosto de 2008, salvo los artículos 25 y 27 del mismo, que entraron en vigor el 26 de febrero de 2008 (la Disposición Final 4ª del Real Decreto 231/2008 prevé que el mismo entraría en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, por tanto, el 25 de agosto de 2008)⁶.

3. *Concepto y características del sistema arbitral de consumo.* – El artículo 1 del Real Decreto 231/2008 dispone que «el Sistema arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial, de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal y contractualmente reconocidos al consumidor». Consecuentemente, en nuestro ordenamiento jurídico, el sistema arbitral de consumo se regula como un mecanismo alternativo a la jurisdicción, para la resolución de los conflictos que puedan surgir en el ámbito del consumo entre los consumidores o usuarios y los empresarios o los profesionales. Esto determina que ante una determinada controversia el consumidor pueda optar por solucionarlo a través del proceso o del arbitraje de consumo.

Una vez que conocemos el concepto del sistema arbitral de consumo, pasemos a analizar las características con las que éste se configura en nuestro ordenamiento. En este sentido, el Real Decreto 231/2008 intenta fortalecer y consolidar el arbitraje de consumo en nuestro país, garantizando para ello su rapidez, eficacia y antiformalismo. En efecto, según dispone el RDSAC en su Exposición de Motivos, se mantienen las características esenciales del arbitraje de consumo, pero se introducen las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y dar homogeneidad al sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas y consumidores. Así, las características más destacables del arbitraje de consumo vienen a ser las que siguen:

⁶ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 183-185.

1ª) Voluntariedad. El arbitraje de consumo se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo alternativo a la jurisdicción⁷, por lo que ante una controversia, el consumidor podrá optar entre iniciar el arbitraje de consumo o incoar el proceso ante la jurisdicción civil interponiendo la correspondiente demanda.

El artículo 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone que «la sumisión de las partes al sistema arbitral de consumo será voluntaria y deberá constar expresamente por escrito por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente libremente al sistema arbitral y quedan vinculadas al laudo». De ahí que el artículo 24.1 del RDSAC establezca la necesidad de que el convenio arbitral exprese la voluntad de las partes de resolver a través del sistema arbitral de consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo.

La voluntad de someterse al arbitraje de consumo deberá ser expresa e inequívoca. Esta manifestación de la voluntad se podrá expresar de distintas formas:

- En primer lugar, según el artículo 24 del RDSAC, el convenio arbitral podrá consistir en una cláusula incorporada a un contrato o un acuerdo independiente de las partes. Por ello, en el mismo precepto se exige que el convenio arbitral conste por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

⁷ Debe recordarse, tal y como apunta D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 152, la voluntariedad constituye una característica esencial de todo arbitraje. En efecto, tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el fundamento de cualquier arbitraje es la autonomía de la voluntad o, en última instancia, la libertad de las partes que deciden someterse al mismo a través del correspondiente convenio arbitral. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico no cabe un arbitraje obligatorio, y así lo ha reiterado igualmente el Tribunal Supremo en abundante jurisprudencia.

- En segundo lugar, si existe oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la simple presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor y usuario, siempre que coincida con el ámbito de la oferta (artículo 24.2 del RDSAC). En este caso, la existencia de la oferta pública de adhesión implica que el empresario previamente ha consentido someterse al arbitraje de consumo. Por ello, basta de someter la resolución de la controversia al arbitraje de consumo, para que se entienda formalizado el convenio arbitral.
- Por último, si no existiera oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, una vez presentada y admitida a trámite la solicitud de arbitraje de consumo, se dará traslado al reclamado para que en plazo de quince días la acepte o rechace (art.24.4 RDSAC)⁸.

2ª) Carácter institucional. En virtud del artículo 1.2 del RDSAC, «el Sistema Arbitral de Consumo es el arbitraje institucional de resolución extrajudicial de carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales».

Por tanto, una de las características esenciales del arbitraje de consumo es precisamente su carácter institucional, cuya gestión se atribuye a las Juntas Arbitrales de Consumo, que son órganos administrativos⁹, a los que son aplicables en lo no previsto expresamente en el RDSAC, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 3.2 RDSAC)¹⁰.

3ª) Gratuidad. El artículo 41 del RDSAC, al regular los principios que rigen el procedimiento arbitral de consumo, dispone que «el procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad».

⁸ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 188 y 189.

⁹ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 186.

¹⁰ S. SAN CRISTÓBAL REALES, «Delimitación subjetiva, objetiva y temporal del arbitraje de consumo conforme al RD 231/2008, de 15 de febrero», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº XLIII, 2010, p. 105.

Por tanto, frente al carácter oneroso del arbitraje ordinario, el arbitraje de consumo será gratuito. Sin embargo, este principio no tiene carácter absoluto, ya que presenta algunas excepciones. Así, en materia de prueba, la gratuidad alcanza sólo a las pruebas practicadas de oficio, ya que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas a instancia de parte, ex artículo 45 del RD-SAC, «serán sufragados por quien las haya propuesto y las comunes o coincidentes por mitad».

Lo mismo ocurre con la ejecución del laudo arbitral y con la acción de anulación que se puede interponer frente al laudo. Ambas actuaciones se llevarán a cabo ante la jurisdicción civil, siendo necesario nombrar abogado y procurador¹¹.

4ª) Arbitraje de equidad. Según la forma en que se adopte el laudo, puede distinguirse entre dos tipos de arbitraje: el de derecho y el de equidad. En el arbitraje de derecho los árbitros deben fundamentarse en las normas jurídicas vigentes y aplicarlas para resolver la cuestión que se les ha planteado. Mientras que en el arbitraje de equidad, los árbitros decidirán la controversia según su leal saber y entender, atendiendo a lo que consideren justo en cada caso concreto.

El artículo 33.1 del RDSAC dispone que «el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho». Por tanto, el legislador ha establecido como regla general que el arbitraje de consumo se resuelva en equidad¹². Dadas las características del arbitraje de consumo, parece acertado que la regla general sea el arbitraje en equidad, ya que al no ser necesaria una especial cualificación técnica por parte de los árbitros, resulta más fácil elaborar las listas de árbitros, tanto de los de los consumidores, como de los empresarios.

No obstante, tal y como hemos visto anteriormente, cabe la posibilidad de que las partes soliciten expresamente que el arbitraje de consumo se decida en derecho. En este caso lo árbitros designados

¹¹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 186 y 187.

¹² A diferencia del arbitraje de consumo, el arbitraje ordinario se resolverá en derecho salvo que las partes acuerden que se resuelva en equidad. Así lo dispone el artículo 34.1 de la Ley de Arbitraje, a cuyo tenor: «Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente a ello».

entre los acreditados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho (art.21 del RDSAC)¹³.

5ª) Antiformalismo. Según el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el arbitraje de consumo debe constituirse sin formalidades especiales. De este modo se intenta que sea un sistema sencillo, ágil y accesible a todos¹⁴.

Varias son las manifestaciones que podemos encontrar de esta característica en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente las que siguen:

- La no necesaria, sino potestativa protocolización del laudo arbitral de consumo, introducida por la anterior Ley de Arbitraje (Disposición Adicional Primera) en relación con los laudos dictados en determinados arbitrajes sectoriales, entre ellos el de consumo. Tal previsión fue extendida por la vigente Ley de Arbitraje a todo laudo arbitral (artículo 37.8 de la Ley de Arbitraje).
- La no obligatoria postulación procesal (intervención de abogado y procurador). Realmente el RDSAC, a diferencia del anterior (artículo 10.2), nada dice al respecto, pero esta característica se infiere de la aplicación supletoria de la Ley de Arbitraje, pues según el artículo 30.2 de la Ley, las partes pueden intervenir en las actuaciones arbitrales «directamente o por medio de sus representantes». De este modo, aunque la Ley de arbitraje, como vemos, habla de intervención directa o mediante representante y no de defensa técnica, parece lógico entender que la intervención mediante abogado es una defensa/representación potestativa¹⁵.

6ª) Eficacia y firmeza del laudo. El laudo que se dicte pone fin al conflicto y tiene, según el artículo 1.2 del RDSAC, carácter vin-

¹³ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 187.

¹⁴ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 188.

¹⁵ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 159 y 160.

culante y ejecutivo para ambas partes. Como vimos anteriormente, una de las características del arbitraje de consumo es su voluntariedad, por lo que las partes deciden someterse libremente al sistema arbitral de consumo, quedando vinculadas por el laudo que se dicte resolviendo la controversia.

En caso de que no se cumpla voluntariamente el contenido del laudo se puede instar su ejecución forzosa ante la jurisdicción civil. El artículo 44 de la Ley de arbitraje vigente dispone que «la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en este título»¹⁶.

Frente al laudo que resuelva el arbitraje de consumo se podrá interponer la acción de anulación (artículos 40 a 43 de la Ley de Arbitraje).

El laudo firme produce todos los efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes (art.43 de la Ley de Arbitraje)¹⁷.

7ª) Rapidez. Una de las características esenciales del arbitraje de consumo es su rapidez, que sin duda es la que justifica su éxito como método alternativo al proceso, que resulta lento y costoso.

El RDSAC alude expresamente a la rapidez en su artículo 49, al subrayar que «el plazo para dictar el laudo será de seis meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral, pudiendo ser prorrogado por el órgano arbitral mediante decisión motivada, salvo acuerdo en contrario de las partes, por un período no superior a dos meses»¹⁸.

8ª) Sistema alternativo a la jurisdicción. El arbitraje de consumo es un sistema compatible con otros medios de protección del consumidor y usuario. Por tanto, el sistema arbitral de consumo

¹⁶ Según el artículo 517.2 de la LEC: «Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 2º. Los laudos o resoluciones arbitrales». Y el artículo 545.2 de la LEC afirma que «cuando el título sea un laudo arbitral, será competente para su ejecución el Juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado».

¹⁷ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 189 y ss.

¹⁸ S. SAN CRISTÓBAL REALES, «Delimitación subjetiva...», cit., p. 106.

no excluye ni la protección administrativa, ni la protección judicial.

Así, en relación con la protección administrativa, tenemos que señalar que, al margen del procedimiento arbitral, la Administración podrá llevar a cabo todas aquellas actuaciones que le correspondan, como por ejemplo la instrucción de un expediente sancionador.

La referencia a la protección judicial implica, en primer lugar, la posibilidad del consumidor y usuario de acudir a la vía jurisdiccional cuando su solicitud de arbitraje no sea admitida por la Junta Arbitral. Asimismo, una vez dictado el laudo arbitral, si su contenido nos e cumple voluntariamente, podrá acudir ante la jurisdicción civil para instar sus ejecución forzosa. Por último, también podrá acudir a la jurisdicción civil para ejercitar la acción de anulación frente al laudo¹⁹.

9ª) Igualdad de las partes. La igualdad de las partes es uno de los principios, que junto con la audiencia y contradicción, deberán presidir el desarrollo del procedimiento arbitral. Este principio exige que las partes tengan las mismas oportunidades de alegación, prueba, conclusión e impugnación.

Asimismo, esta igualdad de las partes se manifiesta en la composición tripartita de los Colegios Arbitrales, en los que están representados tanto los consumidores y usuarios como los empresarios y profesionales. Así, el artículo 57.3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone que «los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones Públicas»²⁰.

10ª) Unidireccionalidad. La unidireccionalidad significa que sólo los consumidores o usuarios pueden instar la puesta en marcha o activar el arbitraje de consumo (no así los empresarios). La

¹⁹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 190.

²⁰ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 191.

misma se desprende del artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dado que a través del sistema arbitral de consumo «se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios» (nótese que no dice de los empresarios).

No obstante, en el seno de la doctrina ha habido distintas posturas sobre el particular:

- Ciertos autores han manifestado sus dudas al respecto → Así, para García Rubio y Fidalgo López, el arbitraje de consumo puede ser instado por el empresario en caso de que exista una cláusula compromisoria de sometimiento al citado arbitraje²¹.
- Otros autores, en cambio, aun admitiendo la unidireccionalidad, la han calificado como una mera opción → Así, Álvarez Alarcón considera que nada hubiera impedido y no hubiera significado un incumplimiento del mandato constitucional que el sistema arbitral de consumo también pudiera acoger las solicitudes de arbitraje de los empresarios respecto de los consumidores²².
- Finalmente, determinados autores critican abiertamente esta característica del sistema arbitral de consumo, abogando por la bilateralidad → En esta línea, Orizco Pardo, Pérez-Serrabona González, Capelo y Lara González, entre otros, quienes consideran que la unidireccionalidad predicable del sistema arbitral es una característica verdaderamente injusta que atenta contra los principios de igualdad y acceso a la justicia²³.

A pesar de todo lo expuesto, aunque a unidireccionalidad sigue también caracterizando el arbitraje de consumo a la luz del

²¹ A. FIDALGO LÓPEZ, «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008», en *Actualidad Civil*, núm.13, 2009, p. 23.

²² A. ÁLVAREZ ALARCÓN, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999, p. 50.

²³ G., OROZCO PARDO y J.L., PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, «Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo», en *Aranzadi Civil*, núm.1, 2007, pp. 1958 y 1964.

R. LARA GONZÁLEZ, «La importancia de la participación de los empresarios y de sus entidades representativas en el sistema arbitral de consumo», en *Aranzadi Civil*, núm.1, 2005, pp. 30 y 31.

Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, no podemos decir lo mismo, aunque sea sólo formalmente, a la luz del artículo 1 del RDSAC. Éste, sin adaptarse como habría debido hacer el Texto Refundido, guarda silencio al respecto, limitándose a calificar el arbitraje de consumo como el arbitraje institucional de resolución extrajudicial “de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales”, sin concretar la procedencia o a quién corresponde su iniciación.

No obstante, la unidireccionalidad podría entenderse como lo más acorde con un sistema inspirado en un espíritu de protección eficaz de los derechos e intereses de los consumidores, tal y como postulan los artículos 51 de la Constitución y 57.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y otras leyes complementarias²⁴.

11ª) Confidencialidad. A este valor añadido del sistema arbitral de consumo ha decidido referirse expresamente el actual RD-SAC, introduciéndolo como un aspecto novedoso, en la medida en que el anterior Real Decreto de 1993 guardaba silencio al respecto, si bien no cabía duda de que la aplicación supletoria del artículo 24.2 de la Ley de Arbitraje imponía a todos los sujetos implicados en el arbitraje de consumo la obligación de guardar silencio con respecto a toda la información que hubieran podido conocer con ocasión de dicho arbitraje.

No obstante, como decimos, el RDSAC ha decidido referirse expresamente a esta característica en dos preceptos:

- Por un lado, en el artículo 22.1, a cuyo tenor: «*Los árbitros actuarán en el ejercicio de su función con la debida independencia, imparcialidad y confidencialidad*».
- Y por otro lado, en el mismo precepto en el que el RDSAC trata los principios del procedimiento arbitral de consumo, esto es, en el artículo 41.2, en el que señala que «*los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las juntas arbitrales de consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral*».

²⁴ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 187-190.

La confidencialidad es una característica que, particularmente en las relaciones de consumo, puede tener gran trascendencia con respecto a la imagen del empresario, al poder ser ventajoso para éste que muchos otros potenciales consumidores distintos a los implicados en el arbitraje de consumo en cuestión desconozcan que ha sido condenado y rehúsen adquirir del mismo bienes o contratar servicios,; como también puede tener trascendencia a los efectos de evitar que la Administración utilice datos sensibles del reclamado, incluso de índole laboral o fiscal, que pueden ser conocidos a raíz del arbitraje e iniciar un procedimiento administrativo sancionador, lo que sin duda sería un gran inconveniente para fomentar aquél y conseguir que las empresas se sometieran a este arbitraje. Y, en tercer lugar, porque no puede olvidarse el deber de observar esta característica por la figura del mediador; figura descuidada por la Ley Arbitral, pero usual, como fase previa, en los arbitrajes de consumo que llegan a celebrarse.

Sin embargo, curiosamente, a pesar de insistir en la confidencialidad, el nuevo RDSAC vigente no ha recogido expresamente el carácter privado de la audiencia, como hacía el anterior RD de 1993. No obstante, aunque no lo haya recogido como hubiese sido deseable, los deberes que implica la confidencialidad conducen a observar la privacidad de la audiencia²⁵.

4. *Delimitación del arbitraje de consumo: sujetos y objeto*

4.1 *Sujetos.* – Desde un punto de vista subjetivo, el arbitraje de consumo se aplicará a aquellas controversias que surjan entre los consumidores y usuarios, y las empresas o profesionales. Por tanto, será necesario que las partes en conflicto sean, por un lado, un consumidor y usuario y, por otro lado, una empresa o profesional²⁶. Pues bien, en el presente apartado nos adentraremos en el estudio de ambas partes, esto es, del consumidor de un lado, y del empresario, de otro.

4.1.1 *Consumidor o usuario.* – No cabe duda, tal y como disponen los artículos 57.1 del Texto Refundido de la Ley General

²⁵ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 198-200.

²⁶ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 191.

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y 2.1 del RDSAC, que son sujetos legitimados para iniciar y poner en funcionamiento el arbitraje de consumo los consumidores y usuarios en aras de atender y resolver sus conflictos con empresarios. En este sentido, legitimados activamente del arbitraje de consumo no son sólo quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso, tal y como indica el artículo 10. 1º de la LEC 1/2000, sino que, además es necesario que los mismos se presenten como titulares de relaciones jurídicas que puedan ser calificadas de consumo.

El RDSAC lamentablemente no contiene una definición de consumidor a sus efectos. Ante este desafortunado silencio, partiendo de que existen numerosos y diferentes conceptos de consumidor dependiendo de la norma jurídica ante la que nos encontremos, resulta lógico entender que en principio el concepto de consumidor o usuario contemplado por el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias a sus efectos es el que debe regir también a los efectos del arbitraje de consumo; esto es, «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»²⁷.

Es decir, es usuario el que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlo, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por tanto, teniendo en cuenta que tanto las personas físicas como las jurídicas pueden adquirir, consumir o utilizar bienes o servicios con distinta finalidad, se puede hablar de dos tipos de consumidores: consumidor-cliente y consumidor-final. El consumidor-cliente no tendrá la condición de consumidor porque los objetos adquiridos o los servicios contratados no son para uso privado; mientras que el consumidor-final es el verdadero consumidor, ya que es la persona física o jurídica que adquiere los bienes o usa los servicios para un fin privado, familiar o doméstico, no para satisfacer las necesidades de su actividad profesional²⁸.

²⁷ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 70 y 71.

²⁸ S. SAN CRISTÓBAL REALES, «Delimitación subjetiva...», cit., pp. 108 y 109.

En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 12 de junio de 2000 señala que «efectivamente, Cruz Roja tiene el carácter de persona jurídica, pero el artículo 1.2 de la Ley de Consumidores y usuarios de 19 de junio de 1984 define a los consumidores o usuarios como las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. En este supuesto esta condición de consumidor final del servicio telefónico es atribuible a Cruz Roja aun cuando ésta asuma la forma de persona jurídica. Dad que para que una persona jurídica pueda ser conceptuada como consumidora, debe reunir los mismos requisitos que el consumidor persona física y por ello, será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado, deberá ser, por tanto, como en el supuesto que nos ocupa, una persona jurídica sin finalidad de lucro y que, en su caso, transmita a título gratuito los bienes o servicios adquiridos»²⁹.

4.1.2 *Empresario*. – Antes de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007 y la entrada en vigor del citado Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, tanto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como el anterior Real Decreto guardaban silencio acerca de la parte pasiva del arbitraje de consumo, esto es, de los sujetos que pueden acudir al mismo en calidad de reclamados. A pesar de tal silencio, en principio parecía lógico entender a la luz de las citadas normas, que la misma venía constituida por los empresarios. Pero entonces, nos encontrábamos con la dificultad de definir tal término a nuestros efectos al guardar silencio al respecto el Real Decreto de 1993.

En tal sentido, la doctrina entendía que se había de acoger un concepto amplio de empresa o empresario o huir del concepto propio de empresario del Derecho mercantil o financiero.

²⁹ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 192.

Pero ante la ausencia, ya no sólo de un concepto de empresario a efectos del arbitraje de consumo, sino de una mínima referencia clara al mismo por parte de la normativa protectora de los consumidores, el problema radicaba en determinar si sólo los empresarios podían integrar la parte pasiva de los arbitrajes de consumo o, por el contrario, podían hacerlo particulares. Esta cuestión se ha planteado especialmente en materia de arrendamientos de vivienda³⁰.

Pues bien, afortunadamente, tanto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, como el RDSAC vigente han acabado clara y definitivamente con los aludidos problemas planteados. Ello porque el mismo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en primer lugar, ha declarado expresamente que su ámbito de aplicación se circunscribe a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (artículo 2), es decir, que el repetido Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al regular su ámbito de aplicación, no sólo se refiere expresamente a los consumidores y usuarios, sino también a los empresarios, definiéndolos a sus efectos. Por lo tanto, se excluyen de su ámbito de aplicación las relaciones entre particulares. Y en segundo lugar, porque su artículo 57.1 se refiere al arbitraje de consumo como el tipo de arbitraje institucional para resolver los «conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresario». Siguiéndolo, el artículo 2.1 del RDSAC lo califica de arbitraje institucional para resolver «los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales».

Literalmente, el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias define al empresario a sus efectos como «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada».

³⁰ Así, algunas juntas arbitrales han venido admitiendo reclamaciones provenientes de arrendatarios contra arrendadores particulares, esto es, arrendadores que nos e dedicaban a ello profesionalmente, en la línea de lo que hace años ya había postulado algún autor, considerando equiparable la posición del empresario a la del arrendador.

Ahora bien, hay que remarcar, además de que es irrelevante el carácter de la forma jurídica que adopte el concepto de empresario (esto es, si es persona física o jurídica y, en este último caso, sociedad mercantil anónima o limitada), su carácter público o privado. En efecto, la condición de empresario a efectos del arbitraje de consumo puede ser ostentada tanto por un sujeto privado como público, de forma que también las empresas o entidades públicas que actúan en régimen de Derecho privado están legitimadas pasivamente para intervenir en un arbitraje de consumo. Así se desprende de los artículos 20.1 y 32.1 del RDSAC.

Por tanto, una vez expuestos los conceptos de consumidor y de empresario con el alcance estudiado, conviene recapitular que, sin ninguna duda, están excluidas del arbitraje de consumo las pretensiones provenientes de relaciones jurídicas entre particulares (regidas por el Derecho Civil, siendo el Código Civil la norma rectora por excelencia), de relaciones entre empresarios o profesionales (regida por el Derecho mercantil y, principalmente, el Código de Comercio) y aquellas otras que, a pesar de provenir de un particular con respecto a una relación jurídica con un empresario, ésta no puede calificarse de consumo al no poderse calificar a los sujetos en ella intervinientes como consumidor y empresario según el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³¹.

4.2 *Objeto*. – Al aludir al objeto nos referimos al conjunto de controversias que, por razón de la materia, pueden ser objeto del arbitraje de consumo. Evidentemente, no todo asunto o controversia puede ser resuelto a través de arbitraje de consumo.

Al analizar las cuestiones que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, la primera delimitación la encontramos en el artículo 1 del RDSAC, que prevé que el arbitraje de consumo se ocupará de las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios relacionados con sus derechos legal o contractualmente reconocidos.

El arbitraje de consumo sólo podrá conocer de las controversias que tienen su origen en un acto o relación de consumo. Por ello, para iniciar el arbitraje de consumo no basta que el recla-

³¹ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 82-92.

mante sea un consumidor y usuario y el reclamado un empresario o profesional, sino que será necesario que exista entre las partes una relación de consumo. Por relación de consumo debemos entender aquella relación de derecho privado dirigida a la adquisición, utilización o disfrute por un consumidor de los bienes y servicios, suministrados por una empresa, un profesional o la Administración.

Ahora bien, no todas las controversias que surjan de un acto o relación de consumo se podrán ejercitar a través del arbitraje de consumo. La regla general viene establecida en el artículo 2.1 del RDSAC, según el cual únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen «sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho». Y a continuación, el artículo 2.2 del RDSAC añade que «no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delirio, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias»³².

Por lo tanto, el nuevo RDSAC tanto incluye (artículos 1.2 y 2.1), como excluye (artículo 2.2) expresamente una serie de «materias» del objeto del arbitraje de consumo. Así, queda claro que estos preceptos se dedican a fijar el ámbito objetivo del arbitraje de consumo, tanto de forma positiva, indicando lo que sí puede someterse al mismo, como negativa, expresando lo que se excluye.

Pues bien, llegados a este punto, debemos analizar dos cuestiones: en primer lugar qué se debe entender por materias de libre disposición por las partes y, en segundo lugar, qué materias estarían excluidas del arbitraje de consumo.

4.2.1 Materias de libre disposición. – Como hemos visto, requisito fundamental para que estemos ante pretensiones susceptibles de arbitraje de consumo es que versen sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Y se trata ésta de una previsión

³² E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 193 y 194.

que nada nos aclara a priori, ya que implica un recorrido por los distintos sectores del ordenamiento jurídico que, a su vez, exige una complicada labor interpretativa de sus normas³³.

Han sido muchos los intentos por parte de la doctrina de aproximarse a lo que debe entenderse por materia disponible. En cualquier caso, por su precisión, nos parece acertada la aproximación apuntada por la profesora Fernández Fustes, quien afirma que por materias de libre disposición debemos entender aquellas que son disponibles para sus titulares, partiendo de la disponibilidad jurídica material de los derechos subjetivos en conflicto. Así, indica esta autora, se entiende que las partes son dueñas de los derechos intereses materiales, por lo que pueden disponer de los mismos. En este sentido, sigue aclarando la autora, el artículo 19 de la LEC 1/2000 dispone que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y someterlo a arbitraje, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por interés general o en beneficio de tercero. Por tanto, concluye la autora, podrá someterse a arbitraje de consumo toda controversia que cumpla los siguientes requisitos:

- 1) Que sea una controversia derivada de un acto o relación de consumo.
- 2) Que la Ley no prohíba su sumisión a arbitraje.
- 3) Que la Ley no establezca limitaciones para la sumisión a arbitraje de la controversia por razones de interés general.
- 4) Que la Ley no establezca limitaciones para la sumisión a arbitraje de la controversia en beneficio de tercero³⁴.

La cuestión de la disponibilidad de la materia llevó a la doctrina a plantearse si era posible o no someter a arbitraje pretensiones relacionadas con ámbitos o sectores del ordenamiento jurídico fuertemente regulados por normas imperativas o de *ius cogens* indisponibles para las partes. Actualmente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en su admisión con carácter general, aunque existan discrepancias sobre si tales normas imperativas deben ser respetadas por los árbitros.

Este debate de la no arbitrabilidad de determinadas pretensiones por versar sobre materias indisponibles igualmente está presente

³³ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 103.

³⁴ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos...*, cit., p. 194.

en el arbitraje de consumo. Concretamente, en el ámbito que nos ocupa este problema de la susceptibilidad del arbitraje de consumo de determinadas pretensiones relacionadas con materias fuertemente reguladas por normas imperativas se ha planteado en la práctica en numerosas ocasiones con respecto a la prestación de servicios públicos. Un análisis de la jurisprudencia menor en esta sede permite concluir que el estar en presencia de servicios públicos cuya forma de prestación pro la empresa concesionaria se encuentra minuciosamente regulada, en principio no impide su sometimiento a arbitraje de consumo.

En concreto, los supuestos prácticos planteados han sido fundamentalmente los que siguen:

- 1) En el sector de las telecomunicaciones.
- 2) En el servicio de transporte público.
- 3) En el servicio de suministro de gas natural.
- 4) Y en el servicio de correos, esto es, en el servicio postal universal.

Pasemos, pues, a analizar a cada uno de estos sectores más problemáticos implicados.

1. Servicio de telefonía y telecomunicaciones

a) Servicios de acceso y traslado de líneas telefónicas

Normativa reguladora: La normativa en nuestro ordenamiento jurídico reguladora de estos servicios se encuentra fundamentalmente en la vigente Ley General de Telecomunicaciones, 32/2003, de 3 de noviembre, y en el Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, que aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, que ha derogado parcialmente el Reglamento que desarrolla la citada ley, sobre las condiciones para la prestación del servicio de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y a protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

De la vigente normativa cabe reseñar el apartado 1º del artículo 38 de la Ley General de Telecomunicaciones de 2003³⁵ y

³⁵ Artículo 38.1 de la Ley General de Telecomunicaciones: «*Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de*

el apartado 3º del artículo 104 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 424/2005³⁶.

Tratamiento jurisprudencial: Existen numerosas sentencias de Audiencias Provinciales recaídas en aplicación de la normativa citada.

Se trata de sentencias recaídas en supuestos en los que el reclamante, posterior impugnado, pide la instalación o traslado de una línea telefónica y así se le concede en el laudo arbitral dictado por la junta arbitral de consumo.

Defendiendo la susceptibilidad de arbitraje de estas pretensiones encontramos, entre otras, la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Almería número 200/2005 (Sección 3ª), de 3 de octubre, en la que no se anula el laudo ordenando al operador la instalación de una línea telefónica fija o, en su defecto, un teléfono rural en su domicilio. En este mismo sentido también encontramos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos número 522/2003.

En sentido contrario, esto es, defendiendo la no susceptibilidad de arbitraje de estas pretensiones, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se anula un laudo condenando a la operadora a la instalación de una línea telefónica, entendiéndose que los derechos de acceso e instalación de una línea telefónica no son susceptibles de arbitraje por constituir un servicio público cuyo control compete al Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Parece claro que el simple hecho de que un sector como el de las telecomunicaciones, en el que pueden intervenir consumidores esté fuertemente regulado no implica la imposibilidad de so-

los consumidores y usuarios. Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

³⁶ Artículo 104.3 del Reglamento aprobado por el RD 424/2005: «Los abonados podrán dirigir su reclamación a las juntas arbitrales de consumo, en los términos establecidos en su normativa reguladora».

meter al mismo aquellos conflictos que puedan surgir entre los prestadores del servicio y los consumidores o usuarios. Más aún cuando se trata de materias con altos índices de conflictividad, lo que contribuiría a la descarga del colapso de trabajo en la jurisdicción ordinaria.

No obstante, como hemos tenido ocasión de ver, se trata de una cuestión sumamente controvertida en las distintas Audiencias Provinciales, existiendo pronunciamientos tanto un sentido (admitiendo la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones), como en el contrario (negando la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones).

b) Servicios de tarificación adicional

Normativa reguladora: La normativa reguladora viene constituida por la orden/Pre/361/2002, de 14 de febrero, modificada por la Orden/Pre/2410/2001, de 20 de julio, y el Código de Conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, regulado por Resolución de 15 de septiembre de 2004, en principio vigentes en lo que no se opongan al mencionado Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo.

La primera Orden, tras la modificación operada por la segunda, define los servicios de tarificación adicional como aquellos *«que, a través de la marcación de un determinado código, conlleven una retribución específica en concepto de remuneración al abonado llamado, por la prestación de servicios de información, comunicación u otros, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de esta Orden»*. Y el artículo 6.2 de dicho Código de Conducta de 2004 establece lo que sigue: *«Todas las reclamaciones derivadas del incumplimiento del presente Código de Conducta, que impliquen perjuicios económicos para los usuarios, podrán resolverse a través del Sistema Arbitral de Consumo, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios de justicia o a la autoridad u órgano administrativo que resulte competente, quedando excluidas de la competencia de la Comisión para la Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional»*.

Del tenor de los preceptos enunciados, no parece existir duda sobre la posibilidad de que las controversias derivadas de estos servicios se sometan a arbitraje de consumo.

Tratamiento jurisprudencial: Al igual que los servicios anteriormente analizados, los servicios de tarificación adicional constituyen una cuestión controvertida en la jurisprudencia, de modo que existen sentencias tanto en un sentido (admitiendo la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones), como en el contrario (negando la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones).

Admitiendo la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones encontramos, entre otras, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga número 601/2005, de 21 de junio, que expresamente declara la licitud de la vía arbitral en este ámbito. En este mismo sentido, también puede mencionarse a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz número 91/2004, de 27 de julio.

En sentido contrario, esto es, negando la susceptibilidad al arbitraje del sector de las telecomunicaciones, cabe citar, entre otras, a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 463/2004, de 24 de septiembre, en la que se afirma que la pretensión consumidor concerniente a conexiones a través de Internet efectuadas sin su consentimiento, constituye una materia excluida de arbitraje, debiendo ser examinada por la Comisión de Supervisión de los Servicios de Tarificación Adicional.

2. Servicio de transporte público

En relación con este ámbito, la jurisprudencia mayoritaria viene a afirmar lo siguiente: *«Partiendo de que la fijación de las tarifas de transporte colectivo urbano no incumbe a la empresa concesionaria, ni ésta ni los usuarios están facultados para incrementarlas, reducirlas o modificarlas, sino que es competencia exclusiva de la Administración. Por tanto, se viene a afirmar mayoritariamente que no se trata de una materia de índole jurídico privada, sino de la validez de acuerdos tomados en el ámbito administrativo, lo que excede el ámbito del arbitraje»*³⁷.

En definitiva, se considera que nos encontramos ante una materia jurídico-pública, indisponible para la iniciativa privada, de modo que no es susceptible de someterse consecuentemente a arbitraje.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 29 de septiembre de 1993.

3. Servicio de suministro de gas natural

Al contrario de lo que se viene a afirmar mayoritariamente desde la jurisprudencia en relación con los servicios de transporte público, en lo que hace al servicio de gas natural se viene declarando la arbitrabilidad de las reclamaciones sobre esta materia y, en concreto, de los derechos de acometida del gas natural, a pesar de que la tarifa de tales derechos esté regulada por normas de carácter imperativo³⁸.

4. Servicio postal universal

En relación con las reclamaciones sobre el modo de entrega de los servicios postales, parece existir unanimidad en la jurisprudencia sobre su arbitrabilidad.

En la mayoría de resoluciones se pretende la anulación de los laudos que condenan al operador del servicio postal universal a entregar envíos postales en el propio domicilio de los destinatarios por no ser correcta su entrega en casilleros pluridomiciliarios situados a la entrada de la urbanización, alegando, entre otros motivos, el resolver cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Se trata de una materia susceptible de arbitraje comercial, tal y como efectivamente posibilita expresamente el artículo 5 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que permite someter las controversias entre operadores y usuarios sin exclusión alguna a las juntas arbitrales de consumo³⁹.

4.2.2 Materias excluidas del arbitraje de consumo. – Como ya se adelantó, el artículo 2.2 del RDSAC se dedica a delimitar negativamente el ámbito objeto del arbitraje de consumo, esto es, a indicar expresamente una serie de materias que no pueden ser objeto del mismo⁴⁰.

³⁸ En este sentido, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya número 373/2005, de 17 de mayo, en la que se afirma lo que sigue: «Interés y orden público no debe identificarse con regulación de Derecho Público ni imperativo, porque hay materias que, aun participando de este carácter, pueden ser objeto de libre disposición por las partes».

³⁹ D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., pp. 103-136.

⁴⁰ Tal y como apunta D. MARCOS FRANCISCO, *El arbitraje...*, cit., p. 137, ni la actual ley de Arbitraje, ni el nuevo RDSAC han introducido novedad sustan-

Las materias que el RDSAC excluye del ámbito objetivo del arbitraje de consumo son las que siguen:

- 1) Las materias sobre las que las partes no tengan poder de disposición al ser materias de derecho necesario y estar regidas por un interés público⁴¹. Es decir, las cuestiones relativas a la capacidad, filiación, matrimonio y menores, excepto las pretensiones disponibles (artículo 715.3 LEC 1/200).
- 2) Ilícito penal. El Estado ha asumido en exclusiva la titularidad del *ius puniendi* y su ejercicio se atribuye en exclusiva a los juzgados y tribunales. Por tanto quedan excluidos del ámbito del arbitraje de consumo todos los delitos o faltas cometidos en materia de consumo: los delitos relativos a los consumidores (artículos 281 y ss. del Código Penal); los delitos cometidos contra la salud pública (artículos 359 y ss. del Código Penal) o las estafas (artículos 248 y siguientes del Código Penal).
- 3) Acción civil *ex delicto*. La comisión de un hecho delictivo hace surgir dos tipos de responsabilidad: por un lado, surge la responsabilidad penal y como consecuencia de ella la acción penal cuyo fin va a ser la imposición de una pena, y por otro lado, la responsabilidad civil y junto con ella la acción civil cuyo fin es que la víctima sea compensada por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la acción delictiva. La acción civil se va a ejercitar conjuntamente con la acción penal en el proceso penal, pero no por ello pierde su naturaleza civil, por lo que es disponible por su titular. El hecho de que os encontremos ante acciones civiles de naturaleza jurídico-privada hace que para ellas rijan los mismos principios que rigen en el proceso civil. Esto determina que la acción de responsabilidad civil ejercitable en el proceso penal sea plenamente disponible, por lo que el perjudicado podrá renunciar a la misma o reservarla para ejercitarla posteriormente ante la jurisdicción civil.

cial alguna respecto del ámbito objetivo del arbitraje de consumo en relación con lo que establecía el artículo 2.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 y, siguiéndola, el artículo 2.2 del anterior Real Decreto de 1993.

⁴¹ R. BONACHERA VILLEGAS, «El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo», en *La Ley*, nº 7042, 30 de octubre de 2008.

A pesar de que se trata de una materia de libre disposición por su titular, el artículo 57.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, dispone que «el sistema arbitral de consumo es el sistema extrajudicial de conflictos a través del cual se resuelven reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito». Además, el artículo 2.2 del RDSAC, aclara que «no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existen indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos». Por tanto, el legislador excluye expresamente del ámbito del arbitraje de consumo a la acción civil *ex delicto*.

Por último, cabe detenerse en el análisis de qué sucederá en aquellos supuestos en los que se presente una solicitud de arbitraje de consumo en relación con una materia excluida del arbitraje de consumo. En esta situación, la Junta Arbitral debería inadmitir la solicitud por tratarse de un asunto que no puede ser objeto de arbitraje (art.35 RDSAC). Si no lo hiciera, el Colegio Arbitral podría apreciar su falta de competencia objetiva, bien de oficio o a instancia de parte. Si, a pesar de ello, los árbitros entraran a conocer del fondo del asunto y dictaran el correspondiente laudo, se podrá ejercitar la acción de anulación del laudo por el motivo previsto en el artículo 41.1 c) de la Ley de Arbitraje⁴².

5. *El convenio arbitral*. – Como ya hemos estudiado al analizar las características del sistema arbitral de consumo, en la esencia de todo arbitraje, se encuentra la voluntad de las partes de arreglar por tal medio, sus diferencias. La doctrina y jurisprudencia han considerado como uno de los caracteres del arbitraje de consumo el de la voluntariedad, recogándose en el artículo 58.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que la sumisión de las partes al Sistema Arbitral de Consumo será vo-

⁴² E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 194-196.

luntaria. Esta voluntariedad exige un acuerdo de voluntades denominada convenio arbitral, respecto del cual, el artículo 24 del RDSAC establece que deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo sus diferencias. El convenio arbitral, a falta de definición legal, ha sido definido doctrinalmente como un pacto de naturaleza contractual, bilateral y de contenido procesal⁴³.

El RDSAC dedica al convenio arbitral su capítulo III, en el que bajo el epígrafe «Convenio Arbitral» trata básicamente de las ofertas públicas de adhesión y del uso del distintivo adhesión.

En el arbitraje de consumo, el acuerdo de voluntades que constituye el convenio arbitral se puede alcanzar de tres formas distintas:

- 1) Por medio de un acuerdo expreso y específico de sometimiento a arbitraje, bajo la forma de cláusula contractual, o acuerdo independiente.
- 2) Por la existencia de una oferta pública de adhesión al sistema por parte del empresario y la presentación de la solicitud de arbitraje por parte del consumidor.
- 3) Y por la aceptación por parte del reclamado a la sumisión al arbitraje de consumo previa solicitud del consumidor.

Sea cual sea la forma en que se perfeccione el convenio arbitral, sus efectos serán los previstos en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, a saber, la obligatoriedad de las partes de cumplir lo estipulado, es decir:

- Someter las diferencias al sistema arbitral.
- Cumplir el laudo arbitral (efecto positivo).
- E imposibilidad de conocimiento judicial de las cuestiones sometidas a arbitraje (efecto negativo).

Igualmente, sea cual sea la forma en que se llegue al convenio arbitral, han de reunirse los requisitos de capacidad generales para obligarse, afectándole a todo convenio arbitral las causas generales de nulidad de los contratos, básicamente defectos de capacidad y vicios del consentimiento.

Estudiemos, pues, con mayor profundidad cada una de las formas en las que puede alcanzarse el convenio arbitral.

⁴³ M. GUTIÉRREZ SANZ, en Quintana Calvo y otros, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, 1997.

5.1 *Pacto expreso.* – El pacto expreso de sometimiento a arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula que sea parte de un contrato principal (en cuyo caso será siempre anterior al litigio y recibe tradicionalmente la denominación de cláusula compromisoria), o bien de un acuerdo independiente (en cuyo caso podrá ser anterior o posterior al nacimiento de la controversia, recibiendo en este caso la denominación de contrato de compromiso). En cualquier caso, ha de constar por escrito, exigencia que se puede cumplir en varias formas, bien en un único documento firmado por las partes, bien por medio de un intercambio de cartas, faxes u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo (correos electrónicos, mensajes de texto, etc.).

A la hora de fijar el alcance y eficacia de estas cláusulas es necesario analizar si se trata de cláusulas negociadas individualmente, o no, y si la sumisión es al arbitraje de consumo o a otros tipos de arbitraje.

En primer lugar, según establece el artículo 57.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, si el convenio arbitral conlleva sumisión a un arbitraje distinto del de consumo u otros arbitrajes institucionales creados normativamente para sectores específicos, únicamente podrá concertarse válidamente con posterioridad al nacimiento de la controversia. El artículo 90 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias considera abusivas las cláusulas de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo. Contrario sensu, podemos afirmar que una cláusula de sometimiento a arbitraje de consumo no es abusiva y, siempre que reúnan los requisitos del artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, no exige una negociación individual⁴⁴.

5.2 *La oferta pública de adhesión.* – La oferta pública de adhesión constituye una de las peculiaridades más interesantes del sistema arbitral de consumo. En esta modalidad de convenio arbitral la emisión de voluntad de las partes se realiza en momentos distintos, al coincidir la solicitud del consumidor con el ámbito

⁴⁴ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 220 y 221.

de una previa oferta general efectuada por el empresario, perfeccionándose de esta forma el acuerdo de voluntades.

La oferta de empresario presenta la naturaleza de una oferta contractual, estableciendo los requisitos necesarios del contrato a que quiere llegar, de manera que éste queda perfeccionado si recae la aceptación⁴⁵.

5.2.1 *Tipos de oferta.* – El artículo 25 del RDSAC exige que la oferta pública se formule a través de un procedimiento previsto en el capítulo V, Sección 1ª, o a través de otro soporte que permita tener constancia de la presentación y autenticidad. La referencia a la constancia de la presentación parece hacer referencia a la necesidad de que la oferta de adhesión se presente necesariamente ante la Junta Arbitral correspondiente. Sin embargo, no cabe negar eficacia a la oferta unilateral y pública efectuada por el empresario sin cumplir los requisitos previstos en el RDSAC, pues por un lado la negativa llevaría a resultados absurdos, y por otro, el artículo 61.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al permitir al consumidor exigir «las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas», impone claramente la admisión de esta posibilidad.

Estas ofertas públicas reguladas en los artículos 25 y siguientes del RDSAC presentan la misma característica de ser ofertas unilaterales y públicas de adhesión al sistema formuladas por el empresario. El artículo 25.4 recoge expresamente que la oferta, así como su denuncia, habrán de efectuarse por el representante legal de la empresa o profesional con poder de disposición, previo acuerdo en su caso del órgano de gobierno correspondiente.

Por su parte, el artículo 25.1 del RDSAC establece la forma en que deberá constar la oferta, que habrá de ser por escrito, por vía electrónica a través del procedimiento previsto en el capítulo V, o en cualquier otro soporte que permita tener constancia de la presentación y su autenticidad. Dicha oferta se ha de presentar ante la Junta Arbitral correspondiente al ámbito territorial en que el empresario desarrolle principalmente su actividad.

⁴⁵ L. Díez Pícazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción a la Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996.

A diferencia de la anterior regulación del artículo 6.2 del Real Decreto de 1993, el RDSAC no indica las menciones obligatorias de la solicitud de adhesión. Sin embargo, parece claro que son elementos esenciales la identificación del empresario, y la constancia de la voluntad clara y expresa de adherirse al sistema, que habrá de efectuarse de forma particular, necesariamente por el representante legal de la empresa, o profesional con poder de disposición, previo acuerdo, en su caso, del órgano de gobierno correspondiente.

A pesar de que el artículo 25.1 establece que en la oferta pública de adhesión «deberán» constar el plazo de validez de la oferta, la opción por el arbitraje de equidad o de derecho, y si se acepta o no la mediación previa, a falta de constancia de tales extremos no priva a la oferta de su validez, pues el propio artículo 25 del RDSAC suple esa falta, estableciendo que la oferta se entenderá efectuada por tiempo indefinido, en equidad y con aceptación de la mediación previa.

La oferta así formulada, aceptada por el Presidente de la Junta Arbitra, e inscrita en el Registro público de empresas adheridas, somete al empresario a todo el Sistema Arbitral, para todas las reclamaciones que se le efectúen, y le permite el uso del distintivo de adhesión regulado en el artículo 28 del RDSAC.

5.2.2 Las ofertas públicas limitadas. – El RDSAC prevé la posibilidad de que el empresario limite el alcance de su oferta, formulando lo que el artículo 28 del RDSAC denomina «oferta pública de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo».

Lo primero que debe destacarse, es que no cualquier limitación que establezca el empresario en su oferta hace que ésta sea considerada limitada, pues existen una serie de limitaciones o modalizaciones que puede introducir el empresario en su oferta, que no implican que ésta deba ser considerada como limitada, con los efectos restrictivos que luego veremos.

Esas salvedades se recogen en el propio artículo 25 del RDSAC, y pese a su inclusión en la oferta, permiten al empresario el uso del distintivo oficial del Anexo I. Concretamente viene a ser las siguientes:

- Limitaciones temporales, siempre que sean superiores al año. Si el plazo es inferior, se entenderá que estamos en presencia de una oferta limitada.

- Limitaciones territoriales, cuando el empresario limite su adhesión a la Junta Arbitral correspondiente al territorio en que desarrolle principalmente su actividad.
- La limitación que exija, con carácter previo al arbitraje, la presentación de la reclamación ante los mecanismos de resolución habilitados por la empresa, siempre que éstos sean gratuitos, y se preste información sobre ellos en el contrato.

Cualquier otra limitación introducida por el empresario en su oferta, distinta de las anteriores, convierte a la oferta en limitada, lo que la avoca a una regulación específica, marcada por la desconfianza.

La posibilidad de establecer ofertas limitadas tuvo su razón de ser en la dificultad de obtener adhesiones. No obstante, dado que existía un único distintivo de adhesión tanto para los empresarios plenamente adheridos, como para los que lo estaban limitada-mente, pronto se pudo apreciar que la situación implicaba una competencia desleal entre los empresarios y suponía la introducción de inseguridad entre los consumidores. Esta situación hizo que las ofertas limitadas se viesan con malos ojos. Para remediarlo, el actual RDSAC establece dos distintas modalidades de distintivo: el previsto en el Anexo I para las adhesiones plenas y el previsto en el Anexo II para las adhesiones limitadas.

5.2.3 *Presentación de las ofertas.* – La oferta pública, ya sea plena o limitada, se presentara ante la Junta territorialmente competente en la forma y con los requisitos ya vistos. Para la aceptación de una oferta limitada es necesaria la emisión de un informe preceptivo de la Comisión de Juntas Arbitrales, informe que será vinculante para la Junta correspondiente en caso de ser negativo. El Presidente de la Junta a la que se le haya presentado la oferta, en su caso tras el informe de la Comisión, resolverá motivadamente sobre su aceptación o rechazo. Si se trata de una oferta de adhesión limitada, la resolución deberá contener un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de otorgar el distintivo previsto en el Anexo II.

5.2.4 *Pérdida de vigencia de las ofertas.* – Como hemos visto, la oferta pública de adhesión puede estar temporalmente limitada. Si no lo está, cabe que el empresario la denuncie ante la Junta

Arbitral competente, por los mismos medios y por las mismas personas por los que se puede hacer la oferta. La denuncia tendrá efectos a partir de los 30 días naturales de su comunicación a la Junta Arbitral, salvo que en la oferta pública de adhesión se prevea un plazo distinto o en la denuncia se establezca un plazo mayor.

El ámbito temporal de la oferta puede plantear problemas debido a que, en la mayoría de los casos, pasará un tiempo entre la celebración del contrato y el nacimiento de la controversia. Podemos imaginar varios supuestos:

- Una solicitud de arbitraje presentada tras la oferta, pero referida a contratos celebrados antes de su vigencia. Salvo que se hubiere aceptado una limitación al respecto, el convenio se entiende perfeccionado por la solicitud de arbitraje vigente de la oferta⁴⁶.
- Aquellos casos en que la vigencia temporal de la oferta expira después de que el consumidor haya solicitado el arbitraje, en cuyo cabremos de entender que el convenio ha sido válidamente formalizado.
- Finalmente, el supuesto más complejo es el de una solicitud presentada con posterioridad al vencimiento de la oferta, derivada de un contrato celebrado cuando éste continuaba vigente. La solución del artículo 29.3 no sirve, pues se refiere únicamente a convenios perfeccionados antes de la denuncia⁴⁷. En términos estrictos, la presentación de la solicitud no puede suponer la formalización del convenio, pues ya no existe una oferta vigente. No obstante, podría estimarse que la oferta pública se ha contractualizado, pasando a considerarse como una cláusula más del contrato principal. Si bien, esta interpretación choca con la exigencia de que el consentimiento conste de forma expresa, puede encontrar su fundamento en alguna resolución judicial y en el artículo 61.2 del Texto Refundi-

⁴⁶ Así lo podemos deducir del artículo 24.2 que considera válidamente formalizado el convenio cuando exista oferta pública.

⁴⁷ El borrador de regulación resolvía el problema al establecer que «la renuncia (a la oferta pública de sometimiento a arbitraje) no afectará a las relaciones de consumo perfeccionadas durante el período en que estuviera vigente la oferta».

do de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁴⁸.

5.3 Aceptación por el empresario de la sumisión tras la solicitud del consumidor. – En aquellos casos en que no exista un convenio arbitral expreso, ni una oferta pública empresarial, es todavía posible la formalización del arbitraje de consumo si el empresario acepta la solicitud presentada por el consumidor. A tal fin, cuando la Junta Arbitral reciba una solicitud de arbitraje por parte de un consumidor y no conste la existencia de un convenio arbitral previo, o éste no sea válido, dará traslado de dicha solicitud al empresario reclamado para que en un plazo de 15 días acepte el arbitraje y, en su caso, conteste a la solicitud formulando las alegaciones oportunas.

Si en el caso de la oferta pública era el empresario el que iniciaba la formalización del arbitraje, aquí es el consumidor el que ofrece al empresario la posibilidad de resolver la discrepancia por medio del arbitraje: para la formalización de este convenio es necesaria la expresión de voluntad del empresario, aceptando la sumisión y efectuando la contestación. La falta de manifestación en el plazo de 15 días desde la recepción de la notificación de la solicitud de arbitraje se entenderá como una negativa a aceptar la sumisión, dejando al consumidor la única opción de acudir a la vía judicial. No obstante, algún autor sostiene, con fundamento en alguna sentencia, que el transcurso del citado plazo de 15 días no impide, en caso de aceptación posterior, la validez del acuerdo.

Si el empresario acepta sin más la solicitud, el convenio se perfecciona. Pudiera ocurrir que el empresario aceptara parcialmente el arbitraje solicitado por el consumidor. En este caso, el convenio se perfecciona únicamente respecto de aquellos extremos en que existe coincidencia de voluntades, no existiendo impedimento alguno a esa sumisión parcial.

6. Organización del sistema arbitral de consumo

6.1 El sistema arbitral de consumo como organización administrativa. – La organización del Sistema Arbitral de Consumo – a la luz

⁴⁸ E. GÓNZALEZ PILLADO (coord.), *Resolución de conflictos...*, cit., pp. 221-228.

del Real Decreto 231/2008 – se fundamenta en dos órganos de naturaleza y cometidos bien diferentes: las **Juntas Arbitrales de Consumo** (órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo que prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría) y los **Órganos Arbitrales** (órganos de naturaleza no administrativa, integrados por árbitros acreditados y designados por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo con el fin de resolver las controversias encomendadas)⁴⁹. Además, para lograr el funcionamiento integrado del Sistema Arbitral de Consumo se crean dos instituciones fundamentales: la **Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo** y el **Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo**⁵⁰.

Antes de analizar la composición y las características del sistema arbitral de consumo, con el fin de no confundir Junta Arbitral de Consumo y Órgano Arbitral, debe diferenciarse brevemente éste del arbitraje administrativo, es decir, del sometimiento de la Administración a arbitraje como una de las partes en conflicto⁵¹. El arbitraje administrativo que puede estar referido a materias *administrativas* (relaciones jurídico-públicas)⁵² o *civiles* (relaciones privadas) se separa del arbitraje de la Administración porque en este último caso la Administración no es parte del conflicto, sino que interviene para dirimirlo. Quiere decirse que la Administra-

⁴⁹ A.M. LORCA NAVARRETE, *La nueva regulación del arbitraje de consumo. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2008, p. 13.

⁵⁰ E. GÓNZALEZ PILLADO (COORD.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 196 señala que: “la creación de estas dos instituciones tiene como finalidad, como señala el propio Real Decreto en la parte expositiva, garantizar el funcionamiento integrado del sistema arbitral de consumo y la seguridad jurídica de las partes.

⁵¹ M. GÓMEZ PUENTE, «Sobre la organización, función y naturaleza del sistema arbitral de consumo», *Estudios sobre consumo* núm. 59, Madrid, octubre, 2001, p. 202.

⁵² Cuando la Administración actúa provista de sus potestades públicas, esa relación en la que intervenga será una relación jurídico-pública. En cambio, cuando actúe desprovista de las mismas, se someterá a arbitraje igual que pueden hacerlo los particulares y la resolución arbitral del conflicto seguirá los cauces ordinarios del ordenamiento jurídico-privado.

ción no es la destinataria de la actividad o laudo arbitral, sino que es ella quien los proporciona⁵³.

En el caso del consumo, el arbitraje, tal y como establecía el Real Decreto 636/1993, estaba confiado a la Administración Pública⁵⁴. La creación de la organización arbitral de consumo se situaba en el marco general que ordenaba la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el citado Real Decreto. Este reglamento preveía la constitución de una Junta Arbitral de Consumo adscrita al Instituto Nacional de Consumo, pero también Juntas Arbitrales de Consumo de ámbito municipal, supramunicipal, provincial y autonómico mediante convenios o acuerdos suscritos entre dicho Instituto y las correspondientes Administraciones Públicas. Como las Juntas se establecían por iniciativa de las Administraciones territoriales, se entendía, para un sector doctrinal, que formaban parte de éstas. Sin embargo, para otro, era al Gobierno estatal a quien correspondía establecer el sistema arbitral⁵⁵. Como argumento invocaban el hecho de que el Tribunal Constitucional, en varias sentencias⁵⁶, confirmó la competencia exclusiva del Estado para establecer dicho sistema y crear los correspondientes órganos estatales:

«El establecimiento de un sistema de arbitraje es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales de los artículos 149.1.5.a) y 6.a) de la Constitución, pues siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que la jurisdicción civil – esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada –, es evidente que la crea-

⁵³ M. GÓMEZ PUENTE, «Sobre la organización...», *cit.*, p. 203.

⁵⁴ Comúnmente se entiende por *arbitraje de la Administración* toda la actividad administrativa que tiene por finalidad resolver conflictos jurídicos entre particulares, sobre derechos administrativos o privados, mediante una decisión administrativa. Esta actividad administrativa arbitral es auténtica cuando las partes deciden libremente someter el conflicto, renunciando a plantear la controversia en sede jurisdiccional.

⁵⁵ M. GÓMEZ PUENTE, «Sobre la organización...», *cit.*, p. 208.

⁵⁶ Entre otras, así lo hacen las sentencias del Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de enero, y 62/1991, de 22 de marzo.

ción de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral o al sistema de recursos, con la Administración de Justicia».

Ahora bien, no debe olvidarse que existía también en el artículo 31.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios el mandato legal de la participación de las Administraciones Públicas competentes en materia de consumo en los órganos de arbitraje, así como el hecho de que constituye un principio constitucional de la acción pública la colaboración interadministrativa, perspectiva desde la que interesa destacar, además, la existencia de las Oficinas Municipales de Consumo, cuya experiencia, actividad informativa o divulgativa e implicación parecían imprescindibles para el desarrollo y eficacia del sistema arbitral.

6.1.1 Órganos. – Dado que el sistema arbitral de consumo está compuesto por un conjunto de órganos, conviene examinarlos detenida y separadamente:

a) Junta Arbitral de Consumo

Concepto y clases (artículo 5 RDSAC): Las Juntas Arbitrales de Consumo son los órganos administrativos de gestión del arbitraje institucional de consumo y prestan servicios de carácter técnico, administrativo y de secretaría, tanto a las partes como a los árbitros. **Son** Juntas Arbitrales de Consumo: a) La Junta Arbitral Nacional, adscrita al Instituto Nacional del Consumo. b) Las Juntas Arbitrales territoriales constituidas mediante convenio de colaboración entre las Administraciones públicas y el Instituto Nacional del Consumo, en el que podrá preverse la constitución de delegaciones de la Junta Arbitral territorial, ya sean territoriales o sectoriales.

Naturaleza jurídica: El primer dato significativo que merece ser destacado de la naturaleza jurídica es su **carácter administrativo**, es decir, las Juntas Arbitrales de Consumo son órganos administrativos integrados en la estructura administrativa de las Administraciones Públicas que las sustentan.

Constitución: Cuando se habla de la creación de la Junta Arbitral, debe distinguirse entre la creación y la constitución de la misma porque al observar el art. 5 RDSAC se constituye la Junta Arbitral Nacional adscribiéndola al Instituto Nacional del Consumo.

mo. Esto es, existen *dos pasos*: la creación de la Junta por imperativo del propio RDSAC y su adscripción al Instituto Nacional del Consumo, ubicándola en el seno de la Administración de la que va a depender. El apartado segundo de este mismo artículo hace lo mismo respecto de las demás Juntas Arbitrales: se crearán o establecerán por la Administración del Estado y en un segundo momento, por mediación del acuerdo a suscribir con las Administraciones Públicas interesadas se constituirán en dicho ámbito⁵⁷.

¿Qué es crear una Junta Arbitral? Se distinguen en el convenio de colaboración o acuerdo entre el Instituto Nacional de Consumo y las Administraciones Públicas *dos actuaciones*: el acuerdo para implantar el sistema arbitral de consumo en un ámbito territorial determinado en la que la Administración ejerce sus competencias y la disposición de la estructura orgánica necesaria para sus fines por parte de la Administración Pública que la asumirá.

Estructura (artículo 7 RDSAC): La estructura organizativa básica queda regulada en el art. 7 RDSAC. En dicho precepto se dice que las Juntas Arbitrales estarán integradas por su presidente y el secretario, cargos que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas y por el personal de apoyo adscrito a dicho órgano. *Características*:

- Los cargos han de recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas⁵⁸.
- Son designados por la Administración de la que dependa la Junta Arbitral.
- Los nombramientos han de publicarse en el diario oficial que corresponda al ámbito territorial la Junta Arbitral.

⁵⁷ J.L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Origen, estructura y funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2006, p. 231-232.

⁵⁸ J.A. Ruíz Jiménez, *Análisis crítico del sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2007, p. 275 explica que esta exigencia se ha venido interpretando de un modo muy amplio, de manera que el vínculo puede tener naturaleza administrativa – no se requiere que sea funcionario – o laboral, incluso civil, a través de un contrato de arrendamiento de servicios. También se ha entendido que la vinculación no debe ser estrictamente con la Administración soporte de la Junta Arbitral, sino con cualquier otra.

- Las resoluciones de los presidentes de la Junta Arbitral ponen fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en el art. 36 (admisión o inadmisión de la solicitud de arbitraje).
- El secretario garantiza el funcionamiento administrativo de la Junta Arbitral.
- Cuando se creen delegaciones territoriales o sectoriales, se podrán designar presidentes y secretarios de la delegación territorial o sectorial, sin perjuicio de la capacidad del presidente para designar órganos arbitrales que conozcan de los conflictos en los ámbitos territoriales en los que no exista Junta Arbitral territorial o delegaciones la misma.

Funciones (artículo 6 RDSAC): **Las Juntas Arbitrales de Consumo desempeñan las siguientes funciones:** a) Fomentar el arbitraje de consumo entre empresas o profesionales, consumidores o usuarios y sus respectivas asociaciones, procurando la adhesión de las empresas o profesionales al Sistema Arbitral de Consumo mediante la realización de ofertas públicas de adhesión. b) Resolver sobre las ofertas públicas de adhesión y conceder o retirar el distintivo de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, así como gestionar y mantener actualizados los datos de las empresas o profesionales que estén adheridos al Sistema Arbitral de Consumo a través de la Junta Arbitral de Consumo. c) Comunicar al registro público de empresas adheridas al Sistema Arbitral de Consumo los datos actualizados de las empresas o profesionales que hayan realizado ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo a través de la Junta Arbitral de Consumo. d) Dar publicidad de las empresas o profesionales adheridos al Sistema Arbitral de Consumo mediante ofertas públicas de adhesión, en particular en el respectivo ámbito territorial. e) Elaborar y actualizar la lista de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral de Consumo. f) Asegurar el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales, salvo que no proceda conforme a lo previsto en el artículo 38. g) Gestionar el archivo arbitral, en el que se conservarán y custodiarán los expedientes arbitrales. h) Llevar los libros de registro relativos a los procedimientos arbitrales a través de las aplicaciones informáticas correspondientes y, en su defecto, manualmente. i) Gestionar, custodiar o depositar ante la institución que se acuerde los bienes y objetos afectos a los expedientes arbitrales, cuando lo acuerde el órgano arbitral que

conozca del conflicto o el presidente de la Junta Arbitral, a solicitud de las partes antes de la designación del órgano arbitral. j) Impulsar y gestionar los procedimientos arbitrales de consumo. k) Proveer de medios y realizar las actuaciones necesarias para el mejor ejercicio de las funciones de los órganos arbitrales y, en su caso, de los mediadores. l) Gestionar un registro de laudos emitidos, cuyo contenido, respetando la privacidad de las partes, será público. m) Poner a disposición de los consumidores o usuarios y de las empresas o profesionales formularios de solicitud de arbitraje, contestación y aceptación, así como de ofertas públicas de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo. n) En general, cualquier actividad relacionada con el apoyo y soporte a los órganos arbitrales para la resolución de los conflictos que se sometan a la Junta Arbitral de Consumo.

Competencias: Uno de los problemas que presentaba la anterior regulación del arbitraje de consumo era la determinación de la Junta Arbitral territorialmente competente para conocer de las solicitudes de arbitraje presentadas por los consumidores. Sin embargo, ahora el RDSAC establece reglas claras sobre el reparto territorial de las competencias; para ello hay que distinguir según se trate de una solicitud individual de arbitraje o colectiva⁵⁹.

- 1) Solicitud individual: el primer criterio será el acuerdo de las partes (será territorialmente competente para conocer de la solicitud individual la Junta Arbitral a la que ambas partes, de mutuo acuerdo, decidan someter la solución del conflicto (art. 8.1 RDSAC). A falta de acuerdo, la Junta Arbitral en la que tenga su domicilio el consumidor. Si existieran varias competentes, la de inferior ámbito territorial (art. 8.2 RDSAC). Por último, si existe oferta pública de adhesión, será competente la Junta Arbitral a la que se haya adherido la empresa o profesional (art. 8.3).
- 2) Solicitud colectiva: si se trata de una pluralidad de solicitudes acumuladas en un solo procedimiento, habrá que acudir al art. 57 RDSAC, según el cual «conocerá de los procedimientos arbitrales colectivos, la Junta Arbitral de Consumo que sea

⁵⁹ M.D., FERNÁNDEZ FUSTES, «La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008» en, *Resolución de conflictos en materia de consumo...*, cit., p. 200.

competente en todo el ámbito territorial en el que están domiciliados los consumidores y usuarios, cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho». Es decir, la Junta en la que estén domiciliados todos los consumidores y usuarios. Si los consumidores tuvieran su domicilio en más de una Comunidad Autónoma, la competencia corresponde a la Junta Arbitral Nacional.

Tratamiento procesal de la competencia territorial: ¿qué sucede cuando la Junta Arbitral ante la que se presenta la solicitud se considere incompetente? El RDSAC señala que, presentada la solicitud, el presidente examinará la competencia territorial y si considera que es incompetente, dará traslado a la Junta Arbitral que estime competente (art. 37). No obstante, el RD no prevé qué sucederá cuando esta Junta Arbitral también se considere incompetente⁶⁰.

b) Órganos Arbitrales de Consumo

Concepto (artículos 19 y 20 RDSAC): El RDSAC prevé la posibilidad de que actúe un colegio arbitral o, en determinados asuntos, un árbitro único:

1. Árbitro único: conocerá de los asuntos un árbitro único: a) cuando las partes así lo acuerdes; b) cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje.

El primer criterio será el acuerdo entre las partes, dándose prioridad a la autonomía de la voluntad. Esta facultad deriva de la disponibilidad de los derechos materiales que se ventilan en el arbitraje de consumo. Se trataría de un pacto a través del cual las partes optan por someter la decisión de su con-

⁶⁰ M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, «La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008» en, *Resolución de conflictos en materia de consumo...*, cit., p. 201 señala cuáles pueden ser las dos posibles soluciones: «por un lado, podríamos interpretar que la falta de previsión legal determina que esta Junta Arbitral no podrá rechazar el conocimiento del asunto, aun cuando se considera incompetente. Sin embargo, consideramos más acertado interpretar que si dicha Junta tampoco se considera competente, sería posible que se planteara un conflicto negativo de competencia entre ambas Juntas Arbitrales ante la Comisión de la Junta Arbitral de Consumo, ya que, a ésta le corresponde establecer criterios homogéneos entre las distintas Juntas Arbitrales».

troversia a un árbitro único⁶¹, por lo que debe ser bilateral y expreso. También se prevé la posibilidad de que el presidente acuerde que el asunto sea tramitado por un árbitro único si concurren dos requisitos: la cuantía de la controversia sea inferior a 300 euros y el asunto no sea complejo⁶².

2. Colegio arbitral: como establece el art. 20.1, el órgano arbitral colegiado se denomina colegio arbitral y estará integrado por tres árbitros acreditados elegidos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. El presidente será el árbitro propuesto por la Administración. No obstante, el apartado 2 del art. 20 RDSAC prevé dos supuestos en los que las partes de común acuerdo podrán solicitar que se designe como presidente a un árbitro distinto: cuando la especialidad de la reclamación así lo requiera y cuando la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada a la Administración a la que está adscrita la Junta Arbitral de Consumo.

Naturaleza jurídica: Los órganos arbitrales no son órganos administrativos; por tanto, sus resoluciones tampoco serán actos administrativos, sino resoluciones sometidas a la regulación del RDSAC y, supletoriamente, a la Ley de Arbitraje y a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Constitución: La constitución se realiza en los términos establecidos por el art. 16.1 RDSAC, «la Administración, entre el personal a su servicio, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos exigidos por la normativa autonómica que les resulte de aplicación, las organizaciones empresariales o profesionales legalmente constituidas y, en su caso, las Cámaras de Comercio propondrán al presidente de la Junta Arbitral de Consumo las personas que actuarán como árbitros en los procedimien-

⁶¹ El árbitro único será designado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración pública. No obstante, será posible que las partes, de común acuerdo, soliciten por la especialidad de la materia que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado (art. 19.3 RDSAC).

⁶² La finalidad que persigue el legislador es reducir el coste económico que tiene el arbitraje para la Administración, pues para ese tipo de conflictos de escasa complejidad o cuantía no parece adecuado un colegio de tres árbitros.

tos arbitrales que se sustancien en ella». Una vez realizada la propuesta, las personas propuestas deberán solicitar al presidente su actuación para actuar ante ella. Dicha solicitud implica la aceptación de su inclusión en la lista de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral y la aceptación del cargo en los procedimientos en que sea designado como tal.

Estructura: El vigente RDSAC permite que se constituyan órganos arbitrales no sólo colegiados, sino también unipersonales.

Los órganos unipersonales son los que conocen de los asuntos arbitrales (árbitros únicos). El árbitro único es designado entre los árbitros acreditados propuestos por la Administración pública, es decir, es la Administración la que determina su constitución, salvo que las partes, de común acuerdo, soliciten por razones de especialidad que dicha designación recaiga en otro árbitro acreditado.

Los órganos arbitrales colegiales son los que actúan en todos los casos en que las controversias son superiores a 300 euros. El colegio sigue las pautas tradicionales: está integrado por tres árbitros acreditados elegidos cada uno de ellos entre los propuestos por la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales o profesionales. Los tres árbitros actuarán de forma colegiada, asumiendo la presidencia el órgano propuesto por la Administración. Sin embargo, este criterio cambia cuando las partes de común acuerdo soliciten la designación de un presidente del órgano distinto del árbitro propuesto por la Administración, cuando «la especialidad de la reclamación así lo requiera o en el supuesto de que la reclamación se dirija contra una entidad pública vinculada a la Administración a la que esté adscrita la Junta Arbitral de Consumo».

Adscrito a los órganos arbitrales unipersonales o colegiados se encuentra el **secretario arbitral** (artículo 18.2 RDSAC). A él le corresponde: a) velar por el cumplimiento de todas las decisiones que adopten los órganos arbitrales en el ejercicio de su función; b) dejar constancia de la realización de actos procedimentales por el órgano arbitral o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procedimental; c) asegurar el funcionamiento del registro de recepción de documentos que se incorporen a las actuaciones, expidiendo en su caso las certificaciones que sean solicitadas; d) expedir certificaciones; e) documentar y formar los expedientes del procedimiento arbitral; f) facilitar a las partes información; g) orde-

nar e impulsar el procedimiento; h) levantar acta de las audiencias; i) realizar notificaciones de las actuaciones arbitrales.

Funciones: El árbitro único puede actuar cuando las partes no hayan acordado nada sobre el particular de mutuo acuerdo, «siempre que la cuantía de la controversia sea inferior a 300 ? y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje».

El colegio arbitral interviene cuando las controversias son superiores a trescientos euros.

c) Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo

El artículo 9 RDSAC dispone que: «*la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo es un órgano colegiado, adscrito funcionamiento al Instituto Nacional del Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional, con competencia para el establecimiento de criterios homogéneos en el Sistema Arbitral de Consumo y las Juntas Arbitrales de Consumo en los supuestos previstos en el art. 36*». Por tanto, se trata de un órgano colegiado que está integrado por tres miembros: el presidente, que será el presidente de la Junta Arbitral Nacional, y dos vocales designados por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, entre los presidentes de las Juntas Arbitrales territoriales (artículo. 10 RDSAC).

El principal objetivo de esta comisión es el establecimiento de criterios homogéneos en el sistema arbitral de consumo y la resolución de los recursos frente a las resoluciones de los presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo. En concreto, se les encomiendan las siguientes *funciones*:

- 1) La resolución de los recursos que planteen las partes sobre la admisión o inadmisión a trámite de una solicitud de arbitraje, conforme a lo previsto en el artículo 36 RDSAC.
- 2) La emisión de informes técnicos, dictámenes o recomendaciones que sirvan de apoyo a los árbitros en el ejercicio de sus funciones, en particular ante la existencia de laudos contradictorios que lleguen a pronunciamientos divergentes ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Los informes, dictámenes o recomendaciones salvaguardan la independencia e imparcialidad de los árbitros que, motivadamente, podrán apartarse de su contenido. Los informes, dictámenes o recomendaciones se emitirán a iniciativa de los presidentes de las Juntas Arbitrales, de los árbitros o de las partes en el proce-

dimiento arbitral, en el plazo máximo de treinta días a contar desde el siguiente a la recepción de la solicitud por la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y publicados en la página web del Instituto Nacional de Consumo. Los informes, dictámenes o recomendaciones, para cuya emisión podrá recabarse de las Juntas Arbitrales toda la documentación e información que se considere oportuna, serán públicos y deberán ser notificados por la Secretaría de la Comisión a las Juntas Arbitrales de Consumo y sus delegaciones.

- 3) La emisión del informe preceptivo en la admisión de ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo. El informe negativo de la Comisión será, además, vinculante para la Junta Arbitral de Consumo. El informe se pronunciará igualmente sobre la procedencia de conceder el distintivo de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo.
- 4) La emisión del informe preceptivo y no vinculante en el procedimiento de retirada de la acreditación como árbitro del Sistema Arbitral de Consumo, en los casos previstos en el artículo 23.1.
- 5) Los informes previstos en los apartados 3 y 4 se emitirán en el plazo de quince días desde el siguiente a la recepción en la comisión de la solicitud de la Junta Arbitral competente.

d) Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo

Es el órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional de Consumo, de representación y participación en materia de arbitraje de consumo (artículo 12 RDSAC). A él se le encomiendan las funciones relativas al establecimiento de criterios generales del funcionamiento del sistema con la doble finalidad de garantizar la transparencia en el funcionamiento del sistema y reforzar la seguridad jurídica de las partes.

El Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo estará constituido por el presidente, el vicepresidente y los consejeros. Su presidente será el presidente del Instituto Nacional de Consumo. Estará formado por una amplia representación de la Administración General del Estado, de las Juntas Arbitrales de Consumo y de distintas organizaciones sociales (artículo 13 RDSAC).

Como establece el artículo 15 RDSAC, sus funciones son:

- 1) El seguimiento, apoyo y las propuestas de mejora del Sistema Arbitral de Consumo.

- 2) La aprobación de la memoria anual del Sistema Arbitral de Consumo.
- 3) La aprobación de los programas comunes de formación de los árbitros y la fijación de los criterios de honorabilidad y cualificación para su acreditación.
- 4) La elaboración de directrices generales sobre los supuestos de admisión de las ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo.
- 5) La aprobación de planes estratégicos de impulso del Sistema Arbitral de Consumo.
- 6) La propuesta de convenios marco de constitución de las Juntas Arbitrales territoriales. La designación de los miembros no natos de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y los árbitros.
- 7) La edición y divulgación de los informes técnicos, dictámenes y recomendaciones de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo y de los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo.
- 8) El establecimiento de criterios homogéneos sobre la creación de órganos arbitrales sectoriales y especializados.
- 9) El resto de las funciones previstas legal o reglamentariamente y, en su caso, las que encomiende el Instituto Nacional del Consumo y la Conferencia Sectorial de Consumo.

7. *Conclusiones.* – Tras el estudio de conjunto efectuado del sistema arbitral de consumo en España, con especial énfasis en la regulación existente en el vigente y reciente Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, son varias las consideraciones y apreciaciones que entendemos que resultan destacables.

No cabe duda de que el sobrecolapso que experimentan los Jueces y Tribunales que conforman nuestras Oficinas Judiciales aconseja el fomento de fórmulas extrajurisdiccionales de resolución de los conflictos, tales como la mediación y el arbitraje. Ahora bien, debe tratarse de fórmulas que den respuesta a las necesidades de los ciudadanos de una forma eficaz y sin pérdidas de las garantías básicas de todo Estado de Derecho; la «alternativa» es precisamente tal en la medida en que sea capaz de ofre-

cer resultados semejantes, pero mediante procedimientos diferentes.

Asimismo, dichos sistemas alternativos de resolución de los conflictos cobran especial relevancia en el ámbito de aquellos sectores potencialmente litigiosos, ya que son esos sectores los factores fundamentales del sobrecolapso enunciado inicialmente. En este contexto es en el que precisamente nos movemos en el presente trabajo, a saber, en un sector, el del consumo, en el que los litigios, los conflictos entre los agentes involucrados se cuentan por millares cada día; y en el que, en consecuencia, la existencia de una alternativa a la jurisdicción resulta altamente aconsejable y necesaria.

Nuestro legislador, consciente de esta realidad, tanto a nivel nacional, como sobre todo, a nivel comunitario, se ha encargado de dictar normas que den respuesta a tales necesidades, creando así el denominado «sistema arbitral de consumo» de cuyo estudio nos hemos encargado mediante el presente trabajo. En efecto, es tal el desarrollo de las relaciones entre consumidores y empresarios, que son numerosas las normas que se han dictado en ese ámbito y en lo concerniente al arbitraje de los conflictos surgidos de tales relaciones. Concretamente ha sido el año 2008 el último en el que se ha dictado una relevante norma reguladora del arbitraje de consumo, que ha venido a dar respuesta a las numerosas necesidades y deficiencias que tanto doctrina como jurisprudencia han venido destacando desde la publicación de la anterior norma de 1993. La valoración que efectúa la doctrina mayoritaria respecto del Real Decreto de 2008 es ciertamente positiva, pero la realidad sigue yendo por delante del Derecho y las necesidades y deficiencias siguen surgiendo, de ahí que la revisión de ciertos aspectos sea ciertamente aconsejable.

No se pretende en estas breves líneas conclusivas efectuar un detallado análisis de aquellas cuestiones que necesitan de revisión según el parecer de la mejor doctrina, pero sí merece la pena detenerse y apuntar aquellas cuestiones que más deben suscitar la reflexión de la comunidad científica. Ciertamente, como decimos, la regulación del sistema arbitral de consumo existente en la actualidad puede juzgarse como positiva, y prueba de ello es el frecuente empleo del mismo que los agentes de consumo hacen. Ahora bien, este éxito puede convertir a un sistema alternativo eficaz en justamente lo contrario; esto es, el sistema arbitral de con-

sumo, al igual que hicieran los títulos-valores, puede morir de éxito, en la medida en que comienza a sobrecolapsarse un sistema que precisamente trata de evitar el colapso (jurisdiccional).

¿Cómo podría evitarse esta muerte anunciada? Pues bien, analizando las características básicas del sistema, son varias las medidas que podrían adoptarse en aras de evitar tal fenecimiento. Entre otras, puede destacarse, la eliminación de la gratuidad del sistema arbitral de consumo. Como hemos estudiado a lo largo del trabajo, uno de los rasgos que caracterizan al sistema arbitral de consumo es precisamente su gratuidad, gratuidad que se ve excepcionada en ciertos supuestos, pero como es evidente, fomenta su empleo hasta unos niveles inasumibles para nuestra Administración. De ahí que resulta aconsejable, aunque impopular, convertir nuestro sistema arbitral de consumo en un sistema oneroso, o al menos, con postulación obligatoria; ello contribuiría a descargar al sistema, y evitar su uso en supuestos innecesarios que obstaculizan a los verdaderamente relevantes y necesitados de una respuesta inmediata.

Otra cuestión que merece cierta reflexión, también relativa a las características configuradoras de nuestro sistema arbitral de consumo es la concerniente a la denominada «unidireccionalidad» predicable del sistema. Como hemos estudiado a lo largo del trabajo, el sistema arbitral es un sistema al que sólo puede acudir, que sólo puede iniciarse, por una de las partes en las relaciones de consumo, a saber, el usuario o consumidor, pero no el empresario. Nosotros, en consonancia con cierto sector doctrinal autorizado, abogamos por la bilateralidad del sistema arbitral de consumo. ¿Acaso el sistema arbitral está única y exclusivamente pensado para favorecer a los consumidores? Parece claramente que únicamente se trata de dar respuestas eficaces a los conflictos surgidos entre empresarios y usuarios, y de manera «alternativa» a la jurisdicción, esto es, respetando como principio esencial la igualdad de las partes en presencia. Pues bien, la mencionada unidireccionalidad ciertamente rompe la igualdad básica del procedimiento arbitral, ya que impide la iniciativa por parte de los empresarios. De hecho, prueba de que tal nota característica no sea del todo aconsejable es el texto mismo del Real Decreto de 2008, en cuyo artículo primero se limita a calificar el arbitraje de consumo como el arbitraje institucional

de resolución extrajudicial «de los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales», sin concretar la procedencia o a quién corresponde su iniciación.

Además, la pregonada bilateralidad del sistema arbitral de consumo evitaría resultados o fallos contradictorios: se dilucidarían en el mismo procedimiento las pretensiones del consumidor y del empresario e, incluso, se acabaría con los posibles problemas de indefensión que para éste que pudieran plantearse. Y ello, por supuesto, sin olvidar que la protección de la parte contratante débil por parte de los poderes públicos no debe realizarse con la finalidad de defender únicamente al consumidor, sino también para obtener la mayor eficiencia para todos los sujetos implicados. Debe tenerse presente que para resolver los conflictos vía arbitraje de consumo es imprescindible contar con el consentimiento del empresario, que difícilmente lo otorgará si este medio extrajudicial se articula única y exclusivamente para defender al consumidor. Con lo cual, este concreto arbitraje, aunque teóricamente muy protector del consumidor, acaba mediante la unidireccionalidad quedando en papel mojado.

En definitiva, nuestro sistema arbitral de consumo puede calificarse como sumamente positivo y exitoso, hasta el punto de que puede llegar a morir de éxito, y su fracaso precisamente puede evitarse invirtiendo ciertos elementos configuradores del mismo tales como la gratuidad y la unidireccionalidad.

8. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., *El sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1999.
- BERNARDO SAN JOSÉ, A., *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Comares, Granada, 2002.
- BONACHERA VILLEGAS, R., «El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo», en *La Ley*, nº 7042, 30 de octubre de 2008.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción a la Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1996.
- FIDALGO LÓPEZ, A., «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto 231/2008», en *Actualidad Civil*, núm.13, 2009.

- GÓMEZ PUENTE, M., «Sobre la organización, función y naturaleza del sistema arbitral de consumo», *Estudios sobre consumo* núm. 59, Madrid, octubre, 2001.
- GÓNZALEZ PILLADO, E. (coord.), *Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje*, Tecnos, Madrid, 2010.
- LARA GONZÁLEZ, R., «La importancia de la participación de los empresarios y de sus entidades representativas en el sistema arbitral de consumo», en *Aranzadi Civil*, núm.1, 2005.
- LORCA NAVARRETE, A.M., *La nueva regulación del arbitraje de consumo. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2008.
- MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MARÍN LÓPEZ, M., «La nueva regulación del arbitraje de consumo. El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero», *Diario La Ley*, núm. 6905, 2008.
- MORENO CATENA, V., «El arbitraje», en *Derecho Procesal Civil. Parte especial*, CORTES DOMÍNGUEZ, V. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- OROZCO PARDO, G. y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., «Estudio crítico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo», en *Aranzadi Civil*, núm.1, 2007.
- QUINTANA CALVO y otros, *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Aranzadi, 1997.
- RUÍZ JIMÉNEZ, J.A., *Análisis crítico del sistema español de arbitraje de consumo*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Dijusa, San Sebastián, 2007.
- SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Delimitación subjetiva, objetiva y temporal del arbitraje de consumo conforme al RD 231/2008, de 15 de febrero», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, nº XLIII, 2010.

MICHELINA MASIA

LA MEDIAZIONE: OSSERVAZIONI SOCIO-GIURIDICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La mediazione nella Carta de Logu. - 3. L'attività de sos omnes nella consuetudine. - 4. La procedura arbitrale. - 5. Il luogo della mediazione. - 6. La competenza degli arbitri. - 7. Tentativi di definizione.

1. *Premessa.* – Il decreto legislativo 28/2010 in tema di mediazione civile e commerciale oltre che introdurre un sistema alternativo di risoluzione delle controversie (non nuovo nel nostro ordinamento, come si dirà in seguito) ha riportato l'interesse per i "precedenti della mediazione" e soprattutto per le motivazioni sociali e culturali nonché giuridiche di questo istituto. Negli ultimi vent'anni il dibattito filosofico giuridico avvenuto in Italia ha posto in luce la necessità di risolvere alcuni conflitti in modo alternativo a quello offerto giudiziariamente.

I conflitti possono avere contenuti patrimoniali e relazionali. Per i primi la via giudiziaria, pure adeguata, presenta lo svantaggio della lentezza dei tempi e dei costi elevati a fronte di un valore talvolta esiguo; per i secondi la via giudiziaria, nella maggior parte dei casi, risulta essere inadeguata: le emozioni, i sentimenti non trovano una giusta trattazione nel processo e le ragioni profonde che sono alla base del conflitto non emergono in un procedimento teso alla sola analisi dei fatti per via documentaria.

Si pensi ad una lite condominiale dove a fronte di un esiguo valore patrimoniale vi sono contenuti relazionali che rischiano di essere irrimediabilmente compromessi dalla mera applicazione del diritto che distribuisce torti e ragioni.

I conflitti sia di tipo patrimoniale, sia di tipo relazionale avrebbero bisogno di una particolare attenzione da parte di chi è deputato alla loro risoluzione. L'idea che le parti individuino lo

strumento che ritengono più adeguato per risolvere il conflitto che le oppone con la legittimazione giuridica dell'accordo eventualmente raggiunto tiene anche conto della complessità, di alcuni conflitti dovuta al diverso rapporto, come si diceva, tra contenuti patrimoniali e relazionali.

Il decreto legislativo 28/2010 ha disatteso molte delle aspettative di coloro che nei vent'anni precedenti avevano animato il dibattito e auspicavano l'accoglimento per es. della autonomia delle parti, non poche perplessità ha destato l'introduzione, invece della obbligatorietà¹ dell'istituto al centro di molte polemiche e di una recente pronuncia della Corte Costituzionale². Questa scelta è sembrata a molti studiosi come espressione dell'intenzione del legislatore di utilizzare strumentalmente la mediazione per la sua portata deflattiva.

Altra scelta compiuta dal legislatore è stata quella di individuare la mediazione come strumento per la conciliazione, anche se è opinione comune che la mediazione sia uno strumento adeguato a risolvere i conflitti a prevalente contenuto relazionale mentre la conciliazione sarebbe idonea a risolvere i conflitti a prevalente contenuto patrimoniale. Si potrebbe dire che gli interessi si conciliano e i rapporti si mediano e non a caso, proprio la caratteristica di questi due sistemi alternativi di risoluzione delle controversie ne hanno consentito la diffusione in molte aree geografiche non solo dell'Italia. Si tratta di pratiche fortemente legate a consuetudini e tradizioni giuridiche presenti nel territorio che hanno influenzato non poco gli ordinamenti giuridici³. Ciò appare in maniera evidente attraverso procedure formali e informali che, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice per fare un esempio, ma ciò vale in qualche misura per tutti i periodi storici, connotano "la funzione di un servizio, in cui il

¹ L'autonomia delle parti nello scegliere questa procedura era prevista anche nel codice di procedura civile del 1865 che all'art. 1 prevedeva la possibilità dell'intervento dei conciliatori subordinata alla richiesta delle parti.

² Mi riferisco alla sentenza della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2012 che ha dichiarato l'illegittimità della mediazione obbligatoria introdotta con il d.lgs. 28/2010 quale condizione di procedibilità dell'azione giudiziale.

³ G. Così, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

potere decisionale basato sul modello del processo-giudizio diventa prevalente, se non esclusiva”⁴.

2. *La mediazione nella Carta de Logu.* – In questa prospettiva, molte delle consuetudini giuridiche diffuse in Sardegna rinviano inevitabilmente ai contenuti degli *ordinamentos de logu* che rimangono in vigore sino ai primi decenni dell’Ottocento.

La *Carta di Eleonora d’Arborea*⁵ – redatta in volgare sardo –, come riconosce la storiografia, è una delle più importanti costituzioni di principi del Medioevo⁶ in cui gli studiosi usualmente ritrovano alcuni caratteri di “specificità” e di “originalità” riscontrabili in molte consuetudini giuridiche ancor oggi presenti in Sardegna. Molte idee romantiche sulla storia isolana, molti miti e luoghi comuni finiscono per derivare dalla pseudo-conoscenza – vorrei sottolinearlo – di questo documento e, quindi, contribuiscono ad avvalorare l’importanza del documento nel contesto sardo.

⁴ *Ibidem*, p. 8. I tentativi di affermare la superiorità dello stato nelle modalità di risoluzione delle controversie è un processo lento, ma non privo di documenti che lo testimoniano. Interessante a questo proposito è l’adozione della disciplina della Concordia regia e apostolica, da parte di un re sabauda, Vittorio Amedeo II, che nel 1729 recuperava la vecchia procedura per la composizione dei conflitti locali con la Chiesa. Particolarmente importante è notare che la terzietà (o imparzialità) nella pronuncia arbitrale era stata precocemente superata da un netto controllo statale. Si veda a tal proposito G. De GIUDICI, *Il governo ecclesiastico nella Sardegna sabauda (1720-1761)*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 188-193.

⁵ Secondo la storiografia più accreditata Eleonora era “giudicessa” *de facto* (assunse il potere in qualità di reggente). La *Carta* (emanata nel 1390-91) che porta il suo nome era in realtà un aggiornamento di quella emanata dal padre Mariano IV sedici anni prima. Con il termine *Cartas de logu* si indicavano correntemente i “codicetti locali”, di Cagliari, di Gallura, del Goceano, della Villa di Gippi, di Bosa: così E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medioevale*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 2000, p. 469. In questo intervento riprendo considerazioni effettuate nel mio, *Usò della terra e mediazione dei conflitti nella Carta de Logu. Una lettura al presente di due istituti*, in “Eleonora d’Arborea. Una statista della Sardegna fra mito e storia”, a cura di CDS donne, Cagliari, 2005, ed in ultimo, *Note sulla mediazione nel diritto consuetudinario sardo*, in *Lo spazio della mediazione*, a cura di M.A. Foddai, Giuffrè, Milano, 2009.

⁶ Si veda in proposito il volume di I. BIROCCHI e A. MATTONE (a cura di), *La Carta de logu d’Arborea nella storia del diritto medioevale e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

È un contesto in cui si può collocare l'origine di usi e consuetudini, provenienti da leggi arcaiche e, per questo ritenute, immutate e immutabili nel tempo.

Uno di questi istituti riguarda l'attività intermediatrice de *sos omines*. Non stupisce perciò che una delle forme extragiudiziali o alternative di risoluzione delle controversie, cioè arbitrale in senso ampio, osservabile ancora ai tempi nostri, tragga la sua origine dalla *Carta de logu*. Troviamo in essa il *iudike* che amministra la giustizia: è un *iudex publicus* affiancato da *consizeris*, per la cui funzione di *iurathos* si richiede la qualità di *boni homines*, scelti sulla base di particolari doti morali e non per l'appartenenza alle classi dominanti o agiate.

La selezione dei *boni homines*, le forme della loro attività giuridica e il loro ruolo sociale, rappresenta una tematica dibattuta dagli storici del diritto⁷.

Nella *Carta* quindi *sos omines* sono i giurati, cioè né giudici, né mediatori, né arbitri, quantunque certamente ammessi a conoscere le questioni giuridiche. Forti com'erano di questo sapere c'è da ritenere che nella vita comune, già a quel tempo, la loro competenza fosse utilizzata in forma privata per prevedere quale sarebbe stata la decisione pubblica nel caso di liti. In senso atecnico, dunque, essi erano fors'anche mediatori, in quanto posti in una sfera intermedia tra vita privata e poteri pubblici. Probabilmente molte erano le controversie loro affidate in virtù della loro saggezza e competenza⁸, secondo una pratica documentata e presente anche nei secoli successivi con modeste variazioni in tutte le zone geografiche dell'isola.

La *Carta de logu* è considerata come "originariamente" sarda, come elaborazione scritta dell'ordinamento giuridico consuetudinario dell'Isola. Ciò non toglie – a mio avviso – che anche nello statuto giudiciale sia evidente una imposizione ordinamentale. Il distacco tra ordinamento consuetudinario e *Carta* appare radicale soprattutto

⁷ Si veda a questo proposito C. GIARDINA, *I "boni homine" in Italia. Contributo alla storia delle persone e della procedura civile e al problema dell'origine del consolato*, in «Rivista di Storia del diritto Italiano», 1932, vol. V, fasc I, pp. 28-98, fasc. II, pp. 313-394.

⁸ M. MASIA, «*Sos omines*»: *Osservazioni sulla pratica degli arbitrati nella Sardegna interna*, in «Sociologia del diritto», 1, 1982.

per quanto riguarda il diritto penale: si pensi, per esempio, al divieto, sancito nella carta stessa, della pratica della giustizia privata⁹.

La *Carta de logu*, come tutte le raccolte normative tardo-medievali¹⁰ contiene un numero sorprendentemente scarso di norme in materia privatistica. In materia successoria si indica il numero di testimoni richiesti per la redazione dei testamenti da parte del notaio e si disciplina il tema delle diseredazioni. In materia obbligatoria, un capitolo accenna al pegno e alla fideiussione, mentre maggior cura viene dedicata ai contratti di origine consuetudinaria più frequenti, come la soccida o *cumone*, e alle locazioni d'opera relative alla custodia del bestiame. La *Carta* contiene un'articolazione molto varia della disciplina penalistica, connotata da caratteri di indubbia maturità, come si deduce dalla moderatezza delle sanzioni; parafrasando Maine, la si potrebbe definire come "un sistema giuridico maturo"¹¹.

3. *L'attività de sos omines nella consuetudine*. – Nel regolamentare il sistema della giustizia, i compilatori della *Carta de logu* non stravolsero il quadro preesistente affermatosi in via consuetudinaria. Questo spiega in parte la sostanziale coincidenza delle procedure adottate sia dalla consuetudine, sia dall'ordinamento "ufficiale".

Anche a questo proposito potremmo accennare alle origini germaniche o romane degli istituti, ma sicuramente anche qui vi sono molti aspetti che possono farsi risalire ad ambedue le tradizioni: si pensi all'acceso ricorrente nelle procedure arbitrali a *sa lezze* oppure alla "ragione".

L'ordinamento processuale è fortemente improntato a semplicità delle forme, oralità e celerità e contraddistinto da un limitato intervento dei giudici nel concreto svolgimento della vicenda pro-

⁹ A. PIGLIARU, *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1959, ora in Id., *Il banditismo in Sardegna*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 169 ss.

¹⁰ Maine nota che in tutte le raccolte conosciute di diritto antico "la proporzione del diritto penale rispetto a quello civile differisce straordinariamente" a favore della rilevanza del primo H.S. MAINE, *Diritto antico* [1861], ed. it. a cura di V. Ferrari, Giuffrè, Milano, 1998, p. 276.

¹¹ H.S. MAINE, *cit.*, p. 275.

cessuale¹². Come si nota, queste caratteristiche rivelano un aspetto di forte modernità e non pare eccessivo rinviare a importanti studi che tali problemi affrontano perfino nell'odierna società globale¹³.

Dell'attività de *sos omnes* (che non coincide – ripeto – con quella de *su judike*) si trova traccia negli antichi ordinamenti sardi, soprattutto nei *condaghes*, a partire dal 1219. Circa un secolo dopo ritroviamo *sos omnes* come *consizeris de su judike*, chiamati a formare *su consizu* (cioè un consiglio, nel senso proprio di organo collegiale), con il compito di risolvere questioni incidentali che si presentavano nel corso del processo e di fissare in termini precisi la questione giuridica da affrontare. Così – si afferma riguardo a quel periodo – “anche i *bonos omnes* erano dei *iudigantes* seppure il vero giudice fosse sempre lo *iudex publicus*”¹⁴. Ancora cinque secoli più avanti, alla fine dell'Ottocento, fonti letterarie riferiscono de *sos omnes* come intermediari fra l'autorità costituita (piemontese) e le popolazioni locali: erano chiamati a porre fine alle *disamistades* che, con una lunga serie di vendette, insanguinavano numerose contrade sarde. Le autorità statali richiedevano l'intervento de *sos omnes*, contando sulla loro autorità presso le parti, conseguente alla conoscenza delle consuetudini locali e supportata dalle doti di rettitudine loro riconosciute. Si trattava dell'*ultima ratio* a cui ricorrere per ridurre la distanza tra autorità pubblica e comunità sociale. L'attività de *sos omnes* in veste di pacieri di conflitti sociali è attestata dal Pigliaru, dalla Deledda e da Salvatore Satta¹⁵, i quali ne fanno cenno, per esempio, con riguardo a casi di furto di bestiame e relative controversie in materia di danni.

¹² G. CASSANDRO, *La tutela dei diritti nell'Alto medioevo*, Cacucci, Bari, 1951.

¹³ Penso per esempio ai saggi di M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, Bologna, 2002, e a molte pagine del libro di M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁴ E. BESTA, *La Sardegna medioevale, le istituzioni politiche, economiche, giuridiche e sociali*, Reber, Palermo, 1909, pp. 98-99.

¹⁵ G. DELEDDA, *Colombi e sparvieri*, Mondadori, Milano, 1972, pp. 41-47; S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, Adelphi, Milano, 1979, pp. 35-37; G. PINTORE, *Sardigna ruja*, Edizioni della nave, Milano, 1981, pp. 160-161; G. PINNA, *Il pastore sardo e la giustizia. Taccuino di un penalista sardo*, Esf, Cagliari, 1967 ora Ilisso, Nuoro, 2003.

Ancora in sede letteraria si fa riferimento a procedure arbitrali in cui intervengono *omines* per dirimere controversie in materia di furto, che, non giustificato dal bisogno o da atto di *balentía* (prodezza), può sfociare in offesa, quindi in vendetta. È interessante notare come nella *Carta* il furto venga valutato alla stregua di una questione negoziabile e quindi “civilistica”: accordi, transazioni e composizioni in genere sono quindi concepiti al fine di risolvere tale questione in aderenza con un ordinamento consuetudinario ancora praticato nelle zone interne. Solo successivamente il furto assumerà la sua connotazione di reato.

Un noto penalista sardo, autore di un’opera sul pastore sardo e la giustizia, sosteneva nel proprio memoriale che *sos omnes* erano “amichevoli compositori”, esperti che potevano “evitare lo scandalo di una lite” e che fornivano “l’enorme vantaggio di una maggiore rapidità della soluzione, della maggiore aderenza di essa alla giustizia sostanziale perché a decidere sarebbero stati tre uomini pratici di quelle questioni e non tre giudici, forse continentali, che ne avrebbero capito ben poco, e infine del risparmio notevole di spese”¹⁶.

Nell’analisi condotta da Gonario Pinna ricorrono molti degli elementi che ancor oggi caratterizzano la mediazione, vantaggi di tipo economico e la celerità nel risolvere il conflitto.

L’arbitrato de *sos omnes* appartiene dunque all’universo giuridico culturale del diritto consuetudinario sardo (e non solo): per questo è importante riflettere sulle motivazioni addotte dalle parti ricorrenti agli *omines* che stanno alla base della loro scelta. Si può supporre a tale proposito che storicamente questa forma di arbitrato costituisca un ripiego adottato dalle parti per sfuggire ad una giustizia che non offre garanzia di efficienza, oppure un’alternativa scelta per sottrarre le controversie a un diritto e ad una procedura che non vengono sentiti come propri. Questa era – in effetti – l’ipotesi di fondo che indirizzò la mia ricerca sul tema, svolta più di vent’anni fa¹⁷.

¹⁶ G. PINNA, *Il pastore sardo e la giustizia. Taccuino di un penalista sardo*, Giuffrè, Milano, 1992 ora ripubblicato da Ilisso, Nuoro, 2003, ma si veda anche ID., *Memoriale di un penalista sardo*, Il maestrale, Nuoro, 2007.

¹⁷ Queste problematiche teoriche sono affrontate anche da V. FERRARI, *Diritto e dispute: osservazioni empiriche in una piccola comunità*, in «Sociologia del diritto», 1, 1982, pp. 25-76.

In questo lavoro ne illustrerò i risultati con l'aggiunta di alcune riflessioni suscitate da studi condotti anche con la collaborazione di molti informatori contattati nel corso del tempo, non ultimi quelli incontrati nei corsi di mediazione realizzati nel 2011 e nel 2012 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. Nel complesso si è rafforzata l'idea della diffusione dell'istituto come dell'attività ora mediatrice ora arbitrale ora peritale di questi *omines*.

4. *La procedura arbitrale*. – La procedura del giudizio arbitrale, così come cercai di ricostruirla avvalendomi di interviste in profondità¹⁸, rivelava caratteristiche che coniugavano esigenze del passato con quelle più attuali. Tali caratteristiche avevano anche natura personale. *Omne*, mi venne riferito, “si diventa”, non è cioè una qualità che si possa ereditare, per quanto non sia infrequente trovare arbitri che avevano già avuto in famiglia ascendenti *omines*. Secondo gli intervistati, “è l'opinione che ti sei fatto della vita che ti fa uomo”; “è il rispetto e la considerazione della gente che parla di te come *omine*”. Accertai che si iniziava ad arbitrare a circa venticinque anni, “perché sai ragionare e dare fiducia alla gente, che si rivolge a te sapendo che sei un uomo”. Si iniziava ad arbitrare, cioè, all'età “giusta”, quando un uomo si può valere già di un'esperienza. “L'arbitro – affermò un intervistato – è un uomo giusto”; e un altro aggiunse: “l'arbitro non è una professione, ma una qualità”¹⁹. Era per

¹⁸ Si ritenne di confrontare i dati relativi alla giustizia informale con quelli di un ambiente significativo per la vita giuridica della comunità quale quello di una pretura. Per svolgere l'indagine furono allora individuate due sedi di pretura una nel sassarese, che però aveva conosciuto dei lunghi periodi di chiusura e non avrebbe potuto fornire una serie apprezzabile e continua di dati sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista qualitativo riguardo alla conflittualità presente nella comunità. Fu, quindi, frutto di una scelta occasionale, fortuita quella di scegliere un paese della Barbagia (precisazione importante anche per fugare uno dei luoghi comuni che vede la Barbagia e, in generale, le zone interne come la sede privilegiata delle consuetudini isolane) che rispondeva alle caratteristiche che ci eravamo proposti di studiare. La scelta venne facilitata dal fatto che personalmente avevo contatti con una famiglia del paese, capivo la lingua locale, anche se allora come adesso non sono in grado di parlarla.

¹⁹ La figura del mediatore prevista dal d.l. 28/2010 è quella di un professionista, un tecnico che aiuta le parti a trovare un accordo. Le *qualità* del me-

bocca de *sos omines*, infatti, che si affermava la giustizia di gruppo, chiamati a dettarne le norme e le modalità di applicazione. Non a caso per essere arbitro era qualificante, se non determinante, l'appartenere a "quel gruppo in un certo modo".

Arbitrare era un'implicazione del riconoscersi partecipi di un codice di comportamento, del sentire come propri i vincoli derivanti non solo da una parentela, ma esprime appieno il senso di appartenenza e identificazione con il proprio paese. L'arbitro è profondamente inserito in un substrato fortemente caratterizzato dall'appartenenza. Le controversie – mi dissero – erano risolte "da uomini che usano la ragione e non l'emotività". E ci si rivolgeva loro da *omines*, secondo un rapporto paritetico fra parte e arbitro, scelto da quelle "per esperienza e capacità", "per amicizia o parentela": erano i fattori che possono rendere una persona partecipe di una controversia. L'arbitro cioè, non mi fu descritto come "un estraneo", superiore alle parti e da esse distaccato, "terzo" nel senso formale dell'espressione, ma loro pari anche per professione, quantunque capace, in quanto non interessato alla contesa, di esprimere un giudizio imparziale. "Le parole hanno un peso" – mi riferivano gli intervistati – quasi a sottolineare la necessità non solo psicologica, ma anche sociale di ristabilire un equilibrio laddove in qualche modo fosse subentrato un conflitto. È quindi la consapevolezza del peso delle parole che porta chi vuole evitare discordie ad affidarsi a procedure che possono celermente ristabilire gli equilibri sociali. Si tratta di una consapevolezza prevalentemente di tipo individuale e personale, ma nel contempo anche collettiva perché attenta ad evitare che l'irrazionalità di un momento possa causare eventi non voluti. Il conflitto è un fatto, "capita". È cosa "da uomini" controllare gli effetti indesiderati del conflitto, sia dal punto di vista individuale, sia dal punto di vista sociale.

Alle parti interessava "un giudizio imparziale, giusto, non solo un giudizio tecnico"²⁰. Una sentenza espressa da un pastore che

diatore vengono affinate con una formazione che definiremo *in progress*, corsi di aggiornamento che si affiancano all'attività vera e propria. Quindi una figura molto diversa da quella configurata da usi e consuetudini.

²⁰ Queste caratteristiche sembrano essere alla base della persistenza di questo istituto in molte aree geografiche della Sardegna. Le testimonianze rac-

conosce i problemi della pastorizia è un giudizio di chi sa, o ha saputo tutelare se stesso e gli altri dai pericoli e dai conflitti propri di quel tipo di vita. Così per un commerciante o un muratore: non è soltanto la conoscenza dei problemi tecnici di una professione o di un mestiere, bensì la consapevolezza delle implicazioni sociali ed economiche connesse all'esercizio di quella professione o di quel mestiere a costituire l'elemento indispensabile per riconoscere la qualità di arbitro²¹.

Costui doveva poter arbitrare "con discrezione", oltre che con "imparzialità"²², perché la parte "ha interesse a che le cose av-

colte nei corsi di mediazione (che ricordo si sono tenuti a Cagliari, Lanusei, Oristano, Nuoro e hanno visto la partecipazione di circa 1200 corsisti) hanno permesso di *mappare* la diffusione dell'uso e l'ambito di competenza ancora attribuito a *sos omines*.

²¹ Talvolta, l'attività arbitrale poteva essere affidata a persone di cultura. Il maestro elementare, l'impiegato comunale o statale, il medico o il farmacista, godevano di un'elevata considerazione sociale ed il loro "parere istruito" poteva essere richiesto in caso di conflitto. Interessante è notare che anche un avvocato è stato per tanto tempo un arbitro apprezzato, non solo per la profonda conoscenza del diritto, ma anche per il grande prestigio riconosciutogli dall'intera comunità. Si trattava di arbitri o mediatori scelti anche per la loro conoscenza giuridica effettiva (quella dell'avvocato) o presunta (quella di chi non è operatore giuridico); in tutti i casi il prestigio a questi riconosciuto all'interno della comunità costituisce la motivazione principale.

²² L'attività peritale in primo luogo appare quella più diffusa, spesso affiancata da professionisti che finiscono per svolgere il ruolo di ratificatori delle decisioni assunte da questi *omines*.

Non sempre mappe catastali e documenti attestanti compravendite sono in grado di risolvere questioni attinenti l'apposizione dei confini, talvolta per lacune della documentazione o diversa interpretazione delle stesse carte. Per evitare il conflitto è ancora frequente che le parti si affidino, di comune accordo, all'esperienza di chi conosce per esperienza diretta le vicende che riguardano le terre.

Riporto una testimonianza relativa ad un episodio avvenuto nel 2010 in un paesino del Campidano, dove le parti nonostante l'esistenza di una documentazione non lacunosa e l'assistenza di tecnici professionisti non raggiungono un accordo riguardo alla limitazione dei terreni oggetto del contendere. Si decide, di comune accordo, di chiamare un vecchio del paese che ha una conoscenza diretta di quei luoghi e che ambedue le parti ritengono persona imparziale e d'esperienza. Laddove documenti e tecnici non erano riusciti a trovare una soluzione, il vecchio in poco tempo, percorrendo appoggiato al suo bastone il campo e osservando l'andamento del vento, stabilisce il vecchio confine del terreno. Si tratta di un terreno il cui confine è delimitato da

vengano in privato". Sottolineo che l'esigenza di privatezza investe il resto della comunità, in quanto una controversia, un conflitto, attengono alla sfera individuale. La giustizia è privata e contemporaneamente comunitaria, senza contraddizione fra i due termini.

Tra le motivazioni che spingevano le parti a risolvere con arbitri una controversia compariva in posizione preminente il ruolo ricoperto dalle parti nel gruppo sociale. È questo che induce a rispettare le norme imposte: l'interesse privato deve coincidere con quello comunitario. La sfera comunitaria, che pure non interferiva nella soluzione del caso singolarmente preso, interveniva nella scelta sull'affidamento della risoluzione a un *omine*. Arrivai alla conclusione che vi era una dualità pubblico-privata e che la coscienza di questa dicotomia era continuamente presente in chi era parte integrante del gruppo. Se si sceglie la via arbitrale offerta alle parti di una comunità, questa indirettamente diventa giudice in senso ampio, del comportamento assunto per affrontare la controversia. La valutazione sociale riguarda direttamente le modalità con cui ci si rivolge al terzo. Naturalmente questa valutazione dipende dal peso della controparte, dal credito di cui questa gode nella comunità. Rivolgersi ad un arbitro può essere socialmente necessario, come già detto, proprio per evitare il crearsi di un'atmosfera litigiosa. A questo proposito è interessante notare come il luogo e il tempo in cui avviene materialmente la decisione non siano lasciati al caso.

5. *Il luogo della mediazione.* – È la casa il luogo in cui principalmente, ma non esclusivamente, si ricompongono le controversie: *s'omine* presta la propria attività entro le mura domestiche. Qui lo si va a trovare all'imbrunire, cioè nel momento più opportuno, per evitare di arrecare disturbo. Nell'ambito familiare *s'omine*

un filare di fichidindia, le cui pale si orientano guidate dal vento, riaffondano nel terreno e danno vita al filare. Il vecchio è quindi in grado di stabilire senza ombra di dubbio, è il caso di dirlo, quale sia il confine originale. La decisione viene accettata dalle parti e i tecnici non possono che aderire all'acuta osservazione del vecchio perché quella proposta è assolutamente verosimile e inconfutabile. Riguardo all'imparzialità è da notare che anche un parente di una delle parti può essere ritenuto tale, perché estraneo a quel conflitto.

prescelto viene messo al corrente del problema. Nella maggior parte dei casi l'incontro avviene in cucina, ovvero nella stanza che nelle case tradizionali è collocata all'ingresso dell'abitazione. Pochi convenevoli, le persone della famiglia presenti si allontanano e le parti coinvolte possono liberamente esporre le proprie ragioni senza interferenze e senza presenze estranee²³.

Il luogo in cui avviene l'incontro tra le parti è direttamente legato all'oggetto del contendere. Infatti si sceglie l'abitazione de *s'omine* nel caso in cui si tratti di mediazione o perizia, ovvero di questioni di natura prettamente civilistica; di luoghi familiari alle parti, ma esterni alla comunità, ove si tratti di arbitrati che possono sconfinare nell'area penale.

La scelta del luogo, evidentemente, non è mai casuale. L'incontro si può svolgere all'aperto, in campagna, in un bosco se si prevede l'uso di "parole grosse" (alterchi che non passerebbero inosservati se avvenissero all'interno di una abitazione del paese). Perfino la scelta dell'ora in cui recarsi a richiedere l'intervento di un *omine*, come si è detto, non è casuale: "parlare" del problema con un saggio, al rientro a casa dopo una giornata di lavoro, può contribuire a scaricare tensioni e dare la giusta dimensione al problema. Si espongono i fatti, le questioni e si dà il tempo a *s'omine* per maturare una decisione. Il ricorso alle ore mattutine o più in generale della giornata solare appare riservato a questioni di una certa gravità. Il bosco o la campagna garantiscono la necessaria discrezione e sottolineano l'urgenza con cui i problemi sottoposti devo-

²³ Mi colpiva, al tempo dell'indagine, il modo con cui i componenti della famiglia, lasciavano che fossi sola a parlare con l'arbitro, quasi a siglare ancor di più la privatezza dell'incontro, e la discrezione con cui veniva condotta la pratica dell'arbitrato. Altro elemento che la frequentazione di esperti della mediazione ha permesso di evidenziare è, ancora una volta, una differenza tra consuetudini e modernità. Gli esperti della mediazione ritengono che per siglare la sostanziale parità e vicinanza tra le parti e mediatore (non è un giudice, è un tecnico che prospetta possibilità di risoluzione, l'accordo deve essere trovato dalle parti) meglio pensare a delle sedie accostate, o se proprio non si può fare a meno di un tavolo, questo deve essere ovale al fine di facilitare la comunicazione tra le parti. Nella cucina tradizionale sarda (come si dirà nella nota successiva) il tavolo è rigorosamente rettangolare (*sa mesa*) con angoli quindi per niente smussati, ma non costituisce un ostacolo alla comunicazione anzi simbolicamente sembra rappresentare la necessità di "mettere le cose in chiaro", "porre sul tavolo" le questioni che sono all'origine del contendere.

no essere affrontati. Da un lato, la necessità di evitare l'incancrenirsi di situazioni conflittuali che potrebbero degenerare induce ad utilizzare il tempo normalmente destinato al lavoro²⁴; dall'altro, i luoghi aperti rendono necessario l'utilizzo delle ore solari. In ogni caso la tutela della discrezione e della riservatezza rappresentano un preciso oggetto di tutela. Pubblicità che invece caratterizzerebbe la pratica gallurese delle *rasgioni*²⁵.

A mio parere nelle *rasgioni*, ad essere pubbliche sono le argomentazioni che stanno alla base della decisione giudiziale, si tratta di ricostruzioni non prive di ironia dei conflitti presenti in ambito sia sociale sia individuale, la rappresentazione quasi teatrale del conflitto, tema di molte gare che poeti estemporanei ancora interpretano nelle piazze durante le feste paesane. Il conflitto, però è un fatto sociale che – come si diceva – ha i suoi ambiti di risoluzione riservati nella maggior parte dei casi a sfere squisitamente private²⁶.

²⁴ Quanto detto trova conferma anche nelle immagini di un film di Vittorio De Seta. In "Banditi ad Orgosolo", il protagonista, all'imbrunire, si reca in paese per chiedere consiglio ad un parente sul da farsi. All'imbrunire per passare inosservato e sfuggire ai controlli delle pattuglie disseminate nel paese alla sua ricerca (è accusato ingiustamente di aver ucciso un carabiniere). L'incontro tra i due avviene in camera da letto (le abitazioni tradizionali in realtà erano spesso costituite da due sole stanze denominate *apposentos*, *s'apposentu* posto all'ingresso dell'abitazione ospitava la cucina quindi era il luogo dove si ricevevano gli ospiti, *s'apposentu 'e lettu* ospitava la camera da letto, ma talvolta la presenza di sedie e, non ultimo, quello di un divano (nelle case più ricche) faceva sì che anche questa stanza si utilizzasse per le visite di riguardo. Del resto il letto non occupava mai il centro della stanza, nella maggior parte dei casi veniva addossato al muro. In primo piano risultavano essere le sedie e, se presente, il divano), in cucina ci sono le donne che fanno il pane e ne avranno per tutta la notte e lì, su due sedie che si accostano, mentre un bimbo viene messo a letto, si parla si raccontano le preoccupazioni, si esaminano le possibili soluzioni. Due sedie accostate, l'offerta di un bicchiere di vino e qualcosa da mangiare, offerte che vengono rifiutate dal protagonista a causa dell'angoscia che gli chiude lo stomaco. Al di là della situazione particolare descritta nel film, il clima di familiarità, di comprensione, sembra appartenere anche a quello che si instaura nella procedura tradizionale di mediazione.

²⁵ S. SASSU, *Ordinamenti giuridici di tradizione orale in Sardegna: il caso della rasgioni gallurese*, in «Sociologia del diritto», 2, 2007.

²⁶ Peraltro l'ironia potrebbe non essere gradita nella costanza del conflitto.

La riservatezza è un elemento basilare di questa pratica, mentre la razionalità e il buon senso costituiscono le regole applicate.

L'arbitro non è un "estraneo". Estranea può intendersi la figura dell'avvocato; che ti apre le vie legali annullando – in genere – le *chances* di soluzione pacifica. È percepito come estraneo il giudice, tanto che rivolgersi alla magistratura veniva considerato come sintomo di una "mentalità retrograda", da "miserabile".

Solo nell'attività dei *ominis de verbale*²⁷ si fa cenno alla "redazione" di una sentenza. *Is ominis de verbale*²⁸, più che uomini in grado di redigere verbali, come si potrebbe evincere dall'espressione letterale, sono persone capaci di dare alla parola la concretezza propria di uno scritto, per quanto normalmente le sentenze emesse dagli arbitri non siano mai redatte in forma scritta.

La contraddizione è solo apparente in quanto la conoscenza della scrittura non era una condizione necessaria per essere *omines*, come pure, si racconta dell'attività di un noto *omini de verbale* soprannominato in forza della sua autorevolezza *su pretore* (anche qui vi è un'apparente contraddizione: la stessa autorevolezza di chi conosce la legge e amministra quella ufficiale). Si tratta di un uomo che nella sua vita ha sempre svolto l'attività di pastore e che da anziano (in virtù della sua esperienza e della sua saggezza) veniva chiamato per risolvere le controversie. Le parti si rivolgevano a lui e, – continua l'informatore –, la sua modalità di comporre le controversie veniva considerata "più pratica e imparziale (di quella) dei giudici togati"²⁹.

Le parti in contesa (*a trisulu*) desiderano dirimere la controversia (*differenthias*), e la sentenza emessa dagli arbitri deve rappacificare gli animi dei contendenti (*appajae is partes*), eliminare i motivi di cruccio e odio (*ingrongas*), porre paletti sicuri tra le parti ed evitare di ricorrere agli avvocati e ai tribunali (*pretae*).

²⁷ Così racconta E. Nieddu che ha raccolto la testimonianza in Villagrande Strisaili. *Ominis de verbale* è la variante in lingua villagrandese; in alcuni centri ogliastrini è utilizzato anche il termine *ominis de verbali*.

²⁸ Ringrazio M. Pirarba e L. Piras che hanno raccolto le testimonianze ad Arzana.

²⁹ Il termine *pratica* utilizzato dall'informatore assume chiaramente il significato di efficace.

6. *La competenza degli arbitri.* – Nella ricerca originaria accertai che le questioni di proprietà e di controllo sulla terra erano quelle che più frequentemente interessavano la giustizia arbitrale *de sos omnes*. La proprietà, in senso lato, faceva da sfondo anche ad altre controversie, come il lavoro a mezzadria, l'affitto di pascolo³⁰. In senso stretto toccava le controversie di servitù e di confini, nate spesso da patti privati divergenti dai modelli normativi statuali, il più delle volte verbali, come verbali per molti secoli sono state le stesse compravendite immobiliari in Sardegna e in tutto il Meridione italiano. Si trattava di patti basati sulla parola, per cui la fonte della controversia era costituita dal mancato rispetto degli stessi (“non ti sei attenuto alla parola”). Compito dell’arbitro, quindi, era ricostruire il contenuto del patto, riaffermare la parola data e conoscere le eventuali eccezioni da considerare alla stregua di una sorta di “stato di necessità”³¹ (la necessità di far pascolare il bestiame, di far transitare un mezzo su un fondo, di conoscere l’entità di un danno o il valore di un bene). Queste ultime potevano essere considerate valide solo se presenti alle parti sin dall’inizio come presupposti non dichiarati del patto, giacché i patti originati da una necessità non sono mai permanenti. La limitazione della proprietà era un favore, mai un abuso. L’abuso, in quanto pretesa di permanenza, generava danni con conseguenti pretese di risarcimento, sulle quali erano chiamati a pronunciarsi uno o più *omnes*.

³⁰ La materia del contendere poteva abbracciare i più diversi campi, e mi pare interessante riportare lo schema realizzato con un intervistato ogliastrino, che nel 2009 conferma sostanzialmente quello realizzato nei primi anni ottanta:

- divisioni del patrimonio (*sienda*);
- sconfinamenti nella recinzione di *tancas*, vigne, orti;
- differenti interpretazioni nelle clausole dei contratti di allevamento del bestiame (contrasti tra padrone e *cumonargiu*; contrasti tra padrone e servo pastore);
- valutazione e perizia di danni provocati dal bestiame entrato fortuitamente o fatto entrare a bella posta all’interno di *tancas*;
- controversie per prestazioni di lavoro (*giuargios*, *giorronaderis*, *manobros*, *piccaprederis*, *maistros de muru*, *maistros de ferru*).

³¹ Nella nota precedente riporto la fattispecie in cui si distingue una diversa valutazione e perizia per quanto riguarda i danni provocati dal bestiame entrato fortuitamente o fatto entrare a bella posta all’interno di *tancas*.

Ebbi quindi di fronte una giustizia “a misura d’uomo”, nella sua accezione più ampia che rimanda ad un individuo che non vive isolatamente. È un individuo comunitario quindi universale, i cui soli confini sono rappresentati dall’ambiente in cui vive.

La ricostruzione del procedimento arbitrale è complessa. Ha bisogno di spazi per essere compiuta, la riservatezza di un’abitazione, di spazi lontani da occhi indiscreti che, come registrano molti toponimi, diventano ritrovi rituali che evocano pratiche antiche. Nei luoghi aperti le rocce diventano simbolo di solidità, come nelle abitazioni il tavolo o nelle chiese gli altari tutti utilizzati per prestare giuramento (*sa perda ‘e sa iura*, ovvero la pietra del giuramento). La diffusione di questi toponimi in molte aree geografiche della Sardegna tramandano nel tempo il peso sociale della parola data.

Il giuramento non è alla base della ricostruzione della verità, ma costituisce un elemento che può risolvere casi dubbi o a cui è necessario ricorrere per confermare il convincimento a cui *sos omnes* sono pervenuti. Sacro e profano sono elementi che si sovrappongono come in una ricostruzione di sapore biblico: il giuramento sulla roccia e la nudità del corpo di chi è tenuto a prestare il giuramento. Un atto solenne che rafforza il significato della parola “giuro”. In altri termini: “conosco il peso della mia parola, la nudità del mio corpo e la solidità della roccia mi sono testimoni, gli uomini saggi senza preconcetti sanno riconoscere nella mia gestualità la veridicità di quanto affermo”. La forte simbolicità e sacralità del rito è garantita sia che il giuramento sia prestato su una roccia o su un portafoglio o su un crocifisso³², come pure la sua eccezionalità: l’uomo di parola non ha bisogno di ricorrere al giuramento.

Un altro elemento mi sembra degno di nota.

Nelle interviste effettuate, sia nelle passate, sia in quelle più recenti, mai si è fatto cenno ad un caso concreto. La narrazione dei fatti, dei conflitti, delle procedure, delle decisioni è sempre generale: mai è ricondotta a casi reali. Non esiste, potrei dire, un

³² È noto che i giuramenti (non a caso chiamati *purgativi*) compiuti in alcuni santuari assumevano importanti valenze. Era possibile, infatti, ottenere la benevolenza del santo per far emergere la verità che si sarebbe caricata della sua autorevolezza. Nello stesso tempo, però, era certa la sua punizione in caso di spergiuo. I pellegrinaggi in questi santuari erano quindi occasione per fugare sospetti e risolvere controversie.

precedente a cui rifarsi, ogni caso è considerato nella sua unicità come pure la decisione. Una giustizia che si rivolge al singolo, ma che rispecchia perfettamente il carattere della comunitarietà, che riafferma anche nel conflitto l'appartenenza dei singoli alla comunità.

Questa procedura arbitrale denota una raffinata elaborazione giuridica risalente nel tempo, forse di origini religiose come si potrebbe desumere da alcune fonti contenute nei testi sacri. A questo proposito viene spontaneo pensare alla testimonianza di Singer³³, il quale descrive le modalità e i problemi sottoposti alla decisione del padre rabbino, non esclusivamente legate all'interpretazione delle Scritture. Altri esempi si possono trovare nelle modalità con cui la vendetta è regolata nel diritto consuetudinario albanese³⁴, mentre una bella descrizione delle modalità con cui l'uomo saggio arriva alla risoluzione della controversia, si può trovare con riferimento alla società libanese³⁵.

In tutti questi contesti sociali il prestigio, le doti umane e personali, sono elementi determinanti per la scelta delle parti di colui che è chiamato a esprimere decisioni.

Accertai nell'indagine che le parti potevano affidarsi a un arbitro comune fra loro, ed eventualmente a due arbitri che discrezionalmente potevano sceglierne un terzo, *s'omine de mesu*, al fine di conciliare le loro differenti vedute. Il numero di arbitri varia a seconda delle aree geografiche da tre a cinque; in tutti i casi il numero dei componenti doveva essere dispari per non dar luogo alla parità di pareri e di voti.

³³ I.B. SINGER, *Nuove storie dalla corte di mio padre*, Longanesi, Milano, 1989; ID., *La luna e la follia*, Longanesi, Milano, 1984.

³⁴ I. KADARÉ, *Aprile spezzato*, Guanda, Roma, 1993.

³⁵ H. BARAKAT, *L'uomo che arava le acque*, Ponte alle Grazie, Firenze, 2003. Il nonno del protagonista prende tempo prima di prendere una decisione che coinvolgerebbe la sua tribù in una guerra ("Mio nonno prese tempo prima di rispondere. Tutte le grandi tribù si riunirono in assemblea. Parlarono molto e bevvero tè. [...] Alla fine, dopo aver consumato la cena in silenzio, deposero davanti a mio nonno un paio di pantofole, secondo l'uso, perché prendesse una decisione. Lui se le mise e lasciò l'assemblea per raggiungere la tenda del suo *bir*, cioè il ramo della tribù al quale apparteneva. Disse poche parole e gli uomini annuirono. Nemmeno a loro piaceva la guerra sporca, quella che assomiglia al *katschi*, cioè alla faida") pp. 81-82.

Nel processo, potevano essere applicati modelli normativi statali, di merito e di procedura, ma anche e soprattutto regole consuetudinarie, seguite *ab immemorabili* perché sentite come socialmente vincolanti. Le parti si spogliavano – di fatto – della controversia, non perché se ne disinteressassero, ma perché si erano affidate ad esperti autorevoli, certi di aver riposto la propria fiducia in chi avrebbe curato i loro interessi nella assoluta imparzialità. La partecipazione si risolveva nella fiducia, favorita dalla comprensibilità del processo, diverso da quello formale che presenta tecnicismi incomprensibili per i “non addetti ai lavori”.

Afferma un informatore ogliastrino: “le parti dovevano dichiarare di rimettersi alla sentenza *de su verbale* e chi non si atteniva alle decisioni aveva il marchio di inaffidabilità sociale”.

7. *Tentativi di definizione.* – L’indagine ha fatto emergere tre ipotesi di risoluzione, differenti a seconda del numero di arbitri coinvolti: l’arbitro unico, la coppia di arbitri, e tre o cinque arbitri. Mi chiesi se esistessero differenze concrete fra le tre fattispecie. Ma non vidi, come non vedo oggi, differenze sostanziali perché mi parve che l’atteggiamento delle parti non mutasse; che la ricerca della regola da applicare, il modo di ricostruire i fatti e di capirli impegnasse sempre nello stesso modo.

I punti di contatto tra questi tipi di procedura, ricostruita attraverso una ricerca empirica e quella desumibile dalle fonti normative giudicali sono tanti, ma occorre procedere con molta cautela nell’affermare che i due mondi siano perfettamente coincidenti, per evitare di ricadere nei luoghi comuni o nelle ricostruzioni fantastiche, di ispirazione romantica che in premessa si diceva di voler evitare. Nel regolare il processo e richiamare la pratica degli *omines*, la *Carta de logu* sembra mantenerli in una posizione sussidiaria, di ausiliari del giudice, come si direbbe oggi. Nella tradizione emersa dalla mia ricerca, essi paiono rivestire un ruolo più distaccato, ora giudici, ora mediatori, spesso periti, non subordinati però alla giustizia regolata dal potere politico. E la differenza mi pare sostanziale.

Per riprendere un’osservazione iniziale, la *Carta de logu*, dunque, non coincide, o coincide solo parzialmente, con l’ordina-

mento consuetudinario: è infatti un ordinamento scritto, che esprime le scelte del potere. Può essere interessante, come fece Henry S. Maine, giurista vittoriano dell'Ottocento, chiedersi se essa riveli un indirizzo e contenga una finalità intrinseca, di tipo "stazionario" o di tipo "progressivo", se cioè, consacrando un ordine giuridico, lo cristallizzi o lo mobilizzi³⁶. Naturalmente esiste sempre un divario, ieri come oggi, tra il diritto scritto, espressione di autorità ed il diritto vivente, tra la solidità della norma scritta e la fluidità della norma scaturita dal diritto vivente, cioè dal sentire comunitario, corroborato dalla pratica ripetuta.

Fluidità che non a caso oggi si richiede al diritto per la sua capacità di adattamento alle esigenze della caoticità del presente.

Un binomio molto sfruttato, e anche in questo lavoro più volte ripreso, consiste nel ritenere le tradizioni e le consuetudini, immutabili e immutevoli nel tempo. Va da sé che l'immutabilità sarebbe favorita dalla "chiusura dei confini", vuoi per ragioni geografiche, vuoi per questioni sociali ed economiche. L'insularità della Sardegna, "quasi un continente" come in passato si amava ripetere, l'impenetrabilità di molti dei suoi territori, la chiusura caratteriale dei suoi abitanti avrebbe favorito la conservazione di tradizioni e consuetudini.

In realtà, queste tradizioni e queste consuetudini sono presenti anche in altre aree geografiche italiane e non solo, ed allora la loro diffusione attiene, forse, a quei "vantaggi etici e preventivi offerti dalla conciliazione", a quel suo garantire una giustizia "su misura" sia dal punto di vista sociale, sia dal punto di vista economico, a misura delle esigenze che, via via, gli individui manifestano nel tempo.

Non esistono precisi dati quantitativi sulla diffusione dell'attività arbitrale, per quanto nel 1982 ne siano stati raccolti alcuni importanti: sulla conoscenza di questa pratica tra la popolazione, sull'eventuale ricorso agli arbitri e sui tipi di controversie. Le informazioni allora raccolte testimoniarono anche il lento declino dell'istituto, che pareva forgiato più a misura dell'economia agro-pastorale di quanto non potesse esserlo delle nuove economie, nonostante risultasse immutata la valenza per le questioni successorie e peritali.

³⁶ H.S. MAINE, *cit.*

L'istituto conosce oggi un rinnovato interesse, non solo a livello accademico. Emerge sempre più forte l'esigenza della risoluzione negoziale dei conflitti non soltanto economici, ma anche sociali e culturali e non si tratta di una sterile ricerca folklorica che attiene agli aspetti dell'identità. Forse, vi è la consapevolezza di quanto sia importante, ai fini della conoscenza, recuperare e conservare il valore della "narrazione" intorno a questioni normative come patrimonio culturale³⁷.

Mi riferisco, in altri termini, all'importanza di alcune ricerche condotte negli anni Cinquanta che hanno avuto il merito di offrire spunti di riflessione sull'alterità di alcune realtà giuridiche ma che, loro malgrado, hanno finito per imporre una "monocultura dell'osservazione giuridica", orientata soprattutto sullo studio della vendetta. Alla pratica dell'arbitrato, nonostante la sua diffusione, sono dedicati saggi sporadici, a differenza di quanto avviene per il tema della vendetta che riscuote più interesse per quanto assai meno diffusa di un tempo. Anche in questo caso, a ben pensarci, è stato dedicato un unico saggio importante, più citato che letto, risalente al 1959 e scritto da Antonio Pigliaru.

Il fatto appare ancora più singolare se si pensa che nella stessa lingua sarda, i termini *arrivalia*³⁸, *binditta* o *minditta*³⁹ che traducono il termine vendetta seppure riportati in alcuni vocabolari recentemente pubblicati appaiono ormai dimenticati e comunque non risultano citati da Pigliaru. Proverbi e canti invocano la *justizia* (giustizia), sottointendendo anche quella di tipo privato e, nel parlare comune, si utilizzano circonlocuzioni come per esempio *pratu torrau* (restituire il piatto), utilizzato anche per indicare la restituzione di un dono. Il termine più utilizzato in letteratura appare il termine *disamistade*. In sardo *disamistade* sta ad indicare la rottura di un equilibrio tra i nuclei familiari componenti una o più comunità, una inimicizia, una discordia al quale può seguire un

³⁷ Penso agli scritti di Nuto Revelli e, soprattutto, a *Il mondo dei vinti. Testimonianze di vita contadina. La pianura. La collina. La montagna. Le langhe*, Einaudi, Torino, 1977.

³⁸ Il termine viene riportato da G. PINNA, *Due problemi della Sardegna. Delinquenza e analfabetismo*, Gallizzi, Sassari, 1955.

³⁹ *Bocabolariu sardu nogorese-italiano sardo nuorese, Il maestrale*, Nuoro, 2002, di L. FARINA (a cura di A. Farina).

fatto di sangue e derivare da un precedente fatto di sangue. L'equivalenza tra *disamistade*, vendetta e faida, è però riduttiva essendo gli ultimi due termini ricompresi all'interno del primo. La *disamistade* è un fatto sociale, non un fatto privato e si colloca, all'interno di una frattura che è innanzitutto sociale, è bene ribadirlo, in cui stanno gli individui che compiono l'azione, ma si tratta di un'azione meditata, di un'azione sociale non di un'azione individuale: un'azione che risponde a logiche conosciute e condivise dalla comunità.

In generale, le pagine dedicate alla vendetta, pure numerose, non vanno oltre la cronaca o si limitano ad approfondimenti di opinionisti, talvolta autorevoli, che mancano di una riflessione scientifica capace di svincolare le teorie dai fatti.

Certamente per le vicende di sangue, che pure avvengono nelle contrade sarde⁴⁰ sono stati conati i termini più diversi. Questo è il caso dei delitti da muretto a secco (quando lo scenario del delitto è quello della campagna e i protagonisti appartengono al mondo agropastorale), delitti in stile barbaricino (quando il delitto pur commesso in regioni geografiche della Sardegna lontane dalla Barbagia, presenta le caratteristiche tipiche di tali reati, anche ove i protagonisti non appartengano al mondo agropastorale). Viene però da domandarsi, quanto questi delitti differiscano dai fatti di sangue commessi nelle cinture periferiche o suburbane delle zone più industrializzate.

Non giova, a questo proposito, neanche il conforto delle tradizioni giuridiche. Nel regolamentare il sistema della giustizia, i compilatori della *Carta de logu* vietano il ricorso alla giustizia privata e, non a caso, Antonio Pigliaru nell'individuare le regole consuetudinarie che stanno alla base di tale pratica, circoscrive l'area della propria osservazione, e la comunità economico-sociale che, all'epoca della ricerca, pareva condividere tali regole. Ai tempi del suo studio, appariva ancora esistere un divario tra di-

⁴⁰ Come per altri fatti criminosi avvenuti in Sardegna vorrei evitare di incorrere nel luogo comune che per tanto tempo ha condizionato gli studi scientifici, e non solo, sul banditismo. La presunta rilevanza del fenomeno dal punto di vista qualitativo (inteso come espressione di una contrapposizione forte con lo stato ufficiale) ha giustificato il dispiegamento di forze dell'ordine e conseguenti misure di sicurezza inspiegabili se riferite alla sua diffusione quantitativa.

ritto non scritto e spontaneo, proprio della comunità barbaricina, e diritto scritto e riflesso, proprio dello Stato italiano, che inevitabilmente portava ad una contrapposizione forte tra i due ordinamenti. Contrapposizione inevitabile, ma non insuperabile, come osservò Pigliaru che, con rigore scientifico analizzò le variabili rilevanti, come quelle della libertà e della democrazia che avrebbero potuto contribuire a un'inversione di tendenza, già in atto del resto al momento dell'indagine. Lo Stato sarebbe dovuto essere percepito nella comunità barbaricina non "come fatto di polizia o di corruzione sistemica, ma come uno Stato di liberazione, come un fatto di libertà". Nel frattempo, la pratica della vendetta riguarderebbe tutta la comunità sarda⁴¹, tanto che, a questa pratica vengono ricondotti, come detto, delitti avvenuti anche in aree geografiche diverse da quella barbaricina. Certamente le pratiche di conciliazione sono meno eclatanti, anche se dimostrano in maniera inconfutabile il senso di eticità e di legalità che pervade l'intera comunità sarda. L'attività de *sos omines* rappresenta anche la prevalenza all'interno della comunità di scelte di dialogo, preferibili, come più volte ricordato, alla contrapposizione violenta di interessi; sarebbe una modalità prevalente di ricomposizione dei conflitti rispetto alla marginalità e alla residualità della "vendetta".

Mi sembra questa una considerazione importante in tempi in cui anche la mancanza di (o la presunta assenza di) legalità fomenta la necessità di figure terze, in grado di mediare tra i diversi interessi presenti nel territorio.

Con "modalità di mediazione" si intende risolvere il malessere che ancora investe importanti aree geografiche della nostra Isola e che, riconducono i nuovi fenomeni di microcriminalità a pirotecnici legami con un passato normativo, il più delle volte mistificato.

Non bisogna dimenticare quanto alla Sardegna siano costate, in termini culturali ma anche economici, le scelte fatte all'indomani delle Commissioni di inchiesta sul banditismo in Sarde-

⁴¹ Ho affrontato queste tematiche in "A proposito della nota di Treves su Antonio Pigliaru e la ricerca empirica: spunti per una riflessione", in *Diritto, cultura e libertà*. Atti del convegno in memoria di Renato Treves (Milano 13, 14 e 15 ottobre 1994), a cura di V. Ferrari, M.L. Ghezzi e N. Gridelli Velicogna, Giuffrè, Milano, 1997.

gna⁴², fenomeno, come si diceva allora, non tanto importante dal punto di vista quantitativo, quanto da quello qualitativo: come fenomeno, cioè, riconducibile ad una contrapposizione, allora esistente e fortemente sentita dalla comunità, tra norma consuetudinaria e norma statale. Una parte di ciò che adesso viene dichiarato patrimonio dell'umanità, come il pastoralismo, venne immolato, allora, sull'altare della industrializzazione, scelta che ha provocato tanti dissesti sul piano economico, sociale e culturale.

⁴² Mi riferisco ai lavori della "Commissione parlamentare d'inchiesta sui fenomeni di criminalità in Sardegna" istituita con la legge 755 del 27 ottobre 1969 al fine di individuare le cause specifiche della "tipica" criminalità sarda. L'obiettivo dell'inchiesta era quello di individuare e rimuovere le cause che avevano portato nei quattro anni precedenti (1966-69) ad una *escalation* dei sequestri di persona (34) e ad una recrudescenza dei fatti malavitosi (oltre 120 omicidi volontari e quasi 200 tra rapine ed estorsioni).

SARAH SCHIAPARELLI

L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E NORMATIVA DELLE TUTELE NELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

SOMMARIO: 1. La responsabilità medica civile: dall'illecito extracontrattuale all'inadempimento del contatto sociale qualificato. - 2. Il riparto dell'onere probatorio tra medico e paziente. - 3. Il nesso causale. - 4. La risarcibilità dei c.d. danni riflessi o indiretti. - 5. La colpa medica. - 6. Il mancato rispetto delle linee guida. - 7. Il consenso informato. - 8. I danni risarcibili. - 9. Il danno da nascita indesiderata. - 10. I terzi protetti.

1. La responsabilità medica civile: dall'illecito extracontrattuale all'inadempimento del contatto sociale qualificato. – La responsabilità civile del medico per i danni cagionati al paziente rappresenta un esempio paradigmatico del fenomeno di progressiva espansione, in via interpretativa, dell'area della responsabilità contrattuale a scapito di quella extracontrattuale, con tutte le ricadute applicative che ne conseguono sul piano del regime sostanziale e processuale del rapporto tra medico e paziente.

L'esplicitazione dei principali approdi della giurisprudenza in tema di responsabilità medica si impone in funzione della migliore comprensione delle ragioni che si ritengono stare alla base dell'esigenza di approntare strumenti stabili ed efficienti, sia interni alle aziende sanitarie (uffici reclami, di negoziazione paritetica e conciliativi), sia esterni ad esse (strutturati presso gli organismi di mediazione istituiti ai sensi del d.lgs. n. 28/2010 e dei successivi decreti ministeriali di attuazione nn. 180/2010 e 145/2011)¹,

¹ Per una ricognizione di ordine sistematico sulla disciplina del d.lgs. n. 28 del 2010, e successivi decreti di attuazione, v., tra i tanti, AA.Vv., *Quaderni di conciliazione*, a cura di Pilia, vol. I, II e III, Cagliari, 2011-2012; AA.Vv., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di Besso Marcheis, Torino, 2010; AA.Vv., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Castagnola e Delfini, Pa-

specializzati nella risoluzione extraprocessuale delle molteplici controversie che tipicamente insorgono tra il medico e il paziente, così come tra il paziente e le strutture sanitarie nonché le compagnie assicuratrici².

Invero, come meglio si dirà in seguito, anche nell'ambito della rinnovata e ormai consolidata concezione contrattualistica della responsabilità medica, restano numerosi i profili di criticità della posizione processuale di ciascuna delle parti in lite, al pari dei vantaggi della soluzione concordata extragiudiziale delle controversie, tanto per il medico (e le strutture sanitarie) quanto per il paziente.

Al riguardo, il diritto vivente ha progressivamente "spostato" il piano di rilevanza della responsabilità medica dall'ambito dell'illecito aquiliano a quello dell'inadempimento contrattuale, in funzione della traduzione dei diritti costituzionali ed europei del paziente alla vita (artt. 2 Cost. e 2 Carta di Nizza), alla salute (artt. 32 Cost. e 1 Carta di Nizza), alla dignità della persona (artt. 3 Cost. e 1 Carta di Nizza) e alla libertà personale (art. 13 Cost. e 6 Carta

dova, 2010; CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2010, pp. 616 ss.; CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, pp. 437 ss.; PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.lgs. 4.3.2010, n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, pp. 543 ss.; PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012.

² Sulla mediazione delle controversie in materia di responsabilità medica v., in particolare, AA.VV., *Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione civile (d.lgs. n. 28, 4 marzo 2010) e sue possibilità applicative in tema di responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 655 ss.; BONA, *R.C. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 595 ss.; D'ALOJA e PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa delle controversie e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione nelle aziende ospedaliere*, in *Quaderni di conciliazione*, I, cit., pp. 63 ss.; ID., *L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo*, *ivi*, pp. 181 ss.; ID., *La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile*, *ivi*, pp. 235 ss.; FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in *Contratti*, 2011, pp. 425 ss.; NISSOLINO, *La responsabilità medico-sanitaria: le questioni più rilevanti e la mediazione conciliazione*, in *Responsabilità medico-sanitaria e mediazione delle controversie. Dal diritto alla salute al diritto alla giustizia*, a cura di Marinaro, Roma, 2012; ROMEO, *Responsabilità medica e mediazione delle controversie*, in *La resp. civ.*, 2011, pp. 1163 ss.; SITZIA, *Responsabilità del medico: linee evolutive e sistemi alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Quaderni di conciliazione*, I, cit., pp. 169 ss.

di Nizza) in meccanismi di tutela di natura contrattuale, per ciò stesso idonei ad assicurare una più agevole ed efficace protezione del paziente rispetto alla tutela extracontrattuale³.

Invero, come è noto, il sistema della responsabilità civile, quale tipologia di responsabilità contrapposta alla responsabilità penale da reato, si articola nelle due categorie dogmatiche della responsabilità extracontrattuale, o da fatto illecito (artt. 2043 ss. c.c.), e della responsabilità contrattuale, o da inadempimento di obbligazioni (artt. 1218 ss. c.c.), dotate ciascuna di un proprio peculiare statuto giuridico, in parte coincidente e in parte differenziato⁴.

Per quanto attiene alla responsabilità extracontrattuale, il legislatore fa espresso riferimento alla responsabilità «per fatti illeciti» di cui indica puntualmente tutti gli elementi costitutivi. Tanto si evince testualmente dall'art. 2043 c.c. che configura la responsabilità aquiliana come responsabilità risarcitoria scaturente da qualunque fatto doloso o colposo che abbia cagionato ad altri un danno ingiusto. Siffatta caratterizzazione dell'illecito civile trova pieno riscontro nel carattere della responsabilità, appunto extracontrattuale, che ne scaturisce e che nasce al di fuori ed a prescindere

³ Il fondamento anche europeo, e non solo Costituzionale, dei diritti del paziente tipicamente coinvolti nell'attuazione della prestazione sanitaria si deve alla ratifica (avvenuta con l. 2 agosto 2008, n. 130) da parte dello Stato italiano del Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre del 2009, in virtù della quale la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati, con ciò ponendosi in posizione gerarchicamente sovraordinata alle norme dell'ordinamento nazionale (art. 6, par. 1, TFUE). Sul Trattato di Lisbona e sulla "europeizzazione" della Carta di Nizza v., *ex plurimis*, CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, pp. 221 ss.; CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, *ivi*, pp. 419 ss.; SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 145 ss.; SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, *ivi*, pp. 145 ss.; VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 115 ss.

⁴ Per una chiara e aggiornata disamina degli elementi costitutivi, del regime giuridico, dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e dei tratti distintivi della responsabilità extracontrattuale e della responsabilità contrattuale v., per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile 5. La responsabilità*, Milano, 2013.

dere dall'esistenza di un eventuale preesistente rapporto obbligazione risarcitoria a carico del primo e in favore del secondo, in funzione dell'integrale riparazione economica per equivalente (e/o in forma specifica: art. 2058 c.c.) del pregiudizio ingiustamente arrecato e subito. Detto altrimenti, la causazione di un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c. fa sì che tra due (o più) soggetti, prima genericamente "avvinti" dal solo reciproco dovere di *neminem laedere*, ossia di non ledere ingiustamente (*sine iure*) la sfera giuridica altrui (*contra ius*), si instauri un rapporto obbligatorio in forza del quale il danneggiante risulta ora gravato dell'obbligo giuridico di risarcire l'illecito al danneggiato. Tanto si evince e trova ulteriore riscontro nell'art. 1173 c.c., che espressamente annovera il fatto illecito tra le fonti (tipiche) delle obbligazioni.

Viceversa, la responsabilità c.d. contrattuale si lega indefettibilmente (non già alla violazione del generico dovere di chiunque di astenersi dal ledere la sfera giuridica altrui, bensì) all'inadempimento imputabile di un'obbligazione gravante su un determinato soggetto (o su determinati soggetti) nei confronti di un altro (o di altri). Al riguardo è opportuno precisare sin d'ora che con l'espressione "responsabilità contrattuale" si suole intendere non solo la responsabilità risarcitoria scaturente dall'inadempimento di obbligazioni contrattuali ma, altresì, la responsabilità risarcitoria scaturente dall'inadempimento di qualsivoglia obbligazione (c.d. civile, ossia non "naturale"), anche legale. Ciò che trova riscontro, per un verso, nel testuale riferimento legislativo alla «responsabilità del debitore» per inadempimento delle obbligazioni (art. 1218 c.c. e capo II, libro IV, titolo I del cod. civ.) e, per altro verso, nella norma di chiusura dell'art. 1173 c.c. che contempla tra le fonti delle obbligazioni, accanto al contratto e al fatto illecito, «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico».

Precisamente, la responsabilità contrattuale scaturisce dall'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dovuta dal debitore che è tenuto a curare ed eseguire l'adempimento usando la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, 1° co., c.c.), fatti salvi diversi e più elevati *standards* di diligenza richiesti nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale (art. 1176, 2° co., c.c.), come quella medica. Pertanto, la mancata esecuzione della prestazione

dovuta, o la sua inesatta esecuzione sotto il profilo temporale, spaziale, quantitativo, qualitativo e soggettivo (artt. 1177 ss. c.c.) determina l'insorgenza, a carico del debitore inadempiente, di un'obbligazione risarcitoria che si sostituisce (in caso di risoluzione del rapporto violato) o si aggiunge alla prestazione originaria inadempita, in funzione dell'integrale riparazione delle perdite subite dal creditore e dei mancati guadagni che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 c.c.). Anche per quanto attiene alla responsabilità contrattuale, il legislatore provvede a enucleare gli elementi costitutivi della fattispecie, individuati nell'inadempimento o nell'inesatto adempimento di un'obbligazione, nell'imputabilità dell'inadempimento al debitore e nel pregiudizio sofferto dal creditore in quanto, quest'ultimo, risulti astretto all'inadempimento da un nesso di causalità immediata e diretta.

Nell'ambito della responsabilità medica si è posto il problema del regime giuridico dei danni cagionati dal medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o da una casa di cura privata nei confronti del paziente che, peraltro, abbia concluso un contratto (atipico c.d. di speditività) con la sola struttura sanitaria all'atto dell'accettazione per il ricovero e/o per l'effettuazione di esami diagnostici, di terapie o di interventi. In tal caso, invero, difetta la stipulazione di un contratto d'opera professionale tra medico e paziente, destinato invece a regolare, ai sensi dell'art. 2230 c.c., il rapporto diretto ed esclusivo che si instaura tra il paziente e il medico specialista che operi privatamente e autonomamente. Risulta pertanto evidente la dicotomia sussistente tra la parte formale del contratto di cura e il soggetto che effettivamente esegue le prestazioni di cura.

Pertanto, fino agli anni 90', la giurisprudenza applicava ai danni cagionati al paziente dal medico dipendente da una struttura sanitaria il regime proprio della responsabilità da fatto illecito, a cagione dell'estraneità del medico al rapporto contrattuale instaurato tra la casa di cura e il paziente. In siffatto contesto, la riconduzione della responsabilità del medico per i danni cagionati al paziente affidato alle sue cure alla responsabilità da fatto illecito ex artt. 2043 ss. c.c. si traduce in una posizione sostanziale e processuale del paziente profondamente squilibrata rispetto a quella del medico.

Invero, in applicazione dello statuto proprio della responsabilità extracontrattuale, il paziente che lamenta un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. è tenuto a dimostrare, ai fini risarcitori, tutti gli elementi costitutivi dell'illecito secondo la regola generale dell'art. 2697 c.c. In questo senso, il paziente che aspiri alla tutela per equivalente pecuniario dei danni causati dal medico dipendente da una struttura sanitaria deve fornire la prova del fatto lesivo e della sua ingiustizia, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, del pregiudizio subito e del nesso eziologico diretto e immediato che avvince il danno alla condotta del medico (sotto il duplice profilo della causalità materiale tra condotta ed evento e della causalità giuridica tra evento e conseguenze pregiudizievoli). La difficile posizione processuale del paziente che voglia far valere la responsabilità del medico che operi presso una struttura sanitaria viene ulteriormente aggravata dal regime prescrizione breve dell'azione di risarcimento da fatto illecito (prescrizione breve quinquennale: art. 2947 c.c.). Tanto, nell'ambito di una concezione di stampo marcatamente paternalistico dei rapporti tra medico e paziente in cui il professionista sanitario, depositario di un potere decisionale sostanzialmente unilaterale in merito ad ogni iniziativa diagnostica e/o terapeutica, gode di una posizione "di forza" rispetto al paziente che confida nelle sue competenze specialistiche tecnico-scientifiche⁵.

A fronte delle difficoltà che, specie sul piano probatorio, caratterizzavano la posizione del paziente nell'ambito della concezione extracontrattuale della responsabilità medica, che si traduceva in una sostanziale impunità del medico per i danni cagionati al paziente, la giurisprudenza ha mutato il proprio orientamento affermando la natura sempre contrattuale della responsabilità del medico (anche) dipendente da una struttura sanitaria per i pregiudizi arrecati al paziente⁶.

⁵ In questo senso v., tra le tante, Cass. civ. nn. 3013/1982 e 11287/1993.

⁶ Sul processo di contrattualizzazione della responsabilità medica e sulle sue implicazioni in punto di tutela dei diritti della persona del paziente v., ex *plurimis*, AMODIO, *Responsabilità medica*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 2000, pp. 1177 ss.; DE MATTEIS, *La malpractice medica*, in AA.VV., *Il danno alla persona*, a cura di Cendon e Baldassarri, I, Bologna, 2006, pp. 1303 ss.; MONATERI,

I principali rilievi critici mossi all'impostazione tradizionale "extracontrattuale" della responsabilità medica afferiscono all'erroneità della qualificazione del medico quale terzo estraneo rispetto al contratto di ospedalità concluso tra il paziente e la struttura sanitaria, alla limitazione del risarcimento ai soli danni legati al peggioramento delle condizioni di salute del paziente e all'inaccettabile gravosità della posizione probatoria processuale del paziente.

Sotto il primo aspetto, della posizione del medico rispetto al paziente ricoverato, si sottolinea come, pur in assenza di un contratto formale, il medico dipendente dalla casa di cura non può essere considerato rispetto al paziente un *quisque de populo* che si ingerisce nella sfera giuridica altrui. Invero, nel momento in cui il medico viene designato (dalla casa di cura) e il consenso del paziente ad ogni atto medico è a lui personalmente prestato, sorge un rapporto giuridico tra il medico e il paziente. Sotto il secondo aspetto, dei danni risarcibili, si evidenzia come l'art. 2043 c.c. si riferisce testualmente alle sole condotte causative di un «danno ingiusto», per tali intendendosi le condotte peggiorative, lesive, offensive di interessi giuridicamente rilevanti del danneggiato: ciò che non consente di ammettere pretese risarcitorie in presenza di condotte mediche meramente non migliorative delle condizioni di salute del paziente. Sotto il terzo aspetto, della posizione processuale del paziente, si sottolinea il grave *vulnus* all'effettività della tutela del paziente derivante dall'applicazione del rigoroso regime di ripartizione dell'onere probatorio e di prescrizione dell'azione proprio della responsabilità aquiliana.

Il meccanismo deputato dalla giurisprudenza a condurre nell'alveo degli artt. 1218 ss. c.c. la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria (ovvero anche solo operante in essa in regime di *intra moenia*) per i danni causati al paziente è il c.d. contatto sociale che si instaura tra il medico stesso ed il paziente nel momento in cui il secondo viene affidato alle com-

La responsabilità civile, in *Trattato Sacco*, Torino, 1998, pp. 113 ss.; PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, pp. 1425 ss.; e in *La resp. civ.*, 2008, pp. 6 ss.; ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.

petenze specialistiche del primo. Tale contatto tra medico e paziente ripone nelle competenze tecniche e scientifiche del sanitario e si pone quale fonte tanto di obblighi di prestazione, quanto di obblighi di protezione a carico del medico e nei confronti del paziente, al pari di quanto accade in presenza di un contratto⁷. Tanto trova riscontro nel carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, desumibile dall'art. 1173 c.c.: il contatto sociale qualificato assurge in questa prospettiva a fonte atipica di obbligazioni al pari del contratto, quale «altro fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico»⁸.

⁷ Il *revirement* si deve, specificamente, a Cass. civ. n. 589/1999: a partire da tale pronuncia, invero, la Suprema Corte prende le distanze dall'impostazione tradizionale secondo cui la responsabilità contrattuale presuppone necessariamente un contratto in senso formale, affermando che la tesi della responsabilità aquiliana, nel considerare il medico designato dall'ente ospedaliero come l'autore di un qualsiasi fatto illecito, «sembra cozzare contro l'esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale». La Corte evidenzia come tale impostazione tradizionale riduca «al momento terminale, cioè il danno, una vicenda non incomincia con il danno, ma si struttura prima come rapporto in cui il paziente, quanto meno in punto di fatto, si affida alle cure del medico e il medico accetta di prestargliele». Il medico, pertanto, non può essere considerato un *quisque de populo*, soggetto soltanto al dovere di *neminem laedere* gravante su ciascun consociato, perché «a questo tipo di operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un non facere, e cioè il puro rispetto di colui che gli si rivolge confidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel facere nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento». Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la Suprema Corte ha concluso nel senso che la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria non ha natura aquiliana, recependo l'orientamento dottrinale secondo cui sullo stesso graverebbe una responsabilità di tipo contrattuale nascente da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto».

⁸ Sulla responsabilità medica da contatto sociale qualificato con il paziente v., *ex multis*, CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 294 ss.; DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 1999, pp. 441 ss.; GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 1007 ss.; PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*, in *Giur. it.*, 2000, pp. 741 ss.; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, pp. 342 ss.

Invero, il contatto sociale qualificato tra medico e paziente è idoneo a ingenerare in capo al sanitario, per un verso, l'obbligo di adempiere esattamente ogni prestazione necessaria a soddisfare gli interessi (di diagnosi, cura, prevenzione etc.) del paziente-creditore sottesi a tale contatto e afferenti all'ambito di specializzazione del medico. Per altro verso, dal contatto sociale qualificato tra medico e paziente sorge l'obbligo di proteggere tutti gli interessi del paziente, anche diversi da quelli specificamente dedotti in contratto (*rectius*: in contatto), suscettibili di essere coinvolti nell'attuazione del rapporto, astenendosi dal tenere condotte attive o omissive idonee a pregiudicarli e attivandosi al fine di salvaguardarli⁹. Tanto può dirsi in virtù del canone generale della buona fede oggettiva (artt. 1175, 1337, 1366, 1374, 1375 c.c.) che, quale espressione del principio costituzionale di solidarietà sociale scolpito dall'art. 2 Cost., permea di sé (non solo i rapporti tra le parti di un contratto formale o di una trattativa ma) ogni rapporto giuridicamente rilevante, anche se sorto in via di mero fatto, come è a dirsi per il contatto sociale qualificato tra medico e paziente¹⁰.

⁹ La teorizzazione della figura dell'obbligazione senza prestazione fondata sul contatto sociale qualificato si deve, in particolare, a CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in Id., *La responsabilità civile*, Milano, 1997, pp. 177 ss.

¹⁰ Per buona fede in senso oggettivo si suole tradizionalmente intendere quel canone generale di lealtà e correttezza a cui ciascuna delle parti del contratto (o, comunque, del rapporto obbligatorio: art. 1175 c.c.) deve informare la propria condotta nell'attuazione del rapporto, astenendosi da comportamenti sleali e scorretti nei confronti di controparte. È in quest'ultima accezione oggettiva che la buona fede viene principalmente in rilievo nell'ambito del diritto dei contratti e sul piano della tutela giudiziale dei diritti.

Il fondamento normativo della buona fede oggettiva in ambito contrattuale riposa sul combinato disposto degli artt. 1374 e 1375 c.c. Per un verso, invero, il legislatore, nel dettare la disciplina generale degli effetti del contratto, obbliga le parti non solo a quanto in esso è espresso ma, altresì, a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge (o, in mancanza, secondo gli usi o l'equità: art. 1374 c.c.). Per altro verso, lo stesso legislatore impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.), così esplicitando uno dei canoni legali (di comportamento) destinati a integrare, in via suppletiva, il regolamento contrattuale anche al di là del suo contenuto negoziale. Peraltro, la buona fede oggettiva trova ulteriori e molteplici indici normativi nelle disposizioni che fanno espressa applicazione del canone ex

Per questa via, pertanto, la giurisprudenza di legittimità riconduce la responsabilità medica al *genus* della responsabilità da inadempimento di obbligazioni, con tutte le conseguenze del caso in punto di regime applicabile e di profonda rivisitazione della posizione sostanziale e processuale del medico e del paziente. Tanto, nel contesto di una rinnovata concezione del rapporto improntata alla pienezza ed effettività della tutela del paziente, parte “debole” rispetto al medico, portatore di interessi di rango costituzionale ed europeo suscettibili di essere pregiudicati dalle condotte inadempienti del medico.

Prima di passare all’esame dei principali profili di disciplina della responsabilità medica “contrattuale”, è opportuno precisare che allo stesso regime la giurisprudenza assoggetta la responsabilità della struttura sanitaria, o della casa di cura privata, nonché del personale infermieristico, o comunque paramedico, da essa dipendente.

Invero, per un verso, come si è accennato, l’accettazione del paziente presso la struttura sanitaria per il ricovero e per la sottoposizione a esami diagnostici e/o terapeutici determina la conclusione di un contratto atipico tra il paziente medesimo e

art. 1375 c.c., tanto sul piano delle trattative e della formazione del contratto, quanto sul piano della attuazione o inattuazione del contratto (cfr. artt. 1377, 1378, 1358, 1359, 1460, 2° co., c.c.), oltre che in punto di interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.).

Appare ormai consolidato l’orientamento, avallato anche dalle Sezioni Unite, che individua nel principio di solidarietà scolpito dall’art. 2 Cost. il fondamento (anche) costituzionale della buona fede oggettiva. Ciò che induce al canone della lealtà e correttezza contrattuale l’ulteriore significato della salvaguardia degli interessi di controparte, nei limiti del sacrificio apprezzabile. In questo senso, si pone l’accento sul disposto dell’art. 2 Cost. che, nel momento in cui riconosce a garantisce a tutti i cittadini i diritti inviolabili dell’uomo, richiede altresì l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (oltre che politica ed economica). La “trasposizione” in ambito contrattuale del principio di solidarietà sociale, di cui la buona fede sarebbe espressione, arricchisce pertanto il significato della regola di comportamento ex art. 1375 c.c. del dovere di salvaguardia degli interessi di controparte, nei limiti del sacrificio apprezzabile. Ciò che impone a ciascuno dei contraenti non solo di astenersi dal recare pregiudizio all’altro ma, altresì, di attivarsi, nei limiti del sacrificio apprezzabile, al fine di agevolare la realizzazione degli interessi di controparte. Per questa via, la clausola di buona fede appalesa tutta la propria ampiezza e pervasività nell’ordinamento giuridico.

la struttura, comunemente definito “contratto di spedalità”. In virtù di tale contratto, la struttura sanitaria si obbliga all’esatto adempimento di ogni prestazione sanitaria e non che sia funzionale al soddisfacimento degli interessi del paziente sottesi al contratto¹¹. Tanto è a dirsi sia in relazione alla struttura sanitaria pubblica, sia in relazione alla casa di cura privata: sotto questo profilo, invero, la natura di ente pubblico o di soggetto privato della struttura presso cui il paziente è ricoverato non determina un diverso regime della responsabilità, comunque contrattuale, per i danni ad esso arrecati¹². Si pensi al caso della struttura sanitaria che accetta il ricovero di una gestante con una gravidanza a rischio di complicazioni, pur non essendo in grado di fare fronte a non inverosimili situazioni di emergenza. Analogamente vi è “responsabilità sanitaria” nelle ipotesi in cui il paziente

¹¹ L'accettazione del paziente all'interno della struttura sanitaria, infatti, comporta la conclusione di un contratto atipico di spedalità caratterizzato da una serie di prestazioni e di obblighi specifici, anche distinti da quelli propri del medico. In forza di tale contratto, pertanto, la struttura sanitaria è tenuta ad una prestazione complessa che – come sottolineato da costante giurisprudenza di legittimità e di merito – non si esaurisce nelle cure mediche per estendersi alla messa a disposizione di personale medico e paramedico, di medicinali nonché di tutte le attrezzature tecniche necessarie ed alle prestazioni *latu sensu* alberghiere. Al riguardo v., *ex multis*, Cass. civ. nn. 24791/2008; 13953/2007; 8826/2007; 1698/2006 e, di recente, anche Trib. Bari, 1.9.2010; Trib. Bologna, 8.10.2010 e Trib. Roma, 1.4.2009.

¹² Circa la natura pubblica o privata della struttura sanitaria, la Corte di Cassazione civile nella sua più alta composizione ha affermato il principio di diritto dell'irrelevanza della distinzione sul piano della responsabilità del medico e della struttura medesima, precisando che «*per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono, a livello normativo, gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore di servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra un'equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime di responsabilità civile anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria. Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto*»: così Cass. civ. S.U. n. 577/2008.

subisce danni a causa del cattivo funzionamento di un macchinario presente nella struttura presso la quale è ricoverato¹³. Ovvero, ancora, nei casi in cui il paziente contrae un'infezione durante la degenza a cagione delle precarie condizioni igieniche del reparto in cui è ricoverato o durante un intervento chirurgico a causa delle condizioni igieniche della sala operatoria non perfettamente sterile (c.d. infezione nosocomiale)¹⁴. Infine, peculiare ipotesi di "responsabilità sanitaria" può scaturire dalla diffusione e/o dall'illecito utilizzo di dati sensibili contenuti nella cartella clinica di un paziente¹⁵.

Per altro verso, la struttura sanitaria risponde ex artt. 1218 ss. c.c. tanto dell'inadempimento degli obblighi di diagnosi e cura, personalmente e solidalmente con il medico (art. 1228 c.c.)¹⁶,

¹³ Invero, come rilevato anche dalla giurisprudenza, in difetto di elementi idonei volti a segnalare disfunzioni che possano compromettere la sicurezza del paziente, al primario di un reparto non compete anche la verifica dello stato di manutenzione degli apparecchi: così Corte d'Appello di Roma, 12.05.2005.

¹⁴ Per utili spunti di riflessione v., in particolare, Cass. civ. n. 24401/2010 ove si afferma che l'azienda sanitaria è tenuta a risarcire anche il danno morale del paziente che contrae un'infezione in ospedale. La responsabilità dell'azienda, infatti, può sussistere in base all'inadeguatezza della struttura laddove la serie causale innescata dalle condizioni di scarsa igiene dell'ospedale abbia inciso nella sfera dei diritti fondamentali del paziente. In argomento v., di recente, BONELLI, *Responsabilità professionale e organizzativa in materia di infezioni ospedaliere*, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, pp. 471 ss.

¹⁵ Vedi, sul punto, Cass. civ. n. 2468/2009 in base alla quale la struttura sanitaria è tenuta a risarcire il danno sofferto dal paziente in conseguenza della diffusione di dati sensibili contenuti nella cartella clinica, a meno che non dimostri di aver adottato tutte le misure necessarie per garantire il diritto alla riservatezza del paziente e ad evitare che i dati relativi ai test sanitari e alle condizioni di salute del paziente stesso possano pervenire a conoscenza di terzi.

¹⁶ Cfr. Cass. civ. n. 9315/2010 in materia responsabilità per i danni da trasfusione di sangue infetto: «*In materia di colpa professionale e di nesso di causalità per il contagio derivato dalla trasfusione di sangue infetto, l'inosservanza della normativa di settore, del protocollo e delle linee guida delle leges artis, disposta proprio allo scopo di evitare i rischi specifici e perciò prevedibili, configura grave inadempimento contrattuale del medico per condotta commissiva ed omissiva, imputabile anche alla struttura sanitaria ai sensi dell'art. 1228 cod. civ., poiché – in caso di morte del paziente – se non fosse stata praticata la trasfusione, o comunque se fosse stato testato il sangue del donatore, la morte dello stesso non si sarebbe verificata*». In argomento v., di recente, D'ERRICO e POMARA, *Omissione di controllo versus attualità delle conoscenze*

quanto dell'inadempimento delle prestazioni afferenti alle esigenze di vitto, alloggio *et similia* del paziente personalmente e, eventualmente, anche solidalmente, con il personale paramedico¹⁷.

In questo senso, pertanto, si suole parlare di "responsabilità medica" (o medico sanitaria), e non di sola "responsabilità del medico"¹⁸.

2. *Il riparto dell'onere probatorio tra medico e paziente.* – La ritenuta natura contrattuale della responsabilità del medico per i danni cagionati al paziente con cui si sia instaurato un contatto sociale qualificato comporta l'applicazione dello statuto giuridico proprio di quella responsabilità, ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c. Ciò che si traduce, anzitutto, in un regime di ripartizione dell'onere probatorio fortemente sbilanciato a favore del paziente.

scientifiche: l'improbabile onere solidaristico, sempre e comunque, del Ministero della salute in tema di infezione post-trasfusionale, in Resp. civ. e prev., 2012, pp. 299 ss.; LEVOLELLA, Trasfusioni con sangue infetto e poi la morte: l'ospedale è responsabile, in Dir. e giust., 2011, pp. 287 ss.; SCARANTINO, La responsabilità solidale dell'Asl per l'errore commesso dalla guardia medica, in Corr. Merito, 2011, pp. 1179 ss.

¹⁷ Come chiarito da Cass. civ. S.U. n. 577/2008, invero, la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (pubblica o privata che sia) nei confronti del paziente sussiste anche quando l'errore sia stato commesso da personale ausiliario, oltre che quando sia stato causato da problemi di organizzazione. In argomento v., di recente, BASSO, *La paziente ricoverata cade dalla finestra: da accertare la responsabilità della struttura sanitaria*, in *Dir. e giust.*, 2011, pp. 254 ss.; SILIQUINI CINELLI, *Estensione della colpa medica all'infermiere?*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 19 ss.

¹⁸ In argomento v., tra gli altri, AMODIO, *op. cit.*, pp. 1181 ss.; BRENDA, *Il risarcimento dei danni da inefficienza della struttura sanitaria*, in *La responsabilità civile. Tredici variazioni sul tema*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2001, pp. 295 ss.; IUDICA, *Danno alla persona da inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, pp. 3 ss.; SIMONE, *La responsabilità della struttura sanitaria pubblica e privata*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 693 ss.; STANZIONE e ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, pp. 501 ss. Di recente v. anche GAVAZZI, *La responsabilità della struttura sanitaria e del medico dipendente: breve excursus sulle evoluzioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato la materia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 2533 ss.; NAVARRETTA, *L'adempimento dell'obbligazione del fatto altrui e la responsabilità del medico*, *ivi*, pp. 7 ss.

Invero, i danni lamentati dal paziente intanto possono essere posti a base di una pretesa risarcitoria in quanto il paziente/creditore dimostri la fonte del rapporto che lo lega al medico (il contratto d'opera o il contatto sociale qualificato) e/o il contratto di ospitalità (qualora si faccia valere anche o solo la responsabilità della struttura sanitaria), senza necessità di provare l'inadempimento del medico/debitore che deve, peraltro, essere allegato.

Per un verso, il legislatore implicitamente pone una presunzione relativa di imputabilità dell'inadempimento in capo al debitore, espressamente addossando su di lui l'onere di dimostrare che l'inadempimento o il ritardo non vi sono stati ovvero che sono stati determinati da impossibilità sopravvenuta della prestazione a lui non imputabile (artt. 1218 e 1256, 1° co., c.c.). Per altro verso, il paziente/creditore che agisce ex art. 1218 c.c. non è tenuto ai fini risarcitori a dimostrare il dolo o la colpa del medico inadempiente, in quanto l'allegazione dell'inadempimento e la prova dei pregiudizi subiti, ed a questo causalmente connessi, determina una presunzione (relativa) di inosservanza del canone di diligenza richiesta al debitore dall'art. 1176 c.c. La mancanza di diligenza nell'esecuzione della prestazione rileva ai fini della responsabilità contrattuale a prescindere dall'elemento soggettivo che l'abbia determinata. Il paziente, pertanto, è esonerato dall'onere di provare la mancanza di diligenza del sanitario (da valutarsi alla stregua del criterio ex artt. 1176, 2° co. e 2236 c.c.)¹⁹, che si presume relativamente, fatta salva la prova del nesso eziologico che lega la condotta del medico al danno lamentato dal paziente²⁰.

¹⁹ Sull'evoluzione del concetto di diligenza professionale nell'ambito della responsabilità medica v., per tutti, DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, pp. 1337 ss. Di recente v. anche SARDELLA, *La diligenza professionale nella pratica medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, pp. 373 ss.

²⁰ A tale ultimo riguardo si segnala una recente pronuncia della Cassazione civile (n. 1538/2010) afferente al caso di un paziente che, a seguito di sottoposizione ad intervento chirurgico, aveva riportato lesioni tanto gravi da rendere necessaria l'interdizione del soggetto. Specificamente, la Suprema Corte afferma che lo sforzo probatorio del paziente/attore non può spingersi oltre la deduzione di qualificate inadempienze in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando a carico del convenuto/medico l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia può essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non ha avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.

Resta pertanto addossato al medico/debitore l'onere di dimostrare che l'inadempimento o il ritardo contestatogli non vi è stato ovvero è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile²¹. Come chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile, invero, il regime della prova in caso di inadempimento è il medesimo, tanto in funzione del rimedio risolutorio, quanto dell'esatto adempimento che risarcitorio. In ogni caso, non rientra tra gli oneri del creditore la prova del fatto negativo dell'inadempimento ma, all'opposto, è il debitore che deve dimostrare il fatto positivo dell'adempimento²².

Peraltro, l'esigenza di tutela del paziente "parte debole" del rapporto contrattuale con il sanitario si è altresì tradotta nella consolidata tendenza giurisprudenziale a fare applicazione del criterio della c.d. vicinanza della prova che impone di addossare al medico, quale professionista dotato di peculiari competenze tecnico scientifiche (di cui, di norma, il paziente è sfornito), l'onere di dimostrare quali fattori eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla propria condotta, siano stati da soli sufficienti a determinare l'evento ex artt. 40 e 41 c.p.

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite in punto di riparto dell'*onus probandi* tra creditore e debitore assume una portata generale, valida tanto per le obbligazioni c.d. di mezzi, in cui l'inosservanza del dovere di diligente esecuzione della prestazione ex art. 1176 c.c. rappresenta l'in sé dell'inadempimento

Nel caso di specie, erano state riscontrate omissioni e inesattezze nella redazione della cartella clinica: al riguardo, è consolidato l'orientamento (a cui si adegua la sentenza in oggetto) che la difettosa tenuta della cartella clinica non solo non vale ad escludere la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta colposa dei medici e la patologia accertata, ma consente il ricorso alle presunzioni ex artt. 2727 e 2729 c.c., come avviene in ogni caso in cui la prova non possa essere data per un comportamento ascrivibile alla stessa parte contro la quale il fatto da provare avrebbe potuto essere invocato.

²¹ In tale senso v., tra le tante, Cass. civ. n. 7027/2001.

²² Il principio di diritto è affermato da Cass. civ. S.U. n. 13533/2001, secondo cui «*Il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento*».

mento, quanto per le obbligazioni c.d. di risultato, in cui l'inadempimento si identifica nel mancato conseguimento del risultato dovuto. Tanto comporta la sostanziale "trasformazione" dell'obbligazione medica da obbligazione tipicamente di mezzi a obbligazione di "quasi risultato"²³. Invero, l'affermazione che l'inadempimento del medico si presume fino a quando egli non dimostri di aver correttamente adempiuto la prestazione dovuta si traduce nella limitazione dell'onere probatorio del paziente/creditore all'allegazione del mancato raggiungimento del risultato terapeutico: tanto basta a far presumere *iuris tantum* l'inadempimento del medico/debitore, così realizzandosi una sostanziale inversione dell'onere probatorio²⁴.

La diversa e più agevole posizione probatoria del paziente nell'ambito della concezione contrattuale della responsabilità medica si completa inoltre sul piano del regime prescrizione ordinario decennale dell'azione di risarcimento di danni da inadempimento di obbligazioni (art. 2946 c.c.)²⁵.

²³ In ordine all'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale della distinzione tra l'obbligazione di mezzi e l'obbligazione di risultato in ambito medico v., per tutti, DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, pp. 1353 ss.

²⁴ Sui più recenti orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità e di merito in punto di ripartizione dell'onere probatorio tra medico e paziente v., in particolare, AGNINO, *La responsabilità medica: lo stato dell'arte della giurisprudenza tra enforcement del paziente e oggettivizzazione della responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 628 ss.; BARBARISI, *Onere di allegazione e prova liberatoria nella responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 882 ss.; ID., *Onere della prova e causa non imputabile nella responsabilità sanitaria*, *ivi*, pp. 401 ss.; FERRETTI, *Nesso di causalità e onere della prova: tocca al medico dimostrare il fatto impeditivo*, in *Dir. e giust.*, 2012, pp. 816 ss.; LONGOBUCCO, *L'onere della prova nella malpractice medica: dalla responsabilità accertata alla responsabilità sentita*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 1391 ss.; MUCCIOLI, *La responsabilità del sanitario e l'onere probatorio. Brevi osservazioni in tema di diligenza e nesso causale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, pp. 89 ss.; NARDELLA, *Responsabilità medica: prova della diligenza nell'intervento a basso rischio*, in *Contratti*, 2012, pp. 157 ss.; ZAULI, *Responsabilità professionale da contatto sociale del medico e inadempimento contrattuale della clinica*, in *La resp. civ.*, 2011, pp. 427 ss.

²⁵ Per un'esauriente e incisiva ricognizione del regime di riparto dell'onus probandi in materia, v., di recente, Cass. civ. n. 17143/2012 relativa al risarcimento dei danni lamentati in conseguenza della perdita totale ed irreversi-

3. Il nesso causale. – Anche il tema del(la prova del) nesso di causalità tra la condotta del medico e i danni lamentati dal pa-

bile del *visus* all'occhio destro e della forte miopia all'occhio sinistro subita dal figlio a causa di fibroplasia retro-lenticolare, asseritamente insorta per essere stato il medesimo, nato pretermine, lasciato per 45 giorni in incubatrice senza assistenza e senza il necessario controllo della concentrazione di ossigeno. Punto di partenza della pronuncia è la diligenza professionale, qualificata dalla specifica attività esercitata ex artt. 1176, 2° co. e 2236 c.c., nel cui ambito va distinta «una diligenza professionale generica e una diligenza variamente qualificata, giacché chi assume un'obbligazione nella qualità di specialista, o un'obbligazione che presuppone una tale qualità, è tenuto alla perizia che è normale della categoria. La condotta del medico specialista (a fortiori se tra i migliori del settore) va esaminata non già con minore, ma al contrario semmai con maggior rigore ai fini della responsabilità professionale, dovendo aversi riguardo alla peculiare specializzazione e alla necessità di adeguare la condotta alla natura e al livello di pericolosità della prestazione, implicante scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale». La Corte passa poi in rassegna la peculiare ipotesi della responsabilità del medico c.d. "strutturato", giungendo ad enucleare la distinzione, cara alla dottrina e giurisprudenza, tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Tale distinzione, invero, «non può valere come criterio di distribuzione dell'onere della prova, bensì solamente ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa riferibile al sanitario. Proprio nel caso in cui l'intervento implica cioè la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, richiede notevole abilità, e la soluzione di problemi tecnici nuovi o di speciale complessità, con largo margine di rischio in presenza di ipotesi non ancora adeguatamente studiate o sperimentate, ovvero oggetto di sistemi diagnostici, terapeutici e di tecnica chirurgica diversi ed incompatibili tra loro. Si deve concludere, allora, che in ogni caso di "insuccesso" incombe al medico dare la prova della particolare difficoltà della prestazione». Il Collegio si uniforma quindi alla giurisprudenza ormai maggioritaria in punto di ripartizione dell'onere probatorio: «in linea generale, il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre è al debitore convenuto che incombe di dare la prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento». Analogo principio si afferma con riguardo all'inesatto adempimento, rilevandosi che «al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando sul debitore l'onere di dimostrare di avere esattamente adempiuto. Applicando tale principio all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico si è affermato che il paziente che agisce in giudizio deve, anche quando deduce l'inesatto adempimento dell'ob-

ziente risulta interessato da una significativa evoluzione della giurisprudenza di legittimità in funzione della agevolazione della posizione processuale probatoria del paziente. L'esame della questione impone il necessario raffronto con la disciplina della causalità nella responsabilità penale del medico, ossia con i criteri e i principi dell'accertamento del nesso eziologico che astringe la condotta medica che integri gli estremi di un reato all'evento dannoso o pericoloso per la vita, la salute o la libertà personale del paziente²⁶.

bligazione sanitaria, provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore (medico-struttura sanitaria) l'onere di dimostrare che la prestazione è stata eseguita in modo diligente, e che il mancato o inesatto adempimento è dovuto a causa a sé non imputabile, in quanto determinato da impedimento non prevedibile né prevenibile con la diligenza nel caso dovuta».

²⁶ Invero, l'illecito penale perpetrato dal medico a danno del paziente tipicamente si manifesta *sub specie* di omicidio colposo, lesioni colpose o violenza privata. Al riguardo, è opportuno sottolineare che, in ambito penale, l'accertamento della responsabilità medica risponde a principi e regole in gran parte eterogenei rispetto a quelli operanti nel processo civile, e pone problemi in parte differenti. L'autonomia e la non sovrapposibilità tra i due sistemi di regole di accertamento giudiziale del fatto illecito non appare sconfessata, ma semmai confermata, dalla previsione dell'art. 185, 2° co., c.p. a mente del quale «*Ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui*». In questo senso, la richiamata disposizione conferma la necessità di acclarare l'effettiva sussistenza di un danno ingiusto rilevante ai fini risarcitori ex artt. 2043 e 2059 c.c. secondo le regole dell'accertamento civile, anche quando il fatto illecito integri gli estremi di un reato.

Tanto premesso, si suole tradizionalmente affermare che mentre il giudizio sull'illecito civile è ispirato ad una *ratio* tipicamente "riparatoria", il giudizio sull'illecito penale è ispirato ad una logica tipicamente "punitiva". Invero, nell'un caso emerge la tensione funzionale dell'accertamento giudiziale ad operare una completa traslazione dei pregiudizi subiti dal danneggiato nella sfera patrimoniale del danneggiante, attraverso una tutela (solo) per equivalente economico e/o in forma specifica: tanto si evince dal combinato disposto degli artt. 1218, 1223, 1226 e 1227 c.c. espressamente richiamati dall'art. 2056 c.c. in punto di valutazione dei danni risarcibili. Nell'altro caso, invece, emerge la tensione funzionale dell'accertamento giudiziale dell'illecito penale all'irrogazione di una sanzione (detentiva o pecuniaria) in funzione punitiva e al contempo rieducativa dell'autore del reato. La diversità di *ratio* dell'accertamento giudiziale dell'illecito civile e dell'illecito penale trova riscontro nella centralità

Invero, il problema dell'individuazione delle regole che sovraintendono all'accertamento del rapporto di causalità nell'illecito trae origine, tanto in ambito civile che penale, dall'esiguità del dato normativo. Per quanto attiene specificamente all'ambito dell'illecito contrattuale, per un verso, l'art. 1218 c.c. postula implicitamente il necessario nesso eziologico tra l'inadempimento e il danno-evento (causalità materiale), mentre l'art. 1223 c.c. postula esplicitamente il necessario nesso eziologico immediato e diretto tra il danno-evento e i pregiudizi-conseguenze di cui il

che la figura del danneggiato riveste nell'ambito delle regole applicabili al primo e nella centralità che la figura dell'autore dell'illecito riveste, invece, nell'ambito delle regole applicabili al secondo. Invero, al positivo accertamento dell'illecito consegue il riconoscimento del diritto al risarcimento in favore del danneggiato; al positivo accertamento dell'illecito penale consegue l'irrogazione di una pena criminale a carico dell'autore del reato.

Il rapporto tra giudizio civile e giudizio penale in sede di accertamento del fatto illecito risente altresì, e più nel dettaglio, della differente configurazione strutturale dell'illecito civile e dell'illecito penale. Sotto questo profilo, mentre il legislatore del codice civile sposa il principio dell'atipicità e flessibilità dell'illecito civile (art. 2043 c.c.), il legislatore penale, in ossequio al principio costituzionale di legalità (artt. 25, 2° co., Cost. e 1 c.p.), costruisce l'illecito penale alla stregua di un fatto sempre tipico, tassativo e determinato. Nell'ambito della disciplina positiva della responsabilità civile, invero, si riscontra l'assenza di qualsivoglia tipizzazione normativa dell'illecito civile, tanto sotto il profilo delle condotte idonee a porsi in contrasto con il generale principio del *neminem laedere*, quanto sotto il profilo dei danni ingiusti suscettibili di risarcimento. Ciò che induce all'illecito aquiliano una struttura atipica e flessibile, in piena aderenza ai valori in gioco nel corrispondente giudizio di responsabilità in cui vengono in rilievo esigenze di natura prettamente riparatoria dei danni subiti dal danneggiato, suscettibili di incidere sulla sfera unicamente patrimoniale del danneggiante al fine di non lasciare i pregiudizi provocati da chi ha violato il generale dovere di non ledere ingiustamente la sfera giuridica altrui a carico di chi li abbia ingiustamente subiti. Viceversa, in ambito penale il Costituente impone al legislatore di prevedere espressamente e in modo tassativo e determinato quali sono le condotte che assumono rilievo penale in quanto «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato». Pertanto, l'accertamento giudiziale dell'illecito penale del medico necessariamente "passa" attraverso il riscontro dell'integrazione (di tutti gli specifici elementi costitutivi) di una determinata fattispecie tipica di reato espressamente prevista dal legislatore. La tipicità (e tassatività) dell'illecito penale appare strettamente connessa ai valori in gioco nel corrispondente giudizio di responsabilità suscettibile di incidere, direttamente o indirettamente (art. 136 c.p.), sulla libertà personale dell'autore del reato.

creditore invoca il risarcimento (causalità giuridica)²⁷. Peraltro, in assenza di una specifica disciplina della causalità civile si ritiene comunemente applicabile all'illecito civile, anche contrattuale, la disciplina espressamente data dagli artt. 40 e 41 c.p., a cui l'art. 1223 c.c. appare fare implicito riferimento. Il rinvio alla disciplina della causalità penale, tuttavia, non consente di per sé di individuare il criterio, applicabile anche in sede civile, in base al quale ritenere che l'evento (dannoso o pericoloso) da cui dipende l'esistenza del reato sia conseguenza dell'azione o dell'omissione (e quindi dell'inadempimento imputabile del debitore). La rinuncia del legislatore penale a precisare tale criterio ha dato origine ad un lungo e acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinario in punto di accertamento della causalità penale, soprattutto con riguardo alle fattispecie omissive improprie ex art. 40, 2° co., c.p. Tanto si è riverberato anche sull'accertamento della causalità civile nell'ambito della responsabilità medica.

Al riguardo, come è noto, le Sezioni Unite penali hanno da ultimo affermato il principio di diritto della "certezza processuale al di là di ogni ragionevole dubbio" che implica la necessità che l'accertamento del nesso eziologico tra l'omissione della condotta lecita doverosa e l'evento non impedito sia fondato su leggi scientifiche in grado di fornire una "copertura" universale, o anche solo statistica medio-alta, alla derivazione causale dell'evento dall'omissione, secondo un giudizio controfattuale di prognosi postuma teso a verificare se la condotta doverosa omessa avrebbe impedito l'evento al di là di ogni ragionevole dubbio²⁸. Peral-

²⁷ Al riguardo, invero, un consolidato orientamento giurisprudenziale afferma la scansione del nesso di causalità civile nel duplice segmento della c.d. causalità materiale e della c.d. causalità giuridica. La prima, deputata a legare eziologicamente la condotta illecita con l'evento dannoso, troverebbe fondamento nell'art. 1227, 1° co., c.c. e nell'art. 2043 c.c. La seconda, deputata a legare eziologicamente l'evento dannoso ai danni conseguenza risarcibili, troverebbe fondamento negli artt. 1223 e 1227, 2° co., c.c., oltre che nell'art. 2056 c.c. che espressamente li richiama in tema di illecito extracontrattuale.

²⁸ Cass. pen. S.U. n. 30328/2002 (c.d. sentenza Franzese): «*I ragionamenti statistico probabilistici devono cedere il passo al criterio della probabilità logica alla stregua del quale il dato statistico (secondo cui, ad esempio, un certo errore al 90% è causa di un determinato evento) è solo un punto di partenza, ossia un dato da calare nella realtà processuale concreta per verificare se lo stesso regga l'alea processuale; se, quindi, ha corroborato o al contrario*

tro, se il dubbio sul nesso eziologico è senz'altro "irragionevole" laddove si disponga di una legge di copertura in grado di spiegare la derivazione in senso universale (ossia nel 100% dei casi) dell'evento dall'omissione, altrettanto non può dirsi laddove si disponga di una legge di copertura capace di fornire una risposta sul nesso causale in termini di mera frequenza statistica. In tale ultima ipotesi (di gran lunga più frequente), le Sezioni Unite chiariscono che intanto può dirsi positivamente accertato il rapporto di causalità in quanto la spiegazione causale fornita in astratto dalla legge statistica sia altresì idonea a spiegare la causalità nel caso concreto al di là di ogni ragionevole dubbio, sulla base delle complessive risultanze probatorie. Il rigore sotteso a tale criterio risponde all'esigenza di ancorare l'accertamento dell'illecito penale, sotto il profilo oggettivo, ad una dimostrazione processualmente certa del nesso eziologico, in funzione della garanzia della libertà personale costituzionalmente protetta (art. 13 Cost.).

Anche nell'ambito dell'accertamento giudiziale dell'illecito civile la giurisprudenza si è ben presto allineata al principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite penali in punto di causalità omissiva. Tuttavia, in ragione della diversa caratterizzazione di tale tipo di illecito e del corrispondente giudizio, incentrato sulla figura del danneggiato e ispirato ad una logica solo riparatoria e non anche sanzionatoria, si è consolidato l'orientamento che individua la soglia minima della causalità omissiva nell'illecito civile nella maggiore probabilità dell'impedimento dell'evento di danno in presenza della condotta doverosa piuttosto che del mancato impedimento. In questo senso, si suole comunemente parlare di elevata credibilità razionale ("più probabile che non") in sede di accertamento della causalità civile e di certezza processuale ("al di là di ogni ragionevole dubbio") in sede di accertamento della causalità penale, quali diverse "soglie"

frustrato gli elementi processuali che, sulla base di un giudizio controfattuale, dimostrino o meno, l'esistenza di ragioni causalmente alternative che possano spiegare, diversamente dall'errore, la verificazione dell'evento. Pertanto, la domanda che bisogna porsi è se, alla luce delle risultanze processuali, la regola statistica venga confermata o ribaltata, e quindi rimanga o meno un ragionevole dubbio processuale circa l'esistenza di spiegazioni causalmente alternative dell'evento».

della spiegazione causale in termini di probabilità logica fornita dall'applicazione della migliore scienza ed esperienza del momento storico al caso concreto.

Campo privilegiato di applicazione del criterio dell'elevata credibilità razionale in luogo di quello della certezza processuale si è rivelato quello dell'accertamento della causalità omissiva in materia di responsabilità civile del medico per il peggioramento o il mancato miglioramento delle condizioni del paziente affidato alle sue cure. In questo senso, mentre l'accertamento dell'illecito penale del medico non può prescindere dalla verifica della derivazione causale dell'evento dall'omissione del medico al di là di ogni ragionevole dubbio, l'accertamento in sede civile della derivazione eziologica del peggioramento o del mancato miglioramento della salute del paziente dalla condotta omissiva del sanitario può fermarsi alla soglia della maggiore probabilità che no²⁹.

Se gli esiti di tale evoluzione giurisprudenziale in punto di accertamento della causalità civile contribuiscono ulteriormen-

²⁹ Vedi, tra le tante, Cass. civ. nn. 28287/2011 (secondo cui «*Il nesso causale è presente ogni qual volta sia possibile ritenere che l'opera del medico, se prontamente prestata, avrebbe avuto concrete possibilità di evitare l'evento verificatosi*»); 10743/2010 (a mente della quale «*Nel sistema civilistico, il nesso di causalità (materiale) – la cui valutazione in sede civile è diversa da quella penale (ove vale il criterio dell'elevato grado di credibilità razionale che è prossimo alla "certezza") – consiste nella relazione probabilistica concreta tra comportamento ed evento dannoso, secondo il criterio (ispirato alla regola della normalità causale) del "più probabile che non"*»); 15991/2011 (in cui si afferma che «*La disomogenea morfologia e la disarmonica funzione del torto civile rispetto al reato impone, nell'analisi della causalità materiale, l'adozione del criterio della probabilità relativa (anche detto criterio del "più probabile che non"), che si delinea in una analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del 50% "plus unum"*»); e 23676/2008 («*Per accertare il nesso di causalità tra trattamento terapeutico ed evento lesivo, deve applicarsi il principio del "più probabile che non" e non è sufficientemente motivata la pronuncia di merito che escluda tale nesso eziologico in base alla mera analisi delle sacche di sangue usate, dalla quale non sia emersa la presenza del virus della malattia, potendo esservi infezioni latenti, che possono essere escluse solo da controlli ripetuti successivamente sui donatori*»).

te a agevolare la posizione processuale probatoria del paziente, per converso si riflettono in modo assai negativo sulla corrispondente posizione del medico, anche alla luce della tendenza ad applicare la regola causale del "più probabile che non" al paziente ma non anche al medico, al quale si richiede la prova liberatoria che la condotta omessa (*rectius*: l'adempimento) non avrebbe comunque evitato il danno al di là di ogni ragionevole dubbio³⁰.

In ambito civile, poi, la (prova della) causalità omissiva in materia di responsabilità medica conosce un ulteriore grado di attenuazione in relazione ai danni c.d. da perdita di chance, per tali intendendosi le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla perdita della possibilità di un risultato che, tipicamente, si identifica nella possibilità di sopravvivenza del paziente e/o nella possibilità di una migliore qualità della vita allo stadio "terminale"³¹.

³⁰ Sui più recenti orientamenti espressi dalla giurisprudenza in tema di causalità omissiva nella responsabilità medica v., spec., GORGONI, *Quando è più probabile che non l'esatto adempimento*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 1600 ss.; MUSSI, *Quando il criterio della sufficiente probabilità scientifica diventa l'unico indice (presuntivo) della colpa*, *ivi*, 2012, pp. 1134 ss.; SAVOIA, *Morte da aids e responsabilità medica da omissione di esami: come ricostruire il nesso causa-le*, in *Dir. e giust.*, 2012, pp. 564 ss.; VIAZZI, *L'accertamento del nesso causale: ruolo della medicina legale e ricostruzione giuridica del fatto*, in *Riv. it. medicina legale*, 2012, pp. 33 ss.

³¹ «L'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento c.d. palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire del detto intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze»: così Cass. civ. n. 23846/2008. Nel caso di specie, i motivi del ricorso in Cassazione evidenziavano come una tempestiva diagnosi, ancorché non sufficiente a fermare l'evoluzione della malattia, avrebbe comunque potuto consentire di limitare e ridurre, almeno in parte, le sofferenze del paziente e di migliorare in ogni caso la sua qualità di vita nei mesi antecedenti all'inevitabile decesso. Pertanto, a parere della Suprema Corte, «è la perdita della possibilità del rallentamento del decorso patologico che integra anch'essa un danno risarcibile sotto il profilo della lesione del diritto alla salute del paziente e si aggiunge al danno causato dall'impossibilità di programmare il suo essere persona negli ultimi momenti della propria vita». L'accertata riduzione della qualità della

Al riguardo, appare consolidato l'orientamento che afferma la sufficienza della prova della mera possibilità che l'esatto adempimento della prestazione medica avrebbe avuto di consentire al paziente di vivere più a lungo e/o con minori sofferenze³².

In materia di causalità nella responsabilità medica, peraltro, si segnala un recente arresto dei giudici di legittimità, in senso "favorevole" al medico, in punto di valutazione delle c.d. concause naturali. Il problema trae origine dall'incertezza interpretativa in punto di valutazione dell'efficienza causale dei fattori naturali nella causazione del danno al paziente. Al riguardo, e capovolgendo il tradizionale orientamento, la Suprema Corte ha

vita e verosimilmente della sua durata viene ritenuta come la negazione di una «*doppia chance di vivere durante il progresso della malattia meglio (per effetto delle cure palliative che si sarebbero innestate su una situazione sulla quale l'intervento chirurgico si sarebbe avuto prima, e quindi in uno stadio anteriore della malattia) e più a lungo (anche se di poche settimane o pochi mesi)*».

³² «Quando sia stata fornita la dimostrazione, anche in via presuntiva e di calcolo probabilistico, dell'esistenza di una chance di consecuzione di un vantaggio in relazione ad una determinata situazione giuridica, la perdita di tale chance è risarcibile come danno alla situazione giuridica di cui trattasi indipendentemente dalla dimostrazione che la concreta utilizzazione della chance avrebbe presuntivamente o probabilmente determinato la consecuzione del vantaggio, essendo sufficiente anche la sola possibilità di tale consecuzione. L'idoneità della chance a determinare presuntivamente o probabilmente ovvero solo possibilmente la detta consecuzione è, viceversa, rilevante soltanto ai fini della concreta individuazione e quantificazione del danno da effettuarsi eventualmente in via equitativa»: così, ancora, Cass. civ. n. 23846/2008. Sul punto v., di recente, AA.VV., *Il medico tra Scilla (la "perdita di chances") e Cariddi (gli "interventi compassionevoli")*, con l'incombente naufragio dell'accertamento medico-legale del nesso di causalità e della valorizzazione delle linee guida, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 563 ss.; CHINDEMI, *Il danno non patrimoniale da perdita di chance dopo le sentenze di San Martino*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 454 ss.; FIORI e MARCHETTI, *Problemi medico-legali del danno non patrimoniale da perdita di chance*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 39 ss.; FOGLIA, *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 446 ss.; GARUFI, *L'obbligo di informazione del sanitario e la c.d. perdita di chance*, in *Giur. merito*, 2011, pp. 2100 ss.; LOCATELLI, *Le chances di risarcibilità delle chances perdute*, *ivi*, pp. 904 ss.; MIOTTO, *Un grande equivoco: la trasmigrazione della «probabilità». (o «possibilità») dal contenuto della perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza ai criteri valutativi del rapporto di causalità*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 2046 ss.

da ultimo affermato il principio di diritto secondo cui, prodotto si l'evento pregiudizievole per la salute del paziente a seguito di un caso fortuito, *sub specie* di pregressa grave situazione patologica del paziente, e di causa umana, *sub specie* di errore dei sanitari, è compito del giudice di merito procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'una o all'altra causa, eventualmente con criterio equitativo³³. In questo senso, il medico autore della condotta inesatta risponde solo del danno ad essa immediatamente e direttamente riconducibile, restando a carico del paziente le concause naturali. I giudici di legittimità, pertanto, adottano una sorta di "soluzione di compromesso" (c.d. criterio dell'apporzionamento causale) affermando che quando è ravvisabile un inadempimento colposo e non è dato concludersi con certezza che esso sia la causa dell'evento dannoso, ma neppure che non lo sia, anziché accollare l'intero peso del danno ad uno o ad altro soggetto, è possibile lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato e imputare all'altro il peso del danno la cui produzione può aver trovato causa nella sua condotta negligente.

Di recente, peraltro, la giurisprudenza di legittimità è tornata a chiarire con maggior precisione e rigore i limiti entro i quali può farsi luogo al c.d. apporzionamento causale in punto di concorso di cause naturali e di cause umane nell'ambito del risarcimento dei danni da responsabilità medica³⁴. Precisamente,

³³ Così Cass. civ. n. 975/2009: «*Qualora la produzione di un evento dannoso, quale la morte di un paziente, sia riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla situazione patologica del soggetto deceduto (la quale non sia legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause, onde attribuire all'autore della condotta dannosa la parte di responsabilità correlativa, così da lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato personale*».

³⁴ In argomento v., per tutti, BONA, *La Cassazione rigetta il modello della "causalità proporzionale" con un decalogo impeccabile della valutazione degli stati pregressi*, in *Corr. giur.*, 2011, pp. 1672 ss.; VENTURELLI, *La responsabilità medica per patologia non conoscibile al momento della trasfusione di sangue infetto*, in *La resp. civ.*, 2011, pp. 767 ss.

la Suprema Corte ha da ultimo affermato il principio di diritto per cui qualora la produzione di un evento dannoso, quale una gravissima patologia neonatale (nella specie concretantesi in un'invalidità permanente al 100%), possa apparire riconducibile, sotto il profilo eziologico, alla concomitanza della condotta del sanitario e del fattore naturale rappresentato dalla pregressa situazione patologica del danneggiato (non legata alla condotta medica da un nesso di dipendenza causale), il giudice deve accertare, sul piano della causalità materiale (ossia della relazione tra la condotta e l'evento di danno, alla stregua di quanto disposto dall'art. 1227, co. 1, c.c.), l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 c.p. (a mente della quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'omissione e l'evento), così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita. Salvo poi poter procedere, eventualmente anche in via equitativa, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica (tra danno-evento e conseguenze pregiudizievoli) onde ascrivere all'autore della condotta, responsabile *tout court* sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non ricomprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì alla pregressa situazione patologica del danneggiato (da intendersi come fortuito)³⁵.

³⁵ Così Cass. civ. n. 15991/2011, in cui si afferma altresì che «*In materia di rapporto di causalità nella responsabilità civile, in base ai principi di cui agli art. 40 e 41 c.p., qualora le condizioni ambientali od i fattori naturali che caratterizzano la realtà fisica su cui incide il comportamento imputabile dell'uomo siano sufficienti a determinare l'evento di danno indipendentemente dal comportamento medesimo, l'autore dell'azione o della omissione resta sollevato, per intero, da ogni responsabilità dell'evento, non avendo posto in essere alcun antecedente dotato in concreto di efficienza causale; qualora, invece, quelle condizioni non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, l'autore del comportamento imputabile è responsabile per intero di tutte le conseguenze da esso scaturenti secondo normalità, non potendo, in tal caso, operarsi una riduzione proporzionale in ragione della minore gravità della sua colpa, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una*

4. *La risarcibilità dei c.d. danni riflessi o indiretti.* – Nel contesto della casualità appena tratteggiato si impone altresì all'attenzione la complessa questione della risarcibilità dei c.d. danni riflessi o indiretti nell'ambito della responsabilità medica, occorsi a soggetti distinti dal paziente danneggiato dall'errore del medico ma a questo astretti da peculiari vincoli giuridicamente rilevanti.

Invero, per danni riflessi o indiretti si sogliono tradizionalmente intendere, in generale, i danni lamentati, *iure proprio*, da soggetti distinti dal danneggiato in via immediata e diretta dalla condotta illecita, ma a quest'ultimo legati da uno specifico rapporto di parentela o comunque dotato di rilevanza giuridica. Si pensi, per quanto qui interessa, ai danni patrimoniali e non patrimoniali lamentati dal coniuge, dai genitori, dai figli, da altri congiunti ovvero dal convivente *more uxorio* in relazione alla morte o alle lesioni personali occorse, rispettivamente, all'altro coniuge, al figlio, al genitore, o comunque al proprio congiunto o convivente stabile, in ragione dell'errore in cui sia incorso il medico nell'adempimento della prestazione sanitaria³⁶.

La questione di fondo sottesa al problema della risarcibilità dei danni riflessi o indiretti si lega intimamente a quanto accennato in merito alla ritenuta scansione della causalità civile nel duplice segmento della c.d. causalità materiale tra condotta ed evento dannoso, e della c.d. causalità giuridica tra evento dannoso e conseguenze risarcibili.

Per un verso, invero, si tratta di capire se, e in base al quale fondamento logico giuridico, sia possibile ritenere che la condotta illecita del medico sia suscettibile di cagionare un evento

pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile. Ne consegue che, a fronte di una sia pur minima incertezza sulla rilevanza di un eventuale contributo "con-causale" di un fattore naturale (quale che esso sia), non è ammesso, sul piano giuridico, affidarsi ad un ragionamento probatorio "semplificato", tale da condurre ipso facto ad un frazionamento delle responsabilità in via equitativa, con relativo ridimensionamento del quantum risarcitorio».

³⁶ Sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali da perdita del rapporto parentale al soggetto nato dopo la morte del padre, verificatasi durante la gestazione a causa del fatto illecito di un terzo v., di recente, PALMIERI, *Il concepito e il danno non patrimoniale*, nota a Cass. civ. n. 9700/2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 1270 ss.

dannoso anche in relazione ad interessi giuridicamente rilevanti propri di soggetti diversi dal paziente. Per altro verso, e dato per risolto il primo problema, si tratta di comprendere come il medesimo evento di danno cagionato dal medico (morte o lesioni del paziente) possa essere fonte “eziologica” anche di autonomi pregiudizi nei confronti di soggetti distinti dal paziente, legittimati a invocarne *iure proprio* il risarcimento.

Peraltro, per meglio individuare la “categoria” dei danni riflessi o indiretti, quali ulteriori danni di cui il medico può essere chiamato a rispondere civilmente, è bene precisare come, in negativo, essi si distinguano dai danni di cui sono ammessi a chiedere il risarcimento *iure hereditatis* i successori a causa di morte del paziente. Tali ultimi danni, invero, devono ritenersi comprensivi, in base agli ultimi arresti giurisprudenziali, del danno biologico subito, dal paziente defunto, nell’apprezzabile arco di tempo della malattia anteriore al decesso ovvero, in alternativa, del c.d. danno catastrofale per avere il paziente assistito lucidamente allo spegnersi della propria esistenza, ferma restando l’esclusione della risarcibilità *iure hereditatis* del c.d. danno tanatologico o biologico terminale³⁷. In positivo, invece, è bene sottolineare come i danni riflessi o indiretti risarcibili siano suscettibili di rivestire tanto natura patrimoniale quanto non patrimoniale. Quanto alla prima ipotesi, si pensi alla diminuzione o al venir meno del contributo economico che il paziente danneggiato “diretto” forniva ad uno o più congiunti ovvero al convivente stabile e di cui tali soggetti restino privati del tutto o in misura significativa a cagione della morte o delle lesioni subite dal paziente, così come al complesso delle spese sopportate da tali soggetti in funzione, ad esempio, delle cure e assistenze necessarie al proprio congiunto ovvero per i suoi funerali. Quanto ai danni riflessi di natura non patrimoniale, si pensi al danno mo-

³⁷ In questo senso v., di recente, Cass. civ. n. 22896/2012 in cui si afferma il principio di diritto per cui «*Il danno catastrofale è il danno non patrimoniale conseguente alla sofferenza patita dalla persona che, a causa delle lesioni sofferte nel lasso di tempo compreso tra l’evento che le ha provocate e la morte, assiste alla perdita della propria vita. Tale danno è distinto dal danno biologico e terminale o tanatologico che è il danno connesso alla perdita della vita come massima espressione del bene salute*». Conformi, tra le altre, anche Cass. civ. nn. 19133/2011 e 1072/2011.

rale soggettivo patito dal genitore per la perdita o le gravi lesioni subite dal paziente-figlio e viceversa, ovvero alle degenerazioni patologiche di tali stati emotivi accertate in via medico legale (danno biologico), nonché alla compromissione del fare areddituale di tali soggetti (danno esistenziale) dovuta al danno alla salute o alla vita occorso al proprio congiunto.

L'ammissibilità al risarcimento di tali danni riflessi o indiretti da parte del medico in favore dei congiunti del paziente è il risultato di un lungo e complesso contrasto giurisprudenziale, ad oggi in corso. Al riguardo è possibile dar conto di (almeno) tre principali e distinti orientamenti susseguitesi nel tempo.

Secondo una prima impostazione, recessiva, andrebbe recisamente negata la risarcibilità dei danni riflessi lamentati dai congiunti del paziente, proprio in ragione della loro derivazione solo mediata e indiretta dall'illecito del medico. Tanto sulla base di un'interpretazione strettamente letterale delle norme che disciplinano la causalità materiale e giuridica che impongono di ritenere risarcibili i soli pregiudizi che siano conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso, non mediati dai pregiudizi patiti da un distinto soggetto (il danneggiato "diretto"), cagionati dalla condotta illecita del danneggiante quale *condicio sine qua non* dell'evento medesimo, ritenuto insuscettibile di assumere rilievo offensivo "diretto" anche di interessi giuridicamente rilevanti appartenenti a soggetti diversi dal danneggiato "diretto". Emerge pertanto, in questa prima fase, l'intento di non stravolgere la funzione tipicamente ed esclusivamente riparatoria (e giammai sanzionatoria) dell'illecito civile, attraverso l'ammissione al risarcimento di danni non causalmente ricollegabili alla condotta del medico e, per ciò stesso, insuscettibili di giustificare la traslazione a suo carico dell'equivalente economico.

Tale rigida impostazione incontra peraltro un primo temperamento nelle numerose pronunce che, solo per l'ipotesi del danno evento rappresentato dalla morte del paziente, ammettono la risarcibilità del danno morale soggettivo dei prossimi congiunti del defunto, *sub specie* di danno evento non patrimoniale da considerare *in re ipsa* all'evento morte.

Successivamente, peraltro, si afferma un diverso e più flessibile orientamento in punto di risarcibilità dei danni riflessi o indiretti che deve essenzialmente la propria fioritura al consoli-

darsi della teoria c.d. della causalità adeguata (o regolarità causale), quale necessario temperamento alla rigidità (così come alle eccessive virtualità espansive) della teoria c.d. condizionalistica³⁸. Come si è visto, invero, si ritiene comunemente che gli artt. 40 e 41 c.p. siano implicitamente richiamati dal disposto degli artt. 1223 e 1227 c.c., e quindi dall'art. 2056 c.c., in punto di causalità civile. In questo senso, l'applicazione del criterio dell'*id quod plerumque accidit* (anche) alla causalità civile consente di ritenere risarcibili anche i danni patiti dai congiunti del paziente come conseguenze mediate e indirette dello stesso danno evento causato dalla condotta medica, quali conseguenze ragionevolmente e normalmente prevedibili, secondo un criterio di stampo oggettivo, di condotte di tal fatta³⁹.

Un decisivo passo in avanti nel senso di un più ampio riconoscimento della risarcibilità dei danni riflessi si deve, peraltro, alla più recente impostazione giurisprudenziale che, grazie all'ammissione del carattere "plurioffensivo" dell'illecito, supera lo stesso concetto di danni "riflessi o indiretti" in favore della derivazione causale immediata e diretta (anche) di tali danni dal medesimo illecito subito dal paziente. In questo senso si sottolinea l'erroneità e, comunque, l'atecnicità del concetto di danni riflessi o indiretti per indicare i pregiudizi subiti, direttamente nella propria sfera giuridica, da soggetti astretti al paziente da peculiari rapporti aventi rilevanza giuridica, a causa dell'illecito cagionato dal medico. Invero, da una medesima condotta anti-giuridica del medico è ben possibile la causazione di un danno

³⁸ La teoria c.d. della causalità adeguata è sorta e si è sviluppata quale correttivo della teoria c.d. condizionalistica (o dell'equivalenza delle condizioni, che identifica la causa dell'evento in ogni condizione antecedente l'evento senza la quale quest'ultimo non si sarebbe verificato) e prospetta la necessità di considerare causale soltanto quella condizione che, in base alla comune esperienza, secondo l'*id quod plerumque accidit*, è idonea a provocare quel certo risultato: sul punto v., per tutti, PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2009, pp. 122 ss.

³⁹ In questo senso v., ad esempio, Cass. civ. nn. 4186/1998; 2009/1997; 11087/1993; 60/1991; 65/1989; 6325/1987; 3353/1986; 3609/1984. Conforme, di recente, anche Cass. civ. n. 6474/2012. In argomento v., in particolare, AGNINO, *Vittima primaria e vittime secondarie: le Sezioni Unite "scolarono" il danno da rimbalzo*, nota a Cass. civ. S.U. n. 15376/2009, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 221 ss.

evento che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, assuma pluri-piani di rilevanza offensiva immediata e diretta, l'uno relativo agli interessi del paziente, gli altri afferenti agli interessi giuridicamente rilevanti di soggetti avvinti al paziente da peculiari rapporti giuridici⁴⁰. In quanto, s'intende, tali danni immediati e diretti lamentati dai congiunti o dal convivente del paziente, siano da questi debitamente allegati e dimostrati, anche attraverso il ricorso a prove presuntive. Alla luce di tale rinnovata impostazione, pertanto, emerge l'inopportunità della stessa definizione di danni riflessi o indiretti per indicare i pregiudizi risarcibili *iure proprio* in favore di soggetti distinti dal paziente⁴¹.

Acquisita la natura di danni di derivazione causale immediata e diretta dall'illecito del medico propria dei danni c.d. riflessi o indiretti, il dibattito giurisprudenziale appare essersi concentrato sull'individuazione dei criteri oggettivi e soggettivi idonei

⁴⁰ Cfr. Cass. civ. n. 22909/2012: «*I congiunti della vittima di un illecito – non solo in caso di morte, ma anche in caso di gravi lesioni personali – hanno il diritto di chiedere il risarcimento dei danni non patrimoniali come diritto proprio e personale; non quale mero effetto riflesso del danno subito dalla vittima. Anche nel caso in cui la vittima abbia subito lesioni personali, ai prossimi congiunti spetta il risarcimento del danno non patrimoniale concretamente accertato in relazione ad una particolare relazione affettiva con la vittima, non essendo a ciò ostativo il disposto dell'art. 1223 cod. civ., in quanto anche tale danno trova causa immediata e diretta nel fatto dannoso, con conseguente legittimazione del congiunto ad agire "iure proprio" contro il responsabile. Così come i prossimi congiunti hanno legittimazione propria e diretta ad agire in risarcimento dei danni, parimenti hanno diritto a che il danno subito sia quantificato con riferimento alla peculiare e specifica situazione di ognuno; non quale mera percentuale del danno altrui*». Conforme Cass. civ. n. 20667/2010.

⁴¹ Tanto è a dirsi, anzitutto, sotto il profilo della causalità materiale, in quanto si ammette che la medesima condotta antigiuridica sia idonea (secondo *l'id quod plerumque accidit*, da accertare avuto riguardo a tutte le circostanze della fattispecie concreta) a cagionare un evento di danno (come la morte o le lesioni personali) suscettibile di assumere rilievo non solo nei confronti del paziente ma, altresì, e in modo immediato e diretto, nei confronti di altri soggetti a lui legati da peculiari rapporti (come i suoi congiunti o il suo convivente stabile). Sotto il profilo della causalità giuridica, logicamente successivo e che presuppone positivamente risolta a monte la verifica del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento dannoso, si riconosce che dal medesimo danno evento possono derivare, in via immediata e diretta, anche conseguenze pregiudizievoli per gli interessi giuridicamente rilevanti di soggetti diversi dal paziente e suscettibili di risarcimento ai sensi degli artt. 2056 e 1223 c.c.

a selezionare, all'interno di tale rinnovata categoria di danni, i pregiudizi risarcibili nel caso concreto. Tale sforzo interpretativo ed i contrasti che vi si accompagnano trovano la propria ragione d'essere nel difficile contemperamento tra l'esigenza di evitare inutili duplicazioni risarcitorie a carico del medico, inammissibilmente sanzionatorie, e l'esigenza di non lasciare privi di tutela economica per equivalente gli interessi giuridicamente rilevanti e direttamente incisi dall'illecito facenti capo a soggetti diversi dal paziente.

Sotto il profilo oggettivo, e in coerenza con i più recenti approdi del Giudice nomofilattico in punto di risarcibilità del danno non patrimoniale, appare ormai consolidata la tendenza a riconoscere la risarcibilità dei danni c.d. riflessi non patrimoniali *sub specie* dell'unica voce di danno c.d. da lesione o perdita del rapporto parentale. Invero, in ossequio all'insegnamento impartito dalle Sezioni Unite, il danno non patrimoniale da lesione o perdita del rapporto parentale appare strutturarsi quale danno privo di consistenza economica ma risarcibile ai sensi del comb. disp. degli artt. 2, 3, 29, 30 Cost. e 2059 c.c., comprensivo di tutte le voci di pregiudizio (serie e rilevanti) che l'interessato dimostri di aver subito sul piano morale soggettivo, biologico ed esistenziale in conseguenza della morte o delle lesioni occorse al paziente a cagione della condotta del medico. In questo senso, la risarcibilità del c.d. danno parentale trova fondamento nella rilevanza costituzionale degli interessi non patrimoniali alla libera e piena esplicazione della propria persona (anche) nell'ambito della famiglia ed alla solidarietà economica e d'affetti che tipicamente sussiste tra i componenti del nucleo familiare⁴².

⁴² Al riguardo si sottolinea, peraltro, il non sempre perfetto allineamento della giurisprudenza di legittimità al principio di diritto, enunciato dalle Sezioni Unite, del carattere unitario e onnicomprensivo del danno non patrimoniale, anche "parentale". Tale danno, invero, dovrebbe essere liquidato dal giudice secondo equità ex art. 1226 c.c. (anche mediante il ricorso alle tabelle uniformi di liquidazione del danno biologico predisposte dal Tribunale di Milano e sui cui, peraltro, si è detto aver inciso l'art. 3 del nuovo decreto sanità), tenendo conto di tutte le conseguenze pregiudizievoli subite e dimostrate dal danneggiato c.d. riflesso sul piano morale soggettivo, biologico ed esistenziale senza che, tuttavia, tali singole voci dell'unico danno non patrimoniale da lesione o perdita del rapporto parentale possano mai assurgere pregiudizi distinti e autonomamente risarcibili.

Sotto il profilo soggettivo, invece, si sottolinea il contrasto, tuttora perdurante, tra l'orientamento che individua il criterio di selezione dei soggetti legittimati attivamente a chiedere il risarcimento dei danni c.d. riflessi nella prova dell'esistenza di un solido, stabile e sempre vivo legame affettivo e solidaristico (anche sul piano economico, per quanto attiene ai danni patrimoniali riflessi) tra il paziente e il congiunto che lamenta il danno parentale, anche a prescindere dalla prova della convivenza⁴³, e il diverso orientamento che invece richiede la prova della stabile convivenza con il paziente al di fuori delle ipotesi di sussistenza di uno stretto vincolo familiare, quale è quello intercorrente tra genitori e figli o tra fratelli⁴⁴. Ancora, il criterio (della prova) della stabile convivenza è posto a base del consolidato orientamento che ammette la risarcibilità dei danni c.d. riflessi, patrimoniali e non patrimoniali, in favore del convivente *more uxorio* del paziente⁴⁵.

5. *La colpa medica.* – Per quanto attiene all'elemento soggettivo è doveroso sottolineare come il ricordato processo di "contrattualizzazione" della responsabilità civile del medico (anche dipendente da una struttura ospedaliera) per i danni cagionati al paziente abbia progressivamente condotto all'enucleazione di una responsabilità medica (contrattuale) di stampo semi-oggettivo.

Invero, come si è visto, in virtù dell'equiparazione del contatto sociale qualificato tra medico e paziente al contratto si afferma la natura parimenti contrattuale della responsabilità del medico che abbia "violato" (*rectius*: che non abbia esattamente adempiuto) gli obblighi di prestazione e di protezione scaturenti dal contatto. Tanto determina l'applicazione del regime proprio della responsabilità contrattuale ex artt. 1218 ss. c.c. al posto del regime extracontrattuale degli artt. 2043 ss. c.c. In questo senso, pertanto, si riconosce l'operatività di una presunzione (relativa) di colpa del medico a fronte della positiva dimostrazione, da parte del paziente, della fonte (contratto d'opera o contatto sociale) delle ob-

⁴³ Così, tra le altre, Cass. civ. n. 15019/2005.

⁴⁴ In questo senso, di recente, anche Cass. civ. n. 4253/2012, che si richiama a Cass. civ. nn. 6938/1993 e 10823/2007.

⁴⁵ Cass. pen. n. 23725/2008; Trib. Milano, n. 9965/2011.

bligazioni che si assumono inadempite e della mera allegazione dell'inadempimento (salva la prova del nesso causale, alla stregua del ricordato criterio del più probabile che non). Al pari di qualsivoglia debitore, quindi, è il medico che deve dimostrare di aver esattamente adempiuto la propria prestazione ovvero che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (artt. 1218 c.c.).

Nell'ambito della ricordata tendenza alla "oggettivizzazione" della responsabilità medica civile, è poi possibile dar conto del consolidato orientamento teso a restringere drasticamente l'ambito di operatività della regola esclusiva della colpa del medico in rapporto alla difficoltà dell'intervento eseguito ex art. 2236 c.c. Al riguardo, precisamente, è dato riscontrare in ambito civilistico l'affermarsi di un'interpretazione progressivamente e sostanzialmente abrogatrice della regola di limitazione della colpa professionale sancita dall'art. 2236 c.c. al settore della responsabilità medica⁴⁶. Per converso, peraltro, in ambito penalistico si riscontra la tendenza a "esportare" la regola dell'art. 2236 c.c. mediante la sua applicazione anche all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito penale del medico⁴⁷.

Sotto il primo aspetto, del concreto ambito di operatività dell'art. 2236 in sede di accertamento della responsabilità contrattuale del medico, la giurisprudenza ha espresso orientamenti sempre più restrittivi facendo leva su (almeno) due principali argomentazioni.

⁴⁶ Sul punto v., spec., DE MATTEIS, *op. ult. cit.*, pp. 123 ss.; FOGLIA, *Il prisma della prestazione medica e l'azzeramento dell'art. 2236 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 372 ss.; NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2000, pp. 518 ss.; ZANA, *op. cit.*, pp. 29 ss.

⁴⁷ Al riguardo v., per tutti, IADECOLA, *Diversità di approccio tra Cassazione civile e Cassazione penale in tema di responsabilità medica*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, pp. 113 ss. Di recente v. anche CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Diritto pen. e proc.*, 2012, pp. 1104 ss.; FRATI, MONTANARI, VERGALLO, GULINO e DI LUCA, *L'accertamento della colpa medica: alla ricerca di un nuovo bilanciamento tra equità e rispetto del codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 1924 ss.; SIMBARI, *Applicabilità in ambito penale della disciplina civilistica di cui all'art. 2236 c.c. Limiti.*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 859 ss.

Per un verso, si è detto che la speciale difficoltà dei problemi tecnici affrontati dal medico in occasione dell'intervento non può essere automaticamente desunta dal carattere non routinario dell'intervento. Invero, anche in presenza di un intervento non di *routine* l'esclusione del rilievo della colpa lieve del medico per i danni occorsi al paziente deve fondarsi sulla positiva dimostrazione degli elementi tecnici che consentono di inferire la speciale difficoltà dei problemi affrontati in occasione dell'intervento. Specificamente, si è affermata la tendenza ad una valutazione quanto mai rigorosa del carattere "specialmente difficile" dell'intervento eseguito, generalmente riconosciuto solo in presenza della prova dell'indisponibilità di un compiuto e univoco stato dell'arte medica in materia e/o della situazione di emergenza in cui l'intervento è stato eseguito. In ogni caso, si ribadisce, tali circostanze devono essere dimostrate dal medico quale soggetto dotato di specifiche competenze tecnico-scientifiche che gli consentono di fornire la prova della speciale difficoltà e/o della situazione di emargenzialità dell'intervento più agevolmente del paziente (criterio c.d. della vicinanza della prova)⁴⁸. In mancanza della dimostrazione di tali circostanze, non può valere la limitazione della responsabilità del medico alla sola colpa grave per i danni cagionati al paziente⁴⁹.

⁴⁸ In questo senso v., ad esempio, Cass. civ. n. 31975/2009 che ha escluso la colpa del medico che assisteva a bordo di un'autoambulanza diretta in ospedale un paziente affetto da un grave problema respiratorio ed omise di compiere un intervento di tracheotomia. La Corte ha ritenuto che la speciale contingenza e l'assenza di strumentazione chirurgica adeguata e di farmaci sedativi idonei allo scopo rendevano improponibile quell'atto medico.

⁴⁹ L'urgenza, invece, normalmente, non esonera da responsabilità il medico specialista, tanto più se si tratta proprio di specialista dell'emergenza. Così, è stata ritenuta corretta l'affermazione di responsabilità in un caso di mancata diagnosi e terapia tempestiva in presenza di quadro anamnestico e sintomatico univoco di *shock* emorragico da rottura della milza, patologia tipicamente riscontrabile nei politraumatizzati (Cass. civ. n. 408/2011). Altresì corretta è stata ritenuta la configurazione della colpa in un caso in cui una giovane paziente, presentatasi al pronto soccorso con la sintomatologia tipica di una gravissima iperglicemia, non venne sottoposta ad alcun approfondimento diagnostico di *routine* e venne dimessa, con la conseguenza che in brevissimo tempo sopravvenne coma irreversibile (Cass. civ. n. 29164/2007). Ancora, un clamoroso ed ingiustificabile errore di valutazione dello specialista in emergenza si

Per altro verso, appare ormai consolidato l'orientamento che restringe l'operatività della limitazione di colpa professionale ex art. 2236 c.c. ai soli casi in cui venga in considerazione una condotta imperita del medico, e non anche una condotta negligente o imprudente. In questo senso, invero, si sottolinea come la speciale difficoltà dei problemi tecnici posti dall'intervento possa assumere efficacia esclusiva della rilevanza della colpa lieve solo allorquando il medico si sia spinto oltre le proprie conoscenze e competenze specialistiche, ma non anche laddove abbia operato senza il grado di diligenza e prudenza che, in ogni caso, l'esercizio della professione medica richiede. Tale grado di diligenza e prudenza è tanto più elevato quanto più elevato è il livello di specializzazione ed esperienza del singolo medico. In ultima analisi, la giurisprudenza sembra aver interpretato in senso sempre più rigoroso il significato dell'art. 2236 c.c. nell'ambito del giudizio civile sull'accertamento della colpa medica⁵⁰.

Viceversa, in ambito penale si è assistito, dapprima, al riconoscimento della piena applicazione della regola civilistica di cui all'art. 2236 c.c. in sede di accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito penale del medico, in ragione dell'esigenza di non attribuire rilievo penale a condotte del sanitario inidonee a integrare gli estremi di un illecito civile per carenza, appunto,

è riscontrato in un caso in cui un paziente, poco prima sottoposto ad endoscopia, si presentò in pronto soccorso con una sintomatologia riconducibile alla perforazione dell'esofago. L'ipotesi perforazione era stata già proposta dal medico di pronto soccorso, ma il chirurgo intervenuto in quel contesto non diagnosticò l'affezione ne dispose le indagini del caso, con la conseguenza che la patologia venne trattata chirurgicamente tardivamente con conseguenze letali, essendosi accertato che l'esito della terapia risente in misura rilevantissima della tempestività dell'intervento (Cass. civ. n. 43210/2004).

⁵⁰ «L'urgenza può esonerare da responsabilità chi, per fronteggiare una situazione critica, si attribuisce un ruolo che eccede la sua sfera di competenza: non versa in colpa colui che cagiona delle lesioni personali per la propria imperizia, quando, pur privo delle necessarie competenze e capacità, si assume in condizioni di urgenza indifferibile un compito riservato a soggetto qualificato»: così Cass. civ. n. 239256/2008 (il principio è stato affermato in un caso in cui una ostetrica, cui è vietato procedere a parti non fisiologici, in presenza di una dilatazione oramai completa e non riuscendo ad ottenere l'intervento del medico, pur dalla stessa inutilmente sollecitato, aveva autonomamente proceduto a manovre di competenza del ginecologo dalla cui errata esecuzione era conseguita al neonato una lesione permanente).

della colpa grave. Tanto in forza, per un verso, dell'applicazione analogica dell'art. 2236 c.c. all'accertamento della colpa del medico in sede penale ovvero della sua interpretazione estensiva e, per altro verso, dell'avvertita necessità di tenere sempre in considerazione le peculiarità della professione medica quale attività a cui risulta connaturato un elevato rischio di errori di apprezzamento da parte del sanitario. In questo senso, si è in un primo tempo affermata la tendenza ad escludere nella generalità dei casi la rilevanza della colpa lieve del medico in sede di accertamento della responsabilità medica penale⁵¹.

Peraltro, nell'ambito della complessiva riconsiderazione del rapporto tra medico e paziente in senso marcatamente protettivo dei diritti costituzionalmente garantiti di quest'ultimo, si è affermato l'opposto orientamento teso a negare qualsivoglia rilievo della limitazione di colpa ex art. 2236 c.c. in ambito penale ove la colpa viene in rilievo come colpa *tout court*⁵², da valutarsi alla stregua del concetto unitario di colpa posto dall'art. 43, 3° co., c.p.

Tale posizione di rigore, tuttavia, è stata da ultimo superata dalla giurisprudenza maggioritaria che mostra di fare nuova-

⁵¹ Richiama tale orientamento, discostandosene, Cass. pen. n. 16328/2011 in cui si legge che «*in passato la responsabilità dei sanitari si configurava solo nei casi di colpa grave e, cioè, di macroscopica violazione delle più elementari regole dell'arte sulla base delle seguenti considerazioni: la malattia può manifestarsi talvolta in modo non chiaro, con sintomi equivoci che possono determinare un errore di apprezzamento, non esistendo criteri diagnostici e di cura sicuri, pertanto, il giudizio sulla responsabilità penale deve essere modulato con attenzione e prudenza. Secondo tale indirizzo, l'esclusione della colpa rappresentava la regola e l'imputazione colposa l'eccezione nei soli casi estremi. Il riferimento normativo era generalmente individuato nell'art. 2236 c.c. che circo-scrive la responsabilità ai soli casi di "errore macroscopico". Tale norma è stata accolta anche in ambito penale per ragioni di coerenza interna dell'ordinamento giuridico al fine di evitare che comportamenti che non integrano neppure un illecito civile, possano rilevare nel settore penale. Peraltro è stato precisato che le prestazioni richieste devono presentare speciali difficoltà tecniche, ed inoltre la limitazione dell'addebito ai soli casi di colpa grave riguarda l'imperizia e non anche la prudenza e la diligenza. In tale visione si ritiene che la valutazione della colpa medica debba essere compiuta con speciale cautela nei soli casi in cui si richiedano interventi particolarmente delicati e complessi e che coinvolgano l'aspetto più squisitamente scientifico dell'arte medica*».

⁵² Ricorda, ancora, Cass. pen. n. 16328/2011 come «Questo orientamento giurisprudenziale è stato, per vero, superato a fronte della diversa concezione che permea il rapporto tra sanitario e paziente e che pone in primo piano

mente applicazione della regola scolpita dall'art. 2236 c.c. in sede di accertamento penale della colpa medica, seppur negli angusti limiti tracciati dalla giurisprudenza civile. Tale orientamento ha ricevuto l'avallo del Giudice delle leggi in sede di declaratoria di legittimità costituzionale della norma in relazione al principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.⁵³.

Sotto quest'ultimo aspetto, pertanto, il rapporto tra giudizio civile e giudizio penale in sede di accertamento della colpa medica trovano un significativo elemento di omogeneità, seppur attraverso l'applicazione di una regola di valutazione dell'elemento soggettivo che, in ambito penale, riveste il ruolo di mera "regola di esperienza" che il giudice è chiamato a considerare in presenza della dimostrazione della speciale difficoltà dell'intervento eseguito dal medico (e non già di norma imperativa appli-

quest'ultimo quale soggetto che fa valere il diritto costituzionale alla salute. L'indirizzo ermeneutico, frutto di questa mutata prospettiva, esclude qualsiasi applicazione, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c. ed impone di valutare la colpa professionale sempre e comunque sulla base delle regole generali contenute nell'art. 43 c.p. La norma civile concerne il risarcimento del danno, quando la prestazione professionale comporta la soluzione dei problemi tecnici di particolare difficoltà, e non può essere applicata al settore penale né in via estensiva, data la completezza e l'omogeneità della disciplina penale della colpa, né in via analogica, vietata per il carattere eccezionale della disposizione rispetto ai principi in materia. La gravità della colpa potrà avere eventualmente rilievo solo ai fini della graduazione della pena. Nel sanitario prudenza, diligenza e perizia non solo non devono difettare ma devono essere particolarmente accentuate proprio per la natura dei beni, la vita e la salute, affidati alla sua cura».

⁵³ «Sebbene, come afferma la Corte, "la colpa è uguale per tutti", (artt. 3 Cost. e 42-43 c.p.) la giurisprudenza ha in più pronunce affermato che la norma civilistica può trovare applicazione anche in tema di colpa professionale del medico quando la situazione richieda problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Da ultimo, il Supremo Collegio sottolinea che occorre differenziare i casi nei quali vi è una particolare difficoltà della diagnosi, sovente accresciuta dall'urgenza, dalle situazioni in cui, invece, il medico è malaccorto, non si adopera per fronteggiare adeguatamente l'urgenza o tiene comportamenti semplicemente omisivi, tanto più quando la sua specializzazione gli impone di agire tempestivamente proprio in urgenza. Solo in queste ultime ipotesi il medico sarà chiamato a rispondere penalmente»: così, ancora, Cass. pen. n. 16328/2011.

cabile in via analogica o d'interpretazione estensiva)⁵⁴. In ultima analisi, la progressiva erosione subita in ambito civilistico dal concetto di colpa lieve del medico ex art. 2236 c.c. incontra un significativo "contemperamento" in forza della riconosciuta applicabilità dello stesso concetto in sede di accertamento penale della colpa medica, seppur sotto le diverse spoglie della "regola d'esperienza"⁵⁵.

6. *Il mancato rispetto delle linee guida.* – Per quanto attiene, ancora, all'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa nella responsabilità penale del medico, s'impone all'attenzione l'indagine sulla rilevanza delle c.d. linee guida dell'esercizio della professione medica dettate dall'amministrazione sanitaria⁵⁶. Al riguardo, se appare maggioritario l'orientamento della giurisprudenza di legittimità teso a escludere che il rispetto delle linee guida valga, per ciò stesso, ad escludere la colpa del sanitario per la morte o le lesioni cagionate al paziente, la recente conversione in legge (l. n. 189 del 2012) del d.l. n.158 del 2012 esprime una diversa valutazione legislativa.

⁵⁴ «In tema di colpa professionale del medico, il principio civilistico di cui all'art. 2236 cod. civ. che assegna rilevanza soltanto alla colpa grave può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza, in quanto la colpa del terapeuta deve essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto. Ne consegue che non sussistono i presupposti per parametrare l'imputazione soggettiva al canone della colpa grave ove si tratti di casi non difficili e fronteggiabili con interventi conformi agli standards»: così, da ultimo, Cass. pen. n. 4391/2012.

⁵⁵ Secondo Cass. pen. n. 16328/2011, invero, «La norma civilistica di cui all'art. 2236 c.c. può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico, quando il caso specifico sottoposto al suo esame imponga la soluzione di problemi di specifica difficoltà, non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

⁵⁶ In argomento v., di recente, CONSORTE, *Colpa e linee guida*, in *Diritto pen. e proc.*, 2011, pp. 1223 ss.

Invero, la Cassazione penale appare consolidata nel senso che, nel praticare la professione, il medico deve, con scienza e coscienza, perseguire l'unico fine della cura del malato utilizzando i presidi diagnostici e terapeutici di cui al tempo dispone la scienza medica, senza farsi condizionare da disposizioni o direttive che non siano pertinenti ai compiti affidatigli dalla legge ed alle conseguenti relative responsabilità. Ciò vale, in particolare, per le c.d. linee guida dettate dall'amministrazione sanitaria per garantire l'economicità della struttura ospedaliera. Pertanto il medico, che ha il dovere anche deontologico di anteporre la salute del malato a qualsiasi altra diversa esigenza, e si pone rispetto a questo in una posizione di garanzia, non sarebbe tenuto al rispetto di tali direttive laddove queste si pongano in contrasto con le esigenze di cura del paziente e non potrebbe andare esente da colpa ove se ne lasci condizionare, omettendo di adottare le decisioni più opportune per la tutela della salute del paziente. La giurisprudenza di legittimità, quindi, riconoscendo che le linee guida e i protocolli sono, in talune situazioni, in grado di offrire delle indicazioni e dei punti di riferimento all'esercente la professione sanitaria, evidenzia come spesso le linee guida siano il risultato di scelte di stampo prettamente economico e, in quanto tali, non necessariamente qualificabili come un punto di approdo "scientifico" definitivo. Sicuramente le linee guida costituiscono un parametro rilevante per affermare od escludere profili di colpa nella condotta del sanitario, ma la diligenza del medico non si misura esclusivamente attraverso la loro pedissequa osservanza⁵⁷. Le linee guida non

⁵⁷ Si v., tra le altre, Cass. pen. n. 8254/2011 che ha annullato con rinvio la decisione dei giudici d'appello che avevano assolto dal reato di omicidio colposo il medico che aveva disposto la dimissione del paziente, affermando che i medici dovrebbero opporsi a un'applicazione automatica delle linee guida di economicità gestionali, dando prevalenza alla tutela della salute dei pazienti: «Non è sufficiente il mero richiamo al rispetto delle linee guida, che dispongono le dimissioni del paziente raggiunta la stabilizzazione del quadro clinico, per escludere la punibilità del medico per omicidio colposo, dovendosi riconoscere alla tutela del diritto alla salute la prevalenza su qualsiasi principio di economicità». Nel caso di specie, pertanto, si premette che, nell'esercizio della professione medica, si scontrano il diritto alla salute, inteso come il diritto dell'ammalato ad essere curato ed anche rispettato come persona e i principi dell'autonomia e della responsabilità del medico, che si pone come garante del primo

possono fornire, infatti, indicazioni di valore assoluto ai fini dell'apprezzamento dell'eventuale responsabilità del sanitario, sia per la libertà di cura, che caratterizza l'attività del medico e in nome della quale deve prevalere l'attenzione al caso clinico particolare senza pregiudizialmente escludere la scelta consapevole del medico che ritenga di coltivare una soluzione terapeutica non contemplata nelle linee guida. E sia perché in taluni casi le linee guida possono essere indubbiamente influenzate da preoccupazioni legate al contenimento dei costi sanitari oppure si palesano obiettivamente controverse, non unanimemente condivise ovvero non più rispondenti ai progressi medico-scientifici nelle more verificatisi nella cura della patologia. In definitiva, non vi potrà essere esenzione da responsabilità penale del medico per il solo fatto che siano state seguite linee guida o siano stati seguiti protocolli, ove il medico, colposamente, abbia omesso di compiere la scelta che in concreto si rendeva necessaria⁵⁸.

Nella prospettiva avallata dalla Cassazione, pertanto, le linee guida e i protocolli, proprio in ragione delle peculiarità dell'attività medica che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo della colpa si sensi dell'art. 43 c.p. («leggi, regolamenti, ordini o discipline»)⁵⁹.

diritto. La Suprema Corte sottolinea che il diritto alla salute viene tutelato dalla legge in maniera assoluta, avendo anche rilevanza costituzionale. Da tale rilevanza discende che il medico, nell'esercitare la propria professione, deve avere come obiettivo fondamentale la cura dell'ammalato utilizzando, a tale fine, tutti gli strumenti e le attrezzature scientifiche e tecnologiche a sua disposizione. Pertanto, la Cassazione conclude che, in alcun modo il medico può andare esente da colpa nelle ipotesi in cui, nell'esercizio della propria professione, si faccia condizionare dagli indirizzi espressi dalle linee guida, perdendo di vista la propria posizione di garanzia nei confronti della salute del paziente e limitandosi a ciò che la Corte definisce un mero «*calcolo ragionieristico*».

⁵⁸ In argomento v., di recente, CAMPANA, *La correlazione tra inosservanza e/o applicazione delle "linee guida" e responsabilità penale del medico*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 547 ss.; MARRA, *L'osservanza delle c.d. linee guida non esclude di per sé la colpa del medico*, *ivi*, pp. 557 ss.

⁵⁹ Così, da ultimo, Cass. pen. n. 35922/2012: «*Le linee guida pur rappresentando un importante ausilio scientifico, con il quale il medico è tenuto a confrontarsi, non eliminano la sua autonomia nelle scelte terapeutiche, poiché, l'arte medica, mancando per sua stessa natura di protocolli scientifici a base*

Gli approdi della giurisprudenza penale appena ricordati, tuttavia, appaiono in buona parte sconfessati dalla conversione (avvenuta con l. n. 189/2012) del d.l. n. 158/2012 (recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute) che, all'art. 3, 1° co., testualmente prevede, anzitutto, che *«L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve»*. La norma, invero, fa rientrare a pieno titolo le linee guida tra i criteri in base ai quali il giudice deve valutare la colpa del sanitario: al punto che, il positivo accertamento del loro rispetto da parte del medico, vale ad escluderne la colpa lieve. Tanto determina un significativo discostamento del legislatore anche dai ricordati arresti della Cassazione penale in punto di esclusione dell'operatività dell'art. 2236 c.c. nell'ambito dell'accertamento dell'illecito penale, dal quale, anzi, il nuovo d.l. sanità appare desumere la specialità della professione sanitaria.

Specificamente, il primo periodo della norma appena richiamata evidenzia il chiaro intento del legislatore di contenere il fenomeno ormai invalso della c.d. medicina difensiva, consistente in pratiche diagnostiche e/o terapeutiche condotte essenzialmente dal medico per limitare al massimo le possibilità di incorrere in responsabilità civile e/o penale e non, invece, in funzione di reali necessità diagnostiche o terapeutiche del paziente. Invero, l'art. 3 del d.l. n. 158/2012 limita la responsabilità penale del medico alle sole ipotesi di colpa lieve, introducendo in tal modo nella sede penale la distinzione, prettamente civilistica, tra colpa lieve e colpa grave, sconosciuta al codice penale⁶⁰.

matematica, spesso prospetta diverse pratiche o soluzioni che l'esperienza ha dimostrato efficaci, da scegliere oculatamente in relazione ad una cospicua serie di varianti che, legate al caso specifico, solo il medico nella contingenza della terapia, può apprezzare. Ne consegue le linee guida e i protocolli, proprio in ragione delle peculiarità della attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'articolo 43 c.p.».

⁶⁰ È recentissima, peraltro, l'affermazione del principio di diritto per cui *«L'articolo 3 del DL 158/2012, convertito in legge, con modifiche, dalla legge 8 novembre 2012 n. 189, con decorrenza dal 11 novembre 2012, esclude la rilevanza penale delle condotte connotate da colpa lieve, che si collocano*

7. *Il consenso informato.* – Il passaggio da una visione tipicamente “paternalistica” del rapporto tra medico e paziente ad una visione del rapporto saldamente incentrata sulle esigenze di protezione dei diritti costituzionalmente garantiti del paziente suscettibili di essere pregiudicati nell’attuazione del rapporto medesimo, porta con sé anche il riconoscimento della libertà personale del paziente quale autonomo bene giuridico (dotato di rilievo costituzionale ex art. 13 Cost.) che deve essere salvaguardato attraverso l’esatto adempimento degli obblighi informativi da parte del medico e nei confronti del paziente, in funzione dell’acquisizione di un consenso valido, libero e consapevole del paziente in ordine ad ogni specifico atto di esecuzione della prestazione medica⁶¹. In questo senso, l’asimmetria informativa che tipicamente caratterizza il rapporto tra il medico e il paziente viene colmata attraverso il riconoscimento del diritto del paziente a non subire interventi medici per i quali non abbia manifestato il proprio consenso, quale espressione della libertà personale inviolabile⁶².

all’interno dell’area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica. La nuova normativa ha parzialmente decriminalizzato le fattispecie colpose in questione, e dunque scatta, secondo quanto previsto dall’articolo 2 del c.p., l’applicazione della norma più favorevole». In applicazione di questo principio, la Cassazione ha annullato con rinvio la condanna per omicidio colposo di un chirurgo che nell’esecuzione di un intervento di ernia al disco, aveva leso dei vasi sanguigni provocando una emorragia letale per il paziente. Al giudice di merito è stato chiesto di riesaminare il caso per determinare se esistano linee guida o pratiche mediche accreditate afferenti «*all’atto chirurgico in questione*», se l’intervento eseguito si sia mosso entro i confini segnati dalle direttive e, in caso affermativo, se nell’esecuzione dell’intervento vi sia stata colpa lieve o grave: Il contenuto della decisione resa da Cass. pen., sez. IV, all’esito dell’udienza del 29 gennaio 2013 è stato diffuso dalla Cassazione con una nota informativa. La pubblicazione delle motivazioni è, ad oggi, ancora attesa.

⁶¹ Particolarmente significativa, al riguardo, Corte Cost. n. 471/1990, che ha messo per la prima volta in collegamento la tutela costituzionale della salute (art. 32 Cost.) e quella della libertà personale (art. 13 Cost.). Di recente v., in argomento, LA MONACA e SARTEA, *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 274 ss.

⁶² Al riguardo si v., di recente, Cass. civ. n. 20984/2012 che riconosce il diritto inviolabile al consenso informato anche al paziente-medico, al contem-

Peraltro, ai fini della validità ed effettività del consenso del paziente è necessario che il medico fornisca preventivamente al paziente ogni informazione rilevante in funzione della libera e

po effettuando una compiuta ricognizione dei principi acquisiti dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di consenso del paziente al trattamento medico. Invero, in tale pronuncia, la Suprema Corte individua come tali i seguenti principi: *«Il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Senza il consenso informato l'intervento del medico è – al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità – sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente. Il consenso informato ha come correlato la facoltà, non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche, nell'eventualità, di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla; e ciò in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale. Secondo la definizione della Corte Costituzionale (sentenza n. 438 del 2008, sub n. 4 del Considerato in diritto) il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 Cost., che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 Cost., i quali stabiliscono rispettivamente che la libertà personale è inviolabile e che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La responsabilità del sanitario (e di riflesso della struttura per cui egli agisce) per violazione dell'obbligo del consenso informato discende: a) dalla condotta omissiva tenuta in relazione all'adempimento dell'obbligo di informazione in ordine alle prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente sia sottoposto; b) dal verificarsi – in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, e, quindi, in forza di un nesso di causalità con essa – di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente. In ordine alle modalità e caratteri del consenso, è stato affermato che il consenso deve essere, anzitutto, personale: deve, cioè provenire dal paziente (ad esclusione evidentemente dei casi di incapacità di intendere e volere del paziente); deve poi essere specifico e esplicito; deve inoltre essere reale ed effettivo, ciò che vuol significare che non è consentito il consenso presunto; ed, ancora, nei casi in cui ciò sia possibile, anche attuale. Infine, il consenso deve essere pienamente consapevole, ossia deve essere "informato", dovendo basarsi su informazioni dettagliate fornite dal medico». Conclude pertanto la Corte nel senso che «La finalità dell'informazione che il medico è tenuto a dare è quella di assicurare il diritto all'autodeterminazione del paziente, il quale sarà libero di accettare o rifiutare la prestazione medica. È, quindi, evidente l'irrelevanza della qualità del paziente al fine di escluderne la doverosità. La qualità del paziente potrà, invece, incidere sulle modalità di informazione – informazione che si sostanzia in spiegazioni dettagliate ed adeguate al livello culturale del paziente – con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e che, nel caso di paziente-medico, potrà essere parametrata alle sue conoscenze scientifiche in materia».*

consapevole valutazione del paziente circa i benefici e i rischi di ogni atto del contatto/contratto di cura, tanto nella fase di formazione del contratto, quanto in ogni momento della sua attuazione⁶³. In particolare, intanto il consenso potrà dirsi valido in quanto il sanitario non lo abbia estorto al paziente inducendolo in errore, con violenza o con dolo; il consenso potrà dirsi informato in quanto il medico abbia informato il paziente, preventivamente ed in modo chiaro ed esaustivo, di tutti i vantaggi e gli svantaggi dell'esecuzione dell'intervento (e della sua mancata esecuzione), così come delle sue probabilità di successo e di insuccesso e dei rischi ad esso connessi, oltre che delle possibili alternative diagnostiche o terapeutiche praticabili. Ancora, il medico è tenuto ad informare preventivamente il paziente circa l'adeguatezza o inadeguatezza tecnico organizzativa della struttura sanitaria entro cui dovrebbe svolgersi l'intervento⁶⁴. In vista di un intervento chirurgico o di altro accertamento diagnostico invasivo, infatti, il medico deve aver cura di fornire al paziente non soltanto le informazioni riguardanti i rischi oggettivi e tecnici in relazione alla situazione soggettiva e allo stato dell'arte della disciplina, ma anche le informazioni relative alla situazione ospedaliera in rapporto alle dotazioni e alle attrezzature e al loro regolare funzionamento⁶⁵. In questo modo, il pa-

⁶³ Al riguardo v., recentemente, IANNONE, *La cura del paziente e l'acquisizione del consenso informato: la Cassazione estende l'obbligo di informazione alle variazioni effettuate nel corso dell'intervento chirurgico*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 433 ss.

⁶⁴ Sul punto v., di recente, VALORE, *Profili di responsabilità medica per omessa informazione al paziente delle carenze strutturali della clinica*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 1720 ss.

⁶⁵ Per una compiuta e recente ricognizione dello stato dell'arte in materia si v., *ex multis*, ANDROINO, *Il consenso alla prestazione delle cure medico-chirurgiche nella Cedu e nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. merito*, 2011, pp. 300 ss.; BUSI, *La violazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica: il danno risarcibile, i soggetti responsabili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 744 ss.; CALDERAI, *Sui limiti della tutela giuridica dell'autodeterminazione in biomedicina*, *ivi*, pp. 896 ss.; FRANZONI, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *La resp. civ.*, 2012, pp. 85 ss.; GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pp. 191 ss.; PAPI, *La responsabilità medica per difetto di consenso alla luce degli ultimi orientamenti della Cassazione civile*:

ziente viene messo in grado non soltanto di decidere se sottoporsi o meno all'intervento, ma anche se farlo in quella struttura ovvero chiedere di essere trasferito in un'altra⁶⁶.

Il diritto all'autodeterminazione consapevole del paziente trova esplicito riscontro tanto nella Costituzione (artt. 1, 13 e 32)⁶⁷, quanto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza, art. 3, 1° co., lett. b), nonché in fonti internazionali⁶⁸ e, in caso di lesione da parte del sanitario, diviene fonte di

verso un riequilibrio del sistema?, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 687 ss.; TRONCONE, *Brevi note sugli aspetti civilistici del consenso informato in tema di attività medico-chirurgica*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 191 ss.; TURILLAZZI, *In tema di consenso informato: giacchè tutto è fatto per un fine, tutto è necessariamente per un miglior fine?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 206 ss.

⁶⁶ Sul punto v., di recente, FERRETTI, *L'obbligo del medico non si limita al mero consiglio di un'altra struttura sanitaria, ma impone qualsiasi forma di impegno per l'assistenza al paziente*, in *Dir. e giust.*, 2012, pp. 157 ss. Per utili spunti di riflessione vedi Cass. civ. n. 6318/2000 in cui si afferma che, qualora il professionista sia a conoscenza del rischio che potrebbe realizzarsi a danno del paziente a causa di un *deficit* strutturale, organizzativo o strumentale della struttura sanitaria ovvero in ragione della mancanza di personale con una specializzazione adeguata alla delicatezza del caso di specie, egli ha il dovere di informare tempestivamente l'utente e di indicargli un'adeguata struttura sanitaria alternativa idonea. Nel caso di specie i giudici di legittimità hanno posto a carico di un primario della divisione di ostetricia le irreversibili menomazioni del sistema nervoso centrale cagionate ad un neonato a seguito di grave asfissia al momento della nascita, addebitandogli la carenza di controlli, ed in particolare di un monitoraggio continuo – dovuta anche all'indisponibilità di un cardiografo – durante il ricovero della gestante e durante le varie fasi del parto, colposamente non accelerate in relazione alle particolarità del caso, determinate dall'immatrità del feto e dalla rottura anticipata della membrana.

⁶⁷ Sul fondamento costituzionale ed europeo degli obblighi di informazione medica e il collegamento con i significati del consenso del paziente al trattamento medico v., *ex plurimis*, AMODIO, *op. cit.*, pp. 1192 ss.; ANDALORO, *Il principio del consenso informato tra Carta di Nizza e ordinamento interno*, in *Famiglia e dir.*, 2011, pp. 85 ss.; CRISCUOLI, *Ragionevolezza e consenso informato del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 482 ss.; DE MATTEIS, *La malpractice medica*, *cit.*, pp. 1327 ss.; FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico: principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1998, pp. 68 ss.; PILIA, *op. ult. cit.*, pp. 12 ss.; ZANA, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁶⁸ Il riferimento è, in particolare, alla Convenzione per la protezione dei diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina, stipulata a Oviedo il 4 aprile 1997, ra-

responsabilità contrattuale per inadempimento degli obblighi informativi tanto laddove l'intervento eseguito in assenza di consenso o di consenso informato abbia avuto esito infausto⁶⁹, quanto laddove il trattamento arbitrario abbia avuto esito fausto⁷⁰.

Sotto il primo profilo viene in rilievo un intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito nel rispetto delle regole dell'arte medica, ma effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e,

tificata dall'Italia con la legge n. 145/2011, nel cui ambito si prevede (art. 5, Cap. I) che *«Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e suoi rischi»*.

⁶⁹ L'ipotesi è quella dell'intervento medico eseguito correttamente ma in assenza di consenso informato del paziente, che ha avuto esiti pregiudizievoli sul piano dell'integrità fisica del paziente ovvero abbia avuto un esito anche solo parzialmente infausto e però non preventivamente consentito dal paziente (si pensi, in quest'ultimo senso, all'intervento chirurgico volto ad asportare un tumore che si sia però risolto anche nell'asportazione di un arto senza che di tale rischio, prevedibile dal sanitario, il paziente fosse stato messo a conoscenza). Al riguardo v., tra le tante, di recente Cass. civ. n. 7237/2011: *«In tema di responsabilità professionale del medico, in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale siano tuttavia derivate conseguenze dannose per la salute, ove tale intervento non sia stato preceduto da un'adeguata informazione circa i possibili effetti pregiudizievoli non imprevedibili, il medico può essere chiamato a risarcire il danno alla salute solo se il paziente dimostri, anche tramite presunzioni, che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento, non potendo altrimenti ricondursi all'inadempimento dell'obbligo di informazione alcuna rilevanza causale sul danno alla salute»*.

⁷⁰ Cass. civ. n. 16543/2011: *«Il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto e ottenuto il consenso, e tale da porre in gravissimo pericolo la vita della persona – bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile – o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento absque pactis sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale deficit di informazione, il paziente non è posto in condizioni di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione della dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica»*.

quindi, senza un consenso consapevolmente prestato⁷¹. In tal caso il risarcimento dei danni alla salute del paziente presuppone il necessario accertamento che il paziente avrebbe (più probabilmente che no) rifiutato l'intervento se fosse stato tempestivamente e adeguatamente informato dal sanitario in ordine ai possibili e prevedibili esiti infausti. È onere del paziente, in base al criterio della vicinanza della prova, dimostrare, anche per presunzioni, che non avrebbe acconsentito all'intervento laddove il medico avesse tempestivamente e correttamente adempiuto ai propri obblighi informativi⁷².

Sotto il secondo profilo, dell'intervento arbitrario con esito fausto, la giurisprudenza appare oggi consolidata nel riconoscere che la libertà di autodeterminazione del paziente, violata dall'inadempimento degli obblighi informativi e dalla mancata acquisizione del consenso informato, costituisca oggetto di un diritto autonomo e distinto dal diritto alla salute, con la conseguenza che può darsi violazione del consenso informato senza lesione dell'integrità fisica del paziente⁷³. Pertanto, anche in assenza di un danno alla salute (ovvero in presenza di un danno alla salute non ricollegabile causalmente alle lesioni del diritto all'informazione) l'inadempimento da parte del medico dell'obbligo di informazione nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori tutte le volte in cui siano configurabili, a

⁷¹ Per una ricognizione della giurisprudenza di legittimità e di merito sul punto v., di recente, CRICENTI, *Il diritto di rifiutare le cure: critica delle distinzioni*, in *Europa dir. priv.*, 2011, pp. 681 ss.; DI CRISTO, *Il difetto di consenso al trattamento medico sanitario*, in *Persone, fam. e succ.*, 2012, pp. 275 ss.; DROGHETTI, *La risarcibilità dei danni derivati da un intervento medico necessario e correttamente eseguito, in difetto, però, di consenso del paziente*, in *La resp. civ.*, 2012, pp. 616 ss.; GHIDONI, *Il trattamento sanitario tra protezione della personalità e imposizione di valori etici*, *ivi*, 2012, pp. 185 ss.

⁷² In questo senso v., tra l'altro, Cass. civ. n. 2847/2010: «*In presenza di un trattamento medico necessario e correttamente eseguito, la mancanza di preventiva informazione del paziente circa i possibili effetti pregiudizievoli dell'intervento implica – qualora questi ultimi vengano a verificarsi – la risarcibilità, da parte del medico, del correlato danno alla salute esclusivamente ove si accerti che il paziente avrebbe rifiutato, ove adeguatamente informato, l'intervento stesso*».

⁷³ Sul punto v., di recente, MONTANI, *L'inadempimento medico per la (sola) violazione del consenso informato*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 621 ss.

carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di natura non patrimoniale di apprezzabile gravità rilevanti sul piano della dignità morale, derivanti dalla violazione del diritto all'autodeterminazione di per sé considerato (sempre che, come meglio si dirà a proposito del diritto del paziente alla risarcibilità dei danni non patrimoniali, i pregiudizi in questione siano seri e le offese che ne sono derivate siano gravi)⁷⁴. Viene qui in rilievo, tipicamente, il turbamento e la sofferenza interiore che deriva al paziente dalla sottoposizione ad un atto terapeutico da lui non consentito e, quindi, dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate dal medico (ovvero non prospettate in modo chiaro ed esaustivo). Invero, l'informazione a cui il medico è tenuto in vista dell'espressione del consenso del paziente vale anche a determinare, nel paziente che presta il consenso, l'accettazione delle possibili conseguenze non "gradevoli" dell'intervento.

Sotto quest'aspetto è opportuno sottolineare come il paziente che sia stato tempestivamente messo in condizioni di scegliere liberamente e consapevolmente l'accettazione di tutti i rischi dell'intervento (come del mancato intervento) terapeutico avrà una minore propensione a "incolpare" il medico laddove gli esiti sgradevoli prospettati e accettati abbiano poi a verificarsi.

Viceversa, se il paziente non sia stato convenientemente informato è pressoché inevitabile la nascita in lui della volontà a trascinare in giudizio il medico al fine di vedersi risarciti i danni subiti a cagione della violazione del proprio diritto all'informazione. Tali danni, precisamente, si identificano nel turbamento transeunte, nelle sofferenze dell'animo occorso al paziente a cagione delle conseguenze dell'intervento non prospettate come possibili (se non addirittura escluse) dal sanitario.

⁷⁴ Al riguardo v., ancora, Cass. civ. n. 2847/2010: «Anche in assenza di lesione alla salute per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, si prospetta – ove manchi il consenso informato – la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente: sarà pertanto risarcibile, a condizione che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa, il conseguente danno non patrimoniale, che corrisponde sia alla privazione della possibilità di scelta spettante al paziente tra interessi confliggenti a quest'ultimo facenti capo, sia al turbamento e alla sofferenza provocati dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate».

In ultima analisi, pertanto, anche in caso di sola violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente senza correlativa lesione del diritto alla salute, in quanto venga in rilievo un intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito dal sanitario, può sussistere un autonomo spazio risarcitorio dei danni morali subiti e dimostrati dal paziente.

Recentemente, poi, la Corte di Cassazione ha precisato che l'obbligo informativo del medico riguarda anche i limiti di equipaggiamento e di organizzazione della struttura sanitaria pubblica o della casa di cura privata presso la quale il medico operi, tanto in qualità di dipendente quanto in regime di *intra moenia*⁷⁵. Ne consegue che, in caso di violazione dell'obbligazione di informare e della dimostrazione che il paziente non si sarebbe avvalso di quella struttura se fosse stato tempestivamente e adeguatamente informato dei limiti organizzativi e di equipaggiamento della struttura medesima, il medico è tenuto a risarcire i danni occorsi al paziente a cagione di tali limiti personalmente e solidalmente con la struttura⁷⁶.

8. *I danni risarcibili.* – Per quanto attiene ai danni risarcibili dal medico al paziente, è opportuno anzitutto soffermarsi sulle regole dettate dal codice civile in punto di determinazione e valutazione del risarcimento: regole in gran parte comuni alla responsabilità contrattuale e alla responsabilità extracontrattuale in forza dell'espreso richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c. agli artt. 1223 ss. c.c. in punto di voci di danno, valutazione equitativa *ope iudicis* e rilevanza del concorso del fatto colposo del creditore.

⁷⁵ Sul punto v. MEANI, *La clinica privata risponde dei danni derivati da un intervento chirurgico anche quando l'operazione è stata eseguita dal medico di fiducia del paziente: osservazioni critiche*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 199 ss.

⁷⁶ Così, tra le altre, Cass. civ. 3847/2011: «*Il medico che operi all'interno di una clinica privata, ne sia o meno dipendente, ha sempre il dovere di informare il paziente di eventuali carenze o limiti organizzativi o strutturali della clinica stessa (come, nella specie, la mancanza di una adeguata struttura di rianimazione neonatale); ove ciò non faccia, egli risponde in solido con la clinica del danno patito dal paziente in conseguenza di quel deficit organizzativo o strutturale, ove possa presumersi che il paziente, se correttamente informato, si sarebbe avvalso di altra struttura sanitaria*».

Peraltro, alla riconduzione della responsabilità medica alla responsabilità da inadempimento di obbligazioni ex artt. 1218 ss. c.c. si ricollega l'applicazione di una peculiare regola di limitazione dei danni risarcibili ai soli «danni prevedibili», inoperante nell'ambito dell'illecito aquiliano.

In particolare, il risarcimento del danno contrattuale da inadempimento di obbligazioni (così come il danno extracontrattuale) deve comprendere sia il c.d. danno emergente (per tale intendendosi la diminuzione del patrimonio subita dal creditore come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento), sia il c.d. lucro cessante (ossia il mancato guadagno, i vantaggi di natura patrimoniale che il creditore avrebbe potuto ottenere se non avesse subito l'inadempimento), sempre che, s'intende, tali voci di danno siano compiutamente dimostrate da chi ne invoca il ristoro (art. 1223 c.c.). In assenza della prova del preciso ammontare di tali pregiudizi, la liquidazione del danno è effettuata dal giudice secondo equità (art. 1226 c.c.). In ogni caso, l'entità del risarcimento è diminuita laddove il medico/debitore dimostri il concorso del fatto colposo del paziente/creditore nella causazione del danno, mentre il risarcimento non è dovuto per i danni che il paziente/creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227 c.c.).

Ai sensi dell'art. 1225 c.c., poi, il risarcimento dei danni da inadempimento del contratto è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione, salvo che l'inadempimento o il ritardo dipendano da dolo del debitore. Sotto questo profilo, pertanto, la prova dell'elemento soggettivo dell'inadempimento del medico, relativamente presunto ai fini dell'affermazione della sua responsabilità (art. 1218 c.c.), riacquista specifico valore in rapporto al *quantum* del risarcimento. Come accennato, tale peculiare disciplina del risarcimento dei danni prevedibili rappresenta un ulteriore tratto differenziale della responsabilità contrattuale rispetto alla responsabilità extracontrattuale il cui regime, invero, nulla prevede specificamente sul punto né si richiama all'art. 1225 c.c. La ragione di tale distinta considerazione della prevedibilità del danno poggia sulla *ratio* sottesa all'art. 1225 c.c., ossia l'esigenza di non addossare sull'inadempiente colposo (quale di norma è il medico) conseguenze risarcitorie maggiori di quelle che egli poteva ragionevolmente

rappresentarsi come derivanti da una futura (ma non voluta) inattuazione o inesatta attuazione della prestazione dovuta, al momento in cui ha assunto l'obbligazione. Ciò che, evidentemente, non ha ragion d'essere nell'ambito dell'illecito extracontrattuale.

Le regole appena richiamate in punto di danni risarcibili dal medico/debitore al paziente/creditore sono destinate a trovare applicazione tanto per quanto attiene ai danni patrimoniali, quanto per i danni c.d. non patrimoniali occorsi al paziente a cagione dell'inadempimento delle prestazioni di cura.

Sotto il primo profilo, dei danni c.d. patrimoniali, vengono in rilievo le conseguenze negative derivanti dall'incisione del diritto alla salute e/o alla libertà personale del paziente sul piano delle spese sostenute a causa del pregiudizio subito e della propria capacità di produrre reddito. I danni non patrimoniali risarcibili, pertanto, afferiscono alle ripercussioni negative che il paziente subisce sul piano economico, immediatamente e direttamente ricollegabili alla condotta del medico. Tanto si evince dal disposto dell'art. 1223 c.c. che, nell'articolare il risarcimento del danno per l'inadempimento o il ritardo del debitore nel danno emergente e nel lucro cessante subito dal debitore, appare stagliato proprio sul danno patrimoniale.

Peraltro, il diritto vivente si è ormai consolidato nel senso di ricondurre all'ambito di operatività delle regole di risarcimento del danno scolpite dall'art. 1223 c.c. anche il danno c.d. non patrimoniale che il paziente dimostri di aver subito a cagione dell'inadempimento del medico. Per danno non patrimoniale si intende il danno alla sfera non patrimoniale della persona, ossia agli interessi del soggetto privi di consistenza economica, suscettibile di dar luogo a responsabilità risarcitoria da fatto illecito ai sensi dell'art. 2059 c.c., nonché a responsabilità contrattuale. In particolare, e per quanto qui interessa, la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la risarcibilità del c.d. danno non patrimoniale da contratto proprio a partire dalle controversie in materia di responsabilità medica, data la facilità e la frequenza con cui l'inadempimento del debitore/medico è suscettibile di esplicare conseguenze lesive (anche) nella sfera degli interessi non patrimoniali del creditore/paziente.

La compiuta enucleazione del concetto di danno non patrimoniale risarcibile si deve ad una lunga e complessa evoluzione della

giurisprudenza, tanto di merito e di legittimità quanto costituzionale, che, partendo da posizioni iniziali di estremo rigore, ancorate ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 2059 c.c., si è progressivamente assestata su posizioni di sempre maggiore apertura. Tale spinta evolutiva appare funzionale al superamento del *deficit* di tutela civilistica che, tradizionalmente, gli interessi afferenti alla sfera non patrimoniale della persona hanno sempre scontato, specie nel raffronto con la tutela risarcitoria di cui gode la sfera patrimoniale del soggetto. Tanto si riallaccia, essenzialmente, alla centralità che i diritti inviolabili della persona rivestono all'interno della Carta Costituzionale, quali situazioni giuridiche soggettive senz'altro meritevoli (quanto meno) di quella forma minima di tutela "riparatoria" assicurata dal risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

Entro quest'ambito, il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale ha da ultimo trovato piena cittadinanza, seppur attraverso percorsi interpretativi anche differenziati e però comunque funzionali al riconoscimento della risarcibilità in via contrattuale dei danni occorsi alla sfera non patrimoniale del creditore (e quindi anche del paziente) a cagione dell'inadempimento del debitore (anche medico). Al fine di chiarire il fondamento normativo e il regime giuridico del danno non patrimoniale da contratto, preliminarmente si impone la disamina degli elementi essenziali del danno non patrimoniale da fatto illecito, così come enucleati dal diritto vivente.

Volendo dare sinteticamente conto dei principali arresti giurisprudenziali che hanno condotto all'enucleazione del danno non patrimoniale nella sua attuale configurazione, è opportuno sottolineare la tensione funzionale dell'intero percorso interpretativo verso il superamento degli angusti limiti entro cui veniva relegata la risarcibilità del danno non patrimoniale in base all'interpretazione strettamente letterale del disposto dell'art. 2059 c.c. Invero, tale disposizione provvede espressamente a "tipizzare" il danno non patrimoniale limitandone la risarcibilità ai soli casi determinati dalla legge. Ciò che, per lungo tempo, si è tradotto nella risarcibilità del solo danno morale soggettivo (inteso come sofferenza interiore, patema dell'animo) cagionato dal fatto illecito integrante altresì gli estremi di un reato, così come previsto dall'art. 185 c.p.

In questo contesto, l'evoluzione interpretativa che ha interessato (e continua ad interessare) il danno non patrimoniale si è sviluppata secondo due principali linee direttrici: l'una, tesa a "estendere" l'area della risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di là dell'area coperta dall'illecito-reato; l'altra, tesa a "estendere" il concetto di danno non patrimoniale anche al di là del danno evento consistente nell'offesa alla dignità morale dell'individuo.

L'esigenza di non circoscrivere la tutela risarcitoria della sfera non patrimoniale al solo danno morale da illecito-reato viene soddisfatta in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. e di una rinnovata concezione della fisionomia del danno non patrimoniale risarcibile come danno-conseguenza.

Per un verso, invero, il diritto vivente inferisce dalla centralità che i diritti inviolabili della persona rivestono all'interno della Costituzione l'esigenza di interpretare il significato dell'art. 2059 c.c. alla luce delle garanzie costituzionali di cui tali diritti godono nell'ordinamento. Tanto si evince dal principio generale scolpito dall'art. 2 Cost. e dalle specifiche garanzie d'invulnerabilità espressamente poste dal Costituente, tra l'altro, a presidio del diritto al lavoro, alla libertà personale, del diritto alla salute e dei diritti della famiglia. In questo senso, il concetto di «legge» esplicitamente richiamato dall'art. 2059 c.c. ai fini del risarcimento dei danni non patrimoniali deve essere inteso come comprensivo anche delle norme costituzionali, quali fonti legislative di rango supremo (subordinate solo al diritto europeo). Pertanto, la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., alla luce dell'art. 2 Cost., consente di discorrere di danno non patrimoniale ogni qual volta il danno-evento della incisione della sfera non patrimoniale della persona si traduca nella violazione di diritti inviolabili dell'individuo, anche al di fuori delle ipotesi in cui il fatto illecito assuma rilievo penale⁷⁷.

⁷⁷ In questo senso si segnala il *leading case* rappresentato da Cass. civ. nn. 8827 e 8828/2000 che propugnano una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., poi avallata anche dal Giudice delle leggi (Corte Cost. n. 233/2003), secondo cui ogni lesione di valori costituzionali inerenti alla persona integrerebbe gli estremi di un danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c. Invero, a parere della Cassazione, le stesse norme costituzio-

Per altro verso, nell'ambito della rilettura in senso costituzionalmente orientato, il danno non patrimoniale risarcibile assume sempre la fisionomia di un danno-conseguenza, ossia di un illecito di cui, ai fini risarcitori, devono in ogni caso essere dimostrate le conseguenze lesive nella sfera non patrimoniale della persona (c.d. danno patrimoniale consequenziale)⁷⁸. In questo senso, accanto e in aggiunta alla figura del danno morale soggettivo da reato, inteso quale insieme delle conseguenze lesive del reato in termini di sofferenza transeunte provocata alla persona offesa e, comunque, al danneggiato, si stagliano il danno morale, il danno biologico e il c.d. danno esistenziale da lesione di diritti inviolabili della persona o da reato. Il primo, danno morale, inteso quale insieme delle conseguenze immediate e dirette dell'illecita lesione di diritti inviolabili della persona sul piano della sofferenza interiore provata dal danneggiato (ad esempio per ingiusta lesione, anche priva di rilievo penale, del diritto inviolabile alla riservatezza: art. 15 Cost.). Il secondo, danno biologico, inteso quale insieme delle conseguenze lesive subite sul piano dell'integrità fisica e/o morale dell'individuo il cui carattere patologico risulti accertato in via medico legale (si pensi, in questo senso, alla patologia del corpo o della mente insorta a cagione della ingiusta lesione della libertà personale a non subire trattamenti sanitari ai quali non si sia liberamente consentito: art. 13 Cost.). Il terzo, danno esistenziale, inteso quale insieme delle conseguenze pregiudizievoli dell'illecita violazione di diritti costituzionali o penalmente protetti

nali poste a presidio di diritti inviolabili rappresenterebbero «*casi determinati dalla legge ai sensi dell'art. 2059 c.c., ulteriori rispetto alla classica previsione contenuta nell'art. 185 c.p. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile anche quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela e una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si tradurrebbe in un rifiuto di tutela nei casi esclusi*».

⁷⁸ Invero, nella rinnovata lettura del danno non patrimoniale offerta dalla Cassazione, il danno risarcibile non si identifica (più) nella lesione di un valore della persona costituzionalmente protetto (c.d. danno evento) bensì nelle conseguenze negative sul piano economico, biologico ed esistenziale prodotte da quella lesione (c.d. danno conseguenza), che dovranno essere allegate e provate dal danneggiato.

sul piano del fare areddituale della persona, comprensivo del coacervo di tutte quelle attività di realizzazione della persona umana prive di consistenza patrimoniale.

Per altro verso ancora, l'area del danno non patrimoniale risarcibile viene progressivamente estesa in via legislativa attraverso l'espressa previsione di numerosi casi di risarcibilità «determinati dalla legge», ai sensi dell'art. 2059 c.c., che si sono via via aggiunti all'ipotesi dell'illecito-reato ex art. 185 c.p. Tra le fattispecie di risarcimento dei danni non patrimoniali previsti dal legislatore ordinario si ricordano, in particolare, quelle da violazione del termine di ragionevole durata del processo (ex art. 2 l. 89/2000), da ingiusta detenzione (art. 1, 1° co., l. 117/88), da illecito trattamento dei dati personali (art. 15, l. 196/2003), da adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (art. 44, 7° co., d.lgs. 286/1997)⁷⁹.

Nel contesto della rilettura in senso costituzionalmente orientato del danno non patrimoniale trova spazio anche il riconoscimento della risarcibilità dei danni alla sfera non patrimoniale del creditore che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del contratto e che, in quanto tali, restano assoggettati al regime giuridico proprio dell'art. 1218 c.c. Nell'ambito della rinnovata concezione del danno non patrimoniale come danno consequenziale, invero, l'inadempimento delle obbligazioni ex *contractu* diviene fonte di responsabilità delle conseguenze lesive arrecate alla sfera non patrimoniale del creditore costituzionalmente e/o penalmente protetta⁸⁰.

⁷⁹ Invero, la nuova lettura del danno non patrimoniale offerta dalla Suprema Corte trova conferma nella progressiva evoluzione della legislazione speciale successiva al codice civile in cui è dato rinvenire un cospicuo numero di casi di espresso riconoscimento del risarcimento del danno non patrimoniale inteso come danno derivante dalla lesione di interessi della persona privi di contenuto patrimoniale.

⁸⁰ In base al principio di diritto affermato da Cass. civ. S.U. n. 26927/2008, «L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrat-

Secondo la prevalente giurisprudenza, la risarcibilità del danno non patrimoniale da contratto riposa sul medesimo principio d'invulnerabilità dei diritti della persona riconosciuti dalla Costituzione su cui poggia la risarcibilità del danno non patrimoniale da fatto illecito (art. 2 Cost.). In questa prospettiva, l'offesa di diritti inviolabili della persona esige comunque la forma minima di tutela costituita dal risarcimento dei danni, ancorché derivanti da una condotta contrattuale. In questo senso, il risarcimento del danno non patrimoniale non può essere negato per il solo fatto che il legislatore lo ammette esplicitamente nel solo ambito della responsabilità extracontrattuale: l'art. 2059 c.c., invero, rappresenta una norma di chiusura del sistema delle obbligazioni al quale deve ricondursi anche il risarcimento del danno non patrimoniale da contratto. Le garanzie costituzionali d'invulnerabilità dei diritti dell'uomo, alla luce delle quali l'art. 2059 c.c. deve essere interpretato, impongono in ogni caso la riparazione per equivalente pecuniario dei pregiudizi ad essi arrecati, a prescindere dalla natura giuridica di illecito extracontrattuale o d'inadempimento o inesatto adempimento contrattuale propria della condotta causativa. A ulteriore conforto di tale impostazione si invoca altresì il disposto dell'art. 1174 c.c., nella parte in cui espressamente contempla la possibilità che l'interesse del creditore all'adempimento della prestazione del debitore non rivesta carattere patrimoniale. Ciò che consente di inferire la sicura idoneità dell'inadempimento contrattuale ad assumere rile-

tuale o extracontrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo delle azioni (...). L'individuazione, in relazione alla specifica ipotesi contrattuale, degli interessi compresi nell'area del contratto che, oltre a quelli a contenuto patrimoniale, presentino carattere non patrimoniale, va condotta accertando la causa concreta del negozio, da intendersi come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato; sintesi, e dunque ragione concreta, della dinamica contrattuale. Vengono in considerazione, anzitutto, i c.d. contratti di protezione, quali sono quelli che si concludono nel settore sanitario. In questi gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionando pregiudizi non patrimoniali».

vo come fonte di responsabilità risarcitoria contrattuale anche dei danni arrecati alla sfera non patrimoniale dei diritti inviolabili del creditore, ogni qual volta tali interessi risultino sottesi al contratto in base alla sua causa concreta. Tanto ha trovato esplicito riconoscimento normativo, da ultimo, nel codice del turismo che espressamente contempla il risarcimento dei danni (anche) non patrimoniali da inadempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto c.d. di pacchetto turistico (artt. 44 e 47, d.lgs. 79/2011)⁸¹.

Per quanto attiene alla fisionomia propria del danno non patrimoniale da contratto, invero, si ripropongono le medesime considerazioni svolte in merito al danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. fatta salva, s'intende, la diversa fonte contrattuale del primo ed extracontrattuale del secondo.

Specificamente, la valutazione dei danni non patrimoniali risarcibili da inadempimento contrattuale risente sotto ogni profilo degli arresti della giurisprudenza di legittimità in punto di valutazione dei danni non patrimoniali risarcibili da fatto illecito.

Il riferimento è, in particolare, alla rinnovata fisionomia da ultimo indotta al danno non patrimoniale risarcibile dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite civili, tanto in punto di riconcettualizzazione di tale categoria di danno, quanto in punto di delimitazione della soglia di rilevanza minima della lesione e dell'offesa necessaria ai fini del risarcimento.

Sotto il primo aspetto, la Suprema Corte nella sua più alta composizione ha affermato il principio di diritto della unitarietà della categoria del danno non patrimoniale, insuscettibile di moltiplicazioni risarcitorie dell'identico pregiudizio *sub specie* di risarcimento del danno morale, del danno biologico e del danno esistenziale. Invero, il danno non patrimoniale costituisce, ai fini risarcitori, un'unica categoria di danno alla sfera areddituale del soggetto e come tale può essere risarcito. Peraltro, all'interno dell'unitaria categoria di danno non patrimoniale si riconosce l'articolazione in plurime e distinte voci dell'identico danno *sub specie* di lesione della sfera interiore della persona, di lesione della integrità fisica o psichica medicalmente accertata e di lesione del-

⁸¹ Sul punto v. Corte Cost. n. 75/2012 e Cass. civ. n. 4372/2012, nonché CGE C-83/10/2011.

la dimensione esistenziale del soggetto. Tali conseguenze lesive del danno evento non patrimoniale, in quanto debitamente provate da chi ne invoca la riparazione ex art. 2059 c.c., costituiscono altrettante voci dello stesso pregiudizio, idonee a influire sulla determinazione giudiziale di liquidazione del(l'unico) danno⁸².

Peraltro, è opportuno sottolineare il non perfetto né costante allineamento della giurisprudenza successiva ai principi espressi dall'intervento nomofilattico appena ricordato, che tende non di rado ad ammettere la liquidazione delle due distinte figure di danno biologico e morale, anche attraverso la liquidazione del secondo in una misura percentuale del primo. Tanto troverebbe conferma, si dice, in quanto previsto dal Codice della assicurazioni private in punto di risarcimento del danno biologico da sinistri conseguenti alla circolazione di veicoli a motore e natanti (artt. 138 e 139, d.lgs. 209/2005) che espressamente ricomprende, accanto alle «*menomazioni all'integrità psicofisica*» suscettibili di accertamento medico legale, anche le incidenze negative di tali lesioni «*sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato*», ma non la sofferenza transeunte patita dal danneggiato, non rilevante quale stato patologico e quindi insuscettibile di accertamento medico legale. Nello stesso senso parrebbero deporre altre discipline speciali che espressamente riconoscono l'autonomia, ai fini risarcitori, del danno biologico e del danno morale, come in materia di risarcimento del danno non patrimoniale alle vittime di attentati terroristici.

Sotto il secondo aspetto, e sempre in funzione di "contenimento" delle virtualità espansive del danno non patrimoniale ri-

⁸² «*Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie. Il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno esistenziale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione (...). Possono costituire solo "voci" del danno biologico nel suo aspetto dinamico, nel quale per consolidata opinione, è ormai assorbito il c.d. danno alla vita di relazione, i pregiudizi di tipo esistenziale concernenti aspetti relazionali della vita conseguenti a lesioni dell'integrità psicofisica, sicché darebbe luogo a duplicazione la loro distinta riparazione*»: Cass. civ. S.U. n. 26972/2008.

sarcibile espresse nelle molteplici applicazioni giurisprudenziali, si afferma il principio di diritto dell'irrisarcibilità dei danni non patrimoniali c.d. bagatellari, ossia di quei danni alla persona privi del requisito della serietà del pregiudizio (danno evento) e della gravità dell'offesa (danno conseguenza). L'irrisarcibilità dei danni non patrimoniali futili e non gravi discende direttamente dal principio di solidarietà sociale scolpito dall'art. 2 Cost. che, nel mentre riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, obbliga ciascuno a "tollerare" le lesioni non serie di tali diritti in nome, appunto, del valore della solidarietà⁸³.

Anche il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale del medico, pertanto, è suscettibile di articolazione in una pluralità di voci di danno, morale, biologico ed esistenziale, tutte peraltro ricomprese nell'unitaria categoria di danno non patrimoniale da contratto. Pertanto, le offese lamentate alla sfera morale interiore, all'integrità fisica e/o psichica ovvero alla dimensione esistenziale del paziente, che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del medico, devono essere valutate dal giudice ai fini della liquidazione dell'unico danno non patrimoniale da contratto, entro il quale pure assolvono ad una mera funzione descrittiva dei singoli pregiudizi occorsi alla sfera non patrimoniale della persona, ed a condizione che si tratti di pregiudizi seri e offese gravi.

Tanto legittima il paziente ad agire per il risarcimento dei danni (anche) non patrimoniali cagionati dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento della prestazione medica. Ciò che tipicamente avviene attraverso la richiesta di riparazione del danno biologico (*sub specie* di peggioramento delle condizioni di

⁸³ Invero, nella rinnovata prospettiva in cui «*la peculiarità del danno non patrimoniale viene individuata nella sua tipicità, avuto riguardo alla natura dell'art. 2059 c.c., quale norma di rinvio ai casi previsti dalla legge (e quindi ai fatti costituenti reato o agli altri fatti illeciti riconosciuti dal legislatore ordinario come produttivi di tale tipo di danno) ovvero ai diritti costituzionali inviolabili presidiati dalla tutela minima risarcitoria, con la precisazione, in quest'ultimo caso, che la rilevanza costituzionale deve riguardare l'interesse leso e non il pregiudizio conseguentemente sofferto e che la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale presuppone, altresì, che la lesione sia grave (e cioè superi la soglia minima di tollerabilità, imposta dai doveri di solidarietà sociale) e che il danno non sia futile (vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi o sia addirittura meramente immaginario)*»: Cass. civ. S.U. n. 26972/2008.

salute del paziente cagionate dall'inadempimento del sanitario e accertate in via medico legale), morale (*sub specie* di sofferenza transeunte provocata dall'inadempimento del medico) ed esistenziale (*sub specie* di stravolgimento della dimensione esistenziale del paziente causato dall'inadempimento della prestazione medica), in funzione descrittiva dell'unitaria figura di danno non patrimoniale da inadempimento del contatto/contratto concluso tra il medico e il paziente.

Per quanto attiene al regime giuridico del danno non patrimoniale da contratto, l'inerenza della condotta medica causativa del danno ad un rapporto contrattuale si riverbera sulla disciplina sostanziale e processuale della fattispecie di responsabilità. Sotto quest'aspetto, pertanto, il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale del sanitario presenta tanti profili di eterogeneità rispetto al danno non patrimoniale da fatto illecito quanti sono i piani di non sovrapposizione tra il regime proprio della responsabilità contrattuale e quello della responsabilità aquiliana. Invero, il paziente che aspiri alla tutela per equivalente pecuniario dei pregiudizi occorsi alla propria sfera non patrimoniale deve dimostrare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., il solo titolo del rapporto obbligatorio (contratto o contatto sociale), i danni-conseguenza lamentati e il nesso di causalità diretta e immediata tra questi ultimi e l'inadempimento del medico, che può invece essere solo allegato. La presunzione relativa di colpa del medico posta dalla legge onera infatti quest'ultimo della prova contraria dell'adempimento, ovvero della causa a lui non imputabile che ha reso impossibile l'adempimento. Ancora, e a differenza dei danni non patrimoniali risarcibili da fatto illecito, in caso di inadempimento solo colposo del medico, il paziente ha diritto al risarcimento dei soli danni non patrimoniali prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.).

Tanto detto in merito al processo di progressivo ampliamento dell'area del danno non patrimoniale risarcibile che, per quanto attiene alla responsabilità del medico, si lega alla natura degli interessi costituzionalmente rilevanti della persona del paziente incisi dall'inadempimento del medico, deve per converso segnalarsi l'arretramento che, sul piano del diritto positivo, il risarcimento del danno non patrimoniale da reato (anche del medico) appare subire in virtù dell'art. 3, 1° co., del d.l. n. 158/2012. Nella versio-

ne definitiva della conversione in legge, invero, dalla norma esula qualunque riferimento al risarcimento ex art. 2059 c.c. dei danni da reato del medico che abbia agito nel rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica e, dunque, con mera colpa lieve, a fronte del testuale richiamo al risarcimento dei danni patrimoniali ex art. 2043 c.c.: *«In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo»*. In attesa di riscontri giurisprudenziali, ci si chiede se l'omesso riferimento all'obbligo del medico di risarcire in questi casi (anche) i danni non patrimoniali da illecito/reato sia da ascrivere ad una "svista" ovvero ad una precisa scelta del legislatore. In quest'ultimo caso, invero, dovrebbe ritenersi che nell'ipotesi di colpa lieve del medico non sia risarcibile il danno non patrimoniale pacificamente ricondotto dalla giurisprudenza di legittimità ormai consolidata, come si è detto, nell'alveo dell'art. 2059 c.c. (e non più dell'art. 2043 c.c.). Tanto porterebbe a desumere il ripudio legislativo della teoria del contatto sociale e il superamento del connesso procedimento di contrattualizzazione della responsabilità medica, a favore della riconduzione della responsabilità del medico nell'ambito dell'illecito aquiliano con tutte le conseguenze in termini di alleggerimento dell'onere probatorio incombente sul medico, sulla struttura sanitaria e sulle compagnie assicurative.

Peraltro, la portata innovativa del nuovo decreto sanità sul piano del risarcimento del danno non patrimoniale, anche da contratto, si apprezza altresì in punto determinazione dei criteri di liquidazione del danno biologico inteso come categoria comprensiva delle lesioni temporanee o permanenti e delle lesioni di lieve entità all'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente dalla sua capacità di produrre reddito, secondo la definizione contenuta negli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209/2005 (codice delle assicurazioni private). Invero, ai sensi dell'art. 3, 3° co., del d.l. n. 158/2012 *«Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli ar-*

ticoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo»⁸⁴.

In questo senso, il nuovo d.l. sanità testualmente prevede che il danno biologico da attività medica debba essere liquidato al paziente secondo i criteri individuati dalle tabelle ministeriali richiamate dal codice delle assicurazioni private in punto di risarcimento del danno biologico da circolazione di veicoli e natanti. Anche sotto questo profilo, peraltro, il legislatore del 2012 si discosta nettamente dai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità che, ai fini del risarcimento del danno biologico, afferma la necessità di applicare i criteri indicati nelle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, quali parametri di valutazione uniformi da adottare, in difetto di puntuali previsioni normative, su tutto il territorio nazionale, espressivi della regola di equità, intesa anche come parità di trattamento, di cui all'art. 1226 c.c.⁸⁵. In questo senso, invero, la giurisprudenza della Corte di Cassazione appare consolidata nel senso di ritenere che i criteri di liquidazione del danno biologico previsti dagli artt. 138 e 139 del cod. ass. priv. per i danni derivanti da sinistri stradali costituiscano oggetto di una previsione eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica nel caso di danni non derivanti da sinistri stradali⁸⁶.

⁸⁴ Sul punto, nonché più in generale sul nuovo decreto sanità e sulle sue più significative implicazioni in punto di regime giuridico della responsabilità medica, v. CARINGELLA, *Corso di diritto civile, 1. Le obbligazioni*, Roma, 2012, pp. 6 ss.; DE LUCA, *La nuova responsabilità medica dopo la legge Balduzzi*, Roma, 2012.

⁸⁵ Sul punto v., di recente, CHINDEMI, *Tecniche di liquidazione del danno non patrimoniale: equità e tabelle*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 198 ss.; GIORDANO, *Questioni processuali relative alla nuova categoria del danno non patrimoniale*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 39 ss.

⁸⁶ In questo senso vedi, da ultimo, Cass. civ. n. 12408/2011: «*Nella liquidazione del danno biologico, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all'art. 1226 c.c. deve garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari. Garantisce tale uniformità di*

9. *Il danno da nascita indesiderata.* – Una disamina a sé meritano le questioni afferenti alla responsabilità medica per i danni da nascita indesiderata cagionati alla paziente/gestante ed ai diversi soggetti “protetti” dal contatto/contratto concluso tra il medico/ginecologo e la gestante. Invero, la tematica dei danni da nascita indesiderata si contraddistingue per un notevole grado di complessità, anzitutto, in quanto sprovvista di una specifica e organica disciplina di diritto positivo e, inoltre, a causa dell’ampiezza che caratterizza tale locuzione, richiamata dal diritto vivente in relazione ad una molteplicità di ipotesi concrete di responsabilità medica⁸⁷.

L’esame della questione sarà quindi scandita attraverso l’analisi della fattispecie di illecito, della natura giuridica e del regime della responsabilità del medico ginecologo e/o ostetrico per la nascita indesiderata e dei danni ammessi al risarcimento, avendo riguardo, dapprima alla posizione della gestante e, di seguito, alla posizione degli altri soggetti che possono ritenersi tutelati dal contratto concluso dalla gestante medesima con il medico (ed, eventualmente, con la struttura sanitaria).

Ai fini descrittivi è opportuno, pertanto, preliminarmente richiamare alcuni significativi ambiti di applicazione del danno da nascita indesiderata, avendo cura di sottolineare la duplice dimensione di rilevanza di tale figura come danno-evento e come danno-conseguenza.

trattamento il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano, essendo esso già ampiamente diffuso sul territorio nazionale – e al quale la S.C., in applicazione dell’art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno biologico alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c. – salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificarne l’abbandono. L’applicazione di diverse tabelle, ancorché comportante liquidazione di entità inferiore a quella che sarebbe risultata sulla base dell’applicazione delle tabelle di Milano, può essere fatta valere, in sede di legittimità, come vizio di violazione di legge, solo in quanto la questione sia stata già posta nel giudizio di merito».

⁸⁷ Per una recente ricognizione dello stato dell’arte in materia si rinvia a PALMERINI, *Il sottosistema della responsabilità da nascita indesiderata e le asimmetrie con il regime della responsabilità medica in generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, pp. 464 ss.; ROSSETTI, *Lo stato dell’arte sul danno da nascita indesiderata*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 2457 ss.; ZECCHIN, *Diagnosi tardiva e risarcimento del danno*, in *Dir. famiglia*, 2011, pp. 1131 ss.

Sotto il profilo del danno-evento, la giurisprudenza tende a utilizzare un concetto ampio di danno da nascita indesiderata comprensivo tanto dell'evento della nascita non desiderata perché relativa ad un bambino affetto da malformazioni, o comunque da gravi patologie o *handicap*, quanto dell'evento della nascita non desiderata in sé. Nella prima ipotesi si suole far rientrare sia la nascita di un figlio affetto da malformazioni cagionate o non impedito (con colpa o, più raramente, con dolo) dal medico e/o dalla struttura sanitaria, sia la nascita di un figlio affetto da malformazioni congenite o comunque non riconducibili eziologicamente alla condotta del sanitario. Nella seconda ipotesi si tende invece a far rientrare i casi di errata esecuzione di interventi di sterilizzazione della madre o del padre⁸⁸.

In tutte le ipotesi appena viste, e circoscrivendo per ora l'esame alla sola posizione della gestante, il danno da nascita indesiderata si lega inscindibilmente alla lesione del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile riconosciuta dall'art. 1 della l. 194/78, ma assume conformazioni differenti in dipendenza delle peculiarità del caso concreto.

In alcuni casi, invero, il danno da nascita indesiderata si specifica (come danno-evento) nella lesione della diritto della gestante ad operare una scelta libera e consapevole in ordine all'interruzione volontaria della gestazione ai sensi degli artt. 4 o 6 della l. 194/78, che consentono alla gestante di interrompere la gravidanza qualora la sua prosecuzione, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, anche in relazione a previsioni di anomalie del concepito. Tanto è a dirsi per le ipotesi in cui il medico non abbia informato o non abbia informato tempestivamente (per mancata, errata o tardiva diagnosi) la gestante delle malformazioni fetali da lui cagionate o non impedito ovvero anche congenite che, se conosciute, avrebbero condotto la gestante stessa alla scelta dell'aborto terapeutico. In questo senso si pensi, per quanto at-

⁸⁸ Al riguardo v., di recente, DE TOMMASI, *Quando la nascita di un figlio sano non è un lieto evento*, in *Giur. merito*, 2010, pp. 1809 ss.; SCALZINI, *Quinta gravidanza a seguito di un inadeguato intervento di sterilizzazione: quali sono i danni risarcibili?*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 1710 ss.; VITA DELLA CORTE, *Lesione dell'autodeterminazione procreativa per la nascita di un figlio sano e non voluto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 1359 ss.

tiene alle malformazioni fetali causate dal sanitario, alla somministrazione di farmaci teratogeni in mancanza di idonea preventiva informazione della gestante circa gli effetti negativi sul feto e/o sulle probabilità statistiche di tali effetti. Ancora si pensi, per quanto attiene alle malformazioni o patologie non riconducibili eziologicamente alla condotta del medico (né imputabili a carenze strutturali-organizzative della struttura sanitaria), alla mancata o intempestiva o errata interpretazione degli esami diagnostici funzionali all'accertamento di gravi malattie genetiche del feto come la sindrome di Down.

In altri casi, il danno-evento da nascita indesiderata si identifica nella lesione del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile *tout court*, rispetto al quale la "sorpresa" della gestazione non voluta in sé o della nascita di un bimbo malformato rappresentano sicure violazioni. Tanto è a dirsi per le ipotesi di errata esecuzione di interventi di sterilizzazione richiesti dalla gestante proprio al fine di non concepire né dover affrontare un'interruzione volontaria della gravidanza, nonché per le ipotesi di malformazioni imputabili alla condotta medica tenuta durante il parto o subito dopo. Si pensi, in quest'ultimo senso, alla mancata o intempestiva effettuazione del parto cesareo ovvero alla mancata o intempestiva o errata assistenza terapeutica al neonato che avrebbero impedito (*rectius*: più probabilmente impedito che non impedito, nel caso concreto) l'insorgenza delle malformazioni, rispettivamente, nel feto e nel neonato (casi in cui, peraltro, è frequente l'affermazione di responsabilità anche della struttura sanitaria per carenze o disfunzioni tecnico-organizzative)⁸⁹.

⁸⁹ Vedi, tra le tante, Cass. civ. nn. 11488/2004 («L'omessa rilevazione, da parte del medico specialista, della presenza di gravi malformazioni nel feto, e la correlativa mancata comunicazione di tale dato alla gestante, deve ritenersi circostanza idonea a porsi in rapporto di causalità con il mancato esercizio, da parte della donna, della facoltà di interrompere la gravidanza, in quanto deve ritenersi rispondente ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente è tempestivamente informata della presenza di una malformazione atta ad incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza»); 10741/2009 (in cui si afferma che «La gestante alla quale vengano prescritti farmaci potenzialmente dannosi per il concepito vanta un diritto soggettivo perfetto ad essere informata dei rischi derivanti dal loro uso; la violazione da parte del medico curante dell'obbligo d'informazione al riguardo costituisce causa non di nullità, ma di inadempimento»).

Sotto il profilo del danno-conseguenza, la nascita indesiderata viene tipicamente in rilievo sia quale fonte di pregiudizi alla sfera patrimoniale che non patrimoniale (articolato nelle voci del danno biologico, morale, esistenziale) della gestante. Peraltro, tanto per quanto attiene al danno evento che al danno conseguenza, la nascita indesiderata, specie se di un bimbo malformato, è suscettibile di investire interessi di soggetti anche diversi dalla gestante quali il padre del bambino, il bambino stesso (ovvero, non senza profili controversi, finanche del concepito) e gli eventuali altri figli preesistenti.

Già da queste prime considerazioni puramente descrittive, si intende agevolmente come il tema del danno da nascita indesiderata involga una molteplicità di questioni interpretative che si legano alla rilevanza e alla pluralità degli interessi coinvolti, facenti capo a soggetti distinti, ed alla enucleazione prettamente giurisprudenziale e dottrinarica della figura. In assenza di un compiuto regime di diritto positivo, il danno da nascita indesiderata si impone all'attenzione quale fattispecie di danno che risente sotto ogni profilo dell'evoluzione giurisprudenziale che si è detto aver interessato la più generale tematica della responsabilità del medico per i danni cagionati al paziente. Invero, la giurisprudenza è giunta a delineare un regime di responsabilità del medico-ginecologo per il danno da nascita indesiderata cagionato alla paziente-gestante che, in ragione della ritenuta natura sempre contrattuale, appare fortemente sbilanciato in favore della gestante-creditrice a svantaggio del medico-debitore, così superando la difficile posizione che, specialmente sul piano probatorio e processuale, la gestante-danneggiata rivestirebbe nei confronti del medico-danneggiante ex artt. 2043 ss. c.c.

In particolare, e per quanto qui interessa, la riconduzione del rapporto tra il medico e la gestante all'ambito del contratto (anche laddove il medico operi come dipendente di una struttura sanitaria) reca in sé importanti ricadute applicative che si apprezza-

mento del contratto di prestazione d'opera intellettuale e comporta il risarcimento del danno». Invero, «Sono contrattualmente responsabili i sanitari che somministrano ad una donna a fini terapeutici un farmaco potenzialmente pericoloso per la salute del feto: tanto per averlo fatto senza ottenere il consenso informato, quanto per non aver eseguito correttamente la prestazione pattuita, posto il verificarsi di gravi lesioni e malformazioni del feto»).

no principalmente in punto di ripartizione dell'onere probatorio (art. 1218 c.c.), danni risarcibili (art. 1225 c.c.) e di prescrizione ordinaria dell'azione risarcitoria (art. 2946 c.c.). L'applicazione di tali regole proprie della responsabilità contrattuale alla responsabilità per danno da nascita indesiderata ha determinato un sempre maggior inasprimento della posizione sostanziale e processuale dei soggetti chiamati a risponderne, al pari di quanto accaduto in merito alla responsabilità medica in generale.

Ciò che preme sottolineare, peraltro, è che il medesimo criterio della vicinanza della prova che impone al medico di dimostrare le cause a lui non imputabili che hanno causato le malformazioni fetali ovvero che non gli hanno consentito di diagnosticarle tempestivamente, impone alla gestante di provare il carattere per sé indesiderato della nascita che, nel caso paradigmatico dell'omessa o intempestiva diagnosi delle malformazioni fetali, si lega alla dimostrazione che, laddove fosse stata messa a conoscenza delle condizioni patologiche del feto, la gestante avrebbe scelto di interrompere la gravidanza ai sensi degli artt. 4 o 6 della l. 194/78⁹⁰.

Per quanto attiene al danno conseguenza da nascita indesiderata, si è detto che tale evento è suscettibile di tradursi (anzitutto) per la gestante tanto in danni di carattere patrimoniale quanto non patrimoniale che in ogni caso, ai fini risarcitori, devono essere allegati e provati dalla donna. Per un verso, invero, la nascita indesiderata può pregiudicare gli interessi patrimoniali della madre in ragione delle cure e dell'assistenza di cui ne-

⁹⁰ Cfr. Cass. civ. n. 13/2010: «*Siccome il grave pericolo per la salute, non per la vita della donna, può interessare anche solo la sua salute psichica e siccome questo pericolo può derivare da un processo patologico innescato dal fatto di sapere che il figlio da lei concepito presenta, e perciò nascerebbe, con rilevanti anomalie o malformazioni, inerisce alla situazione descritta che la donna conosca tale condizione del nascituro. Per cui – come del resto questa Corte ha già avvertito nella sentenza 1 dicembre 1998 n. 12195 e 10 maggio 2002 n. 6735 – quante volte si tratta di stabilire non se la donna possa esercitare il suo diritto di interrompere la gravidanza, ma cosa la stessa avrebbe deciso ove fosse stata convenientemente informata sulle condizioni del nascituro, non si deve già accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la sua salute psichica, ma se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di un tale processo patologico».*

cessita il figlio malformato (danno emergente), nonché in ragione dell'impossibilità che tali obblighi di cura e assistenza determinano per la madre di dedicarsi alla propria attività reddituale o di dedicarsi nella stessa misura del passato (lucro cessante). Per altro verso, la nascita indesiderata di un bimbo malformato si pone quale fonte privilegiata di conseguenze pregiudizievoli degli interessi non patrimoniali della gestante risarcibili, ai sensi del comb. disp. degli artt. 2 Cost., 2059 c.c e 185 c.p., in quanto incidenti su diritti inviolabili della gestante costituzionalmente garantiti e/o in quanto cagionate da condotte mediche costituenti (anche) reato. Tanto si evince dalla ricordata interpretazione costituzionalmente orientata del c.d. danno patrimoniale da contratto che consente di ritenere risarcibili, anche nell'ambito del rapporto contrattuale che lega il medico ginecologo (nonché la struttura sanitaria) alla gestante, i danni biologici (*sub specie* di lesioni dell'integrità psicofisica della madre accertate in via medico legale), morali (*sub specie* di sofferenza transeunte patita per la nascita del figlio malformato) o essenziali (*sub specie* di pregiudizi alla dimensione reddituale della madre), quali voci dell'unitaria categoria del danno non patrimoniale derivante dalla nascita non desiderata⁹¹.

10. *I terzi protetti.* – Tanto detto in ordine al tema del danno da nascita indesiderata in generale e con specifico riguardo alla gestante ed ai danni ad essa risarcibili, si impone l'esame della questione afferente agli altri soggetti tutelati dal contratto/contacto da essa concluso con il medico (e con la struttura sanitaria) e dei danni ad essi risarcibili. Al riguardo, è opportuno tenere distinta la posizione del padre del bimbo malformato e, eventualmente, degli eventuali altri figli e di altri familiari, da quella, per vero alquanto controversa, del nascituro e del nato.

⁹¹ In questo senso, tra le tante, v. ancora Cass. civ. n. 13/2010: «*La nascita, non consapevolmente scelta, di un figlio malformato, dovuta all'inadempimento del medico dell'obbligazione contrattuale su di lui gravante, determina, quale conseguenza immediata e diretta, il prodursi di danni essenzialmente, anche se non esclusivamente, essenziali che, con formula sintetica e mutuata dalla dottrina, consistono nei "rovesciamenti dell'agenda" imposti alla vita della madre.*».

Per quanto attiene al padre, abbandonata la teoria c.d. del danno da rimbalzo, la giurisprudenza appare ormai consolidata nel senso di ammettere la configurabilità del danno contrattuale da nascita indesiderata anche rispetto a tale soggetto (oltre che alla gestante). Precisamente, è comune l'affermazione della idoneità del contratto/contacto sociale qualificato tra il medico e la gestante a porsi quale fonte di obblighi di protezione (in capo al medico) anche degli interessi del padre suscettibili di essere coinvolti (e pregiudicati) nell'esecuzione del contratto. In questo senso, si suole ascrivere il contratto/contacto della gestante con il medico (nonché con la struttura sanitaria) allo schema (di creazione dottrinarium) del "contratto con effetti protettivi a favore di terzi" il cui fondamento normativo si ravvisa nel comb. disp. degli artt. 1372, 1411 e 1333 c.c. Invero, si dice, se è vero che dal principio di relatività degli effetti del contratto, dalla disciplina del contratto a favore del terzo e del contratto con obbligazioni del solo proponente si ricava l'ammissibilità di effetti contrattuali diretti in favore del terzo, salvo il suo potere di rifiuto, non può negarsi l'idoneità del contratto a produrre altresì, e a maggior ragione, effetti protettivi nei confronti di quei terzi che siano portatori di interessi suscettibili di essere coinvolti nell'attuazione (o nell'inattuazione) del contratto. La teoria del contratto con effetti protettivi a favore del terzo ha consentito alla giurisprudenza di inferire la natura parimenti contrattuale della responsabilità del medico da nascita indesiderata nei confronti del padre, con tutte le conseguenze in punto di regime (semplificato) applicabile⁹².

⁹² Vedi, tra le tante, Cass. civ. nn. 13/2010 («In tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, il risarcimento dei danni che costituiscono conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del ginecologo all'obbligazione di natura contrattuale gravante su di lui, spetta non solo alla madre, ma anche al padre, atteso che il complesso dei diritti che, secondo l'ordinamento, si incentrano sul fatto della procreazione, non rilevando in contrario che sia consentito solo alla madre (e non al padre) la scelta in ordine all'interruzione della gravidanza, atteso che, agli effetti negativi del comportamento del medico, non può ritenersi estraneo il padre, che deve perciò considerarsi tra i soggetti protetti dal contratto con il medico e, quindi, tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o inesatta è qualificabile come inadempimento, con il correlato diritto al risarcimento dei conseguenti danni, immediati e diretti») e 10741/2009 («Gli ef-

Peraltro, il danno evento lamentato dal padre del bambino malformato non può mai configurarsi quale lesione del diritto di scegliere l'aborto terapeutico in quanto tale diritto compete esclusivamente alla gestante, così come chiaramente si evince dall'imprescindibile collegamento funzionale che la legge traccia tra l'interruzione volontaria della gravidanza e la tutela della salute fisica e psichica della (sola) donna (artt. 1 ss. l. 194/78). Viceversa, l'evento di danno della nascita indesiderata si sostanzia, nei confronti del padre del bambino, quale lesione del diritto al pieno sviluppo della propria persona, anche nell'ambito della famiglia, ai sensi degli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. Sotto il profilo del danno conseguenza, anche nei confronti del padre si ripropongono le medesime considerazioni già viste per la madre circa i danni patrimoniali e non patrimoniali da nascita indesiderata suscettibili di risarcimento, in quanto debitamente dimostrati.

Non altrettanto consolidato risulta invece il riconoscimento dei fratelli del bambino malformato quali soggetti protetti dal contratto concluso dalla gestante con il medico. Invero, una volta abbandonata la via del risarcimento del danno c.d. da rimbalzo, la giurisprudenza appare non di rado proclive a negare il risarcimento del danno da nascita indesiderata agli altri figli della gestante, in ragione della insussistenza di diritti di tali soggetti suscettibili di essere direttamente incisi dall'inadempimento degli obblighi contrattuali del medico. Di recente, tuttavia, in un caso afferente all'omessa prescrizione degli esami diagnostici necessari ad evidenziare la presenza di talune patologie cromosomiche del feto, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la posizione di soggetti tutelati dal contratto concluso dalla gestante anche ai fratelli del bimbo malformato, titolari degli interessi, costituzionalmente rilevanti, al pieno sviluppo

fetti del contratto debbono essere individuati avendo riguardo anche alla sua funzione sociale, e tenendo conto che la Costituzione antepone, anche in materia contrattuale, gli interessi della persona a quelli patrimoniali. Ne consegue che il contratto stipulato tra una gestante, una struttura sanitaria ed un medico, avente ad oggetto la prestazione di cure finalizzate a garantire il corretto decorso della gravidanza, riverbera per sua natura effetti protettivi a vantaggio anche del concepito e del di lui padre, i quali in caso di inadempimento, sono perciò legittimati ad agire per il risarcimento del danno»).

della propria persona (anche) nel nucleo familiare e del diritto a vedersi impartiti dai genitori un'adeguata istruzione, educazione e mantenimento, senza essere in ciò pregiudicati dalla nascita di un fratello malformato che abbisogni di cure e assistenze tali da non consentire ai genitori di assolvere a pieno i propri doveri nei confronti degli altri figli (artt. 2, 3, 29, 30 Cost.)⁹³.

Per quanto attiene, infine, alla posizione del bambino malformato deve anzitutto darsi atto del principio di diritto unanimamente condiviso secondo cui non è dato configurarsi, nel nostro ordinamento, un diritto del concepito a non nascere se non sano⁹⁴. Ciò che deriva, secondo la giurisprudenza maggioritaria, non tanto dalla difficoltà di qualificare il nascituro quale

⁹³ Così Cass. civ. n. 16754/2012: «*La responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre, nonché, a giudizio del collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta. L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento, difatti, già da tempo operata dalla giurisprudenza di questa Corte con riferimento al padre (di recente, ancora, da Cass. civ. n. 2354/2010), non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo l'id quod plerumque accidit, alla morte dei genitori. Danno intanto consistente, tra l'altro nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da handicap, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci – entrambi i genitori – che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova – principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale».*

⁹⁴ In argomento v., per tutti, LISERRE, *In tema di responsabilità del medico per il danno al nascituro*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 365 ss.

soggetto di diritto (idoneo, pertanto, ad essere titolare di diritti, oltre che di doveri: art. 1 c.c.)⁹⁵, quanto dalla espressa previsione legale, ad oggi, del solo aborto c.d. terapeutico e non anche dell'aborto c.d. eugenetico. Invero, come si è accennato, il legislatore attribuisce esplicitamente alla sola gestante il diritto di interrompere volontariamente la gravidanza nei termini di legge ma al solo fine di tutelare la propria persona avverso un grave pericolo di salute fisica o psichica, se non di vita (artt. 4 e 6 l. 194/78)⁹⁶. L'inammissibilità dell'aborto a fini eugenetici risulta espressamente dall'art. 3 della Carta di Nizza, ed è altresì confermato dal limite legale all'aborto terapeutico, praticato dopo i primi 90 giorni della gravidanza, posto dalla possibilità di vita autonoma del feto. Tale ultima circostanza, invero, obbliga il medico ad eseguire l'intervento solo laddove il parto o la prosecuzione della gestazione esponga a grave pericolo la vita della donna e, in ogni caso, adottando ogni misura idonea a salvaguardare la vita del nascituro (art. 7, ult. co., l. 194/78). In que-

⁹⁵ «Il concepito, pur non avendo una piena capacità giuridica, è comunque un soggetto di diritto, perché titolare di molteplici interessi personali riconosciuti dall'ordinamento sia nazionale che sovranazionale, quali il diritto alla vita, alla salute all'onore, all'identità personale, a nascere sano, diritti, questi, rispetto all'avverarsi della condicio iuris della nascita è condizione imprescindibile per la loro azionabilità in giudizio ai fini risarcitori. Ne consegue che la persona nata con malformazioni congenite, dovute alla colposa somministrazione di farmaci dannosi (nella specie teratogeni) alla propria madre durante la gestazione, è legittimata a domandare il risarcimento del danno alla salute nei confronti del medico che quei farmaci prescrisse o che non sconsigliò»: così Cass. civ. n. 10741/2009.

⁹⁶ In questo senso v., tra le tante, Cass. civ. n. 13/2010: «Nel caso in cui alla gestante siano stati somministrati senza adeguata informazione farmaci che abbiano provocato malformazioni al concepito, la violazione dell'obbligo d'informazione da parte dei sanitari dà luogo al risarcimento del danno sia della gestante-madre che del concepito, una volta che quest'ultimo sia venuto ad esistenza, ma solo in relazione all'inosservanza del principio del c.d. consenso informato, non potendo invece ravvisarsi a carico dei sanitari una responsabilità nei confronti del concepito perché la madre non è stata posta in condizioni di esercitare il diritto all'interruzione volontaria della gravidanza, non essendo configurabile nel nostro ordinamento un diritto "a non nascere se non sano", in quanto le norme che disciplinano l'interruzione della gravidanza la ammettono nei soli casi in cui la prosecuzione della stessa o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, legittimando pertanto la sola madre ad agire per il risarcimento dei danni».

sto senso, pertanto, il nato sarebbe sfornito della legittimazione a far valere *iure proprio* il danno da nascita indesiderata *sub specie* di lesione del proprio diritto, quale nascituro, a non venire ad esistenza se non sano⁹⁷.

Nella stessa prospettiva, peraltro, la giurisprudenza di legittimità tende a riconoscere la titolarità, in capo al concepito, di un diritto "a nascere sano" suscettibile di essere pregiudicato dalle condotte mediche causative o non impeditive delle malformazioni fetali: tale diritto potrebbe essere azionato *iure proprio* dal soggetto malformato, una volta nato. Tanto, sul presupposto di una capacità giuridica c.d. speciale o parziale del nascituro senz'altro comprensiva del diritto a nascere sano che troverebbe riscontro in una pluralità di indici normativi, sia di diritto interno (tra cui gli artt. 1, 2° co., 251 e 254 c.c.) che internazionale ed europeo. In questo senso, il nascituro sarebbe un "soggetto" protetto dal contratto concluso dalla gestante da cui scaturirebbero obblighi di protezione della salute e della vita del feto, quindi del suo interesse a nascere sano, la cui violazione sarebbe suscettibile di risarcimento in via contrattuale⁹⁸.

Da quanto detto emerge pertanto la tendenza a escludere in via interpretativa la legittimazione del soggetto nato malformato a far valere *iure proprio* il risarcimento del danno da (propria) nascita indesiderata (per lesione del proprio diritto, in qualità di nascituro, a non nascere se non sano) per non aver messo il medico la gestante in condizione di praticare tempestivamente l'aborto terapeutico.

⁹⁷ Sul punto v., di recente, CIPPITANI, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, in *Dir. fam.*, 2011, pp. 1327 ss.; GERBI, *Responsabilità del ginecologo per omessa diagnosi di malformazioni del feto: del diritto all'autodeterminazione nelle scelte terapeutiche e dell'inesistenza del diritto a non nascere se non sani*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, pp. 1263 ss.

⁹⁸ Cass. civ. n. 10741/2009: «*Il nascituro ha il diritto a nascer sano, in virtù, in particolare, degli art. 2 e 32 Cost. (nonché dell'art. 3 della Dichiarazione di Diritti fondamentali dell'Unione europea che esplicitamente prevede il diritto di ogni individuo all'integrità psicofisica). Per tale motivo, sia la mancata informazione, sia la prescrizione di un farmaco ritenuto teratogeno devono essere ritenute dai giudici come fonti autonomi di responsabilità nei confronti del nascituro, per la violazione dell'obbligo di non prescrivere farmaci potenzialmente lesivi del bene salute*».

Al riguardo, peraltro, deve segnalarsi un diverso e recente orientamento espresso dai giudici di legittimità che, in relazione al danno da nascita indesiderata per omessa diagnosi di anomalie cromosomiche del feto, disconosce la soggettività, se pur speciale o parziale, del concepito ma ammette il risarcimento del solo nato per i pregiudizi occorsi al suo diritto al pieno sviluppo della propria persona, anche nell'ambito della famiglia, ex artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.⁹⁹.

⁹⁹ Così Cass. civ. n. 16754/2012: «È convincimento del collegio che la domanda risarcitoria avanzata personalmente dal bambino malformato trovi il suo fondamento negli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione. Il vulnus lamentato da parte del minore malformato, difatti, non è la malformazione in sé considerata – non è, in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita ed handicap, sintesi generatrice di una vita handicappata. È violato il dettato dell'art. 32 della Costituzione, intesa la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico – come testualmente si legge nell'art. 1 lettera o) del d.lgs. n. 81 del 2008, e come recentemente riaffermato da questa stessa Corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748. Deve ancora ritenersi consumata: a) la violazione della più generale norma dell'art. 2 della Costituzione, apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali; b) dell'art. 3 della Costituzione, nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona; c) degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, volta che l'arrivo del minore in una dimensione familiare 'alterata' (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell'istruzione, educazione, mantenimento dei figli. Tali situazioni soggettive, giuridicamente tutelate e giuridicamente rilevanti, sono pertanto riconducibili non alla sola nascita né al solo handicap, bensì alla nascita ed alla futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui 'diversità' non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata ed alleviata per via risarcitoria. Non è a disscorrersi, pertanto, di non meritevolezza di una vita handicappata, ma una vita che merita di essere vissuta meno disagiata, attribuendo direttamente al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente porta-

In tal caso, la Suprema Corte afferma la necessità di spostare il piano di analisi da quello, errato, di un supposto diritto del concepito, quale soggetto di diritto tutelato dal contratto concluso tra la gestante e il medico, a nascere sano, a quello, corretto, del diritto del nato a vedersi alleviare le difficoltà della propria esistenza, anche in ambito familiare, di soggetto malformato, attraverso una tutela per equivalente (non già di natura contrattuale, bensì) ai sensi degli artt. 2043 c.c.¹⁰⁰.

tore il dovuto importo risarcitorio, senza mediazioni di terzi, quand'anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini».

¹⁰⁰ Cass. civ. n. 16754/2012: *«Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, si che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontestabilmente ammesso nei confronti del padre)».* Invero, *«Sgombrato il campo dall'equivoco che si annida nella poco felice locuzione "diritto a non nascere se non sano", e ricondotta la vicenda alla sua più corretta dimensione giuridica, il principio di diritto che appare predicabile è quello secondo il quale la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire il giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto (impregiudicata la questione del nesso causale e dell'ingiustizia del danno lamentato come risarcibile in via autonoma dal neonato)».*

CLAUDIA TROISI

LA MEDIAZIONE SANITARIA E OSPEDALIERA

SOMMARIO: 1. La mediazione sanitaria nella recente evoluzione. - 2. La mediazione ospedaliera.

1. *La mediazione sanitaria nella recente evoluzione.* – Il concetto di mediazione sanitaria, o ospedaliera, può avere un duplice campo di applicazione a seconda che si riferisca alla gestione di situazioni conflittuali che riguardano il rapporto medico-paziente di carattere privatistico (cause per risarcimento dei danni)¹, oppure conflitti che riguardano il più complesso rapporto tra paziente, specialmente straniero, e struttura sanitaria/ospedaliera².

Rispetto al primo campo di applicazione non si arresta negli Stati Uniti la tendenza a introdurre tentativi obbligatori di conciliazione nelle cause contro i medici (*malpractice*).

Diversi Stati, oltre al governo federale, hanno già introdotto, o preso in considerazione, l'introduzione della conciliazione per frenare i costi crescenti del contenzioso nel campo della negligenza professionale medica.

Oggi è il turno del *District of Columbia*, dove un progetto di legge prevede che la parte che intenti una causa per negligenza professionale contro una struttura ospedaliera dovrà preliminarmente compiere un tentativo di conciliazione.

Nei casi di negligenza professionale medica, secondo la Commissione legislativa che si è occupata della stesura del progetto,

¹ D. GADDI, F. MAROZZI, A. QUATTROCOLO, *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. medicina legale*, 2003, 5, p. 839.

² C. PUCCIARELLI, *Relazione tra medico e paziente immigrato: comunicare e mediare*, in *Aa.Vv., Atti del convegno "Mediazioni, conflitti e società complesse"*, a cura di M. FERRARA, C. PUCCIARELLI, C. TROISI, Avellino, 2006.

il tentativo di conciliazione effettuato tempestivamente consente di ridurre notevolmente le spese legali per tutte le parti coinvolte e permette di raggiungere una soluzione soddisfacente in tempi più rapidi.

Anche in Italia si assiste ad un progressivo sviluppo delle pratiche conciliatorie applicate alle controversie tra medico e paziente, forse anche come conseguenza del sempre più frequente ricorso alla tutela risarcitoria.

Nel 2010 la direzione generale della Sanità della Regione Lombardia ha affidato all'associazione Me.Dia.Re. l'incarico di sviluppare il progetto formativo su "Ascolto e mediazione dei conflitti per la prevenzione/riduzione del contenzioso nelle aziende sanitarie della Regione Lombardia".

Già nel 2008, l'Agenzia regionale servizi sanitari della Regione Piemonte aveva affidato a Me.Dia.Re. un analogo progetto e, ancor prima, precisamente nel 2005, l'Agenzia sanitaria regionale dell'Emilia Romagna³ era stata una vera e propria precorritrice di un'iniziativa formativa dal medesimo contenuto, dando poi vita a svariati centri di ascolto e mediazione presso le proprie aziende sanitarie⁴.

L'Ordine Provinciale di Roma dei medici Chirurghi e Odontoiatri ha fatto partire dal 1 gennaio 2005 un progetto sperimentale, chiamato "Accordia", che mira a creare un luogo di ascolto, incontro e mediazione tra medici e cittadini. In pratica tende ad abbassare il numero crescente di denunce all'autorità giudiziaria per disservizi o prestazioni mediche inappropriate. I danni per la protesi dentale mal fatta, il consenso informato non chiaro, la ricetta mal scritta e così via potranno essere risolti senza andare in tribunale. Sempre che si tratti di controversie civilistiche (con risarcimenti fino a euro 25.000), che riguardino

³ A. QUATTROCOLO, *Il percorso specifico proposto per l'ambito sanitario dell'Emilia-Romagna: la Mediazione Trasformativa dei conflitti in ambito sanitario. Presupposti teorici e operativi del percorso formativo*, in Agenzia Sanitaria Regionale-RER, 2007. *Mediare i conflitti in sanità. L'approccio dell'Emilia-Romagna. Dossier 158-2007*; D. GADDI, F. MAROZZI, A. QUATTROCOLO, *Voci di danno inascoltate: mediazione dei conflitti e responsabilità professionale medica*, in *Riv. it. medicina legale*, XXV, 2003.

⁴ A. QUATTROCOLO, V. TROMBINI, *Esperienze di mediazione in sanità*, in *Consumatori, diritti e mercato*, 2, 2011.

il rapporto libero professionale medico-paziente (non ospedali o strutture private), che l'evento dannoso si sia verificato nella provincia di Roma, con medici aderenti all'iniziativa. Si tratta della prima iniziativa del genere in Italia, essa punta all'obiettivo di creare più incontro e meno scontro tra medici e assistiti, con un minore carico economico, visto che l'accesso al servizio di mediazione è gratuito. Lo Sportello di conciliazione è situato presso la sede dell'Ordine Provinciale di Roma e la Commissione tecnica (due avvocati, due medici legali e un esperto assicurativo) trasmette entro 30 giorni, se la valutazione è positiva, la richiesta alla Camera di Conciliazione (organo istituito dall'Ordine degli Avvocati di Roma e dalla Corte di Appello di Roma) perché appiani il conflitto. Se medico e assistito non arrivano all'accordo sono liberi di rivolgersi all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

Spesso, quando un evento come l'errore professionale, o ritenuto tale, irrompe nel rapporto tra medico e paziente, le conseguenze sono particolarmente pesanti e l'avvio di un contenzioso giudiziario può non procurare effettiva soddisfazione alle parti, anche quando si conclude con una decisione "favorevole".

Il paziente, infatti, continua a sentirsi tradito nella fiducia concessa al medico, e questo vissuto, talvolta, si estende anche all'intero sistema della sanità, soprattutto quando si ha la sensazione che non siano state riconosciute anche altre istanze, magari non suscettibili di valutazioni giudiziarie, ma non per questo meno rilevanti, quali l'atteggiamento frettoloso e distaccato del personale medico, o il sentirsi considerato "caso clinico" più che persona⁵.

Il medico, invece, che nel giudizio si trova solitamente a difendere il proprio operato, generalmente non ha la possibilità di veder riconosciuti anche il proprio disagio, la preoccupazione e il senso di minaccia per la propria dignità professionale e personale e persino il proprio senso di umanità.

⁵ Molte delle critiche rivolte alle strutture o al personale sanitario, circa eventuali manchevolezze tecniche e logistiche, esprimono in realtà un disagio che è dovuto ad una carenza di attenzione e comprensione. Probabilmente, le stesse carenze strutturali sarebbero più tollerate se le organizzazioni sanitarie e di servizio, nonché gli operatori, prestassero più ascolto ai malati.

La mediazione può essere, dunque, strumento alternativo per risparmiare risorse ospedaliere e sanitarie tagliando i costi degli interminabili ricorsi giudiziari; può essere naturale e logica conseguenza di una politica sanitaria spendibile anche in termini di efficienza e qualità delle cure; può ridefinire l'opportunità che entrambi, medico e paziente, hanno di essere responsabili verso la stessa relazione che li unisce e punta direttamente alla ricostruzione e alla riparazione dei rapporti sociali attraverso la riappropriazione delle modalità decisionali e della condivisione delle scelte delle parti coinvolte.

Il d.lgs. 28/2010, mostrando piena sintonia con le recenti tendenze evolutive, aveva espressamente previsto tra le ipotesi di conciliazione obbligatoria, quindi quale condizione di procedibilità del giudizio, quella relativa appunto al risarcimento del danno derivante da responsabilità medica⁶.

D'altra parte anche le Compagnie di assicurazioni, in particolare quelle specializzate nell'assicurazione della *medical malpractice*, hanno interesse a deflazionare il carico delle controversie relative a richieste di risarcimenti danni da colpa medica, ottenendo due vantaggi: la diminuzione delle spese legali per la gestione giudiziale di tali controversie, normalmente lunghe e complesse; l'aumento della c.d. velocità di liquidazione di questa tipologia di danni. Con un ulteriore conseguente vantaggio: gli uffici Sinistri delle imprese di assicurazioni possono concentrare le loro energie su quelle controversie che per dimensioni e complessità tecnica troveranno la loro sede naturale nel processo ordinario di cognizione.

Nei casi di responsabilità riconducibile all'erogazione di una prestazione sanitaria è evidente che, di norma, i soggetti coinvolti e coinvolgibili in una procedura saranno più numerosi del singolo medico e paziente. Solitamente, dietro ed accanto al medico vi sarà altro personale sanitario ed una struttura attraverso la quale la sua prestazione è stata erogata.

Probabilmente la struttura sanitaria e il medico avranno una qualche formula assicurativa a loro tutela e, di conseguenza, il

⁶ La Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

procedimento dovrebbe coinvolgere anche questi attori in una qualche fase per rendere loro opponibile l'accordo, rendendo ancora più complicata la gestione delle interazioni personali e delle diverse posizioni giuridiche nella procedura di mediazione⁷.

La concreta applicabilità della nuova normativa, a prescindere dalla abrogazione del carattere obbligatorio della stessa, passa inevitabilmente attraverso la predisposizione e l'adattamento della disciplina allo specifico settore⁸, tramite decreti attuativi che possano risolvere una serie di dubbi applicativi già emersi:

- la necessità di predisporre una normativa *ad hoc* per le conciliazioni nel settore medico e di apprestare apposite commissioni di conciliazioni specialistiche e specializzate;
- la necessità di esplicitare l'equiparazione della disciplina della mediazione nel settore della responsabilità medica a quella della responsabilità sanitaria e paramedica (relativa ad es. alla somministrazione di medicinali e/o agli errori nelle cartelle cliniche);
- la necessità di informare correttamente i pazienti, molto spesso ignari, dell'utilità del ricorso alla mediazione;
- la necessità di gestire e rafforzare sia la relazione con il paziente sia il rapporto con le assicurazioni, predisponendo un doppio binario di mediazione;
- l'ipotesi di inserire nel "consenso informato", consegnato al paziente, la clausola che prevede la possibilità del ricorso ad uno o più organismi di conciliazione;
- la validità dello strumento della mediazione per ridurre il peso economico dei singoli casi/sinistri e per garantire una buona relazione con le assicurazioni, riducendo il numero di sinistri;
- l'inserimento dell'informazione al cliente da parte dell'avvocato, pena l'annullabilità del contratto di mandato, sull'esistenza delle diverse forme di mediazione e delle agevolazioni fiscali.

Un elemento documentale di fondamentale importanza ai fini di un esito positivo del procedimento di mediazione civile di una controversia derivante da responsabilità medica è costituito dalla

⁷ G. COMANDÈ, *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal "pacco avvelenato" alla "giustizia alta"*, in *Rivista it. medicina legale*, 2, 2011.

⁸ D. NATALI, *Tra medico e paziente è obbligatorio il mediatore*, in *Corriere della sera* del 16 maggio 2010.

cartella clinica (o da altra documentazione simile) relativa al caso in controversia. Una delle cause che hanno comportato il mancato accordo, in sede di mediazione civile, relativamente alle prime istanze riguardanti controversie derivanti da lamentata colpa medica è stata relativa all'assenza di documentazione sanitaria. Arrivare alla seduta di mediazione con la sola istanza della parte danneggiata non consente al mediatore di farsi un'idea della situazione e soprattutto alla parte tenuta al risarcimento del danno (struttura sanitaria ed eventuale compagnia di assicurazioni) di quantificare la propria esposizione, allo scopo di valutare la convenienza di una conciliazione. Diverso e più semplice il caso del singolo professionista sanitario che in un confronto con il suo paziente, in una situazione elementare, ben potrebbe valutare la fondatezza della richiesta e la congruità dell'importo richiesto.

2. *La mediazione ospedaliera.* – Rispetto, invece, al secondo campo di applicazione, le persone coinvolte nei processi di cura sono costantemente chiamate ad imparare come relazionarsi fra competenze, saperi, culture, diritti e doveri nella consapevolezza di essere parte in gioco nell'integrazione di scelte da compiere e valori da rispettare.

In questa cornice la mediazione sanitaria/ospedaliera avrebbe la funzione di semplificare e fluidificare i complessi rapporti del paziente, italiano o straniero, con il sistema sanitario *tout court*, riducendo gli ostacoli burocratici, logistici o informativi di accesso all'assistenza sanitaria, diritto sociale fondamentale, facilitando la comunicazione tra paziente e struttura sanitaria in un'ottica di condivisive di linguaggi, culture, modi di espressione della malattia, della cura, del dolore.

L'impiego della Mediazione linguistico-culturale all'interno di una struttura ospedaliera agevola la pratica clinica e, di conseguenza, il lavoro e la sua organizzazione. Permette di aiutare ammalati, familiari e operatori sanitari a comunicare reciprocamente. Contribuisce inoltre all'avvicinamento e alla comprensione reciproca di culture diverse.

La necessità di comunicare con il paziente e la famiglia è un'esigenza sentita dagli stessi operatori sanitari, che necessitano di strumenti per comprendere la persona nella sua globalità psi-

chica, fisica, sociale e culturale, oltreché per adempiere ad obblighi giuridici e medico-legali. Si tratta di aspetti fondamentali nelle fasi diagnostica e terapeutica, soprattutto in presenza di minori.

Si assiste negli ultimi anni ad una progressiva diffusione, negli Ospedali, nelle ASL, negli Istituti di pena (medico penitenziario), di servizi di mediazione sanitaria allo scopo di creare un "ponte" di comunicazione tra i protagonisti della relazione sanitaria e rendere più accessibile il servizio in una prospettiva di prossimità e accoglienza.

Esperienza esemplare è rappresentata, in questo senso, dalla Regione Veneto che, con la legge n. 15/2009, "*Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario*", si propone di perseguire l'obiettivo di regolare «modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie» (art. 1, co. 1).

Lo strumento individuato per realizzare questo scopo consiste nell'istituzione di una Commissione conciliativa regionale, avente il compito di promuovere la risoluzione stragiudiziale delle controversie che derivano dalla responsabilità civile delle strutture sanitarie pubbliche e di quelle private convenzionate con la Regione.

La legge individua principi e criteri direttivi cui si ispira il procedimento conciliativo quali la non obbligatorietà, volontarietà, gratuità, imparzialità, celerità e riservatezza del procedimento conciliativo (art. 3, co. 2, lettere *a, b, c, e, g* ed *i*), la non vincolatività della decisione della Commissione (lettera *d*) e la «definizione della conciliazione, in caso di accordo fra le parti, con un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell'art. 1965 c.c.» (lettera *h*).

Il Governo ha contestato la legittimità costituzionale di queste disposizioni, ravvisando in esse norme di diritto privato⁹ o di

⁹ Sul problema del diritto privato regionale possono vedersi: A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, 2008; V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1301; V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 11; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 597; V. BARELA, *Diritto privato regionale, foral ed autonomico. Verso un diritto europeo della persona*, Torino, 2009; A. MUSIO, P. STANZIONE, *L'ordinamento civile quale limite alla potestà legislativa regionale*, in *Iustitia*, 2004, n. 4, pp. 509-531; A.

diritto processuale che, in quanto tali, toccano allo Stato in forza dell'art. 117, co. 2, lett. l) Cost. Secondo tale contestazione, le procedure di conciliazione necessitano di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale, che ne regoli, tra l'altro, il rapporto con l'esercizio del diritto di azione in sede giurisdizionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 178/2010¹⁰, non ritiene fondate le contestazioni sollevate contro la legge veneta, sostenendo che la *ratio* della legge è quella di prevenire le controversie in materia sanitaria, riducendo l'ammontare dei risarcimenti dei danni: «la Regione si è limitata a porre a disposizione dei cittadini e delle aziende sanitarie pubbliche e di quelle private accreditate uno strumento tecnico-giuridico di facilitazione e di supporto delle trattative, che i soggetti interessati ritengano liberamente di intavolare, allo scopo di individuare soluzioni condivise in relazione a pretese risarcitorie nascenti da attività sanitaria, consentendo al cittadino un più rapido soddisfacimento delle proprie richieste ed alle amministrazioni sanitarie una riduzione dei pesi finanziari ed amministrativi di lunghe e costose controversie».

La legge veneta appartiene alla materia "tutela della salute", assegnata dall'art. 117 Cost. alla competenza concorrente delle Regioni. Ciò perché, scrive la Corte: «l'economicità, la completezza e la qualità delle prestazioni sanitarie devono necessariamente caratterizzare tutta l'organizzazione posta a tutela della salute dei cittadini. La prevenzione delle controversie, e dei loro costi elevati, rientra pienamente tra gli strumenti idonei a raggiungere i predetti obiettivi, che devono essere perseguiti dalle aziende sanitarie, con l'effetto di liberare risorse da impiegare nel miglioramento dei servizi».

Inoltre, la legge contestata non ha a che fare con l'"ordinamento civile" (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.) perché disciplina un

MUSIO, *Potestà legislativa regionale e diritto privato: storia di un equivoco*, in AA.VV., *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea. Atti del convegno internazionale Macerata 30 settembre - 1° ottobre 2005*, a cura di E. CALZOLAIO, Milano, 2006, pp. 313-326.

¹⁰ Per un approfondimento cfr. R. SIMONE, "Malasanità" e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni, in *Danno e responsabilità*, 7, 2010, p. 675.

procedimento di conciliazione non obbligatorio ed esclusivamente volontario, non sovrapponibile né confondibile con quella mediazione obbligatoria che, nel diritto statale, funge da condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, anche in materia di responsabilità medica (d.lgs. 28/2010). La legge regionale, per avvalorare la natura volontaria del procedimento e la non vincolatività della pronuncia della Commissione conciliativa, si limita a precisare che tutto il procedimento è orientato a facilitare l'eventuale formazione di un accordo transattivo teso ad evitare l'insorgenza di una lite e che le parti possono stipulare, se lo vogliono, esattamente nei termini previsti dal codice civile.

Lo stesso richiamo all'istituto della transazione, di cui agli artt. 1965 c.c. ss., contenuto nell'art. 3, co. 2, lettera *h*), della legge regionale impugnata non solo non dimostra lo sconfinamento di quest'ultima nel campo dell'ordinamento civile, ma fornisce invece conferma del coordinamento e del riconoscimento espresso (dato dal richiamo effettuato) della disciplina statale.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2017
dalla I.G.E.S. s.r.l
09045 Quartu S. Elena (CA)
per conto delle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari