

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari



Quaderni di conciliazione

a cura di
CARLO PILIA

N. 6



Cagliari - 2017

N. 6
*Quaderni di
conciliazione*

N. 6
*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 978-88-8374-133-3

Grafica, composizione e copertina: Alessandro Valveri

Stampa e allestimento:
I.G.E.S. - 09045 Quartu S. Elena (Ca)

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

Carlo Pilia (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 Picciareda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Presentazione</i>	Pag. 9
VICENTE JOSÉ BENÍTEZ GIRÁLDES, <i>La penalidad por intrusismo profesional del mediador inmobiliario en España</i>	» 11
JOANNA SOLER BETANCOURT, <i>La factibilidad de la mediación como Método Alternativo Solucionador de Conflictos en el Proceso de División del Caudal Hereditario en sede ab intestato en Cuba</i>	» 33
ALESSANDRO BALTI, <i>La riservatezza del procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali dopo l'intervento della Corte Costituzionale</i>	» 61
CLARA SOUTO GALVÁN, <i>El principio de igualdad en el proceso de mediación</i>	» 103
CARMEN CUADRADO SALINAS, <i>¿La mediación: una alternativa real al proceso penal?</i>	» 121
MARTINA MOI, <i>Clauseole contrattuali sulle A.D.R. e O.D.R.</i>	» 153
MARTA LAMPIS, <i>Gli accordi immobiliari e l'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione</i>	» 165
GIUSEPPE MURGIA, <i>Modelli nostrani di conciliazione in ambito medico-sanitario</i>	» 173
KHALID BOUKAICH, <i>Medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo: un análisis desde la perspectiva del derecho laboral marroquí</i>	» 199
MARIE LINE KARAM, <i>Alternative Dispute Resolution: A necessity in the Middle East</i>	» 215
MARTA GONZALO QUIROGA, <i>Apuntes de actualidad jurídica, social y política sobre la mediación en América latina y</i>	

Indice

<i>el caribe – propuestas y alternativas -: aproximación al caso cubano</i>	Pag.219
SILVIA LAVENA, <i>La mediazione civile e commerciale nell’esperienza italiana e francese</i>	» 235
ANASTASSIIA SEMENIOUK, <i>La mediazione civile e commerciale in Bielorussia</i>	» 249

PRESENTAZIONE

La dimensione transfrontaliera delle relazioni personali, familiari, economiche e sociali che si stanno sviluppando in maniera oramai massiva e globalizzata in tutto il pianeta terrestre, per tanti versi, costituisce il tratto qualificante della nostra esperienza di vita quotidiana, tanto nella sfera affettiva, quanto in quella ricreativa e professionale, che forse mai in precedenza nella storia è stato registrato, per lo meno in termini così totalizzanti. Le istituzioni, con le proprie legislazioni e sentenze nazionali e continentali, devono radicalmente ripensare gli ambiti, le modalità e i contenuti giuridici di intervento, per rispondere alle rinnovate esigenze di giustizia provenienti da una realtà sempre più dinamica e complessa, che non sono appagate dalle tradizionali e chiuse categorie del diritto, disposte sui fronti contrapposti della produzione e dell'applicazione delle norme.

La crescente apertura e la profonda evoluzione delle attuali società, in tutti i campi di attività, richiedono l'elaborazione e la sperimentazione di nuovi meccanismi giuridici di regolazione dei rapporti, che siano capaci di garantire il rispetto universale dei valori fondamentali di tutela della persona e, al contempo, diano lo spazio esiziale alla libertà e all'autonomia dei protagonisti delle dinamiche sociali ed economiche. La moltiplicazione della titolarità dei diritti, invocata dalla totalità di soggetti e per tutti gli innumerevoli aspetti meritevoli di protezione, rischia di rimanere un'affermazione vacua e demagogica qualora non si proceda alla contestuale individuazione di altrettante posizioni correlate di doverosità e dei meccanismi attuativi di responsabilità.

Il vorticoso superamento degli assetti consolidati delle tradizionali comunità chiuse, soprattutto in una stagione di dirompente crisi strutturale, impone la costruzione di circuiti sostenibili di solidarietà che affondino nella socialità delle relazioni e si sviluppino nei nuovi contesti. A tal fine, occorrono i contributi, non solo economici, e le disponibilità, anche politiche, di tutti

C. Pilia

coloro che partecipano ai processi di costruzione delle discipline applicabili alle nuove dinamiche sociali e di gestione delle fasi dialettiche di composizione delle innumerevoli vicende conflittuali.

Negli appena abbozzati scenari critici, pertanto, si devono collocare anche i meccanismi autocompositivi delle controversie con i quali le parti contendenti, in luogo di invocare l'intervento sanzionatorio dell'autorità giudiziaria, chiamata a verificare l'asserita altrui violazione del precedente ordine giuridico costituito, provvedono esse stesse a ricomporre i reciproci rapporti attraverso una conciliazione, che ridefinisce con reciproca convenienza i termini della relazione, nei limiti dell'autonomia garantita dal sistema.

La conciliazione, quindi, diviene essenziale meccanismo solidale che, con la finalità immediata di composizione consensuale dei conflitti che insorgono, contribuisce alla costruzione delle nuove regole di gestione delle relazioni interpersonali, familiari, economiche e sociali. In quanto partecipati e diffusi, i sistemi stragiudiziali di composizione amichevole assumono un valore civico e politico che si coglie come essenziale nella strategia di favorire dal basso la pacificazione e coesione sociale.

I nostri "Quaderni di conciliazione", nel raccogliere i contributi tematici di numerosi esperti che riprendono le esperienze di molteplici Paesi, in questo numero Italia, Francia, Spagna, Cuba, Panama, Marocco, Libano e Bielorussia, vogliono offrire alcuni fotogrammi dei protagonisti di questa nuova dimensione internazionale del diritto collaborativo.

Cagliari 10 novembre 2017

Il responsabile scientifico

prof. CARLO PILIA

VICENTE JOSÉ BENÍTEZ GIRÁLDES*

LA PENALIDAD POR INTRUSISMO PROFESIONAL DEL MEDIADOR INMOBILIARIO EN ESPAÑA

El primer antecedente histórico que encontramos en la literatura científica en relación al actual “mediador”, lo encontramos en Las Partidas de Alfonso X El Sabio, en las que se hace referencia a los “*corredores de subastas*”, como aquellos que corrían de un lugar a otro para realizar sus ventas, motivo éste por el que son llamados corredores.

En el siglo XVIII el ovetense Juan de Hevia Bolaños, siguiendo una edición de la curia philipica, en el laberinto del comercio marítimo y terrestre, hace referencia a la labor de “*los corredores*” dentro del título reservado al comercio terrestre.

La regulación del ejercicio de la profesión era realmente rigurosa y detallada, así de una parte se prohibía intervenir en los corretajes a determinados cargos públicos de una parte y de otra, se establecían penas graves, incluso la pena de muerte para quienes intervinieran en determinados negocios o para quienes se apoderaren del dinero entregado para la compra de los bienes objeto del corretaje.

Ya en el siglo XX, la intervención del corredor o mediador inmobiliario estaba vedado al colectivo denominado de AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, entendiéndose por tales, aquellas personas que reuniendo una serie de requisitos habían obtenido el preceptivo “*título*” y se habían inscrito en el colegio profesional territorialmente competente.

Para el acceso a esta profesión se requería estar en posesión de un título universitario de grado medio, aprobar unas pruebas selectivas convocadas por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (M.O.P.T.) que aunque no eran difíciles de superar, sí

* Abogado.

requerían haber adquirido conocimientos de derecho civil, mercantil y registral, volumetría, tasaciones y valoraciones, depreciaciones entre otras, etc., que hizo que en la última convocatoria numerosos letrados, arquitectos, ingenieros y economistas entre otros, no superasen dichas pruebas.

Ante esta situación tan restrictiva del acceso al ejercicio de la profesión, se produjo una reacción de parte de la sociedad que demandaba acceder de forma más fácil a la profesión de corredor o mediador inmobiliario.

Por ello, comenzaron a surgir cursos presuntamente habilitantes para el ejercicio de esta profesión bajo determinadas denominaciones así, GESTOR DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, EXPERTOS EN LA PROPIEDAD INMOBILIARIA etc., dando lugar a la creación de otras tantas ASOCIACIONES PROFESIONALES.

Esto, dio lugar a que por parte de los colegios de agentes de la propiedad se presentase una querrela criminal por la presunta comisión de un "*delito de intrusismo profesional*" tipificado en el artículo 321 del entonces vigente Texto refundido del Código Penal conforme a Ley 44/1971, de 15-11-1971 (RCL 1971\2050) Ministerio Justicia, BOE 12 diciembre 1973, núm. 297, que literalmente disponía:

El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente *título oficial*, o reconocido por disposición legal o Convenio internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.

Si el culpable se atribuyere públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 100.000 a 1.000.000 pesetas.

Esta norma fue derogada por disposición derogatoria única, 1 a) de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre RCL\1995\3170, que aprueba el nuevo Código Penal.

Todo esto dio lugar a la meritada Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1993, sentencia que supuso la primera ruptura de la situación fáctica antecedente en el ejercicio de la profesión de agente de la propiedad inmobiliaria.

En esencia, la referida Sentencia del Tribunal Constitucional vino a decir que el delito de intrusismo profesional requería para su comisión que la actividad profesional que se desarrollase al amparo de un TÍTULO OFICIAL habilitante.

Y en el análisis pormenorizado de lo que debe entenderse por un TITULO OFICIAL, deja claro que el entendimiento como tal del título de agente de la propiedad inmobiliaria era una extensión "*in malam partem*" y que en ningún caso podría entenderse como el requerido para la comisión del delito del artículo 321 C.P.

Analizando textualmente los antecedentes fácticos y Fundamentos de Derecho de la referida resolución, comprobamos que la representación del recurrente considera que las Sentencias recurridas han vulnerado, en primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, por haberse negado tanto el órgano judicial de instancia como el de apelación a plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 177 del TCEE (LCEur 1986\8), una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre (RCL 1988\2435), en el que se atribuye la exclusividad de las actividades en el sector inmobiliario a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y a los Administradores de Fincas, con lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva del Consejo 67/43/CEE (LCEur 1967\1), de 12 de enero, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios.

A este respecto, comienza por señalarse en la demanda que, tras la modificación operada en el citado artículo de la Directiva por el apartado b-1 del anexo II del Acta de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas, su texto quedó redactado en los siguientes términos:

«3. Quedarán suprimidas las restricciones a las actividades profesionales citadas, sea cual fuere la denominación de las personas que las ejerzan. En la actualidad, las denominaciones usuales utilizadas en los Estados miembros son las siguientes: ... En España: Agentes de la propiedad inmobiliaria; administradores de fincas urbanas; agencias inmobiliarias y de alquiler; promotoras inmobiliarias; sociedades y empresas inmobiliarias; expertos inmobiliarios».

A la vista de dicho texto, argumenta el recurrente que el Real Decreto 1464/1988, de 2 de diciembre, cuyo objeto era precisamente la transposición de la Directiva 67/43/CEE al Derecho in-

terno, al operar en su art. 2 una patente restricción en relación con las profesiones autorizadas para actuar en el sector de los negocios inmobiliarios por el art. 3 de la citada Directiva, limitando el ejercicio de las actividades propias de ese sector a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y a los Administradores de Fincas, ha incurrido en un claro incumplimiento de lo dispuesto en dicha norma comunitaria; con la consecuencia de que la misma ha adquirido un efecto directo, pudiendo ser invocada en tal sentido ante los órganos jurisdiccionales nacionales quienes, en caso de duda sobre la pretendida incompatibilidad entre la norma comunitaria y la norma nacional dictada en desarrollo de aquélla, están obligados a plantear ante el TJCE la cuestión prejudicial suscitada por el recurrente.

Por lo que se refiere a la pretendida vulneración del principio de legalidad penal, se alega en la demanda que el recurrente ha sido condenado en virtud de *una interpretación extensiva del art. 321.1 del Código Penal*.

Pues no sólo no pueden identificarse los actos de mediación y corretaje propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria con la actividad desarrollada por el hoy demandante de amparo en virtud de un contrato de mandato, sino que la condena que le ha sido impuesta a título de delito de intrusismo ha obedecido a una interpretación extensiva del citado precepto, así como del Decreto 3248/1969 (RCL 1969\2299 y NDL 777) – al que el art. 321.1 reenvía, dada su naturaleza de norma penal en blanco –, que resulta prohibida en virtud de las exigencias derivadas del principio consagrado en el art. 25.1 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875).

En defensa de estos motivos, se ampliaban en el citado escrito de alegaciones algunos de los argumentos ya expuestos en la demanda de amparo, insistiendo de nuevo en que la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada conduce efectivamente al recurrente de amparo a una situación de indefensión, dado que la interpretación que sobre la misma pudiera ofrecer el Tribunal de Luxemburgo es determinante para establecer su culpabilidad o inocencia en relación con el delito que se le imputa.

Pues, de concluir el máximo órgano jurisdiccional comunitario que tanto el Decreto 3248/1969 como el Real Decreto 1464/1988 contravienen lo dispuesto en la Directiva 67/43/CEE, resultaría evidente que el hoy demandante de amparo no ha cometi-

do intromisión alguna al llevar a cabo unas actividades profesionales que están expresamente autorizadas por la citada Directiva, cuyas disposiciones serían directamente invocables ante los órganos judiciales nacionales al haber transcurrido el plazo concedido para su transposición al Derecho interno sin que se hayan adoptado las normas de ejecución adecuadas para su obligado cumplimiento. Efecto directo que, por lo demás, tendría especial relevancia en el caso de autos por cuanto el art. 321.1 del Código Penal es una *norma penal en blanco* que reenvía a los Convenios Internacionales en materia de determinación de títulos reconocidos para el ejercicio profesional, lo que supondría un reenvío obligado a la Directiva 67/43/CEE y, consecuentemente, la falta de tipicidad de la conducta realizada por el recurrente a título del citado precepto penal.

No es ocioso señalar que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su reciente Sentencia de fecha 28 de enero de 1992 (asuntos 330 y 331/1990), se ha pronunciado sobre dos cuestiones prejudiciales del mismo tenor que la suscitada por el recurrente.

En dicha resolución, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha afirmado que «la Directiva CEE 67/43 no se opone a una normativa nacional que reserva ciertas actividades incluidas en el sector de los negocios inmobiliarios a las personas que ejercen la profesión regulada de Agente de la Propiedad Inmobiliaria», no pudiendo, por consiguiente, considerarse incumplida por las previsiones que en dicho sentido se contienen, respectivamente, en el Decreto 3248/1969 y en el Real Decreto 1464/1988.

Por todo ello, ha de concluirse que no ha existido vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, ni mucho menos del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes que el recurrente anuda de manera insistente a la denegación por los órganos judiciales del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Procede pues que examinemos la tercera y última de las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a las Sentencias recurridas por haber llevado a cabo una interpretación extensiva tanto de la norma contenida en el art. 321.1 del Código Penal como del Decreto 3248/1969, lo que se considera contrario al principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE.

En apoyo de su pretensión, desarrolla el recurrente una triple línea argumental en la que va negando, sucesivamente, que las actividades por él desarrolladas como Gestor intermediario en promoción de edificaciones fueran las «propias» de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria; que, aun suponiendo que lo fueran, puedan considerarse atribuidas en exclusiva a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; y, finalmente, que el título aludido en el art. 321.1 sea el que para su ejercicio requiere la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

De esta triple línea argumental en que el recurrente fundamenta la lesión del principio de legalidad penal deben desecharse sin mayor esfuerzo las dos primeras, que se refieren bien a cuestiones de hecho que no compete revisar al Tribunal Constitucional, que ha de atenerse a los hechos tal y como éstos han quedado fijados o establecidos por los órganos judiciales, bien a cuestiones ajenas al proceso de amparo constitucional y no alegables en esta sede.

Tal ocurre, en primer lugar, respecto de la alegación del recurrente de que la actividad por él desarrollada como Gestor intermediario en promociones de edificaciones en ningún momento supuso la práctica de las operaciones de mediación y corretaje que, según el art. 1 del Decreto 3248/1969, caracterizan a la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, así como de que la calificación jurídica de su conducta como constitutiva del delito de intrusismo tipificado en el art. 321.1 del Código Penal únicamente pudo deberse a la apreciación, por parte de los órganos judiciales, de que los actos realizados eran «análogos» a los que son «propios» de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, afirmaciones que resultan desmentidas por los hechos declarados probados en la Sentencia de instancia.

Idéntica respuesta negativa merece la segunda de las líneas de argumentación desarrollada por el recurrente basada en lo dispuesto en los preceptos constitucionales relativos al derecho al ejercicio y acceso libre a una profesión y a la regulación de los Colegios Profesionales (arts. 35 y 36 CE). Como es sabido, los derechos contenidos en los arts. 35 y 36 CE no son susceptibles de protección en la vía de amparo constitucional, por lo que han de desestimarse, sin más, las pretendidas vulneraciones que de los mismos se imputan directamente al Decreto 3248/1969.

Ahora bien, ha de advertirse que el recurrente no alega en este momento la vulneración de dichos derechos sino en la medida en que, de estimarse contrario a los preceptos constitucionales citados, el Decreto 3248/1969, ello supondría que los órganos judiciales han tenido en cuenta, como norma de reenvío complementadora de la norma penal en blanco contenida en el art. 321.1 del Código Penal, una norma contraria a la CE, que deberían haber procedido a inaplicar, con la consiguiente vulneración del principio de legalidad penal que de ello deriva.

De manera que lo que este Tribunal debe examinar es si se ha producido una infracción del art. 25.1 CE por haberse aplicado una norma penal en blanco cuyo complemento es una disposición nula por ser opuesta a los arts. 35 y 36 CE.

Para resolver esta cuestión es preciso examinar la normativa vigente en materia de regulación de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

El Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria fue creado por un Decreto del Ministerio de la Vivienda de 17 de diciembre de 1948 (RCL 1949\65), aprobándose el Reglamento propio de esta profesión por Decreto de 6 de abril de 1951 (RCL 1951\604 y 629).

El posterior Decreto 3248/1969 derogó expresamente ambas disposiciones, siendo a su vez derogado por el Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio (RCL 1981\1817 y 2024).

Sin embargo, al haber sido íntegramente declarada nula esta última disposición por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1982 (RJ 1982\8081), por no haberse dado audiencia en su tramitación al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España – Sentencia que fue ejecutada por Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 5 de mayo de 1983 (RCL 1983\1262 y ApNDL 280) («Boletín Oficial del Estado» de 20 de junio) –, el Decreto 3248/1969 recuperó su vigencia, perviviendo hasta la fecha en su versión modificada por el Decreto 55/1975, de 10 de enero (RCL 1975\168 y ApNDL 278).

Al ser el Decreto 3248/1969 una norma preconstitucional, no es posible exigir de manera retroactiva la reserva de Ley que impone el art. 36 CE [SSTC 11/1981 (RTC 1981\11), 83/1984 (RTC

1984\83) y 219/1989 (RTC 1989\219)]. Pues bien, a la vista de todo lo anterior y de que en el art. 3.1 de la Ley de Colegios Profesionales (RCL 1974\346 y NDL 5773) se dice textualmente que «quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el Colegio correspondiente», y que su art. 3.2 establece que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretende ejercer la profesión», así como que este Tribunal ya ha declarado que la obligación de colegiación que este último precepto impone no es opuesta al art. 36 CE ni tampoco vulnera el derecho de libertad asociativa ni constituye un obstáculo a la libre elección de profesión del art. 35 CE [SSTC 89/1989 (RTC 1989\89) y 131/1989 (RTC 1989\131)], ha de rechazarse la pretensión de que los órganos judiciales hayan lesionado el art. 25.1 CE por haber aplicado una norma penal en blanco que toma como complemento de la misma una disposición nula por contraria a los arts. 35 y 36 CE.

Resta por fin examinar la última de las argumentaciones en que fundamenta el recurrente la lesión del principio de legalidad penal, consistente en la supuesta interpretación extensiva, llevada a cabo en las resoluciones judiciales impugnadas, de lo que ha de entenderse por «título» en el art. 321.1 del Código Penal. Argumentación a la que el Ministerio Fiscal opone que dicha interpretación, lejos de ser extensiva, no es sino una cuestión de legalidad ordinaria no revisable, por tanto, en esta vía de amparo constitucional.

De concluirse, sin más, que las Sentencias recurridas se han limitado a aplicar el art. 321.1 del Código Penal en virtud de una de las posibles interpretaciones que dicho precepto admite, sería ciertamente limitada la posibilidad de revisarlas en esta vía de amparo. Pues, según ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no le compete la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la Ley, subsumiendo en las normas los hechos que se llevan a su conocimiento, que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 de la Constitución [SSTC 16/1981 (RTC 1981\16), 89/1983 (RTC 1983\89) y 105/1983 (RTC 1983\105), entre otras muchas]; ni, en consecuencia, decidir cuál de las po-

sibles interpretaciones de la legalidad es la correcta, uniformando de esta suerte las líneas doctrinales de una jurisdicción determinada, por más que, en determinados casos, los instrumentos procesales requeridos a tal efecto no estén a disposición de las partes [STC 190/1988 (RTC 1988\190)]. Como tampoco le compete revisar los posibles errores cometidos por los órganos judiciales en el ejercicio de su función de subsunción de los hechos enjuiciados en un concreto tipo penal, salvo que, en el ejercicio de dicha función, se hubiese producido la lesión de algún derecho constitucionalmente reconocido, al haberse excedido los límites permitidos por una interpretación conjunta de la norma penal y del derecho constitucional afectado [STC 254/1988 (RTC 1988\254)].

En este sentido, debe recordarse que, conforme apuntábamos en nuestra STC 50/1984 (RTC 1984\50) (fundamento jurídico 3º), «la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al “plano de la constitucionalidad” y la jurisdicción ordinaria al de la “simple legalidad”, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables.

Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le está encomendada».

Este Tribunal ha declarado ya (STC 89/1983) que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del Juez, cuando en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento. Pero también ha afirmado [SSTC 89/1983, fundamento jurídico 2º, y 75/1984 (RTC 1984\75), fundamento jurídico 3º] «que una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo.

Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal».

Cabe, pues, que examinemos, a la luz de esta doctrina, las resoluciones judiciales impugnadas en cuanto de la interpretación y aplicación que en ellas se hace del precepto penal mencionado, se derive la lesión de un derecho fundamental protegido mediante el recurso de amparo. Y a este respecto conviene hacer algunas precisiones relativas al derecho consagrado en el art. 25.1 CE, cuya vulneración se atribuye a las Sentencias impugnadas.

El principio de legalidad penal, ha dicho este Tribunal [STC 133/1987 (RTC 1987\133), fundamento jurídico 4º, entre otras muchas], es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad [STC 62/1982 (RTC 1982\62), fundamento jurídico 7º], previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 de la Constitución, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley».

De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley (lex scripta); que la Ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código Penal [SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986 (RTC 1986\159), 133/1987 y 199/1987 (RTC 1987\199), entre otras]. Por otra parte, este Tribunal [SSTC 62/1982 y 53/1985 (RTC 1985\53), fundamento jurídico 10º] ha

considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la Ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad.

A ello se ha añadido – SSTC 127/1990 (RTC 1990\127), fundamento jurídico 3º, B), y 118/1992 (RTC 1992\118), fundamento jurídico 2º – que las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco [STC 122/1987 (RTC 1987\122)]; esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

Así, pues procede ya examinar si la subsunción de la conducta del recurrente en el art. 321.1 del Código Penal, a partir de una determinada interpretación de la expresión «título oficial» contenida en dicho precepto como la llevada a cabo por las Sentencias impugnadas, ha supuesto o no una vulneración del principio de legalidad penal, entendido en los términos anteriormente indicados.

A este respecto, debe comenzarse por señalar que, en realidad, dicha subsunción no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión in malam partem del alcance del tipo en

cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él, que vulnera frontalmente el principio de legalidad penal (ATC 324/1984). Conclusión que resulta obligada habida cuenta, por un lado, del origen del art. 321.1 del Código Penal, y, por otro, de la naturaleza de la titulación requerida para el ejercicio de los actos propios de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

En efecto, el término «título oficial» a que se refiere el art. 321.1 del Código Penal no puede ser entendido sino como «título académico oficial», vista la forma en que se gestó el mencionado precepto. Fue introducido en la revisión del Código Penal de 1944 (RCL 1945\88 y 953) operada por Decreto de 24 de enero de 1963 (RCL 1963\241 y 489), en virtud de la autorización conferida a tal efecto por la Ley de Bases 79/1961, de 23 de diciembre, y, en concreto, por su base quinta cuyo tenor literal era el siguiente: «El art. 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieran actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título académico oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios Internacionales. Se agravará la pena para el que, además de cometer los indicados actos, se atribuyese públicamente, sin serlo, la calidad de profesional. El art. 572 castigará como autores de una falta a los que, sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que no requiera título facultativo, pero sí permiso o capacitación oficial y a los que, teniendo título o grado facultativo, ejerzan la profesión sin estar inscritos en el Colegio, Corporación o Asociación oficial respectivos».

Resulta claro que, al omitirse en su redacción definitiva el calificativo de «académico» que en la base quinta se unía indisolublemente al «título» cuya falta de posesión quería sancionarse, el art. 321.1 no respondió estrictamente al mandato convenido en la citada base quinta. De manera que, habida cuenta del superior rango normativo de esta última disposición, el precepto debe entenderse referido, exclusivamente, a la realización de actos propios de una profesión, cuyo ejercicio requiere estar en posesión de un «título académico», por quien carece de dicha titulación; y en consecuencia, a identificar el «título» a que en

dicho párrafo se hace referencia con un «título académico oficial».

La señalada omisión por parte del legislador de 1963 del calificativo «académico» no debe, empero, conducir a una conclusión de inconstitucionalidad del art. 321.1 del Código Penal. A ello se opondría la afirmación, reiteradamente mantenida por este Tribunal, de que únicamente cabe declarar la inconstitucionalidad de aquellos preceptos «cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo una interpretación conforme a la misma» [SSTC 93/1984 (RTC 1984\93), 115/1987 (RTC 1987\115), 105/1988 (RTC 1988\105) y 119/1992 (RTC 1992\119), entre otras muchas].

Pues si bien es cierto que dicha afirmación ha sido utilizada para justificar el pronunciamiento de una Sentencia interpretativa en relación con un recurso de inconstitucionalidad, no lo es menos que no pierde virtualidad por el hecho de que no sea ésta la vía planteada en el presente caso.

Aquí se trata de examinar la aplicación por el órgano judicial de una norma, el art. 321.1 del Código Penal, que contiene un tipo penal uno de cuyos elementos ha de llenarse de contenido mediante preceptos extrapenales, generalmente de naturaleza administrativa (como en el caso, los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria), lo que supone para el intérprete una tarea de integración del tipo con pleno sometimiento a los principios penales – singularmente el de legalidad – de conformidad con los valores que la Constitución propugna (art. 1.1 CE) y según los parámetros que rigen la interpretación y aplicación de las normas penales, singularmente y en lo que ahora importa, la interdicción de la interpretación extensiva in malam partem, a la hora de aplicar las figuras delictivas. Posibilidad de interpretación judicial integradora conforme a la Constitución, perfectamente conocida, por demás, por los órganos judiciales (art. 5.1 LOPJ). Buena prueba de ello es la abundancia de fallos absolutorios de la jurisdicción penal ordinaria – eso sí, geográficamente delimitados – basados en la identificación del «título» aludido en el art. 321.1 del Código Penal con un «título académico».

Existen por otra parte, datos suficientes para considerar que la omisión del adjetivo «académico» no perseguía el objetivo de ampliar el tipo del delito de intrusismo para incluir en el mismo

conductas como la llevada a cabo por el recurrente y que, por consiguiente, la aplicación del art. 321.1 del Código Penal a dichas conductas contradice abiertamente la voluntad legis. Pues la omisión del mencionado «calificativo» se produjo en un contexto de absoluto respeto al resto de las indicaciones contenidas en la base quinta de la Ley de Bases de 1961. De tal suerte que en el hoy derogado art. 572.1 del Código Penal se tipificó como falta de intrusismo la conducta de quien «no estando comprendido en el art. 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida». Precepto que habría quedado absolutamente vacío de contenido, por falta de ámbito de aplicación, de no entenderse referido, precisamente, al ejercicio de actos propios de una profesión que, a diferencia de lo previsto en el art. 321.1, no requiere estar en posesión de un título académico y sí de un reconocimiento oficial de menor rango. Sólo así habrían quedado perfectamente delimitadas las respectivas esferas del delito y de la falta de intrusismo, ya que, de otro modo, la excesiva ampliación del alcance del delito a costa de la falta de vendría en inaplicación de esta última al no poderse pensar en un título oficial que no estuviese ya incluido en la descripción típica inscrita en el art. 321.1 del Código Penal.

La coexistencia de ambos preceptos hasta la reforma del Código Penal operada en 1989 demuestra no sólo que el legislador de 1963 no fue ajeno a la idea de que su conexión sistemática, necesaria para poder deslindar los respectivos ámbitos de aplicación del delito y de la falta, impedía una interpretación del término «título» como la sostenida en las Sentencias aquí impugnadas, sino también que tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad inherente al principio de legalidad propio de un Estado de Derecho. Proporcionalidad que sigue manteniéndose en la actualidad, más acentuada todavía, por cuanto la desaparición de la otrora falta de intrusismo ha venido motivada por el propósito de descriminalizar dicha conducta, convirtiéndola en infracción administrativa.

No puede, en consecuencia, reprocharse al legislador penal vulneración alguna del principio de legalidad, por haber redactado el art. 321.1 del Código Penal en unos términos tan abiertos que favorecerían una interpretación como la realizada por las Sen-

tencias recurridas y sí, en cambio, a los órganos judiciales por haber desconocido que tanto el origen legislativo del art. 321.1 del Código Penal, como su necesaria conexión con el art. 572.1 – y, actualmente, con lo establecido en la disposición quinta de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal –, convertían a dicha interpretación en extensiva y contraria al principio de legalidad penal del art. 25.1 de la Constitución.

A idéntica conclusión habría debido conducirles, por otra parte, una interpretación orientada al «fin de protección» de la citada norma. Pues, aun siendo cierto que, como mantiene la Sentencia dictada en apelación, lo que con el art. 321.1 se pretende proteger es el ejercicio ordenado de ciertas actividades profesionales cuyo desempeño requiere una cierta capacitación respecto de la que el Estado ejerce un determinado control, no por ello ha de concluirse que dicha protección penal deba otorgarse a todas aquellas profesiones que, de una u otra manera, están sometidas a un mayor o menor grado de control público.

Como ha declarado este Tribunal en su Sentencia 122/1989 (RTC 1989\122), si bien es posible que «dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), y como medio necesario para la protección de intereses generales, los Poderes Públicos intervengan en el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud ... la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es en modo alguno equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales a que se refiere el art. 149.1.30 CE, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado», pues «la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional es cosa bien distinta y alejada de la creación de una profesión titulada en el sentido antes indicado», cuyo ejercicio está condicionado «a la posesión de concretos títulos académicos» (STC 83/1984), o, lo que es lo mismo, a «la posesión de estudios superiores», ratificados por el oportuno certificado, diploma o licencia [STC 42/1986 (RTC 1986\42)].

A la vista de esta doctrina, no sólo resulta avalada la distinción entre «título académico oficial» y «capacitación oficial» y la identificación de las profesiones tituladas con aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente «título» oficial, sino que dado el reconocimiento constitucional a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), se perfila la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego. De manera que cuanto más relevancia social tuvieran dichos intereses, mayor sería el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de la actividad profesional que sobre ellos incidiera; y, lógicamente, mayor habría de ser el grado de control estatal sobre los mismos y más grave la sanción imponible en caso de desempeño de los «actos propios» de dicha profesión por quienes no estuvieran oficialmente capacitados para ello.

Todo ello concuerda perfectamente con la identificación del «título» a que alude el art. 321.1 del Código Penal con un «título académico oficial». Pues, de esta suerte, quedaría reservado el ámbito de aplicación de dicho precepto a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de la máxima relevancia – vida integridad corporal, libertad y seguridad –, no sólo necesitan para su ejercicio la realización de aquellos estudios que requieren la posesión de un título universitario ad hoc, sino que también merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiese suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad – cual es, sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario – quedarían, respectivamente, satisfechas en su caso mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio, y con la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaran «actos propios» de las mismas sin estar en posesión de dicha capacitación. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justifi-

car la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE).

Una vez concluido que el término «título» a que se alude en el art. 321.1 del Código Penal necesariamente ha de ser un «título académico» o, si se prefiere un «título universitario» oficial, reconocido por disposición legal o por Convenio Internacional, resta únicamente por comprobar si la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria requiere o no para su ejercicio la posesión de un título de estas características.

La regulación de los requisitos exigidos para desempeñar la actividad profesional de Agente de la Propiedad Inmobiliaria está contenida en el Decreto 3248/1969, de 4 de diciembre, emanado del antiguo Ministerio de la Vivienda, hoy Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, modificado por el Decreto 55/1975, de 10 de enero, y no derogado por el posterior Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, mediante el que se aprobaban los Estatutos Generales de dicha profesión, dado que dicho Real Decreto fue íntegramente anulado por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 22 de diciembre de 1982, por no haberse dado audiencia en su tramitación al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos de España, siendo ejecutada dicha Sentencia por Orden del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 5 de mayo de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 20 de junio de 1983).

El art. 5 del Decreto 3248/1969 establece dos requisitos para el ejercicio de la profesión de Agente Inmobiliario: hallarse en posesión del título profesional expedido por el Ministerio de la Vivienda (hoy Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo), y estar inscrito en el Colegio correspondiente y en la Mutualidad General de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y en posesión del carné profesional. Para la obtención del requerido título profesional será necesario acreditar suficiente aptitud ante el Tribunal que juzgue los exámenes convocados a tal efecto por la Subsecretaría del Ministerio de la Vivienda (arts. 6 y 9), exigiéndose para participar en los mismos, entre otras cosas, que el candidato se encuentre «en posesión de un título oficial expedido por Universidades en el gra-

do de Licenciado; por Escuelas Técnicas en sus grados Superior y Medio; por Escuelas de Comercio desde el grado de Profesor Mercantil; por Escuelas Normales de Magisterio u otro título de carácter oficial que esté legalmente equiparado a éstos, mediante disposición legal o reglamentaria [art. 7 e)]».

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el Decreto de 6 de abril de 1951, en el que por primera vez se regulaba la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no contenía un precepto similar al citado art. 7 e) del Decreto 3248/1969. Y que el Decreto 271/1975, de 13 de febrero (RCL 1975\405), ofrecía a las personas que estuvieran inscritas en el censo de posibles sindicatos elaborado por el Sindicato Nacional de Actividades Diversas y cerrado a 31 de diciembre de 1973, y que acreditaran que venían ejerciendo asiduamente, con anterioridad a dicha fecha, las actividades propias de la profesión de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, así como que reunían las condiciones exigidas en los apartados a), b) y c) del art. 7 del Decreto 3248/1969, la posibilidad de solicitar, en el plazo de noventa días a partir de la publicación del citado Decreto, su incorporación a los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria; incorporación que les sería concedida tras haber superado las pruebas establecidas a tal efecto. De manera que, por esta vía, pudieron incorporarse a dicho Colegio Oficial personas que ni tan siquiera estaban en posesión de las titulaciones requeridas por el art. 7 e) del Decreto 3248/1969.

Se desprende de ello que, en la actualidad, conviven en el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria muy distintos tipos de titulados, de extracción universitaria los unos, carentes de título académico los otros. Precisamente esta diversidad permite aseverar que, al no requerirse en todos los casos una titulación universitaria para tener acceso a la obtención del «título» de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, debe negarse al mismo el calificativo de «académico». Además, el hecho de que se requiera o no la condición de titulado universitario para tener acceso a la obtención del «título» de Agente de la Propiedad Inmobiliaria es indiferente a los efectos que aquí interesan. Concluir lo contrario obligaría a que, en el caso de que una futura norma estableciera que únicamente teniendo la condición de titulado universitario podría accederse a las pruebas establecidas

para la obtención del título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria [lo que, por lo demás, resulta perfectamente concebible a la vista de que el anulado Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, exigía para ello, en su art. 5 a), «hallarse en posesión de un título oficial universitario», incluyendo entre ellos, por cierto, el de Profesor Mercantil], dicha profesión habría de incluirse automáticamente en el ámbito de protección del art. 321.1, olvidando así todo lo anteriormente expuesto al examinar la ratio legis de dicho precepto.

No es, pues, el origen universitario o no del candidato a Agente lo relevante a efectos de la protección penal acordada por el delito de intrusismo. Lo verdaderamente importante es que el título «en sí» de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, obviamente, no es un «título académico», puesto que ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; y que, por ello mismo, no puede incluirse dentro de los márgenes de la conducta tipificada en el art. 321.1 del Código Penal la de quien realizare los actos propios de dicha profesión careciendo de la capacitación oficialmente reconocida que para ello se requiere.

Por todo ello, debe concluirse que, al condenar al recurrente como autor del delito de intrusismo tipificado en el art. 321.1 del Código Penal, las Sentencias impugnadas han llevado a cabo una aplicación extensiva in malam partem del término «título» contenido en dicho precepto que no es conforme a los principios y valores constitucionales. Aplicación extensiva que, frente a lo que sostienen el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de la provincia de Alicante y el Ministerio Fiscal, no constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria en la que este Tribunal no podría entrar sin convertirse con ello en una última instancia, sino que, por el contrario entra de lleno en el contenido constitucional del principio de legalidad penal. Lo que lleva a la estimación del presente recurso por infracción del art. 25.1 CE.

Y en atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA, decidió otorgar el amparo solicitado por el recurrente, reconociéndole el derecho del recurrente a no ser condenado por un hecho que no constituya delito.

Así, el referido análisis deja meridianamente claro que el título oficial al que se refiere el código punitivo es el TITULO OFICIAL EXPEDIDO POR UNA UNIVERSIDAD, título que en ningún caso puede asimilarse en forma alguna al expedido por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (M.O.P.T.) para el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria (A.P.I.)

En resumidas cuentas, para colegiarse y ejercer como AGENTE DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA, hay que tener el título de expedido por el citado Ministerio, pero para intermediar en operaciones inmobiliarias no es necesario estar en posesión del referido título, amparando por ende, el ejercicio profesional de corredor o mediador inmobiliario bajo las otras titulaciones.

Ante esta situación inicial, empezaron a proliferar numerosos establecimientos de esta índole, pero aún con cierto recelo y temor.

Posteriormente y como suele suceder en nuestro país pasamos de un extremo a otro, y de una regulación realmente restrictiva pasamos a una situación de *total deslegalización*.

Así, mediante el Real Decreto-Ley 4/2000 de Medidas Liberalizadoras del Sector Inmobiliario y del Transporte, se establece que las actividades desarrolladas por los actuales Agentes de la Propiedad Inmobiliaria PODRÁN SER EJERCIDAS LIBREMENTE, SIN ESTAR EN POSESIÓN DE TÍTULO ALGUNO, NI PERTENENCIA A NINGÚN COLEGIO OFICIAL.

Además en términos de estricta técnica jurídica, entiendo que no se ha producido una liberalización, sino una *deslegalización* del corretaje o intermediación inmobiliaria, así liberalizar debe ser permitir que se acceda al ejercicio de una actividad económica regulada, muy distinto de lo acontecido, que no ha sido otra cosa que eliminar todos los requisitos para el desarrollo de la actividad, dejándola huérfana de regulación legal alguna o lo que es lo mismo *deslegalizar*.

Por todo ello, actualmente y ante la carencia absoluta de soporte normativo que regule la profesión de mediador inmobiliario o corredor, ésta se viene regulando jurisprudencialmente, es decir a través de la reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales, se viene determinando vía de sentencia, cuales son los derechos y obligaciones de las partes, así como la naturaleza jurídica de la relación contractual y cuáles son los momentos determi-

nantes en dicha relación para el nacimiento de determinados derechos y obligaciones que hacen a este contrato diferente a otros análogos.

Motivo éste por el que parecería lógico y deseable, el Poder Legislativo regulase definitivamente el acceso y el ejercicio de una profesión, para cuyo desempeño se debería acreditar poseer la suficiente formación, como para poder defender los intereses encomendados por los clientes, y por ende, intervenir en operaciones inmobiliarias, que recordemos, para una parte considerable de los ciudadanos, puede constituir la mayor inversión que éstos van a hacer en sus vidas, cual es la compra de su vivienda.

Conviene destacar también, que en la mayoría de las ocasiones, la compra de una vivienda, en la que las partes son asesoradas por un intermediario o mediador inmobiliario, los adquirentes asumen una obligación de pago que irá ligada a la mayor parte de su vida.

De otra parte, nuestro Ordenamiento Jurídico considera la vivienda como bien susceptible de especial protección, así a modo de ejemplo, viene a constituirse en circunstancia agravante de determinados tipos delictivos, como podemos comprobar en la regulación del delito de estafa, en la que de forma expresa (artículo 250.1.1º) se constituye en circunstancia agravante, cuando el delito recaiga sobre cosas de primera necesidad, *viviendas* u otros bienes de reconocida utilidad social.

Por todos estos motivos, entendemos suficientemente justificada la necesidad de una regulación específica de esta profesión en España.

JOANNA SOLER BETANCOURT

LA FACTIBILIDAD DE LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO ALTERNATIVO SOLUCIONADOR DE CONFLICTOS EN EL PROCESO DE DIVISIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO EN SEDE AB INTESTATO EN CUBA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Mediación y Herencia. - 2.1. Surgimiento de la mediación en materia sucesoria. - 2.2. *Ratio* de la factibilidad de la mediación en sede intestada. - 2.3. Garantías que ofrece el proceso de mediación ante la necesidad de dividir el caudal hereditario. - 3. La mediación y sus particularidades en la división del caudal hereditario en sede intestada. - 3.1. Desarrollo del proceso de división del caudal hereditario según el cauce de las sucesiones intestadas. - 3.2. Las ventajas de la utilización de la mediación en las operaciones divisorias del caudal hereditario en la sucesión *ab intestato*. - 3.3. Análisis de las propuestas de instrumentación de la mediación en el ordenamiento jurídico cubano. - 3.4. ¿De qué forma influye la instrumentación de la mediación en las normas de la sucesión intestada que rigen la división del caudal hereditario? - 4. Conclusiones. - 5. Recomendaciones.

1. *Introducción.* – Desde que surgió la humanidad, surgieron las divergencias, los conflictos, las contiendas. La especie humana ha sido privilegiada en ese sentido pues no tiene necesariamente que dirimir sus desavenencias como lo hacen los animales en extensas, agotadoras y sangrientas luchas por la supervivencia y el poder.

En la actualidad existen diversas formas para consensuar intereses que evitan que un conflicto entre partes, convierta una relación social de cualquier índole en un frente de batalla y permiten que de forma pacífica sea resuelto.

La mediación es unos de esos mecanismos antes mencionados. La misma ha sido estudiada y en consecuencia definida por muchísimos autores. Por solo citar a algunos, podemos mencionar a Suárez Marinés, García Villaluenga, Fuller, entre otros. Todos de una forma u otra han convenido que la media-

ción es un procedimiento que entraña la participación de un tercero imparcial cuya autoridad descansa en el consentimiento que las partes le otorgan para que facilite sus negociaciones. El mediador no posee poder para tomar decisiones de manera independiente más allá de lo que las partes permiten. Se dice que la cualidad central de la mediación es guiar a las partes en el debate, no imponiéndoles reglas, sino dándole puntos de vista certeros y que acomode a ambas.

La mediación no es el único mecanismo solucionador de conflictos, pero ayuda a recuperar el diálogo y la comunicación. Es una nueva manera de dirimir los dilemas, excluyendo la vía litigiosa. Busca que los intereses de ambas partes se vean satisfechos, logrando así un resultado satisfactorio. Es menos costosa que el proceso litigioso ante los tribunales. Propicia que los acuerdos tomados sean positivos, duraderos y rápidos, por lo que debe ser considerado un método alternativo solucionador de conflictos en materia de Derecho de Sucesiones.

El Derecho de Sucesiones es la parte del Derecho Privado constituida por el conjunto de normas que regulan el destino de las relaciones jurídicas de una persona cuando muere, y las que con este motivo se producen¹.

Es decir, es esa parte del Derecho que alcanza su máximo apogeo tras el fallecimiento de una persona natural, pues es en ese entonces que las normas jurídicas sucesorias surtirán plenos efectos².

El Derecho de Sucesiones se torna ante nuestra mirada como un Derecho imprescindible y esencial pues es el regulador de las relaciones jurídicas que surgen con motivo del fallecimiento de una persona. Relaciones que de no ser por la existencia de

¹ DIEZ-PICAZO, LUIS Y ANTONIO GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen IV - Derecho de Familia: Derecho de Sucesiones. Tecnos. Madrid, 1983, p. 303.

² No obstante a lo anteriormente planteado nos parece aconsejable aclarar que no todas las normas sucesorias son de aplicación exclusiva tras el fallecimiento de la persona, sino que igualmente están reguladas en el Libro Cuarto del Código Civil cubano (libro dedicado a las Sucesiones) normas que se aplican en vida del futuro causante, tal es el caso, de las del capítulo I, título II, dedicadas a la regulación de los tipos de testamentos. Pues lógico es aducir que el testador tiene que estar vivo para realizar un testamento a pesar de que el testamento solo surta efectos tras el fallecimiento de dicho testador.

dicho Derecho quedarían vagando y los bienes y el patrimonio que constituyen la herencia estarían en igual estado.

No podemos dejar de reconocer lo enrevesado que es ocasiones se torna el Derecho de Sucesiones, su complicación a nuestro juicio no está en la interpretación de las normas jurídicas sucesorias, sino en el marcado carácter patrimonial que encierra el mismo y en consecuencia las disputas que surgen cuando llega el momento de repartir los bienes del causante.

Generalmente las personas llamadas a heredar son los parientes más propincuos del fallecido, unidos por vínculos sanguíneos o por una gran estima³. Cuando acaece la repartición de la herencia entre los mismos surgen roces que traen aparejados conflictos y estos van adquiriendo mayor escala, entonces es cuando un asunto que se conoció en la jurisdicción civil se desgaja en un ilícito penal⁴.

De ahí la gran importancia que existe en mediar asuntos sucesorios pues realmente tienen una connotación familiar y social muy amplia y es necesario dirimir los conflictos de manera pacífica, siempre buscando la mejor vía para que todos ganen.

Este trabajo va encaminado a desarrollar una investigación acerca de las ventajas que ofrece el proceso de mediación en la división del caudal hereditario en la sucesión intestada. En consecuencia, realizaremos un análisis teórico del fenómeno de la mediación en estrecha vinculación con la sucesión intestada.

³ Es importante acotar que es solo en la sucesión testada donde puede ocurrir que los herederos sean instituidos como tal por el afecto entre ellos y el testador o por disímiles circunstancias que el testador tenga en cuenta a la hora de redactar su testamento, ya que este tiene plena libertad para decidir sobre el rumbo que tomarán sus bienes después de su muerte y en consecuencia instituir a quien decida como heredero, teniendo como único cortapisas la figura del heredero especialmente protegido, persona a la cual le tiene que reservar una porción de sus bienes por mandato legal. En cambio en la sucesión intestada están llamados a heredar los parientes más cercanos del causante y su cónyuge, por un orden de prelación recogido en los artículos del 510 al 521 del Código Civil cubano.

⁴ Muchos han sido los casos conocidos por el tribunal en materia de sucesiones que han traído conflictos entre las partes y que como consecuencia de esos conflictos se han suscitados posteriores delitos como lesiones no graves, injurias, calumnias entre otros.

Igualmente analizaremos el proceso de división del caudal hereditario. Reflexionaremos sobre los conflictos que se presentan en la práctica, entre familiares, como resultado de la división de dicho caudal; así como las formas en que los conflictos antes aludidos son solucionados y las ventajas que ofrece la selección de la mediación para zanjear las desavenencias de forma pacífica. También comentaremos las vías de implementación de la mediación en el ordenamiento jurídico cubano que están en estudio, con especial énfasis en las normas jurídico-sucesorias.

Pero, como para realizar una investigación hay que darle un orden lógico, nos hemos propuesto el siguiente diseño metodológico: el problema científico que tenemos concebido es: ¿Es viable la utilización de la mediación en conflictos generados por la división del caudal hereditario en sucesiones intestadas en Cuba?

Nuestra hipótesis es: La utilización de la mediación, como método alternativo de resolución de conflictos, en situaciones generados por la división del caudal hereditario en sucesiones intestadas, es factible con el fin de lograr acuerdos satisfactorios en ambientes armónicos para las personas implicadas.

Como objetivo general nos proponemos: Fundamentar la factibilidad de la mediación como método alternativo de solución de conflictos, para la solución satisfactoria y armónica de los conflictos que se susciten por la división del caudal hereditario en sucesiones intestadas en Cuba.

Nuestros objetivos específicos son:

- Examinar antecedentes y evolución de la mediación como método alternativo solucionador de conflictos en el ámbito de la sucesión intestada.
- Analizar los principales conflictos que se presentan en la práctica para la división del caudal hereditario en las sucesiones intestadas y las complejidades de su solución.
- Fundamentar la pertinencia de regular, en la normativa sucesoria cubana la posibilidad de la mediación.

Utilizaremos el método teórico jurídico ya que analizaremos a la mediación y a la sucesión intestada, así como al proceso de división del caudal hereditario que acaece dentro de ella desde una perspectiva teórica, pues nos apoyaremos en los estudios realizados por catedráticos y estudiosos del tema para conceptualizar, definir y explicar las instituciones antes mencionadas.

Igualmente nos apoyaremos en el método histórico-jurídico, ya que nos remontaremos en algunos momentos al desarrollo de las instituciones antes mencionadas en el transcurso de la historia y veremos su surgimiento y posterior desarrollo en el tiempo.

Todos los métodos anteriores y otros que no hemos utilizado complementan el método jurídico, el cual, por su especial significación vamos a utilizar de forma muy especial ya que este trata de establecer una línea investigativa entre la teoría, la historia y la crítica. Analizaremos el fenómeno como un todo que forma parte del gran sistema que conforma el Derecho.

El método de consulta a expertos, es otro método que utilizaremos a lo largo del trabajo ya que consideramos que la mejor forma de corroborar nuestro objetivo general así como los objetivos específicos es a través de la consulta a los conocedores del tema, los cuales nos pueden dar su visión del fenómeno, matizada por la experiencia que tienen.

Como técnica utilizaremos la entrevista para obtener información cualitativa del fenómeno que estamos estudiando. Nos apoyaremos en una guía de entrevista como instrumento.

El trabajo está estructurado en dos capítulos. El primero de ellos se titulará: "Mediación y Herencia", en él se abordará el surgimiento de la mediación en materia sucesoria, la *ratio* de la factibilidad de la mediación en sede intestada y las garantías que ofrece el proceso de mediación ante la necesidad de dividir el caudal hereditario. El segundo capítulo se nombrará: "La mediación y sus particularidades en la división del caudal hereditario en sede intestada", el sumario de dicho capítulo estará compuesto por una breve explicación del desarrollo del proceso de división del caudal hereditario según el cauce de las sucesiones intestadas, por las ventajas de la utilización de la mediación en las operaciones divisorias del caudal hereditario en la sucesión *ab intestato*, por el análisis de las propuestas de instrumentación de la mediación en el ordenamiento jurídico cubano y por último por la explicación de la influencia de la instrumentación de la mediación en las normas de la sucesión intestada que rigen la división del caudal hereditario.

El período de investigación de este trabajo fue desde enero del 2014 hasta mayo del 2014.

Esperamos que esta investigación les sirva a los lectores como material bibliográfico así como que sea una pequeña contribución a todos aquellos que aúnan esfuerzos por resaltar en la práctica jurídica la importancia y factibilidad del uso de la mediación como método alternativo solucionador de conflictos, sobre todo en materia sucesoria.

2. *Mediación y Herencia.* – “Los hombres construimos demasiados muros y no suficientes puentes”⁵.

2.1. *Surgimiento de la mediación en materia sucesoria.* – “La mediación es una de las formas más comunes y antiguas de solución de conflictos”⁶. La cultura asiática es una cultura que se caracteriza por la pasividad, por la búsqueda del equilibrio interior y del sosiego. Es por esa razón que sea comprensible que se les reconozca el mérito a los asiáticos de ser los primeros en utilizar técnicas conciliatorias aunque no lo hayan hecho de forma consciente. La mediación en aquel entonces solo consistía en inducir a las personas a que resolvieran sus situaciones usando estrategias no violentas y tenían la esperanza de que el empleo de estas técnicas informales le devolvieran la justicia a la comunidad. Como bien expresó Cheryl A. Picard aunque la mediación tiene una data muy antigua e incluso desde principios del siglo XX, trabajadores y patronos han hecho uso rutinario de terceros neutrales como método para resolver razonablemente las querellas, “(...) no fue hasta los años sesenta que esta se utilizó ampliamente en los asuntos asociados a la comunidad, la familia, las políticas públicas y sociales y en contextos jurídicos. El empleo de los mediadores para resolver disputas relativas a la custodia de los hijos, contratos, preocupaciones ambientales, problemas en el vecindario e intimidaciones en terrenos de juego se ha ido incrementando cada vez más (...)”⁷.

⁵ ISAAC NEWTON, en A. CASTANEDO ABAY, *La Mediación en el Comercio Global Doctrina y Práctica*. Editorial Universitaria del Ministerio de Educación Superior. La Habana, 2011.

⁶ C.A. PICARD, *Mediación en conflictos interpersonales y de pequeños grupos*. Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario, 2002.

⁷ *Ibíd.*

La utilización de la mediación se puede apreciar desde la figura de Jesús en la Biblia como un mediador entre Dios y el hombre, hasta en las primeras culturas tribales de los indígenas norteamericanos, incluidos los navajos y los lakotas los cuales utilizaban esta figura, claro está, de forma rústica para solucionar sus disputas.

Los antropólogos jurídicos, convencidos de las ventajas que ofrecía la informalidad de este proceso y tomando como base la experiencia de las cortes de camaradas en Rusia, las cortes del pueblo en China y las cortes comunitarias en Sudamérica afirmaron que la mediación se trataba de pruebas de la naturalidad y la universalidad del procesamiento informal de disputas y que las familia extendidas, los ancianos, los miembros del clan y los líderes religiosos ofrecían sabiduría, precedentes y modelos para asistir en la solución de conflictos sociales.

Poco a poco, según ha ido evolucionando la humanidad, ha ido evolucionando esta legendaria técnica solucionadora de conflictos y ha logrado erigirse en la actualidad como una forma legítima para lidiar con muchos conflictos sociales y jurídicos desde la sociedad occidental. Es un método alternativo solucionador de conflictos al cual se acude de forma voluntaria en aras de consensuar intereses y de que las partes que están en pugnas salgan todas vencedoras, es decir que puedan ponerse de acuerdo y en consecuencia el resultado obtenido sea el querido por todos.

La mediación hoy atrae la atención de investigadores, legisladores y estudiosos. En Cuba, la experiencia de mediación que ya está de alguna manera institucionalizada, es la de la Corte Cubana de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la República de Cuba, que funciona en el ámbito comercial y que tiene un equipo de 9 mediadores.

En el ámbito familiar y consecuentemente sucesorio, pues lógico es aducir que la mediación en materia sucesoria no es más que un desgajamiento de la mediación familiar ya que es entre los integrantes de la familia que se suscitan las relaciones jurídico-sucesorias, las experiencias de mediación se iniciaron por parte de la Federación de Mujeres Cubanas, que desde el año 2004 tiene establecido este servicio en el espacio comunitario, en las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia. Aún no se

ha generalizado a todas las Casas, pero en municipios tales como: Plaza de la Revolución, Santa Clara y Bayamo ya se tienen experiencias al respecto.

A partir de todo este trabajo, la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Federación de Mujeres Cubanas y la Facultad de Derecho comenzaron un Diplomado sobre Mediación, Género y Familia que desde un enfoque multidisciplinario está preparando con más seriedad a los mediadores.

La Organización Nacional de Bufetes Colectivos está preparando actualmente a un grupo de abogados para que sean mediadores, es válido acotar que la preparación no es solo en el ámbito de la mediación familiar, sino en todos los ámbitos donde la mediación puede ser utilizada como una alternativa solucionadora de conflictos.

2.2. Ratio de la factibilidad de la mediación en sede intestada. – Los lectores que siguen el hilo conductor de este trabajo seguro se preguntarán el por qué del surgimiento de la mediación en sede sucesoria y especialmente en sede intestada, cuál es la *ratio* de que se dedique una investigación a este tema.

El Derecho de Sucesiones, como habíamos expuesto con anterioridad, es un Derecho con un marcado carácter patrimonial, hecho este que hace que las personas involucradas en las relaciones jurídico-sucesorias afronten con regularidad graves disputas en aras de apropiarse de los bienes dejados por el causante. Debido a esta situación es que nació la mediación, en sus inicios de forma natural y en la actualidad de forma consciente, pero siempre con la intención de evitar los conflictos, recuperar el diálogo y encontrar un acuerdo entre las partes que las ayude a llegar a resultados satisfactorios entre ambas.

En sede intestada la mediación tiene la función de lograr que las partes decidan el cauce que tomarán los bienes del causante, claro está, sin ignorar las normas impositivas. Evitando de esta forma los conflictos que se desgajan de los procesos ventilados en los tribunales pues para nadie es un secreto que el ser humano tiene una naturaleza revanchista y siempre quiere el “todo de todo”.

Si analizamos las entrevistas realizadas a los jueces del Tribunal Provincial Popular Yomayz Olivarez Gainza, Daylee Tuero Fuentes

y Elizabetha Guadarramos Pérez⁸ podemos constatar que su criterio es unánime al considerar que la sucesión que más conflictividad presenta es la sucesión intestada. La jueza Daylee Tuero Fuentes expuso que: “En el día a día del tribunal se nos presentan muchísimos casos y todos de una naturaleza diferente, pero lo que si te puedo asegurar sin temor a equivocarme es que los casos en los que más difícil se me hace la labor conciliadora es en la junta de herederos en las sucesiones intestadas. No me explico cómo es que en una familia puede existir tanta desunión y egoísmo”⁹.

Yomayz Olivarez Gainza nos refirió que: “Las sucesiones testamentarias son por lo general bastante sencillas pero los procesos de partición y liquidación del caudal hereditario son más que procesos, son guerras”¹⁰.

Elizabetha Guadarramos Pérez dijo que: “ Cuando veo que me toca un caso referido a la división de un caudal hereditario en sede intestada me erizo y es precisamente por la complejidad que revisten los mismos, no solo se torna complejo por los derechos que poseen las partes sino por los problemas que ocurren entre ellas a lo largo del proceso”¹¹.

De lo expresado con anterioridad podemos concluir que es en sede intestada donde ocurre un mayor índice de conflictividad, por lo que es precisamente ahí donde debe acaecer la mediación para recuperar los puentes comunicacionales rotos y de esta forma evitar en primer lugar, las desagradables desavenencias entre familia y en segundo lugar para ayudar a esa familia a ponerse de acuerdo en un tema tan sensible como la partición y adjudicación de los bienes de una herencia, así como la asunción de deudas; pues debemos recordar que no siempre las herencias nos deparan sorpresas agradables, sino que podemos heredar unos pasivos inmensos, aunque por suerte, tenemos la posibilidad de repudiarlos.

Debido al hecho de que la sucesión testada se rige por la voluntad del causante. Es decir, es el testador el que decide el

⁸ Las entrevistas realizadas a dichos jueces constan en los anexos de este trabajo.

⁹ *Ibídem.*

¹⁰ *Ibídem.*

¹¹ *Ibídem.*

cauce que tomarán sus bienes tras su deceso y que este tipo de sucesiones no genera gran conflicto como regla general, pues las personas instituidas como herederos tienen la potestad de aceptar o repudiar la herencia y las que no hayan sido instituidas como tal no tienen más opción que aceptar la voluntad del causante o demostrar que el acto jurídico testamentario estuvo viciado y en consecuencia interesar la nulidad del testamento para que se proceda a partir la herencia por la vía intestada¹². Y a la realidad de que la sucesión intestada tiene un basamento legal y en ella se suscitan mayores conflictos que en la testamentaria, pues mientras en la sucesión testada las disposiciones son claras y concretas, en la sucesión intestada los bienes del causante dependen de la interpretación de la norma. Decidimos solo circunscribirnos en este trabajo al ámbito de las sucesiones intestadas y desarrollar la importancia que tiene la elección de la mediación como método alternativo solucionador de conflictos antes las posibles divergencias que puedan surgir y no así resaltarlo en sede testamentaria también, aunque para nada negamos la importancia que reviste.

Otro argumento que potencia la necesidad de la mediación en sede intestada lo es los resultados arrojados por el estudio realizado de todas las sentencias que versaban sobre la división del caudal hereditario en sede intestada del Tribunal Provincial Popular contenidas en los legajos del año 2013 y 2014. Estudio que realizamos con la ayuda de los jueces y en el cual nos propusimos hallar los elementos que muestran los índices de conflictividad del proceso de división del caudal hereditario en sede intestada para de esta forma demostrar que lo más prudente sería mediar estos procesos en aras de evitar todas estas situaciones conflictuales que acaecen entre familiares.

Como anteriormente expresamos, revisamos las sentencias contenidas en los legajos del año 2013 y 2014 del Tribunal Provincial Popular, de ellas realizamos una decantación y solamente estudiamos con ayuda de los jueces las referidas a los procesos de división del caudal hereditario en sede intestada. De este estudio apreciamos que:

¹² L.B. PÉREZ GALLARDO, *Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Editorial Félix Varela. La Habana, 2006.

- En muchas ocasiones las partes (las cuales son familia entre sí) no se ponen de acuerdo de forma extrajudicial respecto a cuál de ellas va a ser la que se va a adjudicar determinados bienes, sobre todo si se trata de la vivienda o los autos y en consecuencia cuando ocurre la junta y el juez escucha a cada una le es muy difícil tomar una solución pues ambas tienen argumentos válidos.
- Ocurren también conflictos a la hora de determinar al contador partidador pues como las partes se encuentran en pugna generalmente asumen una actitud revanchista y no aceptan al contador-partidador que propone la contraparte, así como alegan que el mismo va a estar parcializado.
- Igualmente durante la tramitación del proceso surgen roces entre las partes y esto trae consigo que se desarrollen conflictos entre los familiares, conflictos que en muchas ocasiones adquieren grandes escalas y como consecuencia de ellos se agreden físicamente y de palabra.
- También sucede que los herederos no están de acuerdo en la forma en que se realizó la partición de la herencia y en consecuencia sustancian su pretensión por el trámite de los incidentes.
- Que la pretensión de las partes es la adjudicación de dichos bienes a título de propietarios sin intención de valorar la copropiedad.
- Que las personas que tienen legalmente el derecho de ser copropietarios mantienen muy malas relaciones entre sí y no están dispuestas a convivir juntas como tampoco a ceder su porción de la herencia ni a aceptar el precio legal de los bienes a los que tienen derecho.
- Que a la hora de razonar sus sentencias los jueces se basan en criterios de utilidad y necesidad, pero esos criterios son muy subjetivos y difíciles de probar.
- Que hay ocasiones en las cuales coexisten herederos que son niños con otros que son ancianos desvalidos o discapacitados, entonces, ¿a quién favorecer en estos casos? ¿tendrán derecho unos por encima de otros?

Los conflictos mencionados anteriormente están urgidos de soluciones contundentes e inmediatas que los eliminen de raíz en aras del buen desarrollo del proceso sucesorio.

Los jueces alegan que para darle solución a dichos conflictos no siguen una norma rígida y fría; sino que tienen que analizar con exactitud el caso en cuestión y tener en cuenta todos los factores internos y externos que hay alrededor del caso.

A continuación ejemplificaremos algunas de las soluciones que se han dado según el tipo de problema que ha acaecido.

Por ejemplo, cuando ocurren disputas respecto a la figura del contador-partidor, es el tribunal el que lo designa, quedando las partes sujetos a él obligatoriamente.

Cuando las partes quedan inconformes con la partición de la herencia se les permite que impugnen la partición y que la pretensión la interpongan por el cauce de los incidentes.

También en la junta el tribunal es el que lleva la voz cantante fungiendo como conciliador y tratando de esta forma de limar asperezas entre las partes para tratar de llegar a un acuerdo entre las mismas y de esta forma no tener que ser él que decida a quién le corresponde cada bien, así como evitando que el conflicto alcance mayor escala y se derive en situaciones peliagudas para ambas partes.

Como expusimos con anterioridad las soluciones se atemperan a los problemas que surgen en el momento, por lo que nos es imposible esbozar una lista que las incluya a todas, no obstante a eso tratamos de ser bastante inclusivos¹³.

Ahora bien, si nos detenemos un segundo a pensar nos podemos percatar que todos esos obstáculos que ocurren a lo largo del desarrollo del proceso sucesorio y todas esas apresuradas soluciones se pudieran evitar si se logran acuerdos extrajudiciales en torno a la partición y adjudicación de los bienes integrantes de la herencia.

La generalidad es que el hecho de acudir a los tribunales impresiona mucho a las personas y hace que se afiancen las posiciones encontradas pues cada parte se apoya en sus pretensiones y no está dispuesta a ceder. Además de eso, generalmente el transcurso del proceso en sí mismo genera conflicto pues lo que están tratando de hacer los contrincantes es encontrar ar-

¹³ Las soluciones fueron una compilación de las soluciones expresadas por los jueces en la entrevista que le realizamos y que se anexa al final del trabajo.

gumentos que destruyan lo que está exponiendo su contraparte y además que pondere sus derechos. En consecuencia, no se detienen a meditar un segundo en que pueden conciliar ni en los puntos comunes que pueden encontrar, sino lo que quieren es ser los vencedores. Olvidando que son una familia y que en su intimidad todo lo pueden resolver.

Además de lo anteriormente expresado nos parece prudente traer a colación las respuestas que nos dieron los jueces cuando les preguntamos que por qué habían alegado que en las sucesiones intestadas el tema de la división del caudal hereditario traía muchos problemas, pues las mismas reafirman la factibilidad de utilizar la mediación en aras de zanjar los conflictos por la vía extrajudicial:

Yomayz Olivarez Gainza: “ En nuestro diario quehacer tenemos que tener mucho cuidado con los casos referentes a la división del caudal hereditario pues para realizar la partición de la herencia hay que acudir no solo a las leyes sustantivas y adjetivas sino a los criterios de utilidad y necesidad. A mí se me hace un poco complicado determinar a quién le es más útil y necesario el bien porque cada persona tiene una situación personal determinada y generalmente en Cuba casi todos necesitan una vivienda y es por generalidad sobre la vivienda que mayor conflictos hay”¹⁴.

Daylee Tuero Fuentes: “Yo siempre trato de ser lo más lo justa posible pero preferiría que las partes fueran las que realizaran la partición de la herencia y no yo pues decidir a quién le pertenecen los bienes es muy difícil, trato de seguir al pie de la letra las leyes vigentes pero la vida es más rica que el Derecho y he tenido que tomar decisiones entre sí darle una vivienda a un anciano o a un discapacitado pues es una vivienda de un cuarto y no se puede dividir y estas personas no mantenían ningún tipo de relación a pesar de ser hermanos. En fin, pienso que es un proceso muy necesario pero muy difícil”¹⁵.

¹⁴ Las entrevistas realizadas a dichos jueces constan en los anexos de este trabajo.

¹⁵ *Ibíd.*

Elizabetha Guadarramos Pérez: “No voy a reiterar lo que dijeron mis colegas pero también soy del criterio de que es un proceso muy difícil. La experiencia me ha demostrado que aunque me esmere mucho en conciliar durante la junta las familias no ceden y lo quieren todo”¹⁶.

La mediación en sede intestada surge como ese mecanismo nuevo y lleno de fuerza que trata de que no haya un vencedor ni un vencido sino dos ganadores, que aboga porque ambas partes dialoguen y se pongan de acuerdo y que por sobre todas las cosas se eviten los conflictos y se logre el objetivo perseguido el cual no es otro que la partición y adjudicación de la herencia pero de forma pacífica y civilizada.

2.3. *Garantías que ofrece el proceso de mediación ante la necesidad de dividir el caudal hereditario.* – Hasta ahora hemos estado expresando la importancia de acudir al proceso de mediación antes de ir al tribunal e incluso nos hemos atrevido a esbozar la factibilidad que el mismo posee frente a los diversos obstáculos que se pueden presentar en los procesos sucesorios, en consecuencia consideramos que es momento de hacer alusión a las garantías que ofrece el proceso de mediación ante la necesidad de dividir el caudal hereditario, dado que es una institución muy novedosa y aún no implementada en nuestro ordenamiento jurídico cubano.

Para una persona que está acostumbrada a ventilar sus asuntos en los tribunales, *a priori*, la mediación en materia sucesoria le puede parecer un tanto insegura. No dudo que exista quien no esté dispuesto a ventilar asuntos relacionados con bienes de cuantioso valor económico con una persona que se dice mediador y que no le ofrece ningún tipo de seguridad jurídica al acuerdo que se adopte entre ellos y la otra parte. Pero como mismo existen personas desconocedoras de las ventajas y de la factibilidad de la utilización de la mediación, así mismo hay oídos receptivos dispuestos a mediar con la total confianza de que están en manos de profesionales calificados y de que están en presencia de un proceso novedoso pero efectivo.

Proceso que se guía por principios específicos tales como la voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad, la celeri-

¹⁶ Ibidem.

dad, entre muchos otros, pues así como de disímiles son los autores que han abordado el fenómeno de la mediación así mismo de disímiles son los principios ya que cada uno hace sus reflexiones en torno al tema¹⁷.

El principio de voluntariedad lo que garantiza es que las personas que van a participar en la mediación sucesoria lo hagan por propia y espontánea voluntad, es decir, que ellas mismas deseen que un mediador los ayude a dividir su caudal hereditario y consecuentemente los guíe. Además de eso dicho principio también funge en el sentido de que si alguna de las partes de la mediación sucesoria decide abandonar el proceso nada obsta para que así sea, no trayendo esta decisión ningún tipo de perjuicio para la persona.

El principio de imparcialidad se ve reflejado en el hecho de que el mediador funge como tercero y no toma posición en el caso, sino que facilita el entendimiento entre las partes, consecuentemente no está a favor ni en contra de nadie, ni pondera un criterio por encima de otro sino que los engarza y trata de que el resultado obtenido favorezca a todos los mediados.

Lo que expresa el principio de confidencialidad es que los asuntos que se ventilen entre las partes y el mediador deben quedar entre ellos, es decir, no pueden ser divulgados. Un ejemplo que asevera esto es el acta de confidencialidad que firman los mediados y el mediador, acta en la cual se recogen las reglas que guiarán el proceso de mediación, en este caso el proceso de mediación en sede sucesoria, reglas que para nada son rígidas sino que se conforman entre el mediador y los mediados y entre las que se encuentra la absoluta confidencialidad del proceso. Además de esto cuando culmine el mismo todas las notas que se tomaron a lo largo del mismo son totalmente destruidas.

El principio de celeridad lo que hace es demostrar que este proceso es ágil y que la demora del mismo está en dependencia

¹⁷ Podemos encontrar la referencia a estos principios antes aludidos en A. CASTANEDO ABAY, *Mediación para la gestión y solución de conflictos*. Ediciones ONBC. La Habana, 2009; en M. SUARES, *Mediando en sistemas familiares*. Editorial Paidós SAICF. 1ra edición, 2002; en C.A. PICARD, *Mediación en conflictos interpersonales y de pequeños grupos*. Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario, 2002, entre otros textos.

del tiempo que demoren las partes en ponerse de acuerdo. Cier- to es que la división del caudal hereditario es difícil pero si los familiares tienen la disposición para contribuir y ceder en algu- nos aspectos puede ser un proceso muy ágil y arrojar resultados muy eficaces pues son el resultado de la voluntad de las partes.

Como expresamos con anterioridad los principios que ante- riormente se explicaron no son los únicos, incluso nos atreve- mos a afirmar que hay muchísimos más que han sido desarro- llados de una manera muy lógica y coherente por estudiosos del tema, solo que estos son a nuestros efectos los que mayor importancia y utilización tienen en el orden práctico.

Como aludíamos con anterioridad es un proceso ágil pues no sigue formalismos en cuanto a la consecución de actos que se suscitan como consecuencia de su normal cauce, generalmente está dividido en tres fases.

La primera fase es aquella que se inicia con la presentación del mediador y de las partes y en la cual se sientan las pautas para el buen desempeño del proceso. Es la antesala de las se- siones de trabajo y le permite al mediador crear los vínculos con sus mediados así como tratar de restablecer los lazos de co- municación entre las personas en pugna.

La segunda fase comienza con la ventilación de los hechos por los cuales se está llevando a cabo ese proceso. Es ese el momento en el que se ventilan las cuestiones relacionadas con la división del caudal hereditario. Se analizan todas las particu- laridades y peculiaridades de cada persona, sus criterios respec- to a la necesidad que tiene cada una de los bienes, en fin, se analizan todas las cuestiones que le parezcan pertinentes a las partes y al mediador y se realizan tantas entrevistas como sean necesarias ya sean de forma individual o conjunta.

La tercera fase del proceso comienza ya cuando el mediador tiene las herramientas necesarias y considera que las partes es- tán preparadas para, con la guía de él, llegar juntas a una solu- ción.

Es en este momento en el que el mediador lee las propuestas de la división del caudal hereditario, así como las cuestiones que se desgajaron del proceso.

Es válido acotar que el proceso de mediación no es un pro- ceso estático ni rígido, guiado por pasos específicos. Es un pro-

ceso dúctil y en consecuencia no siempre se desarrolla de la misma manera.

Cuando concluye la mediación sucesoria deben de ser leídos por el mediador los acuerdos a los que arribaron las partes y firmados por las mismas, así como destruidas todas las anotaciones que haya realizado el mediador en las sesiones de trabajo tributando esto al principio de confidencialidad.

Para lograr los resultados queridos en la mediación sucesoria, es decir, para que acontezca el acuerdo entre todos los mediados y se pueda llegar a un consenso respecto a la partición y adjudicación de la herencia se necesitan de dos factores fundamentales, en primer lugar de un buen rol de las partes y en segundo lugar de un buen rol de los mediadores.

El buen rol de las partes está dado en el hecho de que sean contributivas al debate, respeten las reglas fijadas al inicio del proceso así como que tengan la voluntad de conciliar y de buscar en conjunto una solución, no imponiendo criterios sino negociándolos y cediendo en algunos aspectos y ganando en otros.

En cambio, el mediador debe de ser capaz de apreciar la dinámica del entorno en que se produce la disputa; ser una persona capaz de escuchar de manera eficaz e inteligente, debe de ser coherente, paciente, no ser crítico, ser flexible, enérgico y persuasivo, imaginativo e ingenioso, poseer reputación profesional, ser confiable y capaz de tener acceso a los recursos necesarios, no debe ser defensivo y ser una persona íntegra y modesta, objetiva y neutral a lo tocante del resultado de la disputa¹⁸. Para ser mediador se requiere de una preparación especial, es decir, esta persona tiene que recibir varios cursos y entrenamientos hasta lograr categorizarse como tal. Cursos y entrenamientos que lo van a dotar de las herramientas necesarias para conducir el proceso de la mejor manera hasta llevarlo a su feliz término.

De todo lo anteriormente expresado se colige que la mediación le ofrece grandes ventajas y garantías a los mediados. En primer lugar, es un proceso voluntario, es decir, las partes pueden decidir si quieren o no mediar su caso y además de eso

¹⁸ C.A. PICARD, *Mediación en conflictos interpersonales y de pequeños grupos*. Centro Félix Varela. Publicaciones Acuario, 2002.

pueden abandonarla en cualquier estado del mismo sin compromiso para ninguna parte. En segundo lugar, es menos costosa, más expedita y cómoda. En tercer lugar: (...) “la mediación va más allá de un arreglo rápido para convertirse en una oportunidad de fortalecer relaciones al reconocimiento y la ganancia mutua (...)”¹⁹, es más probable que la mediación llegue a la causa raigal del problema y, por ende, su repercusión es más duradera. En cuarto lugar, las partes tienen mayor oportunidad de expresarse y no tienen constantemente a un tercero interviniendo en sus asuntos. En quinto lugar son las mismas partes las que solucionan el problema, a través de sus mismas sugerencias, el mediador solo las guía. Así pudiéramos seguir enumerando muchísimas más ventajas pero consideramos que Cheryl A Picard lo resumió cuando expresó en su ya arto mencionado libro que: “(...) Para muchos el atractivo de la mediación va mucho más allá de su aspecto utilitario. Es un vehículo para facultar a las personas naturales y los grupos a manejar sus propias disputas sin recurrir a profesionales o instituciones formales. Les permite retomar el control de sus vidas y alcanzar un mayor acceso a la justicia. La mediación va más allá de un arreglo rápido para convertirse en una oportunidad de fortalecer relaciones al fomentar el reconocimiento y la ganancia mutua. Para otros, la mediación es una promesa de una forma de comunidad y justicia, que se encuentra en posición de transformar la sociedad (...)”

El proceso de mediación sucesoria se erige como un garante ante la necesidad de conciliar intereses y aunar criterios respecto a la división del caudal hereditario. Proporciona celeridad y comodidad a las partes y sobre todo logra acuerdos efectivos y duraderos.

3. *La mediación y sus particularidades en la división del caudal hereditario en sede intestada.* – “No hay camino para la paz, la paz es el camino”²⁰.

¹⁹ *Ibídem.*

²⁰ MAHATMA GANDHI, EN A. CASTANEDO ABAY, *La Mediación en el Comercio Global Doctrina y Práctica*. Editorial Universitaria del Ministerio de Educación Superior. La Habana, 2011.

3.1. *Desarrollo del proceso de división del caudal hereditario según el cauce de las sucesiones intestadas.* – Dentro del libro IV de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico (LPCALE) se ubican los procesos sucesorios que tienen cauce legal en nuestro ordenamiento jurídico. En estos momentos analizaremos solamente el proceso de las operaciones divisorias del caudal hereditario, el cual está regulado en el título IV de dicha ley, en los artículos del 553 al 566.

Dicho proceso es el conjunto de actos del tribunal y de los interesados, el cual está destinado a que sean practicadas las operaciones divisorias del caudal hereditario entre sucesores legales, los cuales no han logrado aunar criterios en la forma de llevarlos a cabo.

Es decir, se busca darle tutela jurisdiccional a las actividades particionales en la sucesión intestada que no es posible verificar sin la intervención de un juez sea porque subsista un litigio particional *ab intestato* o porque la equidad puede ser quebrantada en los casos de herederos menores no representados por sus padres o por sucesores ausentes del territorio nacional.

En este proceso tiene lugar una junta, la cual es un acto dirigido por el juez, el cual convoca a la presencia de todos los sucesores, al que podrán acudir por derecho propio o con representación letrada con el objetivo de que cada uno realice sus alegaciones en relación con la distribución de los bienes guiados por el juzgador que intentará encauzar siempre la discusión por los cánones de las normas sucesorias.

De no obtenerse el resultado querido en la junta, es decir el acuerdo de todos los herederos respecto a la división del caudal hereditario, se procederá a designar uno o más contadores partidores, los cuales son designados por los herederos y en caso de desacuerdo por el propio tribunal. A dicho contador-partidor se le conceden las facultades de inventariar, avaluar y partir el caudal hereditario. Con su intervención se trata de poner a disposición de los interesados una propuesta imparcial de adjudicación del caudal hereditario a partir de las posiciones asumidas por los litigantes con sus alegaciones en el proceso. Ha de construir una vía de satisfacción de los intereses contrapuestos que hasta el momento de su nombramiento ha sido imposible conciliar, a la vez que una propuesta de resolución definitiva a

partir del apego a lo que la ley establece que ha de observar con su intervención el designado.

El proceso de división del caudal hereditario según el cauce de la sucesión intestada tiene como momento trascendental para el acuerdo y la conciliación de intereses a junta como habíamos expresado con anterioridad. Es mediante ella que el tribunal realiza una labor conciliatoria tratando de esta forma de guiar a las partes en aras de que logren ponerse de acuerdo. El espacio de la junta es de todo el desarrollo del proceso el único momento que tiene en alguna medida similitud con la mediación sucesoria pues se busca que las partes negocien y logren resultados efectivos. Pero, igualmente difiere de dicho proceso pues en la conciliación interviene el juez, además de eso no es voluntaria sino que está establecida su realización quieran o no las partes conciliar. Si se logra un buen resultado en ella, es decir, si el juez logra que las partes se pongan de acuerdo y que tengan una propuesta para la partición y adjudicación de la herencia será un gran paso de avance pues se viabilizará el proceso y se evitarán las disputas derivadas de dicha partición; así como la incómoda intervención de un contador-partidor el cual no necesariamente tiene por qué conocer las interioridades de la familia y en consecuencia su propuesta de partición nunca va a ser tan exacta como si la hubiera hecho la familia en su conjunto.

3.2. Las ventajas de la utilización de la mediación en las operaciones divisorias del caudal hereditario en la sucesión ab intestato. – Anteriormente analizamos a groso modo el desarrollo del proceso de división del caudal hereditario según el cauce de las sucesiones intestadas. Ahora nos hacemos una interrogante: ¿no es acaso más productivo llegar a acuerdos extrajudiciales acerca de la división del caudal hereditario? Las personas que sigan el hilo de este trabajo inmediatamente se responderán que sí y es precisamente porque si se evita ir al tribunal a realizar la partición de la herencia pues se estarían evitando todos los problemas que de ahí se desgajan, así como el estrés y la incertidumbre que se les genera a los jueces a la hora de solucionarlos.

Pensemos por un momento, si las partes deciden ponerse de acuerdo y utilizar la mediación para dirimir sus inquietudes pues pueden decidir quién se va a adjudicar los bienes, quién se va a

encargar del pasivo, entre otras cuestiones intrínsecas a las operaciones divisorias en la sucesión intestada, claro está, siempre que se esté en consonancia con lo que preconiza la ley y de esta forma se evitarían el tener que contratar un abogado defensor, trámite que les cuesta dinero; el tener que poner en marcha la maquinaria judicial, maquinaria judicial que tiene que tomarse un tiempo para resolver los asuntos pues tiene que cumplir con todos los actos previstos para el proceso antes de dictar sentencia; los problemas que devienen como consecuencia de los desacuerdos durante la tramitación del proceso; entre muchas otras cuestiones.

En este caso, la mediación se erige de forma aplastante por encima de la maquinaria judicial y quien no lo aprecie así estaría cerrando los ojos ante lo obvio.

3.3. Análisis de las propuestas de instrumentación de la mediación en el ordenamiento jurídico cubano. – Estamos sosteniendo la tesis de que sería factible utilizar la mediación como método alternativo solucionador de conflictos en el proceso de división del caudal hereditario en sede intestada pues la misma ofrece gran cantidad de ventajas las cuales explicamos con anterioridad. Es una tendencia que ha llegado a nuestros días con una fuerza aplastante y se hace imprescindible estudiarla e implementarla. No considerarla en su verdadera dimensión es como darle la espalda al desarrollo de la humanidad y a la negociación amigable.

En este sentido un grupo de profesores de la Universidad de la Habana está realizando un estudio respecto a la implementación de la mediación según los cauces de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico. Dicho estudio ha arrojado como resultado que la mediación puede ser implementada por la vía de la jurisdicción voluntaria. Igualmente se da como solución el hecho de que el acuerdo de mediación se convierta en una transacción judicialmente aprobada. Además se analiza la posibilidad de que el juez pueda remitir el caso a mediación tal cual sucede con la figura de la conciliación en el proceso económico. También se plantea acerca de la factibilidad de utilizar la mediación en el proceso de ejecución para evitar las prerrogativas en el cumplimiento de la obligación. Igualmente el profesor Armando Castanedo Abay es defensor de que el acuerdo de mediación puede adquirir fuerza jurídica por la vía notarial. Aspectos estos que desarrollaremos a continuación.

El profesor Castanedo planteó que los acuerdos que subsisten de un proceso de mediación deben adquirir fuerza jurídica a través de un documento notarial. Es decir, sería el fedatario público el encargado de validar dicho acuerdo y que en consecuencia pueda surtir plenos efectos jurídicos entre partes y frente a terceros²¹.

Entendemos el argumento del profesor y es muy loable su reflexión, pues debemos recordar que la mediación es un proceso totalmente informal, alejado de pragmatismos y de “rituales” y en consecuencia es muy beneficioso para las partes que no tengan que acudir a los tribunales en ningún momento del proceso. Dotando la escritura notarial de fuerza jurídica vinculante al acuerdo arribado.

Además de eso, si en dicho proceso se logra una real y efectiva partición y adjudicación de la herencia, es de suponerse que se haya erradicado la *litis* y en consecuencia se pueda acudir ante un juez de paz para que valide el resultado de la mediación sucesoria realizada.

La jurisdicción voluntaria es un procedimiento recogido en la LPCALE²², en los artículos del 578 al 585.

Las profesoras Dra. Ivonne Pérez Gutiérrez, Ms C. Yamila González Ferrer y Lic. Jane Manso Lache fueron las autoras del estudio anteriormente mencionado y en consecuencia alegaron que: “ La jurisdicción voluntaria permite “moverse” en torno a cualquier asunto en que no exista un conflicto ni se ocasione perjuicio a terceros, pues su regulación no es *numerus clausus* y, al mismo tiempo, se dedica a constatar hechos o realizar actos en los que no exista interés de parte; y, aquí partimos del presu-

²¹ Ver entrevista realizada al profesor Armando Castanedo Abay en los anexos de este trabajo.

²² La jurisdicción voluntaria no es ni “tan proceso ni tan voluntaria”. En primer lugar no es un verdadero proceso pues en ella no está implícita la *litis* sino que simplemente se vienen a validar cuestiones de hecho que necesitan ser corroborada por un juez y no se inicia el ejercicio de la acción con la interposición de una demanda sino con una solicitud en la cual se expresará su objeto y se acompañarán a la misma o se ofrecerán las justificaciones de que intente valerse el promovente (artículo 58° de la LPCALE). El argumento por el cual no es voluntaria es muy sencillo y es que el único procedimiento que regula nuestra ley para poder interesar estos asuntos, es decir, no hay opción, es el único cauce legal existente.

puesto de que no existen partes con pretensiones contrapuestas, sino una comunidad de intereses en cuya virtud se impetra la actuación judicial. Asimismo, la presencia del Fiscal como dictaminador garantiza que no se afecten ni menores de edad ni terceros y la ley procesal, en su artículo 66.3), concede la posibilidad de que se promueva directamente, sin representación ni dirección letrada”²³.

Nos parecen estas reflexiones muy acertadas pues la utilización del procedimiento de jurisdicción voluntaria dotaría a la mediación de la necesaria fuerza jurídica que requiere para poder ser implementada de forma eficaz. Las partes solo tendrían que acudir a un procedimiento judicial investido de pocos formalismos y de más ágil tramitación.

Igualmente esta posibilidad que se nos presenta nos es de utilidad para aplicarla a la mediación en materia sucesoria pues los acuerdos derivados de esta mediación no revisten discordia y en consecuencia cumplen con los requerimientos para la utilización de la jurisdicción voluntaria como cauce legal para la legitimación de dichos acuerdos.

Hasta ahora se nos presenta ante nuestros ojos la factibilidad de la implementación de la mediación por la vía de la jurisdicción voluntaria. Al inicio de nuestro capítulo de forma extrajudicial y con posterioridad del mismo de forma judicial.

Siguiendo el cauce del estudio realizado por las profesoras ellas plantean que: “Asimismo, pueden las partes por sí mismas o con ayuda de un mediador alcanzar acuerdo extrajudicial e intraprocesal, en cualquier estado del proceso, y su aprobación judicial seguirá los trámites previstos en el artículo 653 de la LPCALE”²⁴.

De sus planteamientos interpretamos que los acuerdos deducidos de la mediación siempre que comprendan todas las cuestiones debatidas entre los mediados y se presenten por escrito ante el tribunal por todas las partes o por sus representantes con poder especial para ello pueden ser aprobados por dicho órga-

²³ I. PÉREZ GUTIÉRREZ, Y. GONZÁLEZ FERRER, J. MANSO LACHE, *Primera propuesta de implementación experimental de la mediación, conforme las posibilidades que ofrece la LPCALE*. Ponencia digital, creada el Miércoles, 25 de septiembre de 2013.

²⁴ *Ibidem*.

no. En consecuencia, a nuestra consideración, sería equiparable el acuerdo de mediación aprobado con la transacción judicialmente aprobada. Para ser más precisos, podemos alegar que el tribunal puede aprobar el acuerdo de mediación sucesoria basado en los preceptos que enuncia el artículo 653 de la LPCALE, el cual está creado con el fin de regular la transacción judicialmente aprobada y así dotar de los mismos efectos jurídicos a dicho acuerdo.

Es criterio de los estudiosos del tema que otra vía de instrumentación de la mediación sería a través de la sugerencia del tribunal de que el asunto que está conociendo sea mediado, en este sentido pensamos que el tribunal debe de actuar con absoluto tacto pues si su sugerencia fuera tomada como una imposición se perdería la esencia de la voluntariedad que encierra este proceso y el resultado no sería el satisfactorio.

No obstante a eso, lógico es aducir que si durante la tramitación del proceso de división del caudal hereditario el tribunal se percata de que las partes tienen puntos en común y en consecuencia considera que ese proceso puede ser mediado así lo remita, citando a comparecencia y en presencia de todas las partes, informándoles sobre la factibilidad del procedimiento de mediación, a cuyo efecto requerirá de su consentimiento para el correspondiente traslado.

Lo que se plantea es que dicho procedimiento siga las pautas de realización de forma similar al procedimiento de conciliación establecido para el Proceso Económico, conciliación que está regulada en los artículos del 772 al 774.

Esta vía de implementación también nos parece factible pues si durante la tramitación del proceso de partición y adjudicación de la herencia las partes llegan a acuerdos no tiene el menor sentido seguir con el cauce procesal establecido, sino que se puede ir a mediación a limar las asperezas pendientes y con posterioridad proceder a darle fuerza ejecutiva a dicho acuerdo.

Por último las profesora plantean que: “Una vez concluido el proceso y en fase de ejecución de lo dispuesto, con audiencia de las partes, el tribunal podrá auxiliarse del equipo de mediadores en aras de alcanzar la efectiva ejecución”²⁵.

²⁵ Ibidem.

Planteamiento con el cual estamos totalmente contestes pues sería muy efectivo y productivo que sean cumplidas las obligaciones con prontitud en la fase ejecutiva y sin el menor cortapisas. Utilizando el procedimiento de la mediación se puede llegar a acuerdos más rápidos y factibles y con los cuales todas las partes estén de acuerdo, razón esta que va a permitir que las obligaciones sean cumplidas pues las mismas no fueron impuestas sino consensuadas. Logrando así la mayor prontitud en la consecuente adjudicación de los bienes.

3.4. *¿De qué forma influye la instrumentación de la mediación en las normas de la sucesión intestada que rigen la división del caudal hereditario?* – Como habíamos expresado con anterioridad las normas de la sucesión intestada que rigen el proceso de las operaciones divisorias del caudal hereditario son las recogidas en la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico, específicamente en los artículos del 553 al 556.

Anteriormente explicamos las posibles vías de implementación de la mediación como método alternativo solucionador de conflictos, haciendo especial alusión a la mediación sucesoria. Pues bien, es de suponer que dicha implementación influiría de forma directa en el proceso de las operaciones divisorias del caudal hereditario pues, en primer lugar, si se decide darle fuerza jurídica al acuerdo de mediación por sede notarial se prescindiría de dicho proceso. Las partes se pondrían de acuerdo durante la mediación respecto a quién o quiénes van a ser los destinatarios de la herencia y elevarían estos acuerdos ante un notario, quedando de esta forma resuelta la partición y adjudicación de la misma.

En segundo lugar, si las partes deciden ir a la jurisdicción voluntaria a concederle legitimidad a las soluciones que encontraron a lo largo de la mediación, igualmente se prescindiría del proceso de operaciones divisorias del caudal hereditario y dichas operaciones se realizarían de forma extrajudicial.

En tercer lugar, si las personas legitimadas para interesar el proceso de operaciones divisorias del caudal hereditario deciden a lo largo del mismo acudir a la mediación y esos acuerdos presentarlos al tribunal para que este los valide, equiparando dichos acuerdos a la transacción judicialmente aprobada, dicho

proceso culminaría y no seguiría su cauce normal. O, si las personas anteriormente aludidas deciden mediar antes de iniciar un proceso y los resultados presentárselos al tribunal para que sean aprobados tal cual como ocurre en la transacción judicialmente aprobada, entonces se prescindiría del proceso de operaciones divisorias del caudal hereditario.

En cuarto lugar, si el tribunal durante la tramitación de la división de la herencia aprecia que por el desarrollo del proceso este puede ser mediado, puede remitir dicho caso a un proceso de mediación y de esta forma se afectaría el cauce normal establecido en la ley para el proceso sucesorio arto mencionado.

En quinto lugar, el proceso antes mencionado puede transcurrir normalmente sin alterar ninguno de sus pasos pero los resultados de la sentencia pueden ser mediados y en consecuencia de esta forma compeler a las partes a cumplirlos evitando la presencia del proceso ejecutivo.

De todo lo anteriormente expuesto se colige que la implementación de la mediación de la división del caudal hereditario en el ordenamiento jurídico cubano, traerá aparejado una alteración en el cauce natural de las normas que rigen la sucesión intestada, especialmente las referidas a este tema pues si los interesados deciden mediar sus asuntos antes de acudir a los tribunales, cuestión que aconsejamos, tienen necesariamente que optar por una vía para darle fuerza jurídica a los acuerdos que arribaron para que dichos acuerdos no se queden en solo palabras y después se desmoronen. Esas vías como analizamos con anterioridad pueden dar al traste con que o bien se prescinda del proceso de operaciones divisorias del caudal hereditario o que el mismo sufra alteraciones en su normal cauce.

No obstante a todo lo anterior explicado consideramos que acudir a la mediación es la vía más racional ante la necesidad de dividir los bienes integrantes de una herencia, pues la misma posibilita que sea la familia la tenga el papel preponderante en todas las decisiones y que en consecuencia pueda quedar conforme con los acuerdos adoptados.

La factibilidad de la mediación como método alternativo solucionador de conflictos en el proceso de división del caudal hereditario en sede intestada en Cuba pasó de ser una utopía a convertirse en una realidad.

4. *Conclusiones.* – La realización del proceso de mediación sucesoria en Cuba es de muy reciente data. La experiencia se inició por parte de la Federación de Mujeres Cubanas, que desde el año 2004 tiene establecido este servicio en el espacio comunitario, en las Casas de Orientación a la Mujer y a la Familia. A partir de todo este trabajo, la Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Federación de Mujeres Cubanas y la Facultad de Derecho comenzaron un Diplomado sobre Mediación, Género y Familia que desde un enfoque multidisciplinario está preparando con más seriedad a los mediadores y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos está preparando actualmente a un grupo de abogados para que sean mediadores.

En el proceso de división del caudal hereditario en sede intestada acaecen situaciones que hacen que dicho proceso sea uno de los que mayor complejidad y conflictividad presenta.

Las soluciones dadas por los jueces ante los problemas que acaecen a lo largo del proceso de división del caudal hereditario en sede intestada no erradican los problemas del todo pues se les va de las manos la posibilidad de restablecer los puentes comunicacionales entre las familias.

La mediación se erige como un método alternativo solucionador de conflictos el cual posibilita que la familia que se encuentra en pugna tenga la posibilidad de conciliar posiciones e intereses y de esta forma llegar a un acuerdo extrajudicial acerca de la partición y adjudicación de los bienes que forman parte de la herencia.

La elección de utilizar la mediación para realizar la partición de la herencia posibilita que sea la familia quién decida acerca de este particular y le brinda las herramientas para que puedan comunicarse y desarrollar la negociación de forma civilizada y pacífica evitando que tengan que acudir a los tribunales a ventilar estos asuntos.

No se acoge con la misma satisfacción una división del caudal hereditario realizada por un tercero sin conocimiento profundo de las relaciones familiares ni de la necesidad de cada integrante de esa familia que una división nacida como resultado de la negociación de todos los familiares.

Los principios de voluntariedad, celeridad, confidencialidad e imparcialidad, así como el rol del mediador y de las partes y la

flexibilidad del proceso dotan a la mediación de cualidades que la hace convertirse en un medio seguro y eficaz para ventilar los asuntos relacionados con la división del caudal hereditario.

La junta es el momento procesal durante la tramitación del proceso de división del caudal hereditario en el cual el juez trata de que las partes concilien posiciones, no obstante a eso, la generalidad es que no se arriben a acuerdos concluyentes y que el proceso siga su cauce natural, siendo el juez el que avale la partición de la herencia realizada de forma arbitraria y sin el beneplácito de todos los intervinientes.

Ante la inexistencia de la fuerza jurídica en los acuerdos de mediación se propone implementar la misma en nuestro ordenamiento jurídico. Ya sea elevando dichos acuerdos a vía notarial, interponiéndolos a través de la jurisdicción voluntaria, equiparándolos a la transacción judicialmente aprobada, dándole la posibilidad al tribunal de remitir un asunto de su conocimiento a mediación, o interponiendo la mediación tras la sentencia del tribunal para de esta forma garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones.

La implementación de la mediación en el ordenamiento jurídico cubano permitirá que los acuerdos mediados en sede in testada, referidos a la división del caudal hereditario tengan plena eficacia jurídica y legitimidad.

5. *Recomendaciones.* – Basándonos en nuestras conclusiones y en aras de los resultados obtenidos en nuestro trabajo proponemos que. Se realicen estudios teóricos relacionados con el tema los cuales puedan constituir fuentes bibliográficas de estudio y consulta. Se le de mayor difusión a la mediación como método alternativo solucionador de conflictos en aras de que las personas conozcan de su existencia y de sus ventajas y de esa forma puedan utilizarla para zanjar sus desavenencias. Se implemente la mediación en el ordenamiento jurídico cubano tal cual las propuestas realizadas por las profesoras Ivonne Pérez Gutiérrez, Yamila González Ferrer, Jane Manso Lache y el profesor Armando Castanedo Abay.

ALESSANDRO BALTI

LA RISERVATEZZA DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI DOPO L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La confidenzialità del procedimento di mediazione. - 2. I soggetti obbligati alla riservatezza. - 3. L'oggetto della riservatezza. - 4. Riservatezza e processo. - 5. Le sessioni separate e il principio del contraddittorio. - 6. La rinuncia alla riservatezza e l'obbligo di divulgazione delle informazioni. - 7. Le conseguenze della violazione dell'obbligo di riservatezza.

1. *La confidenzialità del procedimento di mediazione.* – La Corte Costituzionale, con la sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272, ha dichiarato illegittimo l'art. 5, co. 1, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e, in via consequenziale, diverse altre disposizioni del decreto, per violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione¹. All'esito di tale decisione, il procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali è divenuto facoltativo, perdendo così gran parte dell'importanza che aveva assunto nella pratica forense e nelle analisi della dottrina².

¹ La declaratoria di illegittimità ha riguardato, oltre all'articolo 5, co. 1, d.lgs. 28/2010, l'art. 4, co. 3, secondo e sesto periodo, limitatamente alla frase «*se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1*»; l'art. 5, co. 2, primo periodo, limitatamente alle parole «*Fermo quanto previsto dal comma 1 e*»; l'art. 5, co. 4, limitatamente alle parole «*l commi 1 e*»; l'art. 5, co. 5, limitatamente alle parole «*Fermo quanto previsto dal comma 1 e*», l'art. 6, co. 2, 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*»; l'art. 7, limitatamente alla frase «*e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1*»; e nella parte in cui si usa il verbo «*computano*» anziché «*computa*»; l'art. 8, co. 5; l'art. 11, co. 1, limitatamente al periodo «*Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'art. 13*»; l'art. 13, escluso il periodo «*resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile*»; l'art. 17, co. 4, lettera d); l'art. 17, co. 5; l'art. 24.

La presente indagine mira ad approfondire uno degli aspetti più rilevanti della mediazione, quello relativo alla sua riservatezza, tenendo conto delle modifiche derivate dalla sentenza della Consulta, che pure non ha inciso direttamente sulle norme dedicate alla confidenzialità³ della procedura⁴.

² Quello dell'obbligatorietà del procedimento di mediazione è il profilo che aveva generato il maggior numero di critiche: v. T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 71. Poiché l'incostituzionalità non è stata pronunciata nel merito, ma per eccesso di delega, non può escludersi che l'obbligatorietà della conciliazione sia reintrodotta dal legislatore, come osserva, ad es., F. RUSSO, *Mediazione civile. I parapolimeni alla batracomiomachia. Proposte per una nuova conciliazione*, in *www.judicium.it*, 2012, p. 1; M.P. GASPERINI, *Rapporti tra mediazione e giudizio contenzioso nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 20*, in *www.judicium.it*, 2012, p. 2.

³ Il termine "confidenzialità" è l'italianizzazione del vocabolo inglese *confidentiality*, utilizzato anche dall'UNCITRAL *Model Law of International Commercial Conciliation*, su cui v. *infra*, nel corso del paragrafo.

⁴ La confidenzialità della mediazione è disciplinata da alcune disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28; cfr., in particolare, l'art. 3, co. 2, che impone all'organismo di garantire nel proprio regolamento la riservatezza del procedimento; l'art. 9, ove si vincolano al riserbo, rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso del procedimento, tutti coloro che prestano la propria opera o il proprio servizio nell'ambito della mediazione; l'art. 10, che tratta di inutilizzabilità processuale delle informazioni e di segreto professionale; l'art. 11, co. 2, ove è stabilito che la proposta avanzata dal mediatore non possa contenere riferimenti alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante la mediazione; l'art. 16, co. 3, ove si precisa che anche le procedure telematiche di conciliazione devono garantire il rispetto della riservatezza delle parti. Alla confidenzialità sono dedicate altresì alcune disposizioni del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180 e, in particolare, l'art. 4, co. 2, lett. e), ove si stabilisce che il responsabile del registro degli organismi abilitati a svolgere la mediazione debba controllare che essi garantiscano la riservatezza e che i regolamenti siano conformi a quanto previsto dalla legge; l'art. 7, co. 6, ove si dispone che il regolamento deve garantire alle parti l'accesso agli atti del procedimento, accesso che, per dare attuazione a quanto disposto dall'art. 9, co. 2, d.lgs. 28/2010, è limitato ai documenti relativi alle sessioni congiunte o a quelle private a cui il contendente ha partecipato; l'art. 7, co. 7, D.M. 180/2010, ove si vietano le comunicazioni riservate tra una parte e il mediatore, eccetto per quelle effettuate in occasione delle sessioni separate; l'art. 7, co. 8, D.M. 180/2010, che prevede l'applicazione del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, ai dati raccolti durante la mediazione.

La riservatezza costituisce un requisito essenziale⁵ per ogni forma di conciliazione extragiudiziale⁶. I contendenti, consape-

⁵ Cfr., ad es., F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Rivista trimestrale diritto procedura civile*, n. 4, 2000, p. 1319; M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 96; T. GALLETTO, *L'Arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, in *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, a cura di G. ALPA E T. GALLETTO, Giuffrè, Milano, 2004, p. 327; C. MOSCA, *Mediazione*, in *Arbitrato e sistemi alternativi delle controversie*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XXIII, collana *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON, Utet, Torino, 2004, p. 233; P. FAVA, *Arbitration & ADRS negli States: l'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Transazione arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Utet, Torino, 2005, p. 537; F. DE SANTIS, *Sub art. 40*, in *Commentario dei processi societari*, diretto da G. ARIETA E F. DE SANTIS, Utet, Torino, 2007, p. 1038; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La normativa italiana in materia di conciliazione "convenzionale"*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 1226; E. MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1, 2009, p. 52; E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, n. 1, 2009, p. 90; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Rivista trimestrale diritto procedura civile*, n. 2, 2010, p. 667; C. TROISI, *La mediazione obbligatoria alla luce del d.lgs. 28/2010*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010, p. 18; C. MENICHINO, *Commento all'art. 9 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA E F. DELFINI, Cedam, Padova, 2010, pp. 145 ss.; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, in P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIO, D. COMBA, G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 249 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 51 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Utet, Torino, 2011, p. 247; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in *Rivista procedura civile*, n. 4, 2011, p. 780; A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Cedam, Padova, 2011, p. 253; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, in *Quaderni di conciliazione*, n. 3, a cura di C. Pilia, Edizioni AV, Gagliari, 2012, pp. 183 ss.

⁶ Non è, invece, riservata la conciliazione giudiziale e, in particolare, quella affidata al consulente tecnico, ai sensi dell'art. 198 c.p.c., poiché, ex art. 200, co. 2, c.p.c., in caso di mancato accordo, egli deve riportare nella relazione il contenuto delle dichiarazioni rese dalle parti. I termini extragiudiziale e stragiudiziale sembrano equivalenti: si parla, ad es. di conciliazione stragiudiziale nel Titolo VI, del d.lgs. n. 5/2003, e di conciliazione extragiudiziale

voli del fatto che quanto rivelato non sarà divulgato al di fuori del procedimento e, soprattutto, non sarà utilizzato nel corso di eventuali successivi processi giudiziari, si trovano nella condizione di poter comunicare liberamente. Lo scambio di informazioni che in tal modo si realizza facilita l'emersione delle effettive ragioni che hanno provocato la lite, consentendo al mediatore di adoperarsi proficuamente nel tentativo di comporla⁷.

La tutela del riserbo delle procedure di conciliazione extragiudiziale era in passato affidata unicamente alla contrattazione dei contendenti⁸. La legislazione più recente, invece, ha dedi-

all'art. 1, co. 11, l. n. 249/1997 e nelle Raccomandazioni n. 98/257/CE e 2011/310/CE.

⁷ F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 1320; F. DE SANTIS, *La conciliazione in materia societaria. Fondamenti negoziali, contrafforti pubblicistici e riflessi sul processo ordinario*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2004, p. 455; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Conciliazione societaria*, in *Codice degli arbitrati della conciliazione e di altre ADR*, a cura di A. BUONFANTE e C.G. ORLANDI, Utet, Torino, 2006, p. 487; E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, cit., p. 65; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Rivista diritto processuale*, n. 3, 2010, p. 591; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Rivista diritto processuale*, n. 3, 2010, p. 627; C. NECCHI, *Commento all'art. 9, in La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. BANDINI e N. SOLDATI, Giuffrè, Milano, 2010, p. 163; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., pp. 248 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 233. Cfr. anche la *Guide to enactment ad use of UNCITRAL Model Law 2002*, del *Model Law on International commercial conciliation*, pp. 39-41, in http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf. Al fine di indurre i contendenti a confidarsi con il mediatore, è opportuno che quest'ultimo li informi, all'inizio del procedimento, dell'esistenza degli obblighi di riservatezza a cui lui e i suoi collaboratori sono tenuti: così C. NECCHI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 171; P.L. AMERIO, *Ruolo e deontologia dell'avvocato*, in P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIO, D. COMBA, G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 391.

⁸ I contendenti potevano inoltre rivolgersi a organismi di conciliazione dotati di regolamenti interni attenti alla confidenzialità. La riservatezza prevista per contratto vincola solo le parti, senza incidere sulla disciplina delle prove dell'eventuale successivo processo (cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 53). Il legislatore italiano ha inizialmente ignorato la necessità di garantire la confidenzialità dei procedimenti di conciliazione extragiudiziale: v., ad es., l'art. 46, l. 3 maggio 1982, n. 203, che di fatto

cato apposite norme alla confidenzialità dei procedimenti di nuova introduzione⁹.

L'importanza che assume la riservatezza, per il successo della mediazione, emerge chiaramente dai provvedimenti comunitari che hanno preceduto l'emanazione del d.lgs. 28/2010 e, in particolare, dal Libro Verde del 19 aprile 2002¹⁰ e dalla Diretti-

delegava all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio la determinazione delle modalità attraverso cui effettuare la conciliazione delle controversie relative ai contratti agrari, ora abrogata dall'art. 34, co. 12, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. In molti casi, la procedura era affidata alle Commissioni conciliative costituite presso le Camere di Commercio (v., ad es., l'art. 2 l. 14 novembre 1995, n. 481, recante le norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità; l'art. 10, co. 1, l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di controversie derivanti da contratti di subfornitura; l'art. 4, co. 3, l. 29 marzo 2001, n. 135, recante la riforma della legislazione nazionale del turismo; l'art. 38, co. 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ora abrogato, e recante la definizione dei procedimenti in materia di diritti societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia; la l. 6 maggio 2004, in tema di contratti di affiliazione commerciale, di fatto abrogata dall'art. 23, co. 2, d.lgs. 28/2010; l'art. 140 e l'art. 146 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti; dalla l. 84/2006, in tema di tinto lavanderia). Le Camere di Commercio, sul punto ispirate dal regolamento tipo di Unioncamere, hanno sempre garantito, nei loro regolamenti, un'ampia tutela della confidenzialità del procedimento conciliativo; cfr. F. CUOMO ULLOA, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie di subfornitura*, in *Codice degli arbitrati della conciliazione e di altre ADR*, cit., p. 523; M. MARIANELLO, *I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 7, 2011, pp. 539 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 52.

⁹ Cfr. l'art. 40, co. 1 e 3, del d.lgs. 7 gennaio 2003, n. 5, sulla conciliazione stragiudiziale delle controversie in materia di diritto societario e intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, ora abrogata per effetto dell'art. 23, co. 1, d.lgs. 28/2010. Sulla riservatezza nella conciliazione societaria v., ad es., D. BORGHESI, *La conciliazione in materia societaria*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2002, pp. 238 ss.; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Conciliazione societaria*, cit., pp. 487 ss.; F. DE SANTIS, sub art. 40, cit., pp. 1038 ss. Cfr. anche la procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra operatori di comunicazione e utenti, ex art. 84, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259 e la Deliberazione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni del 19 aprile 2007, n. 173, di approvazione del relativo regolamento (cfr. gli artt. 11 e 16, co. 3 del regolamento), nonché il procedimento di conciliazione per la risoluzione delle controversie tra investitori e intermediari, ex d.lgs. 28 ottobre 2007, n. 179.

¹⁰ Obiettivo dichiarato del Libro Verde era quello di avviare un'ampia consultazione, in ambito europeo, sulle questioni giuridiche relative alla risolu-

va 2008/52/CE del 21 maggio 2008¹¹. Nessun riferimento alla confidenzialità era invece contenuto nella L. 18 giugno 2009,

zione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale. Un primo Libro Verde era stato adottato il 16 novembre 1993 e aveva ad oggetto l'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico. L'idea di uno schema di procedimento di conciliazione valido per tutti gli stati dell'Unione si è delineato con due Raccomandazioni della Commissione: la 98/257/CE, del 30 marzo 1998, e la 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, che si sono occupate di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, ove, tuttavia, non compariva alcun riferimento alla riservatezza del procedimento conciliativo. A quest'ultimo aspetto sono invece dedicati gli artt. 79 ss. del Libro Verde del 19 aprile 2002. L'art. 79 afferma che la riservatezza costituisce "il perno del successo dell'ADR, in quanto contribuisce a garantire la franchezza delle parti e la sincerità delle comunicazioni nel corso della procedura". Il Libro Verde ha identificato nelle parti e nel mediatore i soggetti tenuti a rispettare il riserbo (artt. 80-82); ha ritenuto preferibile concedere ai contendenti la possibilità di rinunciare alla confidenzialità e al legislatore nazionale di contemplare ipotesi al verificarsi delle quali sia obbligatorio divulgare quanto appreso durante il procedimento (artt. 80 e 82); ha ricordato l'opportunità di rendere inutilizzabili, nel corso di eventuali futuri processi giudiziari, le informazioni acquisite durante la procedura conciliativa (art. 80) e di impedire alle parti di citare il mediatore come testimone (art. 82); infine, ha previsto la necessità di predisporre un'apposita disciplina per la confidenzialità delle sessioni separate (art. 81).

¹¹ S. CANNALIRE, *Giunge al traguardo la Direttiva europea sulla mediazione*, in *Contratti*, 2008, p. 853 ss.; F.P. LUISSO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Rivista diritto processuale*, 2009, p. 1262 ss.; E. MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, cit., p. 41 ss.; V. VIGORITI, *La Direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. Arb.*, n. 1, 2009, pp. 1 ss.; C. VACCÀ, *La Direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata*, in *Contratti*, 2009, pp. 857 ss.; E.M. APPIANO, *La Direttiva Ce sulla mediazione*, in P.L. AMERIO-E.M. APPIANO-L. BOGGIO-D. COMBA-G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 119; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/Ce)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 361 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 52; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 187. La Direttiva, al considerando n. 23 (ma, sul punto, v. anche i considerando n. 16 e n. 27), evidenziava l'importanza della riservatezza, e all'art. 7 ne prevedeva la tutela, pur limitandola all'eventuale successivo contenzioso giudiziale; tuttavia, la Direttiva consentiva agli Stati membri di adottare ulteriori misure, attraverso le quali garantire una maggiore confidenzialità, opportunità ampiamente sfruttata dal legislatore italiano.

n. 69, con cui, in esecuzione della Direttiva, il Governo era stato delegato ad emanare uno o più decreti legislativi riguardanti la mediazione e la conciliazione delle controversie civili e commerciali¹².

La riservatezza delle procedure conciliative è, inoltre, garantita dalla legislazione di molti degli Stati che hanno adottato forme legali di mediazione dei conflitti¹³, nonché dal “*Model Law on International Commercial Conciliation*” dell’UNCITRAL del 19 novembre 2002¹⁴, da diversi Codici etici internazionali¹⁵ e, in particolare, dal “*Codice europeo di condotta dei mediatori*”¹⁶.

2. *I soggetti obbligati alla riservatezza.* – La riservatezza è un diritto per i contendenti e un obbligo per gli organismi di conciliazione e per tutti gli altri soggetti che partecipano alla mediazione¹⁷. Sono tenuti a garantirla, anzitutto, gli enti che curano lo svolgimento

¹² L’art. 60, co. 3, lett. c), imponeva il generico rispetto della normativa comunitaria e, quindi, anche dell’art. 7 della Direttiva, dedicato alla confidenzialità della procedura. Ne consegue che il d.lgs. 28/2010, prevedendo un’accurata disciplina della riservatezza nella mediazione, non ha causato un eccesso di delega: cfr. F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., pp. 1262 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 52.

¹³ Cfr. F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Cacucci, Bari, 2008, pp. 119 ss., AA.VV., *L'altra giustizia. Giuristi stranieri di oggi*, a cura di V. VARANO, Giuffrè, Milano, 2007; F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., pp. 1283 ss.; P. FAVA, *Arbitration & ADRS negli States: l'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit., pp. 537 ss.; E. SILVESTRI, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in *Democrazia e diritto*, 2005, p. 56, nt. 1; F. FERRARIS-F. SODDU, *Commento all'art. 10 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. CASTAGNOLA e F. DELFINI, cit., pp. 165 ss.; E.M. APPIANO, *La deontologia per il mediatore*, in P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIO, D. COMBA, G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 375.

¹⁴ Cfr. gli artt. 8 e 9 del *Model Law on International Commercial Conciliation*.

¹⁵ V., ad es., i riferimenti in R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 52.

¹⁶ Cfr., *infra*, par. 7.

¹⁷ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 51.

della procedura, i quali, ex art. 3, co. 2, d.lgs. 28/2010, devono predisporre dei regolamenti idonei allo scopo¹⁸.

Inoltre, come previsto dal primo comma dell'art. 9 del d.lgs. 28/2010, il dovere di riservatezza grava su chiunque presti la propria opera o il proprio servizio per l'organismo di conciliazione o, comunque, nell'ambito della mediazione. Sono, pertanto, vincolati al riserbo anche il mediatore, il mediatore ausiliario¹⁹, l'esperto di cui all'art. 8, co. 4, d.lgs. 28/2010, il mediatore tirocinante²⁰, nonché gli amministratori e il personale dipendente dell'ente²¹. La confidenzialità degli incontri deve,

¹⁸ L'art. 3 del d.lgs. 28/2010 stabilisce che il regolamento dell'organismo di conciliazione deve garantire la riservatezza del procedimento, ai sensi dell'art. 9 del decreto. L'espresso richiamo dell'art. 9 può essere variamente interpretato: o nel senso che i regolamenti non possono assicurare un grado di riservatezza minore a quello contemplato dalla legge, oppure nel senso che essi debbano garantire la confidenzialità della procedura entro gli esatti confini tracciati dal legislatore, senza poter prevedere forme più ampie di tutela. Cfr., sul punto, L. BOGGIO, *Autonomia privata e disciplina della mediazione*, in P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIO, D. COMBA, G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 196, il quale, pur ritenendo valide entrambe le letture, ritiene preferibile la prima. Si osserva (cfr. F. CUOMO ULLOA, *Commento all'art. 3 d.lgs. 28/2010*, in *Commentario al d.lgs. 4 marzo 2010*, n. 28, cit., p. 53, nt. 4; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.judicium.it*, 2011, p. 4) che, in applicazione del d.lgs. 28/2010, la riservatezza andrebbe comunque rispettata, anche laddove il regolamento nulla disponesse sul punto. Secondo R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 208 ss., se il contenuto del regolamento si pone in contrasto con l'art. 9, a prevalere sarebbe la disciplina legale. Ex art. 4, co. 2, lett. e), D.M. 180/2010, il responsabile del registro ministeriale, prima di accettare l'istanza dell'organismo di mediazione che chiede di iscriversi, deve verificare le garanzie di riservatezza che l'ente è in grado di prestare per lo svolgimento della mediazione; sulle modalità con cui effettuare tale controllo, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 55.

¹⁹ Di cui all'art. 8, co. 1, d.lgs. 28/2010.

²⁰ Cfr. art. 4, co. 3, lett. b), D.M. 180/2010.

²¹ P. LICCI, *Doveri del mediatore. Il dovere di riservatezza esterno*, in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di B. SASSANI e F. SANTAGADA, Dike Giuridica Editore, Roma, 2010, p. 38; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 55; A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 254; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 203.

inoltre, essere rispettata dal consulente tecnico della parte²² e dall'avvocato che l'assiste²³.

I contendenti sono considerati dal decreto delegato quali beneficiari della riservatezza²⁴, mentre nessun dovere è posto espressamente a loro carico. Fa eccezione quanto stabilito dall'art. 10 d.lgs. 28/2010, ove è fatto divieto, anche ai litiganti, di utilizzare in giudizio le informazioni acquisite e le dichiarazioni rese nel corso del procedimento. L'art. 10 opera, secondo la lettera della norma, solo in caso di insuccesso della mediazione; pertanto, le parti, dopo essersi conciliate, sono libere di divulgare tutto quanto abbiano appreso durante il suo svolgimento²⁵. Per

²² L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., p. 251.

²³ P.L. AMERIO, *Ruolo e deontologia dell'avvocato*, cit., p. 391; A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 254; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 203. V. *infra*, al par. 7.

²⁴ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in *www.judicium.it*, 2010, p. 2; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., p. 251; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit.; M. DI ROCCO, *Il mediatore*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 421, nt. 56, secondo il quale il vincolo di riservatezza potrebbe comunque derivare dall'obbligo di buona fede nelle trattative contrattuali, imposto dall'art. 1336 c.c.; *contra*, estendono anche alle parti, in via generale, il dovere di riservatezza, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 667; F. DANONI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 783. Anche nella Direttiva 2008/52/CE, in attuazione della quale il legislatore ha adottato il d.lgs. 28/2010, non erano previsti, a carico dei contendenti, obblighi inerenti alla riservatezza del procedimento. Il Libro Verde del 19 aprile 2002, afferma, invece, al paragrafo 3.2.2.1, punto 8, che il vincolo dovrebbe gravare soprattutto sulle parti; tuttavia, il Libro Verde si riferisce alla sola inutilizzabilità delle informazioni acquisite durante la mediazione nel corso dell'eventuale successivo processo giudiziale o arbitrale, in ciò, quindi, non differendo da quanto contemplato dall'art. 10 d.lgs. 28/2010. Infine, merita di essere ricordato che nella mediazione societaria, vigente l'art. 40, co. 1, d.lgs. 5/2003, la mancanza di precise indicazioni su chi fosse tenuto a rispettare la riservatezza aveva indotto gli interpreti a ritenervi obbligati, oltre al mediatore, gli stessi contendenti: V.A. BISIGNANI, *Commento all'art. 40 d.lgs. 5/2003*, in *Processo, arbitrato e conciliazione nelle controversie societarie, bancarie e del mercato finanziario*, cit., p. 276.

²⁵ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 3; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., pp. 256 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 61.

evitare che ciò accada, esse possono obbligarsi reciprocamente, in via contrattuale, al rispetto della riservatezza²⁶ e l'impegno può derivare anche da una clausola del regolamento dell'organismo di conciliazione²⁷.

Inoltre, colui che desidera preservare il riserbo su un'informazione può chiedere al mediatore di convocare una sessione separata (cosiddetta "caucuse")²⁸, che si svolga, cioè, in assenza degli altri contendenti. Ai sensi dell'art. 9, co. 2, d.lgs. 28/2010, infatti, le informazioni rivelate e le dichiarazioni rese durante un incontro di questo tipo devono essere celate a coloro che non vi hanno partecipato. Anzi, proprio la possibilità di ricorrere alle sedute private spiegherebbe come mai il legislatore non abbia esteso, anche a carico delle parti, l'obbligo di mantenere confidenziale tutto quanto esse abbiano appreso nel corso della mediazione.

Ad una prima lettura, l'art. 9 del d.lgs. 28/2010 sembra vincolare al rispetto della riservatezza persone diverse, a seconda che le informazioni siano state acquisite in un incontro congiunto (co. 1) o separato (co. 2). L'art. 9, co. 2, d.lgs. 28/2010, infatti, indica il mediatore, quale unico soggetto obbligato a mantenere il riserbo su quanto rivelato durante lo svolgimento delle sessioni private.

La ragione di tale scelta è stata rinvenuta nel fatto che, di solito, i *caucuses* sono gestiti esclusivamente dal mediatore e, quindi, solo a carico di quest'ultimo sarebbe necessario contemplare un preciso dovere di riservatezza²⁹. Tuttavia, altri sog-

²⁶ Allo scopo, è opportuno che il mediatore consigli l'inserimento di un'apposita clausola nell'accordo conciliativo: cfr. M. DI ROCCO, *Il mediatore*, cit., p. 421.

²⁷ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 236. Ad esempio, l'art. 9 del regolamento dell'Organismo di Conciliazione Forense di Milano prevede che tutti i soggetti presenti agli incontri sottoscrivano una dichiarazione con la quale si impegnino a non divulgare a terzi i fatti e le informazioni apprese durante la mediazione.

²⁸ Il richiamo al termine "caucuses" per indicare le sessioni separate è frequente anche nella dottrina italiana: v., ad es., M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione*, cit., p. 222; C. MOSCA, *Mediazione*, cit., p. 273, ove si ricostruisce l'etimologia della parola.

²⁹ E.M. APPIANO, *La deontologia per il mediatore*, cit., p. 373.

getti quali, ad esempio, avvocati, consulenti di parte e mediatori ausiliari, partecipano alle sessioni separate; inoltre, lo stesso personale dell'organismo di conciliazione potrebbe apprendere il contenuto delle informazioni rivelate nel corso di questi incontri. Sembra, pertanto, preferibile ritenere che il legislatore, al secondo comma dell'art. 9, citando il solo mediatore, abbia in realtà voluto richiamare tutti coloro che sono vincolati al riserbo ai sensi del primo comma della disposizione. A sostegno di questa lettura, deve evidenziarsi come una interpretazione restrittiva della norma si porrebbe in contrasto con la sua stessa *ratio*, giacché con essa il legislatore ha voluto garantire alle sessioni separate una maggiore confidenzialità rispetto a quella che viene assicurata agli incontri congiunti.

3. *L'oggetto della riservatezza.* – L'art. 9 stabilisce che oggetto dell'obbligo di riservatezza sono "le dichiarazioni rese" e le "informazioni acquisite" nel corso della mediazione³⁰. Deve, quin-

³⁰ *Prime facie*, può sembrare che la legge abbia compiuto un'inutile ripetizione, poiché le dichiarazioni sono uno dei mezzi attraverso i quali si acquisiscono informazioni (nel concetto di "informazione" si intendono comprese tutte le notizie e le nozioni divulgate e raccolte: cfr. G. DEVOTO-G.C. OLI, voce "informazione", in *Dizionario Devoto Oli della lingua italiana*, 2006, Firenze, p. 704), sicché sarebbe stato sufficiente utilizzare la seconda locuzione, per ricomprendervi concettualmente anche la prima. Dovendo, tuttavia, assegnare un significato alla dicotomia a cui il legislatore si è affidato nel formulare la norma, peraltro riproposta nel decreto, agli artt. 10 e 11, co. 2, si può ritenere che il dovere di riservatezza riguardi anche la stessa circostanza che nel corso della mediazione uno dei partecipanti abbia reso una dichiarazione, relativa a un determinato punto della controversia. La norma vieterebbe, cioè, sia di rendere noto che la parte o un altro soggetto hanno introdotto un'informazione, sia il contenuto di ciò che è stato comunicato. In questo senso, vedi l'art. 4 del Codice Deontologico Europeo, ove si vuole che il mediatore sia obbligato a mantenere il riserbo sull'esistenza stessa del procedimento di mediazione in corso o già conclusosi (cfr., *infra*, par. 7). Si veda anche C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 204, secondo il quale la stessa esistenza della mediazione potrebbe essere oggetto di riserbo. Nel procedimento di conciliazione societaria, l'art. 40, co. 3, d.lgs. n. 5/2003 limitava l'oggetto dell'obbligo di riservatezza alle sole dichiarazioni rese dalle parti, e la scelta era stata criticata da F.P. LUIO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, cit., p. 1263.

di, ritenersi confidenziale ogni atto che sia in grado di svelare ciò che le parti, direttamente o per mezzo dei loro difensori e rappresentanti, o gli altri soggetti intervenuti hanno rivelato durante il procedimento³¹.

In particolare, deve rimanere riservato il contenuto degli accertamenti compiuti dagli esperti di cui si avvalgono i mediatori³² o dai mediatori ausiliari dotati di particolari conoscenze³³. Si osserva che, in considerazione degli alti costi necessari per una loro ripetizione, può essere opportuno che le parti rinuncino alla riservatezza sulle verifiche tecniche svolte nel procedimento³⁴. Ovviamente, la scelta di introdurre nel successivo giudizio l'accertamento attuato durante il tentativo di conciliazione non vincola il giudice, il quale è libero di nominare un consulente tecnico d'ufficio³⁵.

Precisa ed estende ulteriormente la tutela del riserbo l'art. 11, co. 2, d.lgs. 28/2010, che impone al mediatore, quando formula una proposta conciliativa, di evitare di riferirsi alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso della mediazione, salvo il consenso delle parti. La norma si spiega in ragione del fatto che se la proposta non è accolta, essa, ex art. 11,

³¹ F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 783; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 204. Se il mediatore decide di tenere dei verbali delle sedute, questi non debbono contenere riferimenti alle dichiarazioni rese dalle parti e alle informazioni in altro modo comunicate: cfr. F. FERRARIS-F. SODDU, *Commento all'art. 10 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 152.

³² Ex art. 8, co. 4, d.lgs. 28/2010.

³³ A cui fa riferimento l'art. 8, co. 1, d.lgs. 28/2010. Il risultato delle loro verifiche non potrà pertanto essere trasfuso nell'eventuale, successivo, processo giudiziale, salvi comunque i limiti previsti dall'art. 10, co. 1, d.lgs. 28/2010. D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 9; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 248.

³⁴ Osserva R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 248, come, proprio in considerazione del costo che comporta la scelta di avvalersi di un esperto, i regolamenti degli organismi di conciliazione, e in particolare quello di Unioncamere (art. 6), ne subordinano la nomina al consenso di tutte le parti.

³⁵ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 9. Secondo R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 249, la relazione dell'esperto non è assoggettata alle regole disposte dal codice di rito per la consulenza tecnica d'ufficio.

co. 4, d.lgs. 28/2010, è comunque allegata al verbale di mancata conciliazione che, in caso di successivo processo, può essere esibito al giudice³⁶.

Non deve invece rimanere riservata la circostanza che una delle parti abbia o meno partecipato al procedimento. L'art. 11, co. 4, d.lgs. 28/2010, prevede, infatti, che il mediatore, nel redigere il verbale, dia atto dell'eventuale assenza di uno dei contendenti³⁷. Prima dell'intervento della Corte Costituzionale, il giudice, ex art. 8, co. 5, d.lgs. 28/2010, poteva desumere argomenti di prova dalla circostanza che una parte, senza giustificato motivo, non avesse aderito alla procedura conciliativa; egli era, inoltre, tenuto a condannare l'assente, successivamente costituitosi in giudizio, a versare una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto³⁸. La disposizione è stata dichiarata incostituzionale, salvo per un breve inciso, da cui

³⁶ L'esibizione al giudice non è obbligatoria, giacché, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale del 6.12.2012, n. 272, l'esperimento del procedimento conciliativo non è più condizione di procedibilità del giudizio; tuttavia, come precisato più avanti nel testo, la parte che non abbia accettato la proposta può essere condannata a pagare le spese giudiziali o il risarcimento del danno.

³⁷ Il mediatore non può invece indicare quale condotta abbiano tenuto le parti durante la procedura e, in particolare, se esse siano state collaborative. Più in generale, il verbale deve essere redatto, diversamente da quanto avviene nel processo giudiziale, senza precisare l'attività compiuta dai contendenti: cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 214; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 785. La confidenzialità riguarda anche il testo delle conciliazioni, poiché il verbale, con allegato l'accordo, una volta depositato presso la segreteria dell'organismo di mediazione, può essere rilasciato in copia ai soli contendenti (art. 11, co. 5, d.lgs. 28/2010).

³⁸ La sanzione appariva, ad alcuni, spropositata: v. T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, cit., p. 48; F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime e degli effetti*, in *Rivista del notariato*, n. 4, 2011, p. 781; altri (M. FABIANI, *Rapporti critici tra mediazione e processo*, in *www.judicium.it*, 2010, p. 7; G. MONTELEONE, *La mediazione forzata*, in *www.judicium.it*, 2010, p. 3) ritenevano che la norma fosse incostituzionale, perché puniva la mancata partecipazione alla mediazione, contravvenendo così al dogma della neutralità della contumacia; *contra* v. R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giustizia Civile*, n. 4, 2010, pp. 493 ss.

emerge che della mancata partecipazione alla mediazione di uno dei contendenti il giudice può oggi tenere conto unicamente ai sensi degli artt. 92 e 96 c.p.c.³⁹.

4. *Riservatezza e processo.* – Ai sensi del primo comma dell'art. 10, d.lgs. 28/2010, "le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel processo che abbia lo stesso oggetto, anche parziale, e che sia stato iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso⁴⁰ della mediazione"; viene fatta salva l'ipotesi in cui la parte dichiarante o quella da cui provengono le informazioni abbiano acconsentito alla divulgazione.

La norma rischia di prestarsi a facili abusi⁴¹. L'interpretazione letterale del divieto, infatti, induce a ritenere preclusa la produzione giudiziale di tutte le notizie transitate nel procedimento e può, quindi, spingere i contendenti a introdurre strumentalmente nella mediazione fatti a loro sfavorevoli affinché non siano oggetto di prova in un successivo processo⁴². Una simile esegesi

³⁹ Per una disamina di ciò che resta dell'art. 13 d.lgs. 28/2010, dopo l'intervento della Consulta, v. *infra*, par. 5.

⁴⁰ Quindi, l'art. 10, secondo la sua stessa lettera, si applica solo ove il procedimento abbia avuto esito negativo: v. *supra*, par. 2.

⁴¹ G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., p. 627; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 61.

⁴² R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 61 s.; A. SANTI, Sub art. 10, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 264. Si osserva, inoltre, che, poiché ogni litigante può produrre il contenuto delle proprie dichiarazioni, è probabile che nel processo si riproponga la stessa sequenza di informazioni già emersa nel corso della mediazione (cfr. A. SANTI, Sub art. 9. *Doveri di riservatezza*, cit., p. 259; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 245 s.). Una dottrina ha così suggerito di introdurre un generale divieto di producibilità davanti al giudice del contenuto delle comunicazioni effettuate durante il tentativo di conciliazione (A. SANTI, Sub art. 9. *Doveri di riservatezza*, cit., p. 259); una simile norma, come precisato nel testo, impedirebbe di fatto lo svolgimento dell'attività processuale e si porrebbe in contrasto con la *ratio* del divieto, che non è tanto quella di evitare che, durante il processo, vengano introdotti fatti e argomentazioni già emersi nella mediazione, quanto quella di indurre i contendenti a fornire quante più informazioni relative alla controversia. F.

ostacolerebbe il corretto svolgimento del giudizio e della sua attività istruttoria⁴³ e finirebbe per impedire alle parti di far valere il proprio diritto⁴⁴.

Si preferisce, dunque, spiegare l'art. 10 d.lgs. 28/2010 nel senso che il regime di inutilizzabilità riguarderebbe le sole dichiarazioni e informazioni apprese nel corso della mediazione e non i fatti oggetto di queste⁴⁵. La disposizione non vieterebbe cioè di fornire la prova degli elementi necessari per vedere riconosciuto il diritto in giudizio⁴⁶, purché a tal fine non si richiama direttamente le comunicazioni o i documenti esibiti durante la procedura conciliativa. Si osserva, tuttavia, che la produzione degli scritti già presentati potrebbe essere ordinata dal giudice, su richiesta di una delle parti⁴⁷.

L'art. 10 estende il divieto ad ogni processo avente un oggetto anche solo parzialmente coincidente rispetto alla lite dedotta in mediazione e si ritiene che la norma trovi applicazione in tutte le cause collegate alla procedura conciliativa per litispendenza o continenza⁴⁸, nonché ai procedimenti arbitrali⁴⁹ e, in

CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 239, rileva la difficoltà di provare che l'informazione sia stata effettivamente divulgata nel corso della mediazione, proprio perché le parti non possono chiamare il mediatore a deporre.

⁴³ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 61.

⁴⁴ A. SANTI, *Sub art. 10*, cit., p. 263; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 213.

⁴⁵ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 61 s., osserva come una simile lettura sia frutto del bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto alla difesa. V. anche C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 213, il quale, in applicazione dell'esegesi proposta nel testo, osserva come l'art. 10 non si applichi ai materiali probatori formati all'esterno del procedimento di mediazione.

⁴⁶ A. SANTI, *Sub art. 10*, cit., p. 263.

⁴⁷ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 8; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 213. Altrimenti, l'esibizione dei documenti durante la procedura conciliativa potrebbe essere fatta al solo scopo di impedire alla controparte di chiederne la produzione giudiziale.

⁴⁸ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p.65. Secondo D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 10, a rilevare dovrebbe essere una coincidenza totale o parziale di *petitum* e *causa peten-*

generale, per ogni deposizione da rendersi davanti ad un autorità giudiziale o stragiudiziale⁵⁰.

La seconda parte del primo comma dell'art. 10 sancisce l'inammissibilità delle istanze istruttorie volte a provocare l'esame testimoniale o il giuramento decisorio sul contenuto delle dichiarazioni e informazioni transitate nel procedimento. Si ritiene che la norma, coerentemente con la prima parte dello stesso art. 10⁵¹, debba essere interpretata in modo da comprendere tutti i mezzi probatori⁵² e, in particolare, l'interrogatorio formale⁵³.

Le prove assunte in violazione dell'art. 10 sarebbero illecite, quindi, inutilizzabili e irrilevanti, al fine della formazione del convincimento del giudice⁵⁴. Si discute se i contendenti possano rinunciare al loro diritto di mantenere riservato quanto avvenuto nel corso della procedura conciliativa, attraverso la congiunta citazio-

di, mentre non sarebbe sufficiente una semplice connessione o pregiudizialità tra la causa preannunciata nella mediazione e quella promossa in giudizio.

⁴⁹ A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 252.

⁵⁰ C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 214.

⁵¹ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 239.

⁵² D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 8; A. SANTI, *Sub art. 10*, cit., p. 265; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 67.

⁵³ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 66, ove si nota come il legislatore abbia ricompreso nella norma il giuramento decisorio, la cui natura mal si concilia con la possibilità di essere reso su dichiarazioni-informazioni. Cfr. anche D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, pp. 6 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/Ce)*, cit., p. 365; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 239. In particolare, alcuni hanno espresso il sospetto che il legislatore abbia confuso il giuramento decisorio con l'interrogatorio formale (D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 6; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 21).

⁵⁴ A. SANTI, *Sub art. 10*, cit., p. 266; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., p. 236; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 259 s.

ne del mediatore quale testimone⁵⁵, oppure scegliendo di astenersi dall'eccepire l'inammissibilità delle prova richiesta dalla controparte. Al riguardo, alcuni ritengono che l'inutilizzabilità debba formare oggetto di eccezione di parte⁵⁶; secondo altri, potrebbe essere rilevata anche d'ufficio dal giudice⁵⁷. Il riconoscimento alle sole parti della facoltà di eccepire l'inammissibilità appare conforme al rilievo secondo cui la riservatezza sarebbe un diritto dei contendenti, posto ad esclusiva tutela di un loro interesse⁵⁸.

Il secondo comma dell'art. 10 stabilisce che il mediatore non può essere tenuto a deporre in ordine al contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel corso della procedura ed estende a suo favore le garanzie di cui agli artt. 200 c.p.c. e 103 c.p.p.⁵⁹. Si osserva che tale facoltà, in conformità con quanto prevedeva l'art. 7 della Direttiva 2008/52/CE, deve essere riconosciuta anche ai componenti dell'organismo di mediazione e a chiunque presti la propria opera durante il procedimento, richiamando così quanto disposto dall'art. 9 d.lgs. 28/2010, anche perché, altrimenti, i vincoli dettati dal decreto risulterebbero facilmente eludibili⁶⁰.

Una dottrina afferma che, poiché la riservatezza è posta nell'interesse delle parti, il mediatore sarebbe obbligato a testimoniare qualora siano i contendenti, concordemente, a chiederglielo⁶¹. Egli, tuttavia, è titolare di un proprio diritto a mantenere confidenziale tutto ciò che è avvenuto durante la mediazione e, quindi, potrebbe sempre astenersi dal rendere qualsiasi deposizione, richiamando gli artt. 200 c.p.p. e 10 d.lgs. 28/2010. In tal caso, spetterebbe al giudice decidere se riconoscere il segreto professionale o ordinare al mediatore di rendere la propria

⁵⁵ Secondo D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 9.

⁵⁶ C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., pp. 213 s.

⁵⁷ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 68.

⁵⁸ Sul tema v., ampiamente, *infra*, par. 6.

⁵⁹ "In quanto applicabili", precisa la norma.

⁶⁰ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 8.

⁶¹ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 10.

testimonianza⁶². In particolare, si richiama l'art. 7 della Direttiva Europea n. 2008/52/CE che esclude la possibilità di opporre un rifiuto, se la deposizione è necessaria per superiori considerazioni di ordine pubblico e per assicurare la protezione degli interessi di minori o per scongiurare un danno all'integrità fisica o psicologica di una persona o, ancora, per l'adempimento o l'esecuzione dell'intesa raggiunta⁶³.

Infine, è stato ricordato che il mediatore non riveste la qualifica di pubblico ufficiale e non è quindi tenuto a denunciare fatti di reato appresi durante la mediazione, salvo per i delitti di cui all'art. 364 c.p.⁶⁴.

5. *Le sessioni separate e il principio del contraddittorio.* – Il procedimento di mediazione si svolge attraverso le modalità stabilite dal d.lgs. 28/2010, dal D.M. 180/2010 e dal regolamento dell'organismo di conciliazione; quest'ultimo deve garantire flessibilità alla procedura, in modo che l'*iter* conciliativo sia privo di preclusioni e cadenze predefinite⁶⁵ e possa così modellarsi secondo le necessità concrete della lite⁶⁶. Il mediatore è quindi libero di ascoltare le parti⁶⁷, anche, come si deduce dal se-

⁶² M. DI ROCCO, *Il mediatore*, cit., p. 419.

⁶³ M. DI ROCCO, *Il mediatore*, cit., p. 420. Sulla Direttiva v., *supra*, par. 1; sul problema della esclusione della riservatezza a fronte di esigenze di ordine pubblico, v. *infra*, par. 6.

⁶⁴ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., pp. 242 s.

⁶⁵ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 194. La regola è indirettamente confermata anche dall'art. 8, co. 2, d.lgs. 28/2010.

⁶⁶ Cfr., in tal senso, gli artt. 4 e 5 del regolamento dell'Organismo di Conciliazione Forense di Milano. Com'è stato efficacemente affermato, è "*la procedura a doversi adattare alla controversia e non viceversa*": G. DE PALO-A. BUTI, *Per un sistema di Adr*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da M. RUBINO-SAMMARTANO, Zanichelli, Bologna, 2009, p. 85.

⁶⁷ Secondo l'art. 7, co. 2, lett. a), D.M. 180/2010, l'organismo può decidere se il mediatore debba convocare le parti. La norma andrebbe interpretata nel senso che non è consentito al mediatore di rifiutarsi di sentire i contendenti, poiché a tale obbligo egli sarebbe implicitamente tenuto, ma gli attribuisce la possibilità di non ascoltarli personalmente: v. R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 5.

condo comma dell'art. 9 del d.lgs. 28/2010⁶⁸, convocando delle sessioni separate, ossia degli incontri durante i quali interloquire con uno o alcuni soltanto dei contendenti.

Ai sensi dell'art. 9, co. 2, d.lgs. 28/2010, le informazioni divulgate nel corso delle sessioni separate devono essere tenute riservate anche nei confronti di coloro che non sono stati invitati a parteciparvi (si parla in tal senso di "*riservatezza interna*"). Si ha una sessione congiunta, e non separata, laddove il mediatore convochi tutti i contendenti e uno di essi non si presenti; in tal caso trova applicazione l'art. 9, co. 1, d.lgs. 28/2010 e colui che non è intervenuto può comunque chiedere di conoscere ciò che è avvenuto durante l'incontro.

Le sessioni separate sono fondamentali per il positivo esito del procedimento di mediazione⁶⁹, giacché permettono di aumentare la quantità di informazioni di cui il mediatore viene a conoscenza⁷⁰, consentendogli di comprendere più facilmente i

⁶⁸ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 58.

⁶⁹ V., tra i tanti, M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione*, cit., p. 222; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 2010, II, p. 8; T. GALLETTO, *L'Arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, cit., p. 328; C. MENICHINO, *Commento all'art. 9 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 146 ss.; D. COLOMBO, *La mediazione, tecniche e suggerimenti*, in P.L. AMERIO, E.M. APPIANO, L. BOGGIO, D. COMBA, G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 64; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 58; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 785. Le sessioni separate sono particolarmente utili laddove vi sia un'elevata conflittualità tra i contendenti. Tuttavia, la scelta di ricorrervi si rivela sbagliata qualora possa generare un sentimento di diffidenza tra le parti, interrompendo il confronto in atto (cfr. M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione*, cit., p. 223).

⁷⁰ È proprio la garanzia della riservatezza che induce i contendenti a rivelare ciò che durante una sessione congiunta non sarebbero disposti a comunicare: le parti, in assenza degli altri litiganti e nella certezza che questi ultimi non conosceranno il contenuto delle proprie dichiarazioni, sono spinte a svelare le ragioni profonde che hanno determinato la contesa. In questo aspetto si coglie una differenza essenziale tra mediazione e processo: nel processo giudiziale, i contendenti tendono a rappresentare al giudice solo i fatti a loro favorevoli, prospettandogli una visione della verità spesso molto parziale; nella mediazione – e la disposizione in esame tende a realizzare questo obbiettivo – si vuole che le parti siano disposte a comunicare al mediatore il maggior numero di informazioni, di modo che possa percepire i

reali motivi che hanno generato la lite e di formulare così una proposta conciliativa che abbia migliori possibilità di essere accettata⁷¹. È, quindi, opportuno che al momento della convocazione della sessione il contendente sia avvisato che quanto dirà o mostrerà rimarrà confidenziale⁷², così che sia spinto a rivelare il maggior numero di informazioni ed abbia altresì il tempo di preparare eventuali documenti da esibire⁷³.

fatti nella maniera più vicina alla realtà: v. D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2010, p. 9.

⁷¹ F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., pp. 1312 ss.; D. NOVIELLO, *Il procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2010, p. 19; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/Ce)*, cit., p. 376; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 239.

⁷² Con riguardo alle modalità di svolgimento delle sessioni separate, si osserva, innanzitutto, che è opportuno che il mediatore informi i contendenti, fin dal primo incontro, dell'esistenza delle sedute riservate, al fine di non allarmare gli esclusi, i quali, altrimenti, potrebbero non comprendere il motivo per cui il mediatore si intrattiene privatamente con alcuni di loro. Per la medesima ragione, è preferibile che della convocazione sia informato, ogni volta, anche colui che non è stato convocato. Secondo una parte della dottrina il mediatore che ha tenuto una riunione riservata con uno dei litiganti deve fissarne una, di durata non dissimile, con ciascuno degli altri: A. UZQUEDA-P. FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 64 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 671. Durante la sessione separata il mediatore può discutere gli aspetti legali inerenti alla contesa, senza, tuttavia, svolgere una vera e propria consulenza: piuttosto, qualora lo ritenga opportuno, può invitare il contendente a nominare un avvocato (F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 1313). Al termine della seduta è utile che il mediatore domandi alla parte se intende rinunciare alla riservatezza su quanto ha comunicato nel corso dell'incontro: così C. NECCHI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 171. V., *amplius, infra*, par. 6. Sulle modalità con cui devono tenersi le sessioni separate, cfr. A. UZQUEDA-P. FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, cit., pp. 63 ss.; G. DE PALO-L. D'URSO, *La conciliazione: un modello in quattro fasi*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, cit., pp. 1260 ss.

⁷³ È stato posto in dubbio che, durante lo svolgimento della sessione separata, le parti possano consegnare al mediatore dei documenti, con il vincolo di non mostrarli agli altri contendenti (D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e*

L'art. 7, co. 7, D.M.180/2010, vieta alle parti di effettuare comunicazioni che siano riservate al solo mediatore, salvo per quelle realizzate in occasione delle sessioni separate⁷⁴. Il legislatore distingue, così, tra le informazioni comunicate nel corso di un incontro previamente convocato dal mediatore e quelle comunicate per iniziativa del solo contendente, sancendo la ricevibilità unicamente delle prime⁷⁵.

Poiché è opportuno che le sessioni separate siano indette dal mediatore⁷⁶, la prima sessione del procedimento – che è convo-

segreto nella mediazione, cit., p. 4). Sembra, tuttavia, che la legge non escluda tale eventualità, poiché l'art. 9, co. 2 parla di informazioni, senza distinguere. Cfr. A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 25, nt. 6, il quale osserva come la facoltà di riservare determinati documenti all'attenzione del solo mediatore è spesso prevista dai regolamenti interni agli organismi di mediazione. Cfr. anche G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2011, p. 79, nt. 53, il quale rileva come l'art. 7, co. 6, D.M. 180/2010, assicurando a ciascun partecipante il diritto di accedere in via esclusiva agli atti che ha depositato nel corso delle sessioni separate, implicitamente gli consente di presentare scritti, il cui contenuto non deve essere conosciuto dagli altri contendenti.

⁷⁴ Giova osservare che non è stata prevista alcuna sanzione a carico della parte che, contravvenendo al divieto legale, indirizzi al mediatore informazioni riservate, al di fuori di una sessione appositamente convocata. In tal caso, il mediatore deve evitare, per quanto gli è possibile, di assumere il contenuto della comunicazione e qualora ne venga comunque a conoscenza, è preferibile che avverta gli altri contendenti dell'accaduto, mentre non è obbligato a renderli edotti di quanto illecitamente comunicato.

⁷⁵ L'art. 7, co. 7, D.M. 180/2010 trova la propria *ratio*, da un lato, nella volontà di far sì che il mediatore sia l'unico vero *dominus* del procedimento, riconoscendo a lui soltanto il potere di determinare il calendario e le modalità con cui si devono svolgere gli incontri successivi al primo; dall'altro lato, nella necessità di garantire la sua immagine di imparzialità, che risulterebbe sicuramente compromessa se gli fosse possibile comunicare riservatamente con le parti, anche al di fuori di riunioni previamente convocate: cfr. D. NOVIELLO, *Il procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 19; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 207.

⁷⁶ La scelta deve essere lasciata al mediatore, poiché potrebbe avere ripercussioni sul rapporto di fiducia che lo lega ai contendenti. Inoltre, alle sessioni separate si è soliti ricorrere quando quelle congiunte non sono più produttive e, pertanto, non avrebbe senso che il primo incontro fosse riservato: così G. DE PALO-L. D'URSO, *La conciliazione: un modello in quattro fasi*, cit.,

cata dal responsabile dell'organismo⁷⁷ – deve essere congiunta⁷⁸. Il regolamento dell'ente può, ex art. 3, co. 4, d.lgs. 28/2010, consentire che la mediazione si svolga interamente in via telematica, sicché non sorgono dubbi sul fatto che anche gli incontri riservati possano tenersi con questa modalità⁷⁹. Si osserva che proprio le trasmissioni telematiche determinano particolari rischi per il riserbo dei dati trattati⁸⁰.

L'art. 9, co. 2, d.lgs. 28/2010, imponendo al mediatore la riservatezza su quanto è stato divulgato durante le sessioni separate, impedisce alle parti di svolgere le proprie difese su tutte le informazioni comunicate nel corso del procedimento. Si deve pertanto escludere che i contendenti vedano realizzato, nella

p. 1256. Cfr. anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 671; A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 258.

⁷⁷ Ex art. 8, co. 1, d.lgs. 28/2010.

⁷⁸ Come era ritenuto preferibile anche nella prassi sviluppatasi anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. 28/2010: C. MOSCA, *Mediazione*, cit., pp. 272 ss.; G. DE PALO-L. D'URSO, *La conciliazione: un modello in quattro fasi*, cit., p. 1239; C. MENICHINO, *Commento all'art. 9 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 147 ss.; D. COLOMBO, *La mediazione, tecniche e suggerimenti*, cit., p. 64.

⁷⁹ L'art. 16, co. 3, d.lgs. 28/2010 precisa che il regolamento dell'organismo, nel disciplinare le procedure telematiche, deve garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati. Sul punto, v. F. CUOMO ULLOA, *Commento all'art. 3 d.lgs. 28/2010*, cit., p. 59; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., pp. 245 ss. Cfr., il "Parere allo schema di decreto legislativo: attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", del C.S.M., delibera del 4 febbraio 2010. Poiché nel corso delle procedure telematiche è possibile svolgere sessioni congiunte e sedute separate (v. M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione*, cit., pp. 288 ss.), bisogna distinguere gli obblighi di riservatezza a seconda della tipologia di seduta, garantendo sia la riservatezza interna, sia quella esterna (v. F. CUOMO ULLOA, *Commento all'art. 3 d.lgs. 28/2010*, cit., p. 60).

⁸⁰ Sarebbe in ragione di tale rilievo che il legislatore ha imposto agli organismi di mediazione di indicare nel loro regolamento se la mediazione può svolgersi con modalità telematiche: cfr. C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., pp. 200 s. Lo stesso Autore osserva come la trattazione telematica mette tuttavia al riparo dai rischi per la riservatezza connessi allo svolgimento delle sessioni presso luoghi affollati, quali sono le Camere di Commercio e gli Ordini degli Avvocati.

mediazione, un pieno contraddittorio⁸¹, per lo meno nei termini con cui esso è inteso nel processo giudiziale⁸².

Si osserva, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 111, co. 2. Cost., che il contraddittorio deve essere garantito unicamente ove vi sia un soggetto, terzo rispetto ai litiganti, investito del

⁸¹ D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, cit., pp. 8 ss., sostiene che lo svolgimento di sessioni separate comporta sempre una violazione del contraddittorio. La Raccom. 98/257/CE, all'art. 1, III punto, in tema di procedimenti di conciliazione extragiudiziale, affermava che si sarebbe dovuto consentire a tutte le parti interessate "di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti". Il contraddittorio era ritenuto essenziale sia nel caso in cui il terzo fosse chiamato a risolvere la controversia imponendo una soluzione, sia nel caso in cui dovesse limitarsi a proporre un accordo.

⁸² L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., pp. 247 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 58; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 242. Per uno studio del contraddittorio nel processo civile, si rimanda, tra gli altri, a L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 384 ss.; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Rivista diritto processuale*, 1975, pp. 599 ss.; C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisorio del giudice*, in *Studi urbinati*, 1980-1982, pp. 3 ss.; V. DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Rivista diritto processuale*, 1984, pp. 443 ss.; L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. Priv. Sez. civ.*, IV, Utet, Torino, 1989, pp. 3-64; ID., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Rivista trimestrale diritto procedura civile*, 1991, pp. 673-741; ID., voce *Contraddittorio*, (*principio del*), in *Enciclopedia giuridica*, Aggiornamento, Treccani, Roma, 1997, §§ 1-4; ID., *Le garanzie costituzionali*, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, «Lezioni sul processo civile», Le edizioni del Mulino, Bologna, 1998, pp. 66 ss.; M. TARUFFO, *La trattazione della causa*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di TARUFFO, Utet, Torino, 2000, pp. 306 ss.; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 39 ss. Individuano nel processo una specie del procedimento: H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Rivista trimestrale diritto procedura civile*, 1953, pp. 757 ss.; E. FAZZALARI, voce *Processo (teoria generale)*, in *Nuovissimo Digesto italiano*, XIII, Utet, Torino, 1976, pp. 1068 ss. e, in part., pp. 1072 ss.; ID., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 819 ss., secondo il quale il processo si contraddistingue, all'interno della categoria dei procedimenti, proprio per il fatto che i destinatari degli effetti del provvedimento con cui esso si conclude si possono confrontare in contraddittorio tra loro, su un piano di reciproca e simmetrica parità.

compito di decidere la controversia⁸³. La stessa tutela non sarebbe invece necessaria laddove, come avviene nella mediazione, il terzo non sia chiamato ad esprimere un giudizio, ma soltanto ad aiutare le parti nel trovare un accordo con cui risolvere la lite⁸⁴. La mediazione non è assimilabile ad un processo; essa è, piuttosto, un procedimento di costruzione della volontà negoziale, a cui non possono applicarsi le regole e i principi⁸⁵, propri del giudizio⁸⁶.

⁸³ Il contraddittorio deve essere rispettato nel corso dell'arbitrato, anche irriuale (v. L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit.) e, in generale, in tutti quei procedimenti eteronomi di soluzione dei conflitti rispondenti alla cosiddetta logica avversariale ove, cioè, le parti sono indotte a confrontarsi in maniera competitiva.

⁸⁴ A. BUONFRATE-A. LEGRANDE, *La giustizia alternativa in Italia tra ADR e conciliazione*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 377; F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., pp. 1309 ss.; P. BERNARDINI, *Caratteristiche dell'istituto conciliativo*, in *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, a cura di C. SANGALLI e F.G. STEVENS, Egea, Milano, 2001, p. 12; D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, cit., p. 8.

⁸⁵ Tra i principi del processo che non trovano applicazione nella mediazione, oltre a quello del contraddittorio, vi sono quello della domanda, quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e quello delle preclusioni: cfr. F. LOCATELLI, *Mediazione e arbitrato a confronto: atto introduttivo e ruolo del terzo*, in *Diritto e pratica delle società*, Monografia, 3, 2010, pp. 81 ss.; F. DANONI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 774.

⁸⁶ La procedura conciliativa non ha natura giurisdizionale, ma negoziale. La conciliazione raggiunta dai contendenti è infatti un contratto, la cui formazione è stata facilitata dall'intervento di un soggetto, il mediatore, estraneo alla contesa: cfr. R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, cit., pp. 489 ss.; I. PAGNI, *Introduzione*, in *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le società*, 2010, p. 623; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., 2; D. NOVIELLO, *Il procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali*, cit., pp. 19 ss.; G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione "obbligatoria" e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Rivista diritto processuale*, 2011, p. 127; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta "aggiudicativa" del mediatore*, in *www.judicium.it*, 2011, p. 3; P. BERNARDINI, *Caratteristiche dell'istituto conciliativo*, cit., pp. 13 ss.; A. CONVERSO, *La mediazione conciliativa*, in *Rivista del notariato*, n. 2, 2011, pp. 284 ss.; F. PARENTE, *La mediazione conciliati-*

In dottrina, tuttavia, v'è chi ha sostenuto che si dovrebbe permettere ai contendenti di conoscere tutti gli atti della procedura⁸⁷,

va: *dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime e degli effetti*, cit., p. 778. In generale, non incide sulla natura contrattuale della conciliazione extragiudiziale il fatto che essa si concluda per effetto dell'intervento di un soggetto che è terzo rispetto ai contendenti (cfr. P. BERNARDINI, *Caratteristiche dell'istituto conciliativo*, cit., p. 14; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta "aggiudicativa" del mediatore*, cit., p. 487; M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1080. La composizione della lite è, infatti, direttamente imputabile all'autonomia delle parti le quali, al solo scopo di facilitare il conseguimento dell'accordo, si sono affidate a un soggetto estraneo. A riprova di quanto affermato si ricorda che nessun dubbio sorge sul fatto che l'accordo che si forma grazie all'attività di un mediatore, ex art. 1754 c.c., possa essere un contratto. Lo stesso C.S.M., nel Parere del 4 febbraio 2010, cit., p. 12, ricorda come le caratteristiche ontologiche del procedimento di mediazione sono del tutto distinte da quelle del processo giurisdizionale.

⁸⁷ Cfr. E. MINERVINI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie. Il ruolo delle camere di commercio*, E.s.i., Napoli, 2003, p. 17; E. SILVESTRI, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, cit., p. 63; D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., pp. 3 ss.; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 242; C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 185. Cfr. anche M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/Ce)*, cit., pp. 377 ss., secondo il quale il contraddittorio dovrebbe essere rispettato anche nel corso del procedimento di mediazione, con le stesse modalità con cui è tutelato nel processo: ogni passaggio dovrebbe così svolgersi alla presenza di entrambe le parti, poiché solo così sarebbero poste nella condizione di valutare la neutralità e imparzialità del mediatore. Diversamente, alcuni Autori ritengono che, proprio l'esigenza di garantire il contraddittorio, obbligherebbe il mediatore, specialmente qualora sia in procinto di avanzare una proposta formale, a sentire tutti i litiganti, anche separatamente, garantendo a ciascuno le medesime modalità e un identico tempo di ascolto: cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 671; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 777. Secondo D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 4, la dimostrazione che il legislatore intendeva garantire comunque una certa tutela del contraddittorio, era rinvenibile nell'art. 8, co. 5, d.lgs. 28/2010 – ora dichiarato incostituzionale – ove si prevedeva la possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova dalla mancata partecipazione alla procedura conciliativa di uno dei contendenti, nonché di applicare a suo carico una sanzione pecuniaria. Sembra, tuttavia, che con questa disposizione il legislatore non avesse voluto tutelare il contraddittorio della procedura, quanto punire la contumacia.

soprattutto se al mediatore è concesso avanzare una proposta conciliativa (così detta mediazione “aggiudicativa”)⁸⁸. Quest’ultima possibilità v’è anche nella mediazione delle controversie civili e commerciali, giacché l’art. 11 d.lgs. 28/2010 consente al mediatore di suggerire alle parti il contenuto dell’accordo; inoltre, egli è tenuto a prospettare ai contendenti una soluzione qualora gliene facciano concorde richiesta⁸⁹.

Già il Libro Verde del 19 aprile 2002 aveva evidenziato l’opportunità di assicurare, nel corso dei procedimenti di natura aggiudicativa, un maggior confronto⁹⁰. La Direttiva del 2008 e, di

⁸⁸ Alle conciliazioni di tipo aggiudicativo si contrappongono quelle di tipo facilitativo, ove il mediatore non può avanzare ai contendenti alcuna proposta di accordo. La distinzione tra conciliazione di tipo facilitativo e conciliazione di tipo aggiudicativo è richiamata, in particolare, da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., pp. 653 ss.; D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, cit., pp. 11 ss.; F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all’architettura del regime e degli effetti*, cit., pp. 771 ss.; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta “aggiudicativa” del mediatore*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, p. 488; M. FERRARESI e A. BENUSSI, *Procedura di conciliazione tra mediazione facilitativa e mediazione aggiudicativa*, in *Obbligazioni e contratti*, n. 1, 2011, p. 2. Parlano di mediazione “aggiudicativa” o “propositiva”, invece che di mediazione “valutativa”, nonché di mediazione “meditativa”, in luogo di “facilitativa”, F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 2076 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del dlgs. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010*, n. 180, in *Obbligazioni e contratti*, n. 11, 2011, p. 363.

⁸⁹ È preferibile che le parti vengano informate fin da subito del fatto che il mediatore può formulare una proposta conciliativa: così L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 17; D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, cit., p. 17. Per una panoramica dei dubbi emersi circa l’opportunità e il funzionamento del combinato disposto degli artt. 11, co. 1 e 13 d.lgs. 28/2010 v. D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla “mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”*, in *www.judicium.it*, 2010, pp. 11 ss.

⁹⁰ Il contraddittorio, secondo l’art. 81 del Libro Verde, dovrebbe realizzarsi attraverso una limitazione della possibilità di ricorrere alle sessioni separate o con la loro totale esclusione, a seconda che, rispettivamente, il mediatore sia chiamato a svolgere un ruolo attivo nella ricerca della soluzione da apportare alla controversia o debba assumere decisioni e raccomandazioni.

conseguenza, il d.lgs. 28/2010, con una scelta che è stata fin da subito criticata⁹¹, non sembrano aver seguito tale indicazione⁹². Così, nel sistema attuale, le informazioni rivelate durante le sessioni separate possono essere utilizzate dal mediatore per determinare il contenuto della proposta, senza che i contendenti abbiano potuto contraddire su di esse⁹³.

Ciò era particolarmente rilevante, prima dell'intervento della Corte Costituzionale, poiché l'art. 13 d.lgs. 28/2010 prevedeva delle sanzioni a carico di colui che avesse rifiutato la soluzione avanzata dal mediatore, se il suo contenuto fosse corrisposto interamente al provvedimento successivamente emesso dal giudice⁹⁴. La scelta era stata oggetto di critiche, poiché la paura dei

Nel primo caso, il principio del contraddittorio dovrebbe trovare tutela, ma il conciliatore potrebbe comunque essere autorizzato ad ascoltare i contendenti separatamente, al solo fine di favorirne l'accordo. Lo svolgimento di sessioni separate viene invece escluso nel secondo caso. La parte finale della disposizione richiama la raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001, la quale, al capitolo "Equità", prevede che, laddove il terzo proponga delle possibili soluzioni per la soluzione della controversia, entrambi i contendenti debbano essere in grado di esporre il loro punto di vista e presentare osservazioni su qualsiasi argomentazione, informazione o prova presentata dall'altra parte. Nella Raccom. 98/257/CE, all'art. 1, III punto, veniva invece espressamente richiamato il rispetto del contraddittorio, ritenuto essenziale sia nel caso in cui il terzo fosse chiamato a risolvere la controversia imponendo una soluzione, sia nel caso in cui egli dovesse limitarsi a proporre la soluzione. Si affermava, più precisamente, che la procedura avrebbe dovuto consentire a tutte le parti interessate "di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti".

⁹¹ V. C.S.M., *Parere del 4 febbraio 2010*, cit., p. 13.

⁹² E. MINERVINI, *La Direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, cit., p. 57.

⁹³ Ciò, anche perché l'art. 11, co. 2, d.lgs. 28/2010 vieta l'introduzione nella proposta formale di riferimenti alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante la mediazione. V., in tal senso, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 591; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., pp. 248 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180*, cit., p. 367.

⁹⁴ Prima della sentenza della Corte Costituzionale, in considerazione delle conseguenze che la mancata accettazione della proposta poteva provocare,

contendenti di incorrere nelle sanzioni avrebbe potuto influenzare la loro decisione di accettare o meno la proposta⁹⁵ o indurli a non rivelare le informazioni necessarie per facilitare il raggiungimento di un accordo⁹⁶. In dottrina si era evidenziato come il riflesso che l'attività del mediatore poteva in tal modo realizzare sull'esito del successivo contenzioso giudiziale interferisse con la natura negoziale della mediazione⁹⁷.

Alcune considerazioni pratiche avevano indotto gli interpreti a ridimensionare la portata delle critiche. Era stato rilevato, in-

alcuni affermavano l'opportunità di assicurare alle parti il diritto di contraddire su ogni informazione comunicata nel corso del procedimento: cfr. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., p. 591; R. CAPONI, *Quadro Generale*, in *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010 n. 28)*, in *Foro Italiano*, 2010, V, p. 94; L. BOGGIO, *Inizio e svolgimento della mediazione*, cit., p. 218, cfr. *supra*, nt. 87. Osserva R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 211, che la critica alla scelta legislativa non ha riguardato la possibilità per il mediatore di effettuare proposte, quanto l'aver previsto, in caso di successivo processo, effetti giuridici pregiudizievoli per la parte che non avesse accettato la soluzione offerta. Secondo U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, n. 5, 2010, p. 438, per evitare che la proposta si traduca in qualcosa di simile al dispositivo di una sentenza, vi si può indicare gli elementi acquisiti nel corso dell'istruttoria, come documenti e accertamenti tecnici. Si è tuttavia già rilevato (v. *supra*, par. 3) come, nel concetto di "informazioni acquisite nel corso del procedimento", siano ricompresi anche i documenti e gli accertamenti tecnici, con conseguente impossibilità per il mediatore, ex art. 11, co. 2, d.lgs. 28/2010, di riferirsi ad essi nella proposta conciliativa; d'altra parte, nulla impedisce che quest'ultima sia priva di una motivazione.

⁹⁵ D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, cit., p. 16.

⁹⁶ E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, cit., p. 72; G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, in *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Società*, 2010, p. 630; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180*, cit., p. 367.

⁹⁷ D. NOVIELLO, *Considerazioni in merito al rapporto tra mediazione e processo alla luce del decreto legislativo n. 28/2010*, cit., pp. 12 ss.; R. CAPONI, *Quadro generale*, cit., p. 94. *Contra* R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 218. Secondo M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, cit., pp. 1085 ss., la conciliazione di tipo aggiudicativo avrebbe natura ibrida, tra contratto e giudizio.

fatti, come solo raramente l'art. 13 d.lgs. 28/2010 avrebbe trovato applicazione, poiché difficilmente le decisioni giudiziali corrispondono integralmente all'accordo suggerito dal mediatore⁹⁸. Si era dubitato, inoltre, del fatto che, nella prassi, il conciliatore avrebbe avanzato delle proposte ufficiali, salvo che non vi fosse una richiesta delle parti, ritenendosi più probabile che egli si limitasse ad indicare i possibili termini della conciliazione in via informale, senza lasciarne traccia nel verbale⁹⁹.

Il legislatore aveva comunque cercato di porre rimedio ai problemi evidenziati, attraverso l'introduzione dell'art. 7, co. 2, lett. b), D.M. 180/2010, con cui si consentiva agli organismi di conciliazione di prevedere che la proposta fosse avanzata da un soggetto diverso da quello che aveva condotto la mediazione, realizzando in tal modo una sorta di doppio procedimento¹⁰⁰.

⁹⁸ G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, cit., pp. 629 ss.; G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, cit., p. 631; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile*, cit., p. 437; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta "aggiudicativa" del mediatore*, cit., p. 487; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 285. Si discute se la proposta del mediatore possa o meno vertere su rapporti non dedotti in contestazione: v. F. DELFINI, *La mediazione per la conciliazione delle controversie civili e il ruolo dell'avvocatura*, in *Rivista di diritto privato*, n. 1, 2010, pp. 131 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *Foro italiano*, 2010, V, p. 149; E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta "aggiudicativa" del mediatore*, cit., pp. 488 ss.

⁹⁹ R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, cit., p. 495, nt. 42; R. CAPONI, *Quadro generale*, cit., p. 94. Ritiene E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 669, che al mediatore non sia consentito presentare proposte senza verbalizzarle. Proprio allo scopo di incentivare l'offerta di proposte conciliative, l'art. 16, co. 4, D.M. 180/2010 prevede che l'importo massimo delle spese di mediazione, nel caso di soluzioni conciliative, debba essere aumentato di un quinto. Se la norma, da un lato, invoglia il mediatore a presentare una proposta, dall'altro scoraggia le parti dal richiederne l'enunciazione.

¹⁰⁰ In particolare, il primo procedimento si svolge davanti ad un mediatore incaricato di tentare la conciliazione dei contendenti e al quale questi sono portati a confidare ogni aspetto della controversia; il secondo procedimento, successivo e più veloce, si tiene davanti ad un altro mediatore, investito del solo compito di formulare una proposta conciliativa e ignaro del contenuto delle informazioni rivelate nel corso della prima fase; a questo secondo conciliatore le parti saranno inclini a tenere nascosti gli aspetti della lite che riten-

Nell'ambito della disciplina della confidenzialità della mediazione è proprio sulla questione relativa al rapporto tra contraddittorio e riservatezza che la sentenza della Corte Costituzionale ha dato il suo più incisivo contributo, abrogando l'art. 13 d.lgs. 28/2010, e facendo così venire meno la maggior parte dei dubbi relativi alla necessità di garantire un maggior confronto tra i contendenti nel corso del procedimento conciliativo. L'art. 13 rimane in realtà in vigore, limitatamente al periodo "resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 del codice di procedura civile", sicché il giudice, nel decidere chi condannare al pagamento delle spese del giudizio o nel pronunciare il risarcimento dei danni subiti dalla parte soccombente che ha agito o resistito in giudizio con malafede, può tenere conto di quanto avvenuto durante la mediazione e, quindi, anche della mancata adesione alla proposta conciliativa formalmente avanzata dal mediatore¹⁰¹.

6. *La rinuncia alla riservatezza e l'obbligo di divulgazione delle informazioni.* – Ai sensi dell'art. 9, co. 2, del d.lgs. 28/2010, il mediatore può essere autorizzato, dalla parte dichiarante o da quella da cui provengono le informazioni, a comunicare agli altri contendenti ciò che è stato divulgato durante una sessione separata. Dunque, la norma consente ai litiganti di rinunciare alla riservatezza interna del procedimento¹⁰². A loro volta, l'art. 10,

gono loro sfavorevoli. Cfr. F. VALERINI, *Il nuovo decreto ministeriale sulla mediazione tra innovazioni e correzioni di rotta*, in *Contratti*, n. 12, 2010, p. 1183.

¹⁰¹ In tal modo, si estende il principio, già implicito nell'art. 91 c.p.c., secondo cui anche la parte vincitrice del giudizio può essere condannata al pagamento delle spese, se ha inutilmente instaurato o prolungato il processo. Si osserva che, mentre il giudice può tenere conto, ex artt. 92 e 88 c.p.c., della condotta tenuta dalle parti in sede processuale, il carattere riservato della mediazione gli impedisce di intervenire sulle spese giudiziali valutando il comportamento dei contendenti durante la procedura conciliativa: cfr. A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 229.

¹⁰² A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 258. La possibilità di rinunciare alla riservatezza era già stata prevista dall'art. 7 Direttiva 52/2008/CE e, ancor prima, dal Libro Verde del 19 aprile 2002, al punto n. 82, come ricordato *supra*, nel par. 1, nt. 10. È, inoltre, interessante rilevare come l'art. 8 del *Model Law on International Commercial Conciliation* dell'UNCITRAL, nel tutelare la confidenzialità degli incontri separati, pone a carico delle parti

co. 1, d.lgs. 28/2010 e l'art. 11, co. 2, d.lgs. 28/2010, prevedono, rispettivamente, che la parte interessata possa acconsentire all'utilizzo giudiziale delle informazioni acquisite durante la mediazione e che il mediatore abbia la facoltà di riferirsi ad esse nella proposta di conciliazione, se v'è l'accordo di tutti i contendenti.

Le disposizioni citate disegnano la riservatezza come un diritto delle parti, posto nel loro esclusivo interesse¹⁰³ e di cui esse possono liberamente disporre¹⁰⁴; queste norme sembrano espressione di un principio generale, da cui si deduce che ai contendenti è concesso rinunciare ad ogni forma di confidenzialità del procedimento e, quindi, anche alla cosiddetta "riservatezza esterna"¹⁰⁵.

Rispetto ai soggetti da cui deve provenire la dichiarazione, gli artt. 9, co. 2 e 10, co. 1, d.lgs. 28/2010 reputano sufficiente che questa sia espressa da colui che ha divulgato le informazio-

l'onere di dichiarare la natura riservata delle informazioni divulgate, con una norma, quindi, opposta a quella prevista dall'art. 9, co. 2, d.lgs. 28/2010, dove, viceversa, le informazioni sono sempre riservate, salvo che la parte esprima una volontà contraria. La guida esplicativa allegata al *Model Law* spiega che, nella fase di stesura del regolamento era stata valutata anche la possibilità di considerare sempre confidenziali le dichiarazioni effettuate durante le sessioni separate e, seppure tale soluzione sia stata scartata, la stessa guida raccomanda al mediatore di informare i contendenti, al momento in cui rivelano un'informazione, della possibilità che essa sia mantenuta riservata: v. *Guide to enactment ad use of Uncitral model law*, cit., p. 40.

¹⁰³ A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 231; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 784; D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 3.

¹⁰⁴ La rinuncia ai diritti concessi dagli artt. 9 e 10 d.lgs. 28/2010 ha natura abdicativa (sulle diverse tipologie di rinuncia, cfr. G. SICCHERIO, voce *Rinuncia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, XVII, Utet, Torino, 1998, p. 664) poiché le parti, tramite essa, compiono una pura dismissione del loro diritto.

¹⁰⁵ C. NECCHI, *Art. 9. Dovere di riservatezza*, cit., p. 167. Si potrebbe affermare che, poiché nel nostro ordinamento, secondo una dottrina, esiste un principio che consente di rinunciare ai diritti, salvi i divieti espressamente previsti (cfr. A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Utet, Torino, 1968, p. 1143; G. SICCHIERO, voce *Rinuncia*, cit., p. 653), considerando altresì l'interesse particolare a tutela del quale il legislatore ha dettato gli artt. 9 e 10 del d.lgs. 28/2010, l'aver previsto la facoltà di rinunciare alla riservatezza del procedimento è stato, per quanto opportuno, anche superfluo.

ni; l'art. 11, co. 2, d.lgs. 28/2010, vuole, invece, che tutti i contendenti diano il loro consenso, affinché al mediatore sia consentito arricchire la proposta conciliativa con riferimenti a quanto rivelato nel corso della procedura.

La rinuncia può essere espressa per mezzo di un rappresentante¹⁰⁶ e, quindi, anche attraverso l'avvocato che assiste la parte, purché tale potere gli sia stato espressamente concesso. Si osserva, inoltre, che la rinuncia può essere oggettivamente o soggettivamente parziale e riguardare, quindi, alcune soltanto delle informazioni divulgate o alcuni soltanto tra coloro che non sono intervenuti alla sessione separata¹⁰⁷. Ancora, non v'ha alcun dubbio sul fatto che ai litiganti sia concesso stabilire vincoli di confidenzialità più stringenti rispetto a quelli fissati dalla legge, ad esempio, disponendo che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite durante il procedimento rimangano riservate, in deroga all'art. 10 d.lgs. 28/2010, pur essendo stata nel frattempo raggiunta una conciliazione¹⁰⁸.

Secondo i principi generali, l'atto di rinuncia è a forma libera¹⁰⁹ e, pertanto, può essere espresso oralmente¹¹⁰, nonché per

¹⁰⁶ F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, E.s.i., Napoli, 1992, pp. 356 ss.; G. SICCHERIO, voce *Rinuncia*, cit., p. 658.

¹⁰⁷ C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., p. 206. Ogni diritto è rinunciabile in maniera parziale laddove la sua natura non lo impedisca: v. G. SICCHERIO, voce *Rinuncia*, cit., pp. 656 ss.; F. FERARRIS-F. SODDU, *Commento all'art. 10 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, cit., pp. 154 ss.

¹⁰⁸ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 3; L. BOGGIO, *Autonomia privata e disciplina della mediazione*, cit., p. 203; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 784. Cfr. anche *supra*, par. 3.

¹⁰⁹ Salvo che la legge ne preveda la forma scritta *ad substantiam* (artt. 1350, n. 5, c.c. e 2643, n. 5 c.c.): cfr., ad esempio, A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1151; L.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVII, Treccani, Roma, 1991, p. 6. Manca nel nostro ordinamento una disciplina legislativa di carattere generale della rinuncia, come osservano, ad esempio, M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 81; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, in *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. IRTI, *Diritto civile*, a cura di S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1525.

¹¹⁰ P. LICCI, *Il dovere di riservatezza interno*, in B. SASSANI-F. SANTAGADA, *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., p. 39; R. TISCINI, *La me-*

comportamento concludente, anche nel corso di un successivo processo¹¹¹. Per quest'ultima ipotesi, la giurisprudenza di legittimità ritiene necessaria un'assoluta univocità della condotta, non essendo consentito, in particolare, procedere per presunzioni¹¹². È, comunque, preferibile che la parte comunichi espressamente e per iscritto la propria volontà¹¹³.

La rinuncia alla riservatezza è un atto unilaterale, non recettizio¹¹⁴, a cui è opponibile una condizione¹¹⁵. Così, i conten-

diazione civile e commerciale, cit., p. 59; A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 258; C.S.M., delibera del 4 febbraio 2010, cit., p. 11.

¹¹¹ D. NOVIELLO, *Il procedimento di mediazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 6. Si può così rinunciare alla riservatezza evitando di eccepire l'inammissibilità della prova giudiziale dedotta dalla controparte (cfr. *supra*, par. 4).

¹¹² V., ad es., Cass., 18.6.1990, n. 6116, in *Archivio civile*, 1991, p. 705; Cass. 12.11.1979, n. 5871, in *Giurisprudenza italiana Repertorio*, 1979, voce *Rinunzia*, n. 1; Cass., 4.1.1978, n. 21, in *Giurisprudenza italiana Repertorio*, 1978, voce *Rinunzia*, n. 1; Cass., 30.11.1977, n. 5221, in *Foro italiano Repertorio*, 1977, voce *Rinunzia*, n. 2; Cass., 18.5.1973, n. 1445, in *Foro italiano Repertorio*, 1973, voce *Rinunzia*, nn. 2-3; Cass. 16.3.1966, n. 757, in *Foro italiano Repertorio*, 1966, voce *Rinunzia*; Cass., 12.4.1965, n. 656, in *Foro italiano Repertorio*, 1965, voce *Rinunzia*, n. 1; Cass., 28.7.1951, n. 2202, in *Giurisprudenza italiana Repertorio*, 1951, voce *Rinunzia*, nn. 7 e 8; Cass., 23.7.1947, n. 963, in *Giurisprudenza italiana*, 1947, I, 1, p. 144. In dottrina v. già D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, IV ed., Utet, Torino, 1955, p. 325. La rinuncia non può essere dedotta dal silenzio del contendente, salvo i casi di silenzio circostanziato: cfr. Cass., 8.1.1979, n. 83, in *Giustizia civile Massimario*, 1979, p. 44.

¹¹³ Come rilevato anche dal C.S.M.: cfr. C. MENICHINO, *Commento all'art. 9 d.lgs. 4 marzo 2010*, n. 28, cit., p.148. V., sul tema, anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., p. 667; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 59 ss.; A. SANTI, *Sub art. 9. Doveri di riservatezza*, cit., p. 258.

¹¹⁴ Sulla non recettività dell'atto di rinuncia, cfr., più approfonditamente, D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 325; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., E.s.i., Napoli, 2002, p. 294; A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1146; G. SICCHERIO, voce *Rinunzia*, cit., pp. 654 ss.; F. MACIOCE, voce *Rinunzia (diritto privato)*, cit., p. 1536; Cass., 20.12.1974, n. 4382, in *Giustizia Civile*, n. 1, 1975, I, p. 74. È discusso se esista nel nostro ordinamento un generale principio d'irrevocabilità della rinuncia: A. BOZZI, voce *Rinunzia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1146 sostiene che la rinuncia sia normalmente irrevocabile. L'irrevoca-

denti possono subordinare la divulgazione del contenuto di una dichiarazione alla circostanza che la controparte, a sua volta, accetti di rendere noto un determinato fatto¹¹⁶.

Giova chiedersi se sia consentito rinunciare alla riservatezza del procedimento, prima che lo stesso sia iniziato¹¹⁷. Le parti potrebbero, infatti, obbligarsi a comunicare alcune informazioni in una futura ed eventuale procedura conciliativa o impegnarsi fin da subito a rendere utilizzabile in un successivo processo giudiziale quanto sarà divulgato durante la mediazione¹¹⁸. Si afferma, in generale, che, essendo la rinuncia un atto di esercizio del diritto, essa è efficace solo se è compiuta prima che il diritto stesso sia sorto¹¹⁹. Dunque, se si ritiene che il diritto alla riservatezza di cui all'art. 9 d.lgs. 28/2010 abbia ad oggetto le singole informazioni comunicate nel corso del procedimento, si deve escludere la possibilità di rinunciarvi prima che esse siano state divulgate.

Si è fin qui trattato dell'ipotesi in cui siano i contendenti a voler escludere la confidenzialità della mediazione; si osserva,

bilità sarebbe conseguenza diretta della non recettività della rinuncia, secondo F. MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, cit., pp. 181 ss.; contra L.V. MOSCARINI, voce *Rinuncia*, cit., p. 6.

¹¹⁵ La condizione è generalmente compatibile con la struttura dell'atto unilaterale, ex art. 1324 c.c.: v. G. SICCHERIO, voce *Rinuncia*, cit., p. 656.

¹¹⁶ Si osserva che la rinuncia può essere inserita in un contratto (v. F. MACIOCE, voce *Rinuncia (diritto privato)*, cit., pp. 1524 e 1534), con il quale, ad esempio, le parti si impegnino, reciprocamente, a non ostacolare la diffusione delle informazioni che hanno comunicato durante la mediazione.

¹¹⁷ In senso favorevole, L. BOGGIO, *Autonomia privata e disciplina della mediazione*, cit., p. 204, nt. 61; con riferimento alla rinuncia alla riservatezza di cui all'art. 10, v. F. FERRARIS-F. SODDU, *Commento all'art. 10 d.lgs. 4 marzo 2010*, cit., p. 154.

¹¹⁸ L. BOGGIO, *Autonomia privata e disciplina della mediazione*, cit., pp. 203 ss.

¹¹⁹ A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, cit., p. 1141; G. SICCHERIO, voce *Rinuncia*, cit., p. 659. Il principio della irrinunciabilità del diritto prima del suo insorgere è stato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza nell'ambito delle prelezioni legali: cfr. Cass., 30.11.2005, n. 26079, in *Vita notariale*, 2006, p. 1, 275; Cass., 14.4.2000, n. 4858, in *Giustizia civile Massimario*, 2000, p. 812; Cass., 29.9.1995, n. 10272, in *Giustizia civile Massimario*, 1995, p. 1691; Cass., 10.8.1988, n. 4920, in *Giustizia civile*, 1988, I, p. 2886. Contra D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, cit., p. 325, il quale afferma la rinunciabilità di diritti anche solo futuri ed eventuali.

tuttavia, che la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 e, prima ancora, il Libro Verde del 19 aprile 2002, prevedevano la facoltà di deroga anche per ragioni di ordine pubblico¹²⁰. In particolare, l'art. 7 della Direttiva stabiliva che la riservatezza dovesse sempre essere assicurata, ad eccezione dei casi in cui la comunicazione di informazioni rivelate nel corso della procedura fosse stata autorizzata dalle parti o si rendesse necessaria per superiori ragioni di ordine pubblico e, in particolare, quando essa servisse ad assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o ad evitare un danno all'integrità fisica o morale di una persona; infine, anche il contenuto dell'accordo avrebbe potuto essere divulgato, se ciò fosse stato necessario per la sua esecuzione.

Ciononostante, il legislatore nazionale non ha contemplato espressamente alcuna ipotesi di esclusione della riservatezza, salvo per la rinuncia dei contendenti. Nondimeno, la dottrina, in conformità con quanto disposto dalla Direttiva, ritiene che sia possibile diffondere le informazioni, ogniqualvolta ciò si renda necessario per tutelare interessi di rilievo superiore¹²¹. Così, laddove le esigenze di giustizia prevalgano su quelle di riservatezza, secondo un necessario bilanciamento tra interessi, al giudice sarebbe concesso autorizzare la divulgazione delle notizie comunicate durante la mediazione¹²².

Si osserva, infine, che riservatezza e segreto non impediscono alle parti di fornire informazioni a organi della pubblica amministrazione o agli azionisti, alle banche o alle assicurazioni, laddo-

¹²⁰ Così come previsto dall'art. 4 del Codice Deontologico Europeo redatto dalla Commissione Europea, cfr. *infra*, al par. 7. In dottrina, v. F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, cit., p. 1322.

¹²¹ P. LICCI, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni e informazioni*, in *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, cit., p. 41; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 59; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 786. Sostengono che sia possibile rendere noto il contenuto dell'accordo, anche qualora ciò sia necessario per la sua applicazione o esecuzione, D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 11; P. LICCI, *Inutilizzabilità delle dichiarazioni e informazioni*, cit., p. 41; F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, cit., p. 786.

¹²² D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., p. 11. V. anche, *supra*, par. 4.

ve tale comunicazione sia imposta dalla legge¹²³ e, anzi, l'art. 22 del d.lgs. 28/2010 estende al mediatore l'obbligo di segnalare eventuali operazioni sospette ai fini della lotta al riciclaggio¹²⁴.

7. *Le conseguenze della violazione dell'obbligo di riservatezza.* – A questo punto, conviene domandarsi quali conseguenze derivino dalla inosservanza dei doveri di riservatezza. In generale, il legislatore non ha dettato alcuna norma in tema di responsabilità per la violazione degli obblighi contemplati dal d.lgs. 28/2010 e dal D.M. 180/2010¹²⁵: ne consegue che, in caso di mancato rispetto delle prescrizioni che impongono la confidenzialità della mediazione, trova spazio la disciplina generale sulla responsabilità civile, contrattuale ed extracontrattuale¹²⁶.

Al fine di individuare le sanzioni applicabili è, dunque, necessario inquadrare la natura del rapporto che lega i contendenti con gli altri protagonisti della vicenda conciliativa. Si osserva, innanzitutto, che le parti non sono vincolate contrattualmente con il mediatore, ma col solo organismo di conciliazione¹²⁷ ed

¹²³ D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, cit., pp. 11 ss.

¹²⁴ F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., pp. 243 s. e spec. nt. 144, osserva che l'art. 22 si riferisce, in generale, all'attività di mediazione e, quindi, l'obbligo ricadrebbe sia sul mediatore, sia sull'organismo di conciliazione.

¹²⁵ La necessità di regolare la responsabilità di coloro che agiscono nell'ambito della procedura conciliativa era già stata evidenziata al punto 94 del Libro Verde del 19 aprile 2002, ove, quale esempio di una possibile violazione delle regole procedurali, si richiamava proprio l'illecita divulgazione di informazioni comunicate durante la mediazione. Il Libro Verde prevedeva, sul punto, una alternativa: l'applicazione della disciplina generale in tema di responsabilità civile prevista dall'ordinamento interno dello stato membro oppure l'introduzione di norme specifiche, riferite cioè al solo mediatore e ai suoi collaboratori. Sul punto la Direttiva 2008/52/CE ha lasciato al legislatore libertà di decidere sul punto.

¹²⁶ Sul tema, ad es., R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 47 ss.; G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta da d.l. 4.3.2010 n. 28*, in *Rivista del notariato*, n. 3, 2012, p. 562.

¹²⁷ T. GALLETTO, *L'Arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, cit., p. 334; L. BOGGIO, *I protagonisti della mediazione*, in P.L.

è, infatti, l'ente che provvede a selezionare¹²⁸, ed eventualmente, a sostituire¹²⁹, il mediatore tenuto ad occuparsi della controversia, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia stato previamente indicato dalle parti¹³⁰. Pertanto, l'organismo risponde verso i contendenti, in via contrattuale, degli illeciti compiuti dal mediatore o da uno qualsiasi tra coloro che, su incarico di quest'ultimo o dell'ente, prestano la propria opera o il proprio servizio nel corso del procedimento¹³¹; la responsabilità del-

AMERIO-E.M. APPIANO-L. BOGGIO-D. COMBA-G. SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, cit., p. 215. Si discute della natura del contratto che viene concluso tra le parti e l'organismo di conciliazione: secondo alcuni è un contratto di mandato senza rappresentanza; secondo altri, un contratto d'opera, v. T. GALLETTO, *L'Arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, cit., p. 334; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180*, cit., p. 37; sostiene R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 36 ss., che tale contratto avrebbe in sé i caratteri del contratto di appalto di servizi e quelli del contratto di opera intellettuale e del contratto di mandato.

¹²⁸ Come previsto dall'art. 8, co. 1, d.lgs. 28/2010.

¹²⁹ L'organismo di conciliazione a cui si rivolgono i contendenti ha il potere di sostituire il mediatore, ex art. 14, co. 3, d.lgs. 28/2010. L'avvicendamento sembra possibile, secondo la lettera della norma, solo laddove vi sia un'indicazione delle parti; tuttavia, anche in considerazione del fatto che l'ente è responsabile per l'operato del mediatore, è preferibile ritenere che tale potere sia generale ed sia esercitabile ogniqualvolta si renda necessario: cfr. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 50. L'organismo può così nominare un nuovo mediatore, revocando il precedente, qualora quest'ultimo abbia diffuso informazioni che sarebbero dovute rimanere riservate (cfr. F. PARENTE, *La mediazione conciliativa: dalla struttura della fattispecie all'architettura del regime e degli effetti*, cit., p. 773; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 50 e 60).

¹³⁰ Ex art. 7, co. 5, lett. c), D.M. 180/2010; l'indicazione fornita ha un valore solo orientativo, per cui l'ente può liberamente decidere di non aderirvi (cfr., ad es., R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 38). Nella scelta del soggetto al quale affidare la conduzione del procedimento, l'organismo è tenuto, ai sensi dell'art. 3, co. 2, d.lgs. 28/2010, a garantire l'imparzialità della persona incaricata, nonché la sua idoneità all'espletamento del servizio, con riguardo, quindi, anche alla capacità di assicurare la confidenzialità della procedura (L. BOGGIO, *I protagonisti della mediazione*, cit., p. 224).

¹³¹ T. GALLETTO, *L'Arbitrato e la conciliazione stragiudiziale nel nuovo diritto societario*, cit., p. 334; C. NECCHI, *Commento all'art. 9*, cit., p. 170; L. BOGGIO, *I protagonisti della mediazione*, cit., pp. 215 ss.; A. GRECO, *La via italiana alla*

l'istituto di conciliazione è stata da alcuni inquadrata in quella per fatto degli ausiliari, di cui all'art. 1228 c.c.¹³². Si ritiene, tuttavia, che le parti possano agire¹³³ direttamente anche nei confronti del mediatore, per gli illeciti da questo compiuti, giacché si avrebbe in tal caso un'ipotesi di responsabilità derivante da contatto sociale¹³⁴. Il conciliatore che viola l'obbligo di riservatezza avrebbe inoltre, nei confronti delle parti, una responsabilità di natura extracontrattuale¹³⁵. Infine, il mediatore o il diverso collaboratore dell'organismo di conciliazione risponde della sua condotta verso l'ente, in via contrattuale¹³⁶.

mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180, cit., p. 374; R. TISCINI, La mediazione civile e commerciale, cit., p. 60. In ogni caso, l'ente può rivalersi sul mediatore che abbia violato i propri obblighi: cfr. D. DALFINO, Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", cit., 2010, p. 14; L. BOGGIO, I protagonisti della mediazione, cit., p. 216; A. GRECO, La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180, cit., pp. 372 ss. Alcuni regolamenti degli organismi di conciliazione prevedono una clausola di totale esonero della responsabilità dell'ente per quanto compiuto dal mediatore nell'esercizio delle sue funzioni: vedi, ad es., l'art. 13 del regolamento dell'Organismo di Conciliazione Forense di Milano. La validità di tali clausole deve essere valutata alla luce di quanto previsto dall'art. 1229 c.c.

¹³² G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta da d.l. 4.3.2010 n. 28, cit., p. 563.*

¹³³ Ovviamente, la parte che agisce al fine di ottenere il risarcimento deve dimostrare l'esistenza di un danno economicamente rilevante, che sia conseguito alla violazione del dovere di riservatezza. Cfr. M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione, cit., p. 166* e C. NECCHI, *Commento all'art. 9, cit., p. 171*, i quali sostengono che, in caso di diffusione di notizie riservate, il contendente potrebbe sempre, per lo meno, domandare la ripetizione del prezzo pagato per attivare la procedura.

¹³⁴ Il rapporto giuridico che s'instaura, per effetto del contatto sociale, tra mediatore e parti, porterebbe con sé anche l'obbligo di rispettare la confidenzialità della procedura: così C. NECCHI, *Commento all'art. 9, cit., p. 170*. L. BOGGIO, *I protagonisti della mediazione, cit., p. 216.*

¹³⁵ Cfr. C. NECCHI, *Commento all'art. 9, cit., p. 171*; A. GRECO, *La via italiana alla mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180, cit., pp. 373 ss.*; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale, cit., p. 60.*

¹³⁶ M. BOVE, *La mancata comparizione davanti al mediatore, cit., p. 7*; L. BOGGIO, *I protagonisti della mediazione, cit., p. 215*; A. GRECO, *La via italiana alla*

Ci si chiede se la violazione della riservatezza del procedimento possa assumere anche rilievo penale. Al riguardo, alcuni ritengono che l'art. 622 c.p., ove è previsto il reato di rivelazione di segreto professionale¹³⁷, si applichi anche al mediatore¹³⁸; diversamente, si afferma che la mediazione non rientrerebbe nella nozione che di professione dà l'articolo citato¹³⁹. L'illecita divulgazione di informazioni che includano dati personali dei contendenti, come previsto dall'art. 7, co. 8, D.M. 180/2010, comporta l'applicazione anche del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e, in particolare, dell'art. 15¹⁴⁰, nonché dell'art. 167 ss., e delle sanzioni penali ivi previste¹⁴¹.

*mediazione alla luce del d.lg. 4.3.2010, n. 28 e del d.m. 18.10.2010, n. 180, cit., p. 367. Non si trova traccia, né nel d.lgs. 28/2010, né nel D.M. 180/2010, di indicazioni circa la natura del rapporto che intercorre tra organismo e mediatore, rapporto che ha, senz'altro, natura contrattuale (si tratterebbe di un contratto d'opera intellettuale, secondo R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., pp. 16 e 35 ss.).*

¹³⁷ L'art. 622 c.p. punisce chi, "avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto".

¹³⁸ F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, cit., p. 289, nt. 68.

¹³⁹ A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 262.

¹⁴⁰ L'art. 15 d.lgs. 196/2003 stabilisce che il soggetto che cagioni pregiudizio ad altri attraverso il trattamento dei dati personali è tenuto a risarcire il danno, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitarlo. Inoltre, in base al secondo comma della disposizione, la violazione delle regole inerenti al trattamento dei dati personali rende risarcibile anche il danno non patrimoniale. La norma richiama l'intero d.lgs. 196/2003 e, quindi, impone agli organismi di mediazione di trattare i dati raccolti secondo quanto previsto dal decreto. Sul punto v. ampiamente C. PILIA, *Tutela della riservatezza e trattamento dei dati personali nella mediazione*, cit., pp. 217 ss. Dall'applicazione del d.lgs. 196/2003 deriva anche la possibilità per il Garante per la protezione dei dati personali di emettere delle sanzioni amministrative, ex art. 161 ss., nei confronti dei responsabili della illecita divulgazione di dati personali acquisiti nel corso della mediazione.

¹⁴¹ Secondo cui salvo che il fatto costituisca più grave reato, "chiunque, al fine di trarne per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'art. 129, è punito, se dal fatto deriva documento, con la reclusione da sei a diciotto mesi o, se il fatto consiste nella comunicazione o diffusione, con la reclusione da sei a ventiquattro mesi"

Se la violazione delle norme sulla confidenzialità è opera di un mediatore iscritto ad un ordine professionale egli potrebbe risultare responsabile anche disciplinarmente¹⁴². In particolare, l'avvocato¹⁴³ che svolge il ruolo di mediatore o quello di assistente e rappresentante dei contendenti, è tenuto, dall'art. 9 del Codice Deontologico Forense, anche in ambito stragiudiziale, a mantenere il segreto sull'attività prestata e sulle informazioni che la parte assistita gli ha comunicato o di cui egli sia venuto a conoscenza in forza del mandato¹⁴⁴. Non esiste, invece, una deontologia legale del me-

mentre, al secondo comma statuisce che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, "chiunque, al fine di trarre per sé o per altri profitto o di recare ad altri un danno, procede al trattamento di dati personali in violazione di quanto disposto dagli artt. 17, 20 e 21, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, è punito, se dal fatto deriva nocumento, con la reclusione da uno a tre anni".

¹⁴² M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione*, cit., pp. 167 e 184 ss., il quale osserva come proprio l'esistenza di norme deontologiche fa sì che l'appartenenza del conciliatore ad un ordine professionale, come quello forense, costituisca particolare garanzia circa la qualità del suo comportamento.

¹⁴³ Sul ruolo dell'avvocato nella mediazione, cfr. P.L. AMERIO, *Ruolo e deontologia dell'avvocato*, cit., pp. 383 ss. L'avvocato che assiste i contendenti durante il tentativo di conciliazione è tenuto a conoscere la normativa sulla mediazione, in applicazione dell'art. 13 del Codice deontologico forense (v. N. SOLDATI, *Regole esistenti a presidio del buon comportamento*, in *Guida al diritto Dossier*, n. 4, 2010, pp. 47 s.).

¹⁴⁴ La giurisprudenza che si è pronunciata sui confini entro i quali opera l'art. 9 ha riconosciuto la possibilità di violare il segreto qualora sia lo stesso cliente a richiedere, nel proprio interesse, che l'avvocato parli (cfr. Parere C.O. Milano, in *Rivista del consiglio*, 1975, n. 2, 9). Si ricorda, inoltre, come, ai sensi del terzo canone dell'art. 9 del Codice Deontologico Forense, l'avvocato è obbligato a chiedere il rispetto del segreto ai propri collaboratori e dipendenti: cfr. R. DANOVÌ, *Commentario del codice deontologico forense*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 199. Anche la l. 9 febbraio 1982, n. 31, sulla libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini degli Stati membri delle Comunità Europee, prevede, all'art. 7, che nello svolgimento delle prestazioni stragiudiziali, gli avvocati debbano osservare le norme riguardanti il segreto professionale e la riservatezza. A completare il quadro normativo di riferimento interviene il Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali, per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, adottato con *Provvedimento del Garante della Privacy*, n. 60 del 6 novembre 2008, in *Gazzetta Ufficiale*, 24 novembre 2008, n. 275 ed applicabile, ai sensi dell'art. 1 dello stesso Codice, anche ai procedimenti di conciliazione. Rilevante sul punto è anche il nuovo art. 55 bis del Codice Deontologico Forense, ove si stabilisce che l'avvocato chiamato a

diatore¹⁴⁵; l'art. 16 del d.lgs. 28/2010, prevede che l'organismo di conciliazione depositi presso il Ministero della Giustizia un codice etico, sul cui contenuto, tuttavia, non è data alcuna indicazione¹⁴⁶. È possibile, infine, che l'organismo o i singoli mediatori aderiscano¹⁴⁷ al Codice Deontologico Europeo¹⁴⁸, il cui art. 4 obbliga chi

svolgere la funzione di mediatore è tenuto a rispettare gli obblighi previsti dalla legge e dal regolamento dell'organismo di conciliazione, nei limiti in cui essi non contrastino con quelli dello stesso Codice. Un possibile contrasto tra le norme deontologiche e la disciplina del procedimento di mediazione può prodursi con riferimento all'art. 9 del Codice Deontologico Forense, ove si stabilisce, al quarto canone, che al difensore è consentito divulgare informazioni relative alla parte assistita, al verificarsi di determinate ipotesi. La norma sembra porsi in contrasto con il d.lgs. 28/2010, che non contempla casi di libera divulgabilità delle informazioni; sul punto cfr., tuttavia, *supra*, par. 6. Ci si potrebbe chiedere se la circostanza che uno dei contendenti sia anche avvocato lo obblighi a rispettare le regole deontologiche proprie della professione forense. Il Cons. Naz. Forense ha stabilito, con decisione del 13 settembre 2006, n. 49, in *Rassegna Forense*, 2007, p. 708, che l'avvocato che si difende personalmente, assumendo sia la veste di parte, sia di quello di avvocato, deve rispettare le regole che disciplinano l'attività e i comportamenti di ciascuna delle due qualità. Tuttavia, la massima è riferita al processo giudiziale, ove la presenza dell'avvocato è necessaria. Nel corso della procedura di mediazione, viceversa, poiché l'assistenza di un legale non è indispensabile, la parte che sia avvocato non ricopre necessariamente anche la funzione di difensore.

¹⁴⁵ L'art. 4 della Direttiva 52/2008/CE invitava gli Stati membri a incoraggiare l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione. La legge delega, all'art. 60, co. 3, lett. r), richiamava un non ben definito codice deontologico. Sulle ragioni che portano ad escludere l'opportunità di adottare un codice deontologico unico per il mediatore: v. E.M. APPIANO, *La deontologia per il mediatore*, cit., p. 346.

¹⁴⁶ Non viene nemmeno precisato se il codice debba regolare l'etica del solo organismo o anche quella dei mediatori, come, tuttavia, sembra preferibile ritenere (cfr. E.M. APPIANO, *La deontologia per il mediatore*, cit., p. 345). In ogni caso, la violazione dell'obbligo previsto dal codice etico può costituire una forma d'inadempimento del contratto che lega mediatore e organismo (così M. DI ROCCOI-A. SANTI, *La conciliazione*, cit., p. 186).

¹⁴⁷ Se ad aderire al Codice Deontologico Europeo è l'organismo di conciliazione, vincolati ad esso sono anche i mediatori che lavorano per l'ente. Più approfonditamente, sul tema, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., p. 40.

¹⁴⁸ Redatto da un gruppo di esperti, con l'assistenza della Commissione Europea, e presentato a Bruxelles il 2 luglio 2004. V. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_it.pdf.

A. Balti

svolge l'attività conciliativa a mantenere riservate le informazioni "derivanti dalla mediazione o relative ad essa"¹⁴⁹.

¹⁴⁹ In particolare, la tutela della confidenzialità si estende anche alla circostanza che la mediazione sia in fase di svolgimento o si sia conclusa, mentre è fatta salva l'ipotesi in cui il mediatore debba divulgare le informazioni di cui è in possesso perché vi è tenuto per legge o per ragioni di ordine pubblico. Infine, la norma deontologica si occupa anche della riservatezza interna, consentendone la deroga per volontà delle parti o per imposizione legislativa.

CLARA SOUTO GALVÁN*

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El reconocimiento del principio de igualdad en el ámbito internacional. - 3. El proceso de mediación y el principio de igualdad.

1. *Introducción.* – La igualdad jurídica ha sido una aspiración frustrada a lo largo de la historia, porque pugna con una realidad evidente: la desigualdad natural. Las cualidades personales identifican al individuo y lo diferencian de los demás. ¿Es posible, entonces, la igualdad entre desiguales? Ciertamente, el primer paso para comprender la complejidad de esta cuestión radica en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Al tratarse de un atributo común a todos los seres humanos es posible formalizar un principio de igualdad ontológica de todas las personas que, en un plano jurídico, permite afirmar la igualdad formal, es decir, la eliminación y supresión de privilegios originarios de carácter estamental o similares y la instauración de la igualdad formal ante la ley y en la ley.

La evolución de este principio, mediante la supresión de discriminaciones tradicionales por razones naturales (raza, sexo, etc.) ha sido lento pero constante y ha dado paso a una conquista: la igualdad real y efectiva, donde es posible compatibilizar la igualdad formal con acciones positivas para superar las desigualdades originarias naturales o culturales. En este proceso arduo y difícil, se ha puesto en primer plano de la lucha por la igualdad, la consecución de la igualdad de las personas en la ley y ante la ley.

La igualdad, reconocida como presupuesto de los Derechos del Hombre, tiene sus orígenes en la proclamación francesa de

* Profesora de Derecho Constitucional UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS.

los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sin negar cierta influencia de las Declaraciones americanas¹, La primera formulación de la igualdad como principio jurídico formal se encuentra en el artículo 6º de la citada Declaración², al establecer que la ley debe ser la misma para todos.

La Declaración francesa, aprobada por la Asamblea Nacional en agosto de 1789, establece en su artículo 1º que: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común”. Este precepto proclama la igualdad jurídica y de derechos de todos los hombres, además de establecer que no deben existir distinciones sociales, hereditarias, ni de órdenes ni ninguna otra superioridad fuera de la de los funcionarios públicos en el cargo de sus funciones, pretendiendo acabar con las situaciones de privilegio existentes del Antiguo Régimen, para convertirlos en un solo estamento: el de los ciudadanos. Será Rousseau quien manifieste este concepto de igualdad con restricciones, porque sólo se imparte igualdad entre ciudadanos, excluyendo, por lo tanto, a todos aquellos que no entran dentro de la clasificación de ciudadanos, como los esclavos, las mujeres y los niños, entre otros.

La nación tal y como hoy la conocemos, fue desconocida en la Edad Media, y todavía en el siglo XVIII los vínculos eclesiásticos y dinásticos aparecían en la política mucho más fuertes que los nacionales. Hasta la época del capitalismo avanzado no se constituyen los pueblos en naciones. Es a partir de la Revolu-

¹ Declaración de Virginia de 1776, en su artículo 1º: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres” y con un aspecto más específico el artículo 16 establece que “Todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión”. Se establecerá de una forma más genérica en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, en su anexo hará referencia a que todos los hombres son creados iguales. Sobre las influencias recíprocas de las declaraciones americana y francesa vid. J. Jellinek, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. esp. de A. Posada, Madrid, 1908.

² La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en su artículo 6º “La ley...debe ser la misma para todos. Todos los ciudadanos siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades”.

ción francesa y del imperialismo napoleónico, y al principio como reacción frente a éste, cuando las naciones, en creciente medida, aparecen como las más pujantes fuerzas formadoras del Estado³.

Podemos considerar dos tipos de nacionalismos; por un lado el nacionalismo político y por otro el nacionalismo cultural; el salto del nacionalismo cultural al nacionalismo político hay que situarlo en un momento concreto: la ocupación alemana por las tropas francesas dirigidas por Napoleón y las guerras subsiguientes (1806-1813)⁴. Durante este período, “la conciencia de la identidad nacional, que hasta entonces había entendido a Alemania como una nación cultural, es decir, de una comunidad unida por los vínculos de la lengua y de la cultura, y que había sido protagonizada por nobles y burgueses, se extendió a otros estratos sociales, como las capas populares y las mujeres”⁵. Pero la unificación del nacionalismo alemán, la idea de Estado Nacional alemán, se logrará gracias a Bismark, entre 1870-1871, pero será una fórmula claramente discriminatoria “ciertas deficiencias constitutivas desde el punto de vista nacional: a) por una parte, no incluía a todos los alemanes, pues los austríacos habían quedado fuera del nuevo estado, y, b) por otro, utilizó el concepto de nación para perseguir y discriminar, en el interior, a grandes sectores de la ciudadanía: la guerra cultural o civilizatoria contra los católicos y la persecución de los socialistas y del movimiento obrero, durante las primeras décadas del nuevo Estado nacional, se basaban en definitiva, en un concepto discriminatorio, no igualitario, de nación. Al final de los años setenta del siglo XIX se produjo una evidente transformación del nacionalismo en el Deutsches Reich: nacionalismo se hizo entonces sinónimo de antiliberal, e incluso de antisemita”⁶.

³ F. CHÂTELET, *Historia del pensamiento político*, trad. española, Madrid 1992, pp. 83 y ss.

⁴ J.A. SOUTO PAZ, *Constitución Europea e identidad cultural*, Fundación seminario de derecho romano “Urcisino Alvarez”, separata Seminarios complutenses de Derecho romano, XV, 2003.

⁵ F. ABAD, *voz Alemania*, en Enciclopedia del nacionalismo, cit, p. 28.

⁶ F. ABAD, cit., p. 28.

La discriminación, como rasgo esencial de la ideología nacionalista, se hizo patente en la evolución del nacionalismo alemán que conjuró, sucesivamente, como enemigos de la nación alemana a los obreros, a los judíos, a los socialistas y a los polacos de la zona oriental de Alemania. En este proceso de identificación de la nación alemana, el partido nacionalsocialista, fundado en 1919, como partido obrero alemán, añadirá a los elementos culturales precedentes, el concepto de raza y la consiguiente persecución de las razas calificadas como inferiores: judíos, polacos, gitanos, etc.⁷.

La conversión del nacionalismo cultural en nacionalismo político y el reconocimiento de ciertos elementos culturales como identitarios de la comunidad política constituyen el *punctum dolens* de la ideología nacionalista y su radical incompatibilidad con el sistema democrático, que condena y prohíbe cualquier tipo de discriminación por razón de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, según reza el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que más tarde se analizará.

A lo largo de la historia se ha ido produciendo una gran evolución del concepto de igualdad. Con el paso del tiempo se ha ampliado su significado, incluyendo, en distintos momentos históricos, aquellas personas o grupos sociales que por motivos de raza, sexo o religión, estaban excluidos.

La igualdad ha sido reconocida en todos los textos internacionales como un auténtico derecho. En ellos se hace mención de la igualdad, desde diferentes aspectos y distintas posiciones, lo que ha dado lugar a una gran evolución, que ha permitido la ampliación de su significado hasta su reconocimiento como un auténtico derecho humano, con una genuina dimensión universal. Todas las personas son, titulares de los mismos derechos humanos, sin que quepa discriminación injusta por motivos de raza, sexo, opinión política o religión, y por lo tanto, el reconocimiento de la igualdad en la ley y ante la ley de todos los seres humanos.

El proceso de mediación descansará en el reconocimiento de igualdad de las partes ante la ley, sin que pueda prevalecer dis-

⁷ J.A. SOUTO PAZ, cit., p. 119.

criminación por ningún motivo. El marco normativo garantizará los mismos derechos y obligaciones a todas las personas.

2. *El reconocimiento del principio de igualdad en el ámbito internacional.* – La referencia a las Declaraciones internacionales de derechos se justifica, no sólo por la influencia de las mismas en el reconocimiento de los derechos fundamentales en los diferentes Estados, sino también, porque, incluso, algunas Constituciones exigen que la interpretación de los derechos fundamentales se realice conforme a las declaraciones internacionales⁸.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), se inicia con la proclamación en su artículo 1º del principio de igualdad y no discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2º⁹. Asimismo, a través del reconocimiento concreto de determinados derechos, se hace referencia explícita a que los mismos han de ejercerse en condiciones de igualdad. De este modo, en su preámbulo- se proclama que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

El reconocimiento en la DUDH y en otros muchos textos internacionales de la igualdad de todos los seres humanos y la consiguiente condición de titulares de los mismos derechos humanos, plantea una cuestión previa: ¿por qué hay una atribución especial de derechos a favor de algunos colectivos? ¿Por

⁸ <http://www.democracialatinoamerica.org/recursos/tratos-y-declaraciones-internacionales>.

⁹ Artículo 1º de la DUDH “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Artículo 2º de la DUDH “ Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición”, este artículo, por tanto, hará referencia a que ninguna condición del hombre será origen o límite de los derechos humanos, esta idea vendrá recogida por J. HERVADA J y J. M. ZUMAQUERO, “*Los Textos Internacionales de Derechos Humanos*”, Pamplona, 1978.

qué existe una mayor protección de los derechos de algunos grupos sociales? Ciertamente, la razón se encuentra en el hecho de que estos grupos sociales sufren una situación fáctica de desigualdad por razón de su indefensión, motivo por el cual se han reconocido derechos para que protejan las específicas necesidades tuitivas de los afectados.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, reconoce, expresamente, el principio de no discriminación (artículo 2). Asimismo, se han establecido mecanismos de control y garantía para que los Estados presenten informes periódicos al Comité de Derechos Humanos donde se debe incluir información sobre las medidas adoptadas. Del mismo modo, se han establecido mecanismos de garantía en tratados de alcance universal, entre ellos los Informes de los Relatores Especiales. A pesar de que los informes finales no tienen valor jurídicamente obligatorio, el impacto político de estos informes, en los que se desvelan vulneraciones de derechos humanos en los diferentes países y su valor moral tienen una indudable influencia, dando lugar a que los Estados, en muchas ocasiones, tengan que rectificar la legislación o el comportamiento de las Administraciones públicas.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), aparecen auténticos derechos subjetivos, llevando a la igualdad a un plano ajeno por completo a los viejos esquemas liberales para situarla en la igualdad sustancial, en la equiparación de las condiciones materiales de vida¹⁰. Así se establece en su artículo 2.2 la garantía del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna por motivos de raza, color o sexo. El profesor Raúl Canosa comenta que, en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, esta igualdad no es absoluta sino de mínimos, el equilibrio en las situaciones económicas y sociales que sin eliminar del todo – lo que sería imposible – las desigualdades materiales, impida que éstas operen como rémoras en el ejercicio de los derechos, haciéndolo

¹⁰ R. CANOSA USERA, *Igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, "Revista Europea de Derechos Fundamentales", n. 11/1 Semestre 2008.

imposible. Asimismo también establece que la Declaración de 1948 y el Pacto de 1966 ofrecen un marco normativo internacional plenamente comprometido con la garantía de la igualdad, entendiendo ésta como igualdad en la titularidad de los derechos. Y al lado de esta igualdad formal encontramos cobertura normativa para el logro de la igualdad sustancial que, mejorando las condiciones materiales de vida de los seres humanos, permita a todos el ejercicio pleno de sus derechos.

La Organización Internacional del Trabajo reconoce, igualmente, en varios de sus textos la igualdad. En unos casos, se reconoce la igualdad y no discriminación por motivo de la edad. Así ocurre en la primera recomendación de 1980, sobre la Igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores sin discriminaciones por razón de la edad. Así, en su apartado II, se declara que: “sea cual fuere su edad... todo miembro (de la Organización) debería adoptar medidas para impedir la discriminación respecto de los trabajadores de edad en materia de empleo y de ocupación”. En otros casos la OIT, reconoce la igualdad o no discriminación por razón de sexo, como ocurre en el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981. En el Preámbulo se declara que, en los términos que señala la declaración de Filadelfia relativa a los fines y objetivos de la OIT, se reconoce que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”¹¹. Por su parte, el Convenio de la OIT sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social de 1982, hace referencia a las disposiciones del Convenio sobre la

¹¹ Se basará en la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras y de la resolución relativa a un plan de acción con miras a promover la igualdad de oportunidades y trato para las trabajadoras, adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1975. También hará referencia este preámbulo de las disposiciones y recomendaciones internacionales del trabajo que tiene por objeto garantizar la igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo, especialmente del Convenio y la Recomendación sobre la igualdad de remuneración, 1951; del Convenio y Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, de los cuales tomará nota este Convenio.

igualdad de trato de la Seguridad Social de 1962, que trata, además, de la igualdad de trato, de la conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos.

En particular, se deberá establecer el principio de igualdad de derechos en todas las Constituciones o, al menos, se garantizará por ley. Se aceptarán los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas y de los organismos especializados relativos a la eliminación de las discriminaciones, permitiéndolo mediante la ratificación o adhesión y aplicándolo plenamente tan pronto como sea posible. En esta Declaración se regulan los derechos sociales, políticos y culturales garantizando la igualdad de todos ellos a todas las personas.

La Constitución Española de 1978, reconoce, en su artículo 14, la igualdad y no discriminación, en el que se prohíbe todo tipo de discriminación, establece una enumeración taxativa de motivos de no discriminación, contemplando una lista que no es cerrada, pues alcanza la expresión “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pero esto no puede llevar a considerar cualquier motivo como discriminatorio, pues deben existir causas considerablemente razonables.

Es importante comentar en este apartado la influencia del derecho comparado en la Constitución española. Especialmente, de las Constituciones de Italia de 1947: “todos los ciudadanos tienen igualdad de derechos sociales y son iguales ante la ley”; de la Constitución Francesa, en su artículo 1º de la Declaración de Derechos del 26 de agosto de 1789, “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y de la Constitución francesa de 1958, en su artículo 2.1º, en el que establece que “Francia es una República individual, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o de religión y respeta todas las creencias”. La normativa europea ha sido un apoyo constante al desarrollo del reconocimiento de la igualdad ante la ley y en la ley.

La discriminación negativa o no discriminación elimina situaciones que han producido distinciones de trato a personas por motivo de su origen, de su raza, religión o sexo. La discriminación por motivo de raza fue eliminada en Estados Unidos, en su Enmienda XIII de 1865, que elimina la esclavitud y, en

1868, que estableció que toda persona que se encuentre dentro de los límites jurisdiccionales se le aplicará la protección de las leyes por igual. En 1870 se establece el derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos, para todos sin distinción alguna de raza, color, ni su anterior condición de esclavos. Este camino fue seguido por los demás países consiguiendo abolir la discriminación por motivo de raza¹², permitiéndoles los mismos derechos que a los demás ciudadanos varones.

Las discriminaciones negativas, que se fueron suprimiendo con el paso de los años mediante los textos constitucionales, superaron los obstáculos que les imponían por motivos de raza, sexo y religión, acabando, como establece la Constitución Francesa de 1789, con la distinción de clases, estamentos, llegando a abolir todo tipo de jerarquía.

El principio de la igualdad formal reconocido en el art. 14 viene expresado en los siguientes términos: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Y es, precisamente, a este principio de igualdad formal al que vamos a referirnos en las páginas siguientes.

La misma observación podría hacerse a propósito de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789) en la que se establece que: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, así como en la posterior Declaración de 1793, en la que expresamente se declara que: “El gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles” (art. 1).

En el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,

¹² Es importante destacar en este aspecto la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial 1963, artículo 1º “la discriminación entre los seres humanos por motivos de raza color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la DUDH, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos”.

adoptado por los Estados miembros del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, ha sido un instrumento ciertamente muy efectivo para la protección de estos derechos. El Convenio estableció un mecanismo judicial de garantías de los derechos civiles y políticos que, poco antes, habían sido proclamados en la DUDH de 1948, que supuso un gran progreso garantista en relación con la propia Declaración que, por la naturaleza del instrumento jurídico utilizado, había sido creada como un documento de naturaleza recomendatoria. Precisamente, en relación con la igualdad, es preciso recordar que el Convenio de Roma establece la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos y libertades reconocidas en dicho Convenio¹³.

En los años 60 en Estados Unidos comienza a surgir el movimiento de mediación comunitaria, a causa de dos hechos fundamentales; por un lado el activismo social y político y por otra, un movimiento político y social puesto en marcha para la reforma del sistema de justicia. La mediación comunitaria se convirtió en un mecanismo fundamental, porque suponía para las partes retomaban la iniciativa frente al intervencionismo inoperante de los poderes públicos. Los mecanismos de mediación suponían una oportunidad para que los ciudadanos participasen en la prevención e intervención temprana de sus conflictos, siendo alternativa a los mecanismos institucionales, los promotores de los primeros movimientos de mediación comunitaria pretendían que la mediación impactase positivamente en las condiciones de vida de las ciudades, incidiendo en los niveles subyacentes de los conflictos interpersonales e intergrupales¹⁴. A través de este mecanismo pretendían que las personas fuesen capaces de ayudarse unas a otras, sin discriminación alguna, por encima de sus intereses y que se vieran como seres

¹³ Artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y libertades Fundamentales: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio han de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

¹⁴ W. SINISTERRA RESTREPO, *Mediación comunitaria*, en Souto Galván, *La Mediación. Un instrumento de conciliación*, Dykinson, 2010, Madrid, pp. 373-374.

humanos con interés y necesidades propias de su condición, aún encontrándose en situaciones de conflicto. Por lo que los ciudadanos ven en la mediación un procedimiento más favorable de manejar sus conflictos que el proceso legal.

En el proceso de formación de la Unión Europea, cabe recordar que el Tratado constitutivo de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992, reconoce entre sus objetivos el refuerzo de “la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros mediante la creación de una ciudadanía europea” reconocido en el Título I, art. b. Aunque esta ciudadanía fue adornada con un número muy limitado de derechos, como por ejemplo en el derecho de libertad de circulación y residencia; sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales; derecho de protección diplomático; derecho de petición, sin embargo, se formula una declaración expresa en relación con la observancia de los derechos fundamentales y se establece que la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho comunitario, como se establece en su artículo F.

El Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, introdujo una importante y significativa tarea en el ámbito de la Comunidad Europea y, entre los objetivos relacionados con los derechos de los ciudadanos, destaca el fomento de la igualdad y la supresión de las desigualdades, entre mujeres y hombres, por lo que se puede señalar que la igualdad de trato de convierte en una política “horizontal” que debe tenerse en cuenta en todas las políticas¹⁵. Al mismo tiempo, se confirma la adhesión a la Carta Social Europea (1961) y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989) y, por consiguiente, el reconocimiento de los derechos sociales de los ciudadanos europeos.

¹⁵ M. ELÓSEGUI ITXASO, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

El Consejo Europeo de Niza (diciembre de 2000) adoptó el acuerdo de proceder a la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cumpliendo, así, el acuerdo adoptado en el Consejo Europeo de Colonia, de 4 de junio de 1999, de proceder a la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales, con el objetivo de dar a conocer a todos los ciudadanos europeos los Derechos que les corresponden. La Carta distribuye los derechos en seis capítulos: 1. Dignidad de la persona humana; 2. Libertades; 3. Igualdad; 4. Solidaridad, 5. Ciudadanía; 6. Justicia.

En el capítulo dedicado a la igualdad, se ratifica, en el art. 20, que todas las personas son iguales ante la ley y, en el art. 21, se prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

3. *El proceso de mediación y el principio de igualdad.* – La mediación como método alternativo para la gestión de conflictos cuyo objetivo es buscar, y facilitar la comunicación entre las partes a través de la intervención de un tercero imparcial, idóneo y cualificado, mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de las partes, que ponga fin al conflicto y controversia. Por lo tanto, se puede definir la mediación como un sistema de negociación asistida mediante la cual las partes involucradas en un conflicto tratan de resolverlo por sí mismas, actuando el mediador como conductor en las sesiones ayudando a las partes a que encuentren una solución satisfactoria para ambas¹⁶.

El proceso de mediación se fundamenta en una serie de características básicas y condiciones esenciales que envuelven al

¹⁶ M^a.A. PEÑA YÁÑEZ, *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, colección práctica de Mediación, Dykinson, Madrid, 2013 y consultar también M. ALVAREZ TORRES, *Mediación civil y mercantil*, colección práctica de Mediación, Dykinson, Madrid, 2013.

mediador y al proceso de mediación, en cuanto al proceso se establece que debe ser una negociación asistida: las partes actúan por sí mismas, negocian y proponen soluciones, en segundo lugar, se considera que debe ser un acto voluntario, por lo que las partes deben decidir o no participar en el proceso de mediación y ponerle fin en el momento que decidan, en tercer lugar debe ser un proceso que tiende al acuerdo entre las partes. Por todo ello deben basarse en los siguientes principios: principio de confidencialidad, principio de imparcialidad, principio de igualdad, principio de buena fé, principio de legalidad.

El reconocimiento en la Constitución española del Estado español como un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1). Garantiza el cumplimiento de estos principios, basándonos en la igualdad y la justicia como valores superiores del ordenamiento jurídico.

Los valores constitucionales suponen el contexto axiológico fundamentador o básico para toda la interpretación del ordenamiento jurídico, en cuanto suponen el núcleo básico y fundamental de todo el sistema jurídico-político¹⁷. En este sentido, los valores superiores son criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer sus fines. Por ello, tienen, además, una función orientadora, en virtud de la cual, debe presidir la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución, haciendo "ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional"¹⁸. En consecuencia, como ha declarado el Tribunal Constitucional, invocando el artículo 1.1 de la CE: "La igualdad se proyecta con una eficacia transcendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional... deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama"¹⁹. Por últi-

¹⁷ A. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos...*, cit., p. 288.

¹⁸ *Ibídem*.

¹⁹ STC 8/1983, FJ. 3º.

mo, el valor superior constituye un criterio o parámetro para discernir las diversas manifestaciones del sistema de legalidad, de tal manera que “es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o de desvalor, por su conformidad o infracción de los valores constitucionales”²⁰.

La normatividad de los valores, ha llevado a la doctrina a plantear si esta prescripción jurídica es equivalente a la de los principios jurídicos. La mayoría de la doctrina opina que tanto los valores como los principios tienen carácter prescriptivo, pero de naturaleza distinta. Esta distinción residiría en el mayor grado de generalidad y abstracción de los valores frente a la mayor concreción y determinación de los principios²¹. Esta distinción tendría una consecuencia inmediata en relación con la eficacia jurídica de los valores superiores frente a los principios. Para algunos autores, los valores tienen una eficacia meramente interpretativa estando orientados a la producción de normas²², mientras que para otros la eficacia jurídica de los valores superiores no es meramente interpretativa, sino también normativa²³.

Si se admite esta última propuesta, parece evidente que la distinción entre valores y principios resulta inadecuada, porque “los valores jurídicos de una comunidad son los principios jurídicos, tal y como tantas veces se ha repetido a lo largo de este trabajo, y su mayor o menor densidad prescriptiva facilitará o dificultará su aplicación a los casos concretos, pero no los configurarán como una norma jurídica distinta”²⁴.

Por ello, nuestra jurisprudencia constitucional establece que los valores y principios que incorpora la Constitución, en cuan-

²⁰ A. PÉREZ LUÑO, p. 288.

²¹ M. BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, Madrid, 1994, p. 140.

²² M. ARAGÓN RIVAS, *La eficacia jurídica del principio democrático*, en “REDC”, n.º. 24; T. FREIXES SANJUÁN, y J.C. REMOTI CARBONELL, *Los valores y los principios en la interpretación constitucional*, en “REDC”, n.º. 35.

²³ L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, en *Estudios sobre la Constitución española*, I, p. 124; L. PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, “Cuadernos y debates”, n. 49, Centro de Estudios constitucionales, Madrid.

²⁴ M. BELADIEZ ROJO, p. 142.

to que ésta es norma jurídica, tienen valor jurídico inmediato y, en su caso, derogatorio del Derecho anterior. Así el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero de 1981 (la primera que dictó), dice: “los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico... que debe ser así integrado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allá donde la oposición entre las leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo... En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma”²⁵.

Este precepto se refiere a que todos estos principios que recoge la Constitución como valores superiores del ordenamiento jurídico tendrán una aplicación transversal, es decir, estarán presentes en toda la legislación, en todo el ordenamiento jurídico, por lo que como señala la sentencia toda aquella desigualdad que sea contraria a lo establecido por la CE, será incompatible con estos valores que la Constitución proclama.

Teniendo en cuenta que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1) y de que la “Constitución garantiza el principio de legalidad” (art. 9.3), realmente no habría sido necesario insistir en estos extremos en relación con las Comunidades Autónomas. Sin embargo, el legislador, poniendo, una vez más, de relieve esa preocupación por el respeto y efectiva realización del principio de igualdad, lo resalta, por vía positiva y negativa en el artículo al que ahora nos referimos. En el primer sentido, insistiendo en que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado. Y en el segundo aspecto, al prescribir que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa e indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

²⁵ STC 4/1981, FJ n. 1.

La igualdad material, real y efectiva parece permitir la justificación de desigualdades formales en aras de la consecución de igualdad real. Pues, de acuerdo con el art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

La igualdad material o real se convierte en una característica básica del Estado social de Derecho en el que quien ejerce el poder tiene que tener en cuenta la posición real de los ciudadanos para actuar en consecuencia y conseguir una equiparación efectiva de los mismos. La igualdad ante la ley implica que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas serán similares, por tanto ante supuestos diferentes, las consecuencias tendrán que ser distintas, esto es “se ha de tratar igualmente lo que es esencialmente igual, lo que es esencialmente desigual se ha de tratar desigualmente” o, en palabras del TC, “a supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también”. El juicio de razonabilidad será el elemento que actúe para apreciar la violación del principio de igualdad y apoyará la actuación de los poderes públicos de modo que, en última instancia, la apreciación objetiva y razonable de la situación social desigual justificará la puesta en marcha de acciones positivas.

Queda claramente justificado que el principio de igualdad, goza de una amplia protección constitucional (arts. 1, 9.2 y 14, entre otros) garantiza, no sólo la igualdad de los ciudadanos ante la ley, sino la igualdad en la aplicación de la ley al caso concreto. La Constitución prohíbe tanto la desigualdad del contenido de la ley, obligando al legislador a fundamentar el diferente trato normativo, como la desigualdad en su aplicación por el Juez, obligando a éste a motivar las diferencias cuando aplica la norma²⁶. Por ello, la dificultad de este principio radica en determinar cuáles son los criterios para decidir si las diferencias

²⁷ L. GORDILLO SANTANA, *Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*, “Revista Redur”, Universidad de La Rioja, Departamento de Derecho, http://www.larioja.org/upload/documents/474207_garantias_penales.pdf.

tomadas en cuenta por el legislador al crear la norma o por el juez al aplicarla, preservan aquel principio por estar justificadas²⁷.

La mediación es una técnica cuya utilización descansa en el precepto de igualdad de las partes ante la ley. Ello no significa que las personas sean iguales, sino que los son sus derechos y obligaciones fijados por un marco normativo al que se adhieren en virtud de sujetos de Derecho²⁸. Por lo que podrían darse situaciones que complicaran la garantía del principio de igualdad, sobre todo en el campo de la mediación penal²⁹. Sin embargo, lo que se pretende con el proceso de mediación es poder garantizar la igualdad, a través de la reducción de coste, mediante un sistema más eficiente, no perder el tiempo en dilaciones, en procedimientos infinitos, que suponen un gasto económico y moral, en un compromiso por las partes de adoptar y cumplir las decisiones tomadas, una participación activa de las partes, en la legalidad y en la honradez, en la buena fe y en la igualdad, así como en el principio de proporcionalidad, que al igual que el principio de igualdad está vinculado al valor de la justicia y es expresión de los valores del Estado Social y democrático de Derecho.

²⁷ T. ARMENTA DEU, *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, nn. 41-42, 1996, www.poderjudicial.es.

²⁸ L Y OTROS BAZAN, *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, 1996, p. 238.

²⁹ Como expone L. GORDILLO SANTANA, *Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal*, "Por un lado, los obstáculos ajenos a la voluntad del autor, que dificultan o impiden la reparación, y por ello el eventual tratamiento jurídico penal más benigno. Por otro lado, la desigualdad en función del distinto tipo e intensidad de las cargas asumidas por el infractor, para casos que, desde la perspectiva de las definiciones jurídico-penales, entrañan una gravedad semejante. Respecto a las primeras, situamos las siguientes circunstancias: 1) la influencia de la víctima en lo que sea la definitiva respuesta penal; 2) la posición de desventaja de aquellos que no tienen recursos para poder realizar prestaciones reparatorias; 3) la dificultad de acceso de ciertos delitos a la mediación autor-víctima (delitos sin víctima, tentativa de delito)".

CARMEN CUADRADO SALINAS*

LA MEDIACIÓN: ¿UNA ALTERNATIVA REAL AL PROCESO PENAL?¹

SUMARIO: 1. - Introducción. - 2. Significado del término “Justicia restaurativa”. - 3. La mediación penal. - 3.1. La mediación penal como método relativamente independiente del proceso penal. - 3.1.1. El interés público de la justicia – restaurativa - en la - no - persecución penal del delito. - 3.1.2. Luces y sombras de la mediación penal: su potencial reparador y rehabilitador y el riesgo de abandono del derecho al debido proceso. - 3.1.2.1. El potencial reparador y rehabilitador. - 3.1.2.2. El riesgo de abandono del derecho al debido proceso. - 3.2. A modo de conclusión: cuestiones sobre la decisión de abrir la vía del proceso mediador y autorización de los acuerdos alcanzados por las partes.

1. *Introducción.* – El término “mediación penal” es empleado en la literatura española como equivalente al anglosajón “Victim Offender Mediation” (V.O.M.) cuando se quiere hacer referencia a uno de los métodos de resolución de conflictos penales que acoge la denominada justicia restaurativa. La mediación penal, como método alternativo al proceso judicial, se concibe, así, como un proceso en el que se facilita el encuentro cara a cara entre la víctima de un delito o falta y su agresor, intervenida por un mediador, que les permitirá expresar emociones, opiniones y versiones de los motivos y circunstancias en las que se cometió el mismo, el efecto causado y sufrido por la víctima, y en el que ambas partes podrán decidir, de común acuerdo, la mejor forma de reparar el daño causado.

La principal finalidad que persigue este método alternativo de justicia es la de alcanzar la solución más justa posible a un

* Profesora Contrada Doctora de Derecho Procesal - Universidad de Alicante.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyecto de investigación Hacia una nueva Justicia Penal (SEJ2007-60385), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

conflicto originado por la comisión de un delito, que, según los defensores de este proceso, es la reparación del daño causado a la víctima, en lugar del castigo del autor del hecho, como sucede en el vigente sistema de justicia penal. Al focalizar la atención en la reparación a la víctima por el daño sufrido, y no en la condena del autor del acto delictivo, la mediación penal otorga una participación activa tanto a la víctima como al autor del hecho. En relación con la víctima, dicha participación activa se garantiza no sólo en el devenir del proceso, sino en la toma de decisiones en cuanto al tipo de prestación/ reparación/ resarcimiento que deba realizar su agresor. Al mismo tiempo, se otorga al infractor la posibilidad de mostrar su arrepentimiento por el acto cometido, comprender el daño causado y, como elemento esencial, realizar los actos pertinentes y dirigidos a la reparación del mismo, en lugar de permanecer en silencio y aceptar la imposición de un castigo que no tiene, necesariamente, finalidad reparadora a la víctima.

El adjetivo inglés que mejor define el propósito que persigue este método de justicia es “healing”; esto es, la reparación o sanación integral del mal que se ha causado y por el que se sufre, de forma que, en su acepción amplia, el significado de “healing” incluye la reparación o sanación de la víctima tanto a nivel físico (material) como psicológico.

Quienes defienden esta nueva teoría de la justicia enfatizan que la reparación del daño sólo puede alcanzarse mediante un proceso reparador, mediador – o facilitador – definido, en ocasiones, en términos de un proceso “en el que las partes del conflicto deciden de mutuo acuerdo cómo resolver el mismo y sus consecuencias”², o en términos de su finalidad “reparar en vez de castigar”³. La mayor diferencia que los defensores de esta teoría apuntan que existe entre el sistema de justicia tradicional y la denominada justicia reparadora o restauradora parece clara, aunque no por ello exenta de complejidad: a través de la justicia restaurativa la solución del conflicto originado por el

² A. ADAMS, “*Restorative Justice, Responsive Regulation, and Democratic Government*”, en *Journal of Sociology and Social Welfare*, vol. XXXI, n. 1, 2004, p. 3.

³ A. ADAMS, “*Restorative Justice...*”, cit., p. 3.

delito se deja en manos de sus protagonistas y en los órganos pertenecientes a la Administración de Justicia del Estado.

Para muchos, la idea de que este método de solución del conflicto penal desapodere al Estado del monopolio del “ius puniendi”, puede parecer un escollo insalvable a la hora de aceptarlo como un método alternativo válido de justicia penal. Su aceptación equivaldría a la aceptación de una justicia penal privada que no tiene, o no puede encontrar, legitimación en nuestro actual sistema de justicia, en donde el delito tiene, en términos generales, naturaleza pública. En consecuencia, sólo los órganos del Estado podrán perseguirlo y juzgarlo a través de un proceso justo con todas las garantías (art. 6 C.E.D.H.).

Por su parte, la noción de justicia restaurativa se basa en la consideración del delito como un mal o conflicto que debe ser solucionado por sus participantes, esto es, entre los sujetos involucrados en el mismo (víctima y autor del hecho), y no entre sus autores (el infractor) y el Estado⁴. Si bien es cierto que esta noción no es completa, pues como afirma Bernd-Dieter Meier, “si la justicia restauradora se limitase estrictamente a la solución del conflicto – en el sentido apuntado –, se estarían ignorando las necesidades e intereses sociales del mantenimiento en la seguridad y la paz social, vitales para la sociedad”⁵.

Esta nueva forma de presentar a la justicia ha encontrado cobijo legal – a pesar de dejar en manos de sus participantes la decisión acerca de cómo resolver los efectos del delito – en un amplio abanico de ordenamientos jurídicos⁶; y lo que aparece como un dato a tener muy en cuenta por quien esté interesado en encontrar fórmulas que mejoren la eficacia de la justicia penal, es la demostrada tasa de éxito, superior – en cuanto al grado de satisfacción y del convencimiento, tanto por parte de la

⁴ BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice-A New Paradigm in Criminal Law?*”, en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6/2, 1998, p. 126.

⁵ BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice-A New Paradigm...*”, cit., pp. 126-127 ss.

⁶ Entre otros países europeos que regulan métodos de justicia restaurativa se encuentran Austria, Bélgica, Alemania y Reino Unido. Entre los no europeos, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda.

víctima como del agresor, de que la solución acordada ha sido más justa – al alcanzado por el vigente proceso penal.

No obstante, la opción del legislador por incluir en un ordenamiento jurídico determinado la posibilidad de que la comisión de un acto delictivo se derive a un proceso mediador no queda exento de dudas e incertidumbres. Aunque la mediación penal se ha aplicado con éxito en multitud de países durante más de dos décadas, y sigue siendo objeto de un gran caudal literario, tanto a nivel teórico como estadístico, lo que parece cierto es que estamos ante una institución o fórmula alternativa de justicia de perfiles todavía inacabados que, aunque no en todos los casos, plantea problemas de índole procesal de gran calado, especialmente en relación con el riesgo de abandono de los derechos fundamentales de naturaleza procesal del imputado, pero también en relación con la seguridad de la víctima.

A todas estas cuestiones se dedicarán las líneas que siguen, al tiempo que se intentará aclarar si la opción – en caso de aceptarla – por la mediación penal ha de verse como una alternativa real al sistema de justicia vigente, o, por el contrario, ha de estar sólo condicionada y delimitada a ciertos asuntos, ciertos autores y ciertas víctimas serán desviadas hacia la mediación por el propio sistema. En otras palabras, la cuestión que nos planteamos es la de si estamos ante un nuevo sistema de justicia susceptible de reemplazar al vigente, o si se trata de una rama de la justicia que puede surgir en un momento determinado de un tronco común (el proceso penal) a los efectos de dar una solución más justa y eficaz al conflicto planteado, teniendo presente el interés público en dicha solución, y no sólo –aunque también– el de las partes involucradas en el mismo.

2. *Significado del término “Justicia restaurativa”*⁷. – El término anglosajón “Restorative Justice”, fue originariamente acuñado

⁷ A lo largo del trabajo se utilizarán indistintamente las expresiones “restaurativa” y “restauradora” como expresiones idénticas e intercambiables puesto que tienen ambas el mismo significado.

en los años 50 por el psicólogo americano Albert Eglash. En su obra "Más allá de la restitución: restitución creativa" de 1977, Eglash ponía de manifiesto que dos de los mayores errores del sistema de justicia eran, por un lado, negar a la víctima una participación activa dentro del proceso penal y, por otro lado, simplificar al máximo la participación del autor del hecho delictivo requiriéndole una mera participación pasiva⁸. Este autor distinguió entre tres tipos o modelos de justicia según la finalidad perseguida: la justicia retributiva, la justicia distributiva y la justicia restaurativa; y, en su opinión, sólo esta última opción tenía como principal finalidad la restauración del daño causado a la víctima, "ofreciendo una oportunidad única a todas las partes involucradas para reparar la relación entre ambos y la oportunidad para el infractor de ofrecer los medios adecuados para reparar el daño causado"⁹. A partir de esta primera aportación, surge todo un movimiento doctrinal a favor de reformar el actual sistema de justicia penal mediante la introducción de fórmulas alternativas basadas en métodos restauradores, cuyo principal defensor fue Braithwaite¹⁰.

En palabras de Sherman la justicia restaurativa es "una forma de entender cuál es la mejor opción para las víctimas de un delito, para los infractores y para el sistema de justicia penal. Los defensores de la justicia restaurativa sugieren que las asunciones tradicionales acerca de tales opciones pueden ser incorrectas: las víctimas deberían tener una participación activa, en vez de ser excluidas del proceso, las víctimas y sus agresores no son enemigos naturales, la idea de justicia de las víctimas no siempre es la del castigo de sus agresores, la privación de libertad no es siempre la mejor manera de prevenir la reincidencia. Son estas erróneas asunciones las que contribuyen a incrementar la insatisfacción de la sociedad con la justicia".

⁸ A. EGLASH, *Beyond Restitution: Creative Restitution*. Ed. Lexinton Books, United States of America, 1977. Abstract disponible en <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=47998>.

⁹ T. GRAVELIDES, *Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the Discrepancy*, ed. European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2007, p. 21.

¹⁰ J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice*, ed. Oxford University Press, 1998.

Sin embargo, a pesar de la gran cantidad de obras que se han escrito y que describen lo que debemos entender por justicia restaurativa, no es posible encontrar una definición doctrinal clara y uniforme al respecto. Es más, como señala Dooling, mientras algunos autores definen la justicia restaurativa destacando el novedoso y característico procedimiento que se utiliza, otros ponen el énfasis en el resultado obtenido¹¹. Así, por ejemplo, Van Ness define a la justicia restauradora como “una teoría de la Justicia que pone el énfasis en la reparación del daño causado por una conducta ilícita y que se materializa mediante un proceso reparador”¹². Para Marshall, la justicia restaurativa es “un proceso mediante el cual, las partes resuelven cómo solventar los efectos del delito y las consecuencias que tendrá en el futuro”¹³. Por su parte, Adams define a la justicia restaurativa en términos de un proceso, “en el que sus participantes deberán decidir cómo resolver el conflicto originado por un delito y las consecuencias futuras del mismo”, incluyendo también la finalidad dirigida a reparar en vez de castigar, fomentar la participación de la comunidad y crear un diálogo respetuoso, en donde las palabras clave serían “el perdón, la responsabilidad, el acuerdo y la reparación”¹⁴.

Si atendemos a la definición de justicia restaurativa como un proceso reparador, según la Declaración de Principios Básicos de los Programas de Justicia Reparadora en Asuntos Penales realizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Uni-

¹¹ K. DOOLIN, *But What Does It Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice*, en *Journal of Criminal Law*, vol. 71, 2006-2007, p. 427.

¹² La Justicia reparadora o restauradora es una fórmula o proceso adaptada de prácticas tradicionales maoríes de Nueva Zelanda, y cuyo primer ordenamiento que la acogió fue el Canadiense. A partir de ese momento y en la actualidad se ha convertido en un fenómeno global cuya práctica se ha introducido ya en más de 80 ordenamientos jurídicos a nivel mundial. D.W. VAN NESS, *An Overview of Restorative Justice Around the World, Report Enhancing Justice Reform, Including Restorative Justice* de 22 abril de 2005 incluido en el 11 Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Justicia penal, en www.icclr.law.ubc.ca.

¹³ T.F. MARSHALL, *Restorative Justice. An Overview*, publicado en www.homeoffice.gov.uk, 1999, p. 5.

¹⁴ P. ADAMS, “*Restorative Justice, Responsive Regulation...*”, cit., p. 3.

das (E.C.O.S.O.C.) en 2002, debemos concluir que se trata de “cualquier proceso en el cual víctima e infractor, y cuando sea apropiado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectada por el delito, participan de manera cooperativa y activamente en la resolución de las cuestiones originadas por el delito, generalmente con la asistencia de un mediador profesional”¹⁵.

Otros autores, sin embargo, definen a dicho proceso como “un conjunto de principios que se dirigen a orientar la práctica de cualquier sujeto o grupo en relación con la resolución de un conflicto penal”¹⁶. En este sentido, y retornando a lo expresado por Marshall, el conjunto de principios que informan al modelo de justicia restaurativa se concreta en las siguientes acciones: posibilitar la actuación personal de los sujetos involucrados en el conflicto, principalmente autor y víctima; entender los problemas creados por el delito dentro del contexto social en el que se han producido, orientar la actuación de los participantes hacia decisiones preventivas y resolutorias y utilizar prácticas informales en el proceso mediador, es decir, flexibilidad en las prácticas adoptadas¹⁷.

Del sentido expresado por Marshall, ha de inferirse, pues, que la justicia restaurativa, como proceso, no tiene un procedimiento previamente establecido, estático y formal, en el que cada una de sus fases o momentos puedan ser regulados de forma detallada, como sí ocurre por ejemplo con el procedimiento penal vigente. Por el contrario, la noción de justicia restauradora implica que las partes son las que deben considerar y decidir qué pasos habrán de dar y en qué dirección, considerándose como “un procedimiento democrático en el que cada asunto es único, porque cada delito y cada consecuencia del mismo son únicos, de forma que cada procedimiento mediador es creado de nuevo por sus participantes”¹⁸.

¹⁵ D.W. VAN NESS, “*An Overview of Restorative Justice...*”, cit., p. 3.

¹⁶ T.F. MARSHALL, “*Restorative Justice. An Overview...*”, ds.homeoffice.gov.uk, 1999, p. 5.

¹⁷ T.F. MARSHALL, “*Restorative Justice...*”, cit., p. 7.

¹⁸ J. SHAPLAND (et al.), “*Situating Restorative Justice Within Criminal Justice*”, en *Theoretical Criminology*, vol. 10 (4), Sage Publications, 2006, p. 507.

En la literatura española, una de las definiciones más completas y amplias que pueden encontrarse es la ofrecida por Ríos Martín (et al.), según la cual, la justicia restaurativa es “la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo y encuentro personal entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito”¹⁹.

En definitiva, si bien la justicia reparadora o restauradora ha sido concebida como una nueva teoría de la justicia, una de las cuestiones que parecen indubitadas es que no se trata de la creación académica de un nuevo modelo de justicia penal, sino, como señala Marshall, el resultado de un compendio de prácticas y experiencias que han tenido lugar con ocasión de programas pilotos en un gran número de ordenamientos jurídicos a nivel global y de los altos niveles de éxito alcanzados²⁰.

La introducción de métodos de justicia restaurativa en un determinado ordenamiento jurídico se presenta, pues, tal y como se ha visto, como una fórmula o vía de solución al conflicto penal planteado y alternativa al proceso penal que intenta transformar los rígidos principios de la justicia tradicional – incorporando flexibilidad a los mismos a través de valores democráticos –, creando una nueva filosofía de la justicia basada en la rehabilitación del agresor y pronta reparación de la víctima²¹. La característica configuración del proceso mediador otorga,

¹⁹ J.C. RÍOS MARTÍN (et al.), *La mediación penal y penitenciaria*, ed. Colex, 3 edición, 2012, pp. 29-30 ss.

²⁰ T.F. MARSHALL, “*Restorative Justice...*”, cit., p. 7.

²¹ Sobre el tema puede verse, en general, J. BRAITHWAITE, “*Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*”, en *Crime and Justice*, vol. 25, 1999; del mismo autor, “*Restorative Justice and Social Justice*”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 63, 2000; J. SHAPLAND (et al.), “*Situating Restorative Justice within Criminal Justice*”, *Theoretical Criminology*, vol. 10 (4), 2006.

pues, a la víctima un escenario único para poder describir el impacto que le produjo la acción delictiva, y al ofensor el foro ideal para expresar los motivos que le llevaron a su realización, creándose un ambiente de diálogo y comunicación que puede terminar con la simple disculpa por el infractor y el perdón de la víctima, así como con la restitución del objeto hurtado, la realización de trabajos compensatorios a la comunidad o para la víctima y, en definitiva, de cualquier otra forma acordada y aceptada por las partes.

En relación con los sujetos susceptibles de formar parte de un proceso o programa de justicia restaurativa, podrían intervenir, en general, una pluralidad de partes, no sólo la víctima y su agresor, sino también los miembros de la familia o comunidad vecinal a la que ambos pertenezcan, pero cuando se trate de casos en los que dichos miembros sean, de alguna forma, parte del conflicto, como por ejemplo cuando dicho conflicto derive de la producción de daños en los bienes comunitarios, o por daños en la propiedad de una familia realizada por un miembro de otra. No obstante ello, y como ya se ha indicado anteriormente, cuando se hace referencia a la mediación penal estamos en presencia del método V.O.M., es decir, "Victim Offender Mediation", o lo que es lo mismo, cuando sólo están implicados la víctima del delito y su agresor, sin que se incluyan como partes en el proceso otros sujetos, puesto que sólo la víctima y su agresor han sido los sujetos involucrados en la acción delictiva que se ha cometido.

3. *La mediación penal.* – Del estudio realizado por Gravielides²², puede distinguirse varios formatos en los que la mediación penal puede ser introducida en un ordenamiento jurídico como alternativa al proceso penal. La opción por uno u otro formato dependerá de la estructura del sistema de justicia en el cual es introducido, así como del nivel de tolerancia hacia el mismo por parte del público en general, de la voluntad política o de su cultura jurídica, distinguiéndose entre tres diferentes tipos de mediación: independiente, relativamente independiente y dependiente.

²² T. GRAVIELIDES, "Restorative Justice Theory...", cit., p. 31 s.

1. Independiente: cuando la mediación se ofrece como una alternativa real al proceso penal, desviando el asunto de la vía procesal y precluyendo la posibilidad de que se abra esta vía cuando el proceso mediador ha sido exitoso. Un ejemplo de este tipo lo encontramos en el ordenamiento jurídico holandés²³. El artículo 167 del Código Penal holandés otorga al Fiscal la facultad de desviar a la mediación asuntos en los que el interés público no se dirige al procesamiento y castigo del autor del hecho, sino a resolver el conflicto mediante una negociación y acuerdo entre las partes que reemplaza a cualquier respuesta penal al delito cometido. Normalmente este tipo de mediación se emplea sólo para asuntos de delincuencia leve producidos en el ámbito de una comunidad o barrio.
2. Relativamente independiente. Cuando se ofrece como parte integrante del sistema procesal. Puede tener lugar en cualquier momento o estado del proceso, y el asunto es desviado a un mediador con la finalidad de lograr el diálogo hacia un acuerdo entre las partes. Si la mediación es exitosa, el impacto que tendrá en el proceso puede ser el de reducir la condena del autor del hecho; en estos casos la vía de la mediación no impide que el asunto sea judicializado. Podemos encontrar un ejemplo de este tipo en España, si bien todavía como experimento que se ha realizado en algunos juzgados sin que esté regulado en la ley. En ciertos casos también puede dar lugar al archivo condicional de la acción penal. Este tipo de mediación es la que se ha implantado en varias jurisdicciones europeas incluyendo la belga, la alemana, la austriaca, la inglesa, etc. En el ordenamiento inglés, por ejemplo, esta posibilidad existe a través de la figura de la “conditional caution”, en los casos en los que se produce el archivo de la acusación si se ha desviado a un proceso de mediación y el daño ha sido reparado a la víctima. Así, en el Código de Práctica de la Fiscalía²⁴, se recogen las directrices emitidas en abril de 2013 por el Director de la Acusación Pública, en las que se establece que la mediación puede suponer el ar-

²³ http://3e-rj-model.web.auth.gr/files/national_reports/Netherlands.pdf.

²⁴ Vide http://www.cps.gov.uk/publications/code_for_crown_prosecutors/.

chivo condicional de la acción penal en los siguientes casos: a) Que exista una oportunidad para reparar o compensar el daño a la víctima, a la comunidad o al vecindario; b) Que se aseguren ciertas condiciones de seguridad para la víctima, vecindario o comunidad, por ejemplo, alejamiento, prohibición de residir o de acercarse a determinados lugares; c) Que el uso de la mediación tenga un impacto positivo y beneficioso para la comunidad; d) Oportunidad para que el imputado realice trabajos a favor de la comunidad; y e) La posibilidad de imponer una multa como sanción por el delito cometido.

3. Dependiente. Se trataría de aquellos programas de mediación penal que se sitúan en una línea adyacente al proceso penal, normalmente cuando el proceso ha terminado su curso y la mediación es empleada en un contexto penitenciario.

3.1. *La mediación como método relativamente independiente del proceso penal.* – En líneas inmediatamente anteriores se comentaba que la mediación puede ser introducida como método relativamente independiente del proceso judicial, pero integrado en el sistema de justicia penal ya existente; es decir, que en este caso no se trata de innovar – en el sentido de crear un nuevo sistema de justicia independiente y paralelo al convencional – sino de implementarlo, combinando sus valores y prácticas, con las existentes en el propio sistema del cual surgen²⁵.

Pero ello implica, necesariamente, que el sistema de justicia en el que pretenda implementarse este método de resolución de conflictos penales esté configurado de tal modo que se posibilite dicha implementación. Dicho de otra forma, el ordenamiento jurídico en cuestión sólo podrá legitimar la práctica de procesos de mediación si contiene mecanismos que permitan desviar del proceso penal determinados asuntos, es decir, si está informado por el principio de oportunidad.

3.1.1. *El interés público de la Justicia – restaurativa – y en la – no – persecución penal del delito.* – El principio de oportunidad permite el otorgamiento de un poder de decisión sobre el deve-

²⁵ T. GRAVIELIDES, “*Restorative Justice Theory...*”, cit., p. 39.

nir de la acción penal a quien corresponde la persecución del delito y que suele ampararse, en la mayoría de ordenamientos procesales penales que lo recogen, en la no persecución y procesamiento del autor del hecho cuando el interés público se dirija hacia finalidades distintas al castigo del culpable. Si bien la principal función del Ministerio Público en el ámbito de la justicia penal es la de perseguir al autor del hecho y ejercitar la acción penal ante los tribunales, puesto que es el garante del interés público, en aquellos ordenamientos en los que rige el principio de oportunidad tiene facultades para decidir la derivación de un asunto a vías distintas de las del proceso penal con base, precisamente, en el interés público.

La posibilidad de otorgar esta facultad al órgano de la acusación pública viene recogida en el art. 13 (b) de las directrices emitidas por las Naciones Unidas en el que se reconoce que el acusador público, actuando bajo los principios de objetividad e imparcialidad, deberá tener en consideración “tanto la situación del acusado como la de la víctima, y todas las circunstancias del acusado ya sean éstas exoneradoras o incriminatorias”²⁶, de forma que podrá ponderar el impacto actual o potencial que la comisión de un hecho delictivo pueda suponer para la comunidad y también para la víctima, – evaluado tanto en términos de daño económico como físico o de erosión de la seguridad y paz de la comunidad – y con base en criterios previamente establecidos en la ley, pueda decidir el desvío del curso de la acción penal hacia otras fórmulas de justicia tales como la mediación.

En términos generales, el interés público en la persecución del delito y de su autor suele ser directamente proporcional a la gravedad del delito cometido; esto es, a mayor gravedad del hecho mayor interés público en la persecución del delito y de sus autores, y, en consecuencia, es menor la posibilidad de que el legislador faculte al Fiscal para desviar a los autores de un hecho delictivo hacia medidas alternativas, o decretar un archivo definitivo. A la inversa, cuanto menor sea la gravedad del delito, menor el interés público en su persecución, puesto que en estos casos el interés público, una vez apreciada la escasa lesión social

²⁶ Resolución 1989/61 del Consejo Económico y Social.

del delito, se dirige a la protección de otros valores sociales dignos de tutela, que también se erigen como fines esenciales de un sistema de justicia penal, tales como la rehabilitación del infractor y el resarcimiento de daños a la víctima.

Así pues, el interés público en la persecución del delito y sus autores puede expresarse tanto en un sentido negativo como positivo, aunque solemos referirnos al sentido negativo cuando genéricamente se habla de principio de oportunidad; esto es, cuando el Fiscal tiene la facultad de no ejercitar la acción penal aunque no se discuta sobre la comisión de un hecho delictivo o de su autoría. La desviación de un asunto por aplicación del principio de oportunidad suele estar condicionada a la aplicación del principio de proporcionalidad como presupuesto para tomar la decisión, lo que implica una labor de ponderación de los factores a favor y en contra del procesamiento. Así sucede, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico inglés, o el austriaco, en los que dicha ponderación, como no podía ser de otro modo, está guiada por el principio de proporcionalidad.

Son, en general, razones basadas en la levedad del hecho y/o en el escaso impacto social de la condena del culpable las que fundamentan el interés público en su aspecto negativo y, por ello, las que aconsejan la introducción de vías o métodos alternativos, dirigidas a provocar el sobreseimiento o archivo de la acusación y a desviar al sujeto imputado hacia formas más eficaces de rehabilitación o de reparación del daño causado que las tradicionales sanciones pecuniarias o privativas de libertad. Es decir, razones que abogan por una mayor eficacia de la justicia cuando el interés en la reparación del daño a la víctima es superior al interés de la sociedad en la condena del autor del hecho.

Este mecanismo que permite mejorar los niveles de eficacia de la justicia cuenta, además, con un apoyo institucional general tanto a nivel internacional como europeo. Destaca, en este sentido, la Recomendación del Consejo de Europa N° R (87) 18, adoptado el 17 de septiembre de 1987²⁷ advirtiendo de la con-

²⁷ La Recomendación citada recoge, en concreto, los siguientes puntos: 1. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permitan el

veniencia de que los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros introduzcan vías alternativas que permitan que el Ministerio Público pueda renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad. En este sentido, el Consejo recomienda que di-

contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros; en otro caso, convendría prever otras medidas que respondan a la misma finalidad que este principio. 2. La facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad deberá ser establecida por ley. 3. La decisión de renunciar al ejercicio de la acción penal, en virtud de este principio, solamente debe adoptarse cuando la autoridad a la que compete ese ejercicio disponga de indicios suficientes de culpabilidad. 4. Este principio deberá ser aplicado partiendo de las bases generales del interés público. 5. Al ejercer esta facultad, la autoridad competente debe inspirarse, de conformidad con el derecho nacional, en el principio de igualdad de todos ante la Ley y en el de individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que deba imponerse; los efectos de esta condena sobre el sujeto pasivo y la situación de la víctima. 6. El archivo de las actuaciones por oportunidad podrá ser puro y simple – acompañado por una advertencia, represión o amonestación – o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero o la indemnización a la víctima o su puesta a prueba. 7. El consentimiento del denunciado será necesario en todos los casos en que se prevea un archivo bajo condición. En ausencia de este consentimiento, la autoridad a la que corresponde el ejercicio de la acción penal debe iniciar el procedimiento contra el denunciado, excepto cuando renuncie a la acción por otra causa. Podrán equipararse al consentimiento de alguna condición impuesta a tenor del párrafo 6. Será necesario establecer normas que aseguren que el consentimiento se da con conocimiento de la causa, libremente y sin coacción. 8. Por regla general, la suspensión del procedimiento podrá ser temporal, hasta la prescripción de la acción, o definitiva. 9. Cuando se trate del archivo bajo condición, la suspensión del procedimiento será definitiva desde que conste el cumplimiento de las obligaciones impuestas. La decisión de archivo solamente podrá ser equiparada a una decisión jurisdiccional, y se ajustará a las normas establecidas para éstas, especialmente en lo que respecta a su inscripción en el Registro de antecedentes penales, cuando el presunto delincuente haya reconocido su culpabilidad. 10. En la medida de lo posible, deberá notificarse al denunciante la decisión de archivo de las actuaciones. 11. La víctima deberá tener acción para obtener la reparación de los daños causados por la infracción, ante un tribunal civil o penal. 12. No será necesaria la notificación cuando ésa revista la forma de una renuncia pura y simple al ejercicio de la acción penal.

chas medidas se regulen en la Ley, que partan de las bases generales del interés público, del principio de igualdad de todos ante la Ley y de criterios tales como la individualización de la justicia penal; así como, de forma especial, se tengan en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias de la infracción; la personalidad del denunciado; la condena que deba imponerse; los efectos de esta condena sobre el sujeto pasivo y la situación de la víctima.

Con anterioridad a la firma del Tratado de Roma, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990 más conocida como “Reglas de Tokio”²⁸, con el objetivo, según su artículo 1.2. de “fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”. En esta Resolución, se recomendaba a los Estados Miembros, en su art. 5.1 que “cuando sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, fiscalía u otros organismos que se ocupen de los asuntos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde la retirada de la acusación o las actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia, el Fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de libertad, según corresponda”.

En el mismo sentido, el art. 18 de las Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los Fiscales en el ámbito penal²⁹, incide en que los Fiscales deberán tener la posibilidad “de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospe-

²⁸ Las denominadas “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad” pueden consultarse en <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/13-A-4.pdf>.

²⁹ Resolución 1989/61 del Consejo Económico y Social.

choso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de asuntos que pasan a la vía judicial, no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión”.

En particular, y en relación con la introducción de fórmulas de mediación penal, destaca la ya mencionada Declaración de Principios Básicos de los Programas de Justicia Reparadora en Asuntos Penales realizada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (E.C.O.S.O.C.) de 2002, y la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo (2001/220/JAI), relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, en cuyo artículo 10.2, establece que “Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. Y más recientemente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (D.O.U.E. de 14 de noviembre de 2012), en cuyo artículo 1 se establece que “Los Estados miembros velarán por que se reconozca a las víctimas su condición como tales y porque sean tratadas de manera respetuosa y sensible, individualizada, profesional y no discriminatoria, en todos sus contactos con servicios de apoyo a las víctimas o de justicia reparadora, o con cualquier autoridad competente que actúe en el contexto de un procedimiento penal”.

En definitiva, nos encontramos ante un escenario en donde al conjunto de recomendaciones de las más altas instituciones internacionales y europeas, se suma el éxito alcanzado con la práctica de estas fórmulas alternativas, lo que actúa de estímulo – que puede llegar a convertirse en presión con el tiempo – a los legisladores de países como España, en los que todavía no se han producido tales reformas para introducirlas en sus legislaciones procesales. Ahora bien, tal y como se había avanzado, su introducción por el legislador es una cuestión no exenta de incertidumbres, precisamente porque a pesar de la larga anda-

dura de esta figura y del gran número de proyectos en los que se han puesto de manifiesto las ventajas que conlleva, todavía quedan por resolver ciertas cuestiones que merece la pena destacar y que se analizan a continuación.

3.1.2. Luces y sombras de la mediación penal: su potencial reparador y rehabilitador y el riesgo de abandono del derecho al debido proceso. – Como se ha comentado previamente, la mediación penal consiste en un proceso democrático y flexible que, con la finalidad de reparar el daño sufrido por a la víctima, y, ante la presencia de un mediador o facilitador, las partes involucradas en un delito (víctima y ofensor), se comunican y establecen los parámetros del diálogo que pueda dar lugar a la composición o solución del conflicto que, en cualquier caso, deberá conllevar la reparación o compensación del daño causado. Esta reunión o diálogo entre víctima y ofensor puede ser directa (cuando se decide que el encuentro se realice cara a cara entre víctima y ofensor) o indirecta (cuando un tercero – que puede ser un familiar de la víctima – representa presencialmente a la víctima). En cualquier caso, siempre existirán dos partes y un tercero que realiza la función de mediador o facilitador del diálogo y acuerdo.

Si bien no existe un procedimiento previa y formalmente establecido y reglado, sí que puede afirmarse que se trata de un proceso con cuatro fases bien diferenciadas: la primera fase se inicia en el momento en que se produce la decisión de desviar el asunto a un programa de mediación. Esta toma de decisión recae, normalmente, en los órganos integrantes del sistema de justicia (la policía³⁰, el fiscal o el juez), y puede tener lugar, dependiendo del ordenamiento jurídico en cuestión, en cualquier fase del proceso penal. Para ello, una condición previa y necesaria es la asunción de la responsabilidad por la comisión del hecho por parte de su autor.

La segunda fase se abre cuando el mediador contacta con las partes. En esta fase, víctima y ofensor son contactados de forma

³⁰ En Inglaterra, por ejemplo, la policía del condado del Valle del Támesis fue la primera en introducir prácticas de mediación penal, a través de la denominada “caución restaurativa” en 1984. No obstante, en la actualidad este tipo de medidas las decide el *Crown Prosecution Service*. Vide www.cps.gov.uk.

independiente y se les ofrece la posibilidad de seguir un programa de estas características. El facilitador recibe de manos del órgano de la acusación pública toda la información acerca del delito cometido y crea una agenda de trabajo, normalmente, en la primera sesión, que se abre ya en una tercera fase.

La tercera fase da comienzo con la primera reunión informativa a la que asisten víctima y ofensor. A partir de aquí la estructura del procedimiento normalmente varía dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso. La cuarta y última fase conlleva la preparación del informe del mediador y su entrega a la autoridad que decidió la derivación al programa.

3.1.2.1. *El potencial reparador y rehabilitador.* – Potencial reparador del daño a la víctima. En teoría, una de las principales finalidades de la justicia restaurativa, y, en consecuencia, de la mediación penal, es satisfacer las necesidades de la víctima mediante la reparación del daño causado por la acción delictiva. La mediación es, pues, un proceso esencialmente orientado a dar satisfacción a la víctima, a otorgarle el papel activo y relevante en el proceso mediador que le ha sido negado hasta ahora por el proceso penal convencional. Esta satisfacción puede llegar por la vía de la disculpa o el perdón de la víctima a quien le ha causado el daño, pero este modo de reparación no puede, ni debe, ser la única finalidad perseguida. En este sentido, como correctamente sostienen Shapland (et al.), ni la justicia penal tradicional ni la justicia restauradora pueden demandar a una víctima que perdone a su agresor. Si ello fuera así – prosiguen los autores – se colocaría a la víctima en una posición de victimización secundaria y se la compelería a servir otros intereses distintos a los suyos³¹. En otras palabras, el perdón del ofensor no es la única finalidad que persigue la mediación. Entre las opciones disponibles – y más comunes en la práctica – se encuentran – además – la compensación económica, la realización de trabajos de reparación para la víctima o en favor de la comunidad.

El potencial reparador del daño a la víctima del proceso mediador es, en definitiva, la clave y el elemento principal que

³¹ J. SHAPLAND (et al.), *“Situating Restorative Justice...”*, cit., p. 519.

otorga sentido y justificación a la teoría de la justicia restauradora y, en opinión de los autores que la defienden, el elemento que la diferencia de la justificación de la pena en el sistema de justicia penal. Para Doolin, en efecto, “la reparación no es sólo una opción”, sino que “la justicia requiere que se repare el daño producido a los sujetos directamente afectados por el delito³². Entiende Doolin que la justicia restaurativa consiste en restaurar – también – la responsabilidad de los infractores, ofreciéndoles la posibilidad de realizar acciones dirigidas a reparar el daño causado, no sólo de forma material, sino también simbólica. La finalidad que se persigue, según la autora, debe ser la de que el autor del hecho sea consciente de las consecuencias de su acción y del efecto que, el daño causado con la misma, ha producido a otras personas y a sí mismo³³.

La voluntad de la víctima de formar parte de un proceso de estas características es esencial, y para ello es vital que se garantice su seguridad. La decisión de ésta de ser parte de un proceso de mediación no puede resultar en una forma de victimización secundaria. El impacto emocional padecido por la víctima de un delito, especialmente si la naturaleza del mismo era de cierta gravedad – pensemos, por ejemplo, en un delito de carácter sexual (agresión, abuso, violación) – puede llegar a tener tal intensidad que la idea de un encuentro con su agresor puede causarle un grave trastorno al revivir el acto del que fue víctima, y por ello expresar su rechazo a dicho encuentro³⁴. Para otro tipo de delitos y de víctimas, la idea de tener en frente a su agresor

³² K. DOOLIN, “*But What Does It Mean?...*”, cit., p. 432.

³³ K. DOOLIN, “*But What Does It Mean?...*”, cit., p. 433.

³⁴ Un estudio realizado en Canadá en 1991 basado en el resultado de las encuestas realizadas a víctimas de un delito demostró las diferencias entre ser víctima de un delito contra la propiedad y de un delito contra su propia persona. Mientras que del total el 27% de las víctimas estaba de acuerdo con formar parte de un programa de mediación, el 46% no estaba interesado. De este 46% la mayoría pertenecían al grupo de víctimas de delitos violentos contra las personas. En otro estudio realizado en el 2000, sólo el 28% de víctimas de agresiones sexuales se mostraron interesadas por este tipo de programas. Un 55% mostraron su negativa y, de ellos, el 15% lo basó en el miedo de encontrarse de nuevo con su agresor. http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/victim/rr01_9/rr01_9.pdf, p. 4.

puede generar, aún en el supuesto de aceptar de forma voluntaria este tipo de proceso, una sensación de inseguridad y desamparo que debe ser evitado.

Por un lado, una forma de garantizar la seguridad personal y emocional de la víctima que desea formar parte de un programa de mediación es el ofrecimiento de una mediación indirecta (Inglaterra), o bien de forma subrogada³⁵ (Canadá). La mediación penal indirecta consiste en el encuentro entre el agresor y una persona designada por la víctima, que puede ser un familiar, que actuará en su representación si bien sólo a nivel presencial. Este tercero designado llevará al encuentro las palabras, deseos y necesidades de la víctima ante su agresor. Por su parte, la forma subrogada supone el encuentro previo al que eventualmente tendrá lugar frente a su agresor, de la víctima bien con otra víctima de similares características o bien con otro agresor que hubiese cometido un delito de similares características. Por otro lado, deberá garantizarse que el establecimiento elegido como lugar de encuentro sea seguro para la víctima. En relación con este último aspecto, por ejemplo, en Inglaterra el lugar de reunión es siempre un espacio institucional de la Administración de Justicia, ya se trate de un tribunal o la comisaría de policía, cuando la mediación se realiza en momentos anteriores a una sentencia condenatoria; en otros casos – cuando se está cumpliendo condena – los encuentros se realizan, evidentemente, en la institución penitenciaria³⁶.

En relación con la cuestión acerca de si la mediación supone, en cualquier caso, la vía apropiada para cualquier clase de delito cometido, cualquier tipo de infractor o cualquier tipo de víctima, no puede afirmarse que con dichos métodos se haya encontrado “la panacea para solucionar los inherentes defectos del sistema de justicia tradicional”³⁷. En este sentido, además,

³⁵ <http://www.rjlilooet.ca/documents/restjust.pdf>.

³⁶ L.W. SHERMAN (et al.), “Effects of Face-to-Face Restorative Justice on Victims of Crime in Four Randomized, Controlled Trials”, en *Journal of Experimental Criminology*, vol. 1, 2005, p. 367.

³⁷ C. LOGAN, “Restorative Justice: Encouraging More Meaningful Engagement with the Criminal Justice System”, *University College Dublin Law Review*, vol. 13, 2013, p. 40.

ha de tenerse presente que tampoco puede afirmarse que el sistema de justicia penal tradicional haya negado a la víctima vías específicas y dirigidas a la reparación del daño. El proceso penal ofrece la posibilidad de ejercitar la acción civil derivada del delito (junto a la acción penal, o para ejercitarla en un proceso civil posterior), a través de la cual podrá solicitar la compensación o reparación por los daños causados³⁸. La única diferencia en este sentido es que, mientras se está utilizando la vía penal tradicional, víctima e infractor están enfrentados, y el tipo de reparación o compensación que finalmente se decida no será la acordada por ambas, sino por un juez que habrá aplicado la Ley general al caso concreto.

En ciertos ordenamientos, además, la ley ya contempla medidas alternativas a la acción penal, o incluso permite la suspensión condicional de la condena, en los casos en los que el infractor repare o compense el daño causado a la víctima que, además, han demostrado un efecto rehabilitador en el autor del hecho³⁹. De forma que la mediación, como método de justicia res-

³⁸ En el ámbito del ordenamiento jurídico español, véase por todos el estudio realizado por B. RIZO GÓMEZ, ejercicio de la acción civil en el proceso penal", en *La reforma del proceso penal* (Dir. Jose María Asencio Mellado), ed. La Ley, Madrid, 2011, en donde claramente especifica que el objeto de la pretensión civil es la restitución de la cosa, la reparación del daño, la indemnización de perjuicios, junto a otras pretensiones, y que se contemplan en los artículos 100 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 109 a 126 del Código Penal.

³⁹ En un informe publicado en 2008 por Bostaph, Cooper Y Hatch, se concluyó que, para casos de delincuencia provocada por adicción a sustancias psicotrópicas o estupefacientes y alcohol, los programas de archivo condicional de la acción penal (*Pretrial Diversion*) que al efecto se llevaron a cabo en Estados Unidos supusieron durante 2005 un 94% de éxito en la rehabilitación del sujeto, un 100% de satisfacción entre los oficiales que controlaron los cursos del programa y un 92% de satisfacción en los jueces que autorizaron la medida solicitada por el Fiscal. Vide L. G. BOSTAPH, A. J. COOPER, V. HATCH, "Review of Research on Alternatives to Incarceration for Adults", ICJC Report, 2008. Dentro del ordenamiento jurídico austríaco, el primer año de implementación de medidas alternativas ofrecidas por el Ministerio Fiscal ex art. 42 del Código Procesal Penal arrojó una cifra de 50.065 infractores derivados del proceso (26% de los asuntos penales). De ellos, el 46% (23.017 casos) fueron definitivamente exitosos. Vide C. GRAFL, "Diversion in Austria: Empirical Data", en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, 2001, p. 293.

taurativa, tiene, en este sentido, el único añadido – o si se quiere, la única ventaja –, de ofrecer a las partes un elemento emocional, inexistente en el sistema de justicia penal tradicional, consistente en la posibilidad de hablar del impacto sufrido por la víctima y de exponer los motivos o razones que llevaron al autor del delito a su comisión, así como el arrepentimiento y el perdón.

A. Susceptible de mejorar la prevención general en su aspecto positivo (la rehabilitación del autor del hecho) y en su aspecto negativo (evitación de la reincidencia). Una de las principales ventajas de la mediación frente a la justicia penal tradicional es su mayor eficacia en la rehabilitación del autor del hecho y, en consecuencia, en la reducción de los niveles de reincidencia. Es más, Shapland (et al.) afirma que uno de los motivos que estimulan a la víctima a formar parte de un proceso mediador es el convencimiento de que ello sirve a los efectos de ayudar a su infractor a no volver a delinquir⁴⁰. Han sido muchas las investigaciones que demuestran dicho potencial rehabilitador y preventivo de la reincidencia, sin embargo en otros estudios publicados dicha diferencia no queda tan clara, por ejemplo, Van Ness cita una investigación realizada en 2007 por Sherman y Strang, en el que se comparaba el impacto del factor reincidencia en los métodos de justicia restaurativa y en el sistema de justicia penal que arrojó un porcentaje similar de éxitos en ambas formas de justicia⁴¹.

Por su parte, Gravielides⁴² recoge en su estudio varias referencias en relación con distintos estudios empíricos realizados al efecto. Entre los referidos, cita el proyecto australiano Rise (*Reintegrative Shaming Experiments*), que viene realizando la Universidad Nacional de Australia desde 1995, y en el que se comparan los efectos entre los métodos de justicia restaurativa y los procesos judiciales en tipos de delincuencia relativos a conducción bajo los efectos del alcohol, delitos con violencia contra la propiedad y otros delitos cometidos por sujetos menores de 30 años. En todos los casos analizados, la conclusión es

⁴⁰ J. SHAPLAND, (et al.), *"Situating Restorative Justice..."*, cit., p. 516.

⁴¹ D.W. VAN NESS, *"An Overview of Restorative Justice..."*, cit., p. 6.

⁴² T. GRAVIELIDES, *"Restorative Justice Theory..."*, cit., p. 128 s.

la de una mayor efectividad de los procesos de justicia restaurativa en relación con la mayor satisfacción de la víctima, de la expresión de arrepentimiento del autor de los hechos y del compromiso por parte de estos últimos de no volver a delinquir⁴³. Sin embargo, estos experimentos no ofrecen los datos empíricos necesarios para afirmar, objetivamente, la efectividad preventiva general en los niveles de reincidencia.

Esta ausencia empírica de datos es de la que adolecen también los experimentos realizados hasta el momento en España, que sólo han podido producirse dentro de la denominada mediación intrajudicial, esto es, dentro del proceso judicial abierto y como un mecanismo que no evita la condena, que no sustituye la decisión del juez o tribunal competente y que sólo ha ejercido una influencia a modo de atenuante cualificada en los casos que han terminado con éxito. La razón de ello proviene de las características de nuestro sistema basado – todavía – en el principio de legalidad entendido éste como principio de obligatoriedad para el Ministerio Fiscal de perseguir todos y cada uno de los delitos que se cometan. De estos estudios, uno de los más recientemente documentados es el realizado por la Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos⁴⁴ basado en la derivación de 218 expedientes desde enero de 2006 hasta diciembre de 2010, de los que 122 concluyeron con un acuerdo, 25 sin acuerdo y 71 no lograron iniciarse. Entre los delitos y faltas que se incluyeron en el experimento, el 25% lo fue por lesiones, el 30% por incumplimiento del convenio regulador, el 11% por hurto, el 6% por vejaciones injustas de carácter leve, el 18% por amenazas, robo con fuerza, etc. De los 122 expedientes que terminaron con acuerdos, en relación con las faltas: el 80% se obtuvieron con disculpas formales, en el 60% además se renunció a las acciones civiles por parte de la víctima, en el 100% de los casos se produjo el compromiso de no

⁴³ Tales experimentos pueden consultarse en http://www.aic.gov.au/criminal_justice_system/rjustice/rise.html.

⁴⁴ Estudio publicado por E. PASCUAL RODRIGUEZ, "La experiencia práctica de la mediación penal en Madrid", en *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso* (AA.VV.), Coord. Margarita Martínez Escamilla y María Pilar Sánchez Álvarez, ed. REUS, Madrid 2011, p. 361 s.

reincidencia, en el 100% de los casos se retiró la denuncia y se establecieron acuerdos de convivencia en el 60%. En el caso de los delitos, tras la celebración del juicio, según describe Pascual Rodríguez, “la sentencia que origina mayor número estadístico es la que aplica la atenuante de reparación del daño como muy cualificada. Se permite rebajar la pena en dos grados, conforme permite el art. 66 del Código Penal. En los casos derivados en la fase de instrucción del delito, se ha llegado a la conformidad entre los escritos de acusación y defensa. En cuanto a la fase de ejecución, sólo se dictaron 2 autos de suspensión de condena y uno de sustitución, pero – estos dos – suponían el 100% de los casos derivados”⁴⁵.

Pero sí cabría hablar de resultados comprobados empíricamente si nos fijamos en uno de los estudios más completos – y más recientes – realizados hasta el momento y que demuestra la eficacia de los métodos de mediación penal: el publicado por Lawrence W. Sherman, Heather Strang, Evan Mayo-Wilson, Daniel J. Woods y Barak Ariel, en marzo de 2014⁴⁶. Dicho estudio se llevó a cabo analizando la conducta de 1.800 infractores en cinco diferentes jurisdicciones de tres distintos continentes tras dos años desde que finalizó el proceso de mediación. Todos los casos se resumieron, a los efectos e simplificar el estudio en diez experimentos. La mitad de los delitos fueron cometidos con violencia y se agruparon en cinco. De los restantes cinco experimentos, tres correspondían a delitos contra la propiedad, y del total, seis experimentos se realizaron en el ámbito de la delincuencia de adultos, frente a cuatro relativos a delincuencia juvenil. Además, se tuvo en cuenta la eficacia de los métodos restauradores, frente a la justicia convencional, con experimentos que situaron a estos métodos como alternativas reales, esto es, totalmente independientes, y como métodos alternativos aunque suplementarios del sistema de justicia, es decir, como un método

⁴⁵ E. PASCUAL RODRIGUEZ, “La experiencia práctica...”, cit., p. 378.

⁴⁶ Vide L.W. SHERMAN (et al.), “Are Restorative Justice Conferences Effective in Reducing Repeat Offending? Findings from a Campbell Systematic Review”, disponible en version on-line en http://download.springer.com/static/pdf/168/art%253A10.1007%252Fs10940-014-9222.pdf?auth66=1399022164_cd9fc07a1f1a71b7084ef6db43ae964e&ext=.pdf.

relativamente independiente del proceso penal si seguimos la clasificación de métodos de justicia restaurativa propuesta por Gravielides y seguida en este trabajo.

Las conclusiones del proyecto de investigación no pueden ser más claras: en todos los casos en los que la voluntad tanto de víctimas como de infractores se manifestó a favor del encuentro y el diálogo se demostró que este tipo de métodos son susceptibles de reducir en gran medida la posibilidad de reincidencia (nueve de cada diez experimentos). En relación con la distinción entre delincuencia juvenil y de adultos el estudio demuestra que la mediación penal no es más efectiva cuando se trata de jóvenes delincuentes. Dichos métodos fueron más efectivos en relación con la reducción de la reincidencia cuando se utilizaron en su variante de relativa independencia del sistema de justicia, y cuando, además, se trataba de delitos violentos. En relación con este último aspecto, los autores afirman que cuanto más efervescencia emocional tenía lugar durante el encuentro, mayores efectos preventivos de la reincidencia se producían. Es más, con base en los datos empíricos obtenidos en el mismo, se decantan por recomendar a los legisladores que implanten estos métodos cuando se trate de delitos violentos.

3.1.2.2. *El riesgo de abandono del derecho al debido proceso.* – Una de las cuestiones que más dudas suscita a la hora de abordar la conveniencia de introducir en un determinado ordenamiento jurídico a la mediación como método de alternativo del proceso penal, sin duda alguna, la relativa al riesgo que puede suponer para el imputado el “abandono” de las garantías que todo proceso penal conlleva y que van dirigidas a la protección de su estatus como tal. Es más, esta cuestión es la que apunta directamente a la mayor grieta en la teoría de la justicia restaurativa y la que choca frontalmente con “la histórica obtención de los derechos y libertades fundamentales en el – vigente – sistema de justicia”⁴⁷. Como señala Bernd-Dieter Meier, “si la justicia restaurativa desea ser presentada como una seria alternativa a la condena, es necesario que incorpore el complicado equilibrio entre el deseo de informalidad y autonomía del pro-

⁴⁷ BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice-A New Paradigm...*”, cit., p. 133.

ceso mediador, por un lado, y la necesidad de preservar los derechos y salvaguardas de los sujetos involucrados en el mismo (del infractor, pero también de la víctima y su familia), por otro lado⁴⁸.

Este riesgo de pérdida de derechos del imputado que puede generar su ingreso en un proceso mediador fue, como no podía ser de otro modo, apreciado por las Naciones Unidas, que a través de su Consejo Económico y Social, advirtió de la necesidad de que se adoptasen guías de actuación a modo de principios informadores que, dirigida a los legisladores, deberían tenerse en cuenta a la hora de implementar en los respectivos ordenamientos penales métodos o fórmulas basadas en este tipo de solución de conflictos dentro del orden penal. Los principios propuestos pueden resumirse del siguiente modo⁴⁹:

1. Principio de igualdad de armas: los ordenamientos deberán tener en cuenta las diferencias de cultura entre las partes, de forma que, cuando se trate de fórmulas de mediación, el mediador deberá estar familiarizado con dichas diferencias, ser imparcial y respetar la dignidad y cultura de víctima e infractor.
2. Derecho a un proceso justo: Debe limitarse la mediación al número de asuntos en los que infractor y víctima consientan libremente a participar. Este es, por otro lado, un elemento esencial de la mediación, sin el cual dejaría de tener sentido la misma, pero, por otro, es un presupuesto a tener muy en cuenta a la hora de evitar el denominado “efecto llamada” o en su versión anglosajona “net widening”: intentar llevar a la vía de la mediación a imputados que no cumplen con el perfil exigido para ello, entre otras cuestiones porque no han quedado aclarados los términos relativos a su participación en los hechos⁵⁰.

Además la Ley que regule el proceso mediador deberá recoger un conjunto de derechos y garantías para el imputado –

⁴⁸ BERND-DIETER MEIER, “*Restorative Justice-A New Paradigm...*”, cit., p. 133.

⁴⁹ *Resolution 2002/12, E/2002/INF/2/Add.2. www.judgesandmagistrates.org/UN%20Basic%20Principles%20of%20Restorative%20Justice%202002.12.pdf.*

⁵⁰ <https://www.ncjrs.gov/html/ojdp/9909-3/div.html>.

como en el proceso judicial – tales como el ofrecimiento de una completa información de derechos, de la naturaleza del programa o del proceso reparador y las posibles consecuencias de la decisión que finalmente se adopte. No podrá, en ningún caso, inducir creando en la mente del imputado que la mediación resulta más ventajosa a sus intereses, o coaccionar al sujeto para que participe en la misma o para que acepte el resultado del mismo. La cuestión acerca de la voluntariedad de formar parte de un programa de mediación es, pues, no sólo de suma importancia, sino la condición principal y la razón de ser de un procedimiento de estas características. Sin voluntariedad por ambas partes (de la víctima y del imputado), no cabe hablar de mediación. En este sentido, la importancia de la voluntariedad libre e informada, es equiparable al principio de contradicción en el proceso, sin dicho principio no cabría hablar de proceso.

Si la importancia de la voluntad es vital, puesto que la consideración de la participación en el mismo equivale al abandono de los derechos procesales formales que el proceso penal garantiza al imputado desde el primer momento, la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión de desviar un asunto hacia un proceso mediador, así como el control del proceso mediador, no lo es menos – cuestión que se abordará más adelante.

3. Derecho de defensa: tanto víctima como infractor deberán tener derecho a ser asistidos por un abogado y, en su caso, por un traductor o intérprete. Sin embargo, esta previsión debe entenderse dirigida al momento anterior de la decisión de formar parte de un proceso mediador, pues una vez iniciado el mismo y en las sesiones de contacto entre ambas partes, sólo podrá estar presente el mediador, no el abogado. No puede decirse lo mismo del intérprete, pues cuando el mismo sea necesario para que pueda existir diálogo entre las partes, necesariamente deberá estar presente en las sesiones, a los meros efectos de traducir y no de inducir. En relación con el abogado, su función puede ejercerse tanto en un momento anterior, como posterior. En un momento anterior en efecto, el derecho de defensa exige que el imputado conozca directamente por su abogado cualquier aspecto relativo a sus derechos antes de tomar la decisión de formar parte de un proceso mediador; en un momento posterior, en mi opinión,

también debería ser necesaria la intervención del abogado a los fines de informarle acerca de las consecuencias jurídicas del acuerdo alcanzado.

4. Derecho a la presunción de inocencia⁵¹: las medidas alternativas sólo deberán promoverse cuando exista suficiente base incriminatoria y objetiva para acusar al infractor. La participación de este último, sin embargo, no debe ser entendida como una admisión de culpabilidad en el proceso penal iniciado, ni en otros que eventualmente pudieran abrirse, si no se llega al acuerdo deseado, y nunca podrá hacerse alusión al fracaso del proceso mediador si se abre un proceso judicial. En este sentido el principio de confidencialidad debe regir ampliamente.

Este último aspecto de riesgo, referido a la presunción de inocencia, es el que quizás más problemas pueda originar a la hora de tomar una posición en contra o a favor de la implementación de la mediación penal como método relativamente independiente del proceso penal. Si tomamos en consideración que la declaración de responsabilidad por el acto cometido implica para el imputado la confesión de la autoría del hecho, ha de entenderse – y así se establece en todos los ordenamientos jurídicos mencionados previamente – que dicha confesión o reconocimiento del hecho se ha realizado libremente, sin coacción, promesa o intimidación, y ante la presencia de su abogado antes de formar parte del programa de mediación ofrecido, puesto que la presencia del abogado en el proceso mediador está vedada. Para ello resulta esencial que se informe al imputado de los efectos y consecuencias que produce su decisión y compromiso de reparar el daño a la víctima en las condiciones que se pacten, mediante un control previo y posterior de la defensa al acuerdo pactado por el imputado.

La idea esencial es, por tanto, que estos métodos no deberán suponer, de forma alguna, el establecimiento de una determinación de la culpabilidad del imputado de forma extrajudicial. No se trata de sustituir la decisión de un órgano jurisdiccional dentro de un proceso penal. El principio de la presunción de ino-

⁵¹ Sobre presunción de inocencia véase por todos M. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Prueba y presunción de inocencia*, ed. Lustel, Madrid 2005.

cencia rige en toda su plenitud, puesto que desde el mismo momento en que el imputado manifieste sus dudas u oposición, la vía será la del proceso judicial, no la del proceso reparador. Es cierto que se parte de la culpabilidad del acusado, puesto que es necesario que se responsabilice de la comisión del hecho para situarse en una posición que le permita reparar el daño ocasionado, pero ello no implica, ni debe generar, una vulneración de la presunción de inocencia del mismo, siempre que la información recibida por el imputado sea completa, basada en datos obtenidos tras una investigación imparcial y objetiva, y con plena garantía del derecho de defensa.

En este último sentido expuesto, en efecto, se encuentran dos cuestiones que deben tenerse en cuenta de forma especial. La primera de ellas es la relativa a la información recabada por los órganos de la investigación penal y su puesta en conocimiento del imputado. La segunda es, en caso de que no finalice con éxito la mediación, el uso que la víctima o el mediador puedan dar ante los órganos de la Administración de Justicia de la información adicional, si es que existiese alguna, y que eventualmente hubiese salido a la luz en los encuentros entre víctima e imputado, o de la que se ha evidenciado gracias a los encuentros.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, Bernd-Dieter recoge una advertencia que no podemos obviar: la participación del imputado en un proceso mediador sólo podrá considerarse razonable si la investigación del asunto ha arrojado suficientes datos objetivos para justificar el ejercicio de la acción penal. Existen otros casos, prosigue el autor, que deben excluirse expresamente de la posibilidad de mediación, por ejemplo, cuando el ilícito se haya cometido a consecuencia de un acto negligente en los que, a menudo, es difícil decidir si las consecuencias de cierto acto podían haber sido evitados por otra forma alternativa de comportamiento⁵².

En relación con la cuestión acerca del uso que debe hacerse de cierta información relativa a la comisión de otros hechos delictivos – adicionales a los que son objeto del proceso penal abierto y derivado a la mediación – o de datos que no obran en

⁵² BERND-DIETER MEIER, *“Restorative Justice-A New Paradigm...”*, cit., p. 134.

posesión de los órganos de investigación y que eventualmente pueden descubrirse por su autor en el calor de la conversación mantenida con la víctima, está claro, y así debe establecerse en la normativa que regule la mediación, que no podrán ser utilizados ni en el proceso que pueda seguirse, de no tener éxito la mediación, ni en ningún otro posterior – por parte de la víctima o del mediador en calidad de testigos – debiendo alcanzar la consideración de prueba prohibida a todos los efectos. En el caso del mediador, además, la posibilidad de ser llamado como testigo debería quedar vedada.

3.2. A modo de conclusión: cuestiones sobre la decisión de abrir la vía del proceso mediador y autorización de los acuerdos alcanzados por las partes. – La mediación penal es, como se ha visto, una posible vía alternativa tanto al proceso penal y a la condena que eventualmente pudiera imponer el juez, de haberse seguido el correspondiente proceso penal, así como una vía que puede jugar en el proceso como atenuante muy cualificada con efectos de reducción de la pena que se dicte por el juez o tribunal.

Pero no puede perderse de vista el hecho de que, en la mayoría de ordenamientos jurídicos que regulan esta vía alternativa, no aparece como método independiente del sistema de justicia vigente, sino como un desvío del camino iniciado por la apertura de un proceso penal. Esta es una de las razones por las que entiendo que la decisión acerca de la conveniencia de realizar esta derivación no puede provenir de órganos distintos de los que integran la Administración de Justicia, pero otra de las razones de peso que abogan por este argumento es la del riesgo de abandono de los derechos procesales del imputado. Dicho de otro modo, la exigencia de un control de los presupuestos y condiciones previas a la derivación de un asunto penal deberá recaer sobre el Fiscal, o bien sobre el Juez, nunca la policía – al menos en los ordenamientos en los que no se les haya otorgado facultades decisionales acerca de iniciar o no un proceso penal.

Por otro lado, y como no podía ser de otro modo, al menos en un Estado de Derecho, cualquier decisión de un órgano del Estado debe estar previamente regulada por la Ley. Esto significa que deberá ser la Ley procesal la que otorgue la facultad de decidir la desviación del proceso a un programa de mediación

bien al Fiscal o al Juez; y lo que es más importante, qué tipo de delitos son susceptibles de ser desviados de la vía judicial, bajo qué condiciones y qué tipo de presupuestos son los que debe tener en consideración antes de tomar dicha decisión. Ello implica, además, dos claras cuestiones de las que debe partir: en primer lugar, que el ordenamiento jurídico en cuestión esté informado por el principio de oportunidad; y en segundo lugar, puesto que se trata de una decisión discrecional, que dicha decisión esté motivada por el interés público en la reparación del daño a la víctima, su compensación y la rehabilitación del autor del hecho.

Por su parte, resulta del mismo modo esencial que, en su caso, el acuerdo alcanzado por las partes sea proporcional al delito o daño realizado. En algunos casos esta proporcionalidad puede ser fácilmente previsible (por ejemplo en delitos leves en los que se haya provocado daños a bienes de la víctima); en otros, al contrario, puede ser más impredecible, por ejemplo si se trata de lesiones, o se han producido daños morales. En el supuesto de que se acuerde un pago en compensación del daño producido, deberá garantizarse que la prestación económica que realice el infractor no sea desproporcionada en relación con el ilícito cometido y en relación con la posible sanción que hubiese recaído en el proceso penal de haberse seguido éste. Bien es cierto que al ser el mediador el que facilita el acuerdo, deberá ejercitar cierto control de este aspecto, pero, en cualquier caso, el acuerdo alcanzado deberá ser recogido en el informe que realice y, en última instancia serán, el Fiscal o el Juez quienes lo autoricen.

En definitiva, aunque el proceso mediador esté delimitado por un conjunto de actos cuya disponibilidad se deja en manos de las partes, ya se trate del número de sesiones que se realicen o de los acuerdos que deban alcanzarse, la cuestión acerca de la decisión sobre la viabilidad del proceso – control previo – así como de la validez jurídica de los pactos convenidos – control *a posteriori* – deben recaer en los órganos pertenecientes a la Administración de Justicia. El Estado no puede perder este tipo de control a menos que privatice la justicia penal, y ello, en mi opinión, no supondría un elemento de evolución y mejora de la justicia, sino una involución y pérdida del sentido de la noción de Estado de Derecho.

MARTINA MOI¹

CLAUSOLE CONTRATTUALI SULLE A.D.R. E O.D.R.

SOMMARIO: 1. La gestione delle controversie nei contratti tra i privati. - 2. Le clausole contrattuali sulle ADR E ODR dopo il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130. - 3. Profili applicativi e presunzione di vessatorietà delle clausole inserite nei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore.

1. *La gestione delle controversie nei contratti tra i privati.* – Il presente contributo intende offrire una panoramica delle diverse tipologie di clausole con le quali le parti regolamentano *ex ante* nel contratto, la possibilità di ricorrere a uno strumento alternativo di risoluzione della controversia nell'ipotesi in cui sorga un conflitto tra le stesse. L'utilizzo di tali clausole è sempre più frequente nella prassi e ciò si giustifica per il maggior vantaggio offerto alle parti di ottenere una soluzione più rapida ed economica della controversia, senza dover attendere i tempi necessariamente più lunghi del giudizio ordinario.

Lo studio è volto, più precisamente, ad approfondire le clausole contrattuali sulle A.d.r. (*Alternative Dispute Resolution*) e O.d.r. (*Online Dispute Resolution*) e, nello specifico, quelle che rinviano all'arbitrato e alla mediazione quali procedure alternative di risoluzione delle controversie. Come si avrà modo di evidenziare, le clausole in oggetto possono caratterizzare sia un contratto tra privati che un contratto tra un professionista e un consumatore, tuttavia, a seconda del tipo di contratto nel quale vengono inserite, devono essere osservati determinati limiti e accorgimenti di carattere redazionale.

Per quanto riguarda la clausola arbitrale, l'art. 808 c.p.c. afferma che le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto

¹ Dottore di Ricerca in Diritto dei Contratti presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possano formare oggetto di convenzione d'arbitrato. L'arbitrato si caratterizza per l'affidamento dell'incarico di risolvere la controversia ad uno o più soggetti terzi (detti "arbitri"), i quali definiscono la soluzione del caso mediante il lodo².

La controversia a cui fare riferimento deve essere *futura ed eventuale* e ciò serve per distinguere la clausola in esame dal c.d. "compromesso", espressamente regolato dall'art. 806 c.p.c. Il compromesso si concretizza, al contrario, nell'accordo mediante il quale le parti conferiscono ad uno o più arbitri il potere di dirimere una controversia tra loro *già insorta*. La principale differenza tra compromesso e clausola arbitrale è determinata pertanto dal fatto che il primo viene stipulato per dirimere una controversia già sorta, mentre la seconda prevede il ricorso all'arbitrato in via puramente preventiva ed eventuale. Risulta da ciò evidente come nella clausola compromissoria non sia necessario indicare l'oggetto della controversia, che sarà solo determinabile, stante l'impossibilità di definirlo a priori rispetto all'insorgenza della lite stessa³.

Ulteriore profilo di interesse in sede redazionale è la tipologia di arbitrato a cui le parti intendono riferirsi. Esistono, infatti, due tipi di arbitrato: rituale e irrituale. Il codice disciplina l'arbitrato c.d. rituale, il cui procedimento si conclude con la pronuncia di un lodo a cui è attribuita *ex lege* la medesima efficacia di una sentenza. L'unica norma che rinvia all'arbitrato c.d. "irrituale" è l'art. 808-ter c.p.c., il quale stabilisce che la controversia può essere definita dagli arbitri con una decisione de-

² È immediato il parallelismo con la transazione, contratto tipico disciplinato all'art. 1965 c.c. mediante il quale le parti compongono una lite insorta o ne prevengono una che potrà insorgere tra loro attraverso reciproche concessioni. L'elemento, tuttavia, che differenzia l'arbitrato dalla transazione è l'assenza dei reciproci sacrifici tra le parti, dato caratterizzante diversamente la transazione.

³ Ulteriore distinzione tra le due tipologie negoziali risiede nel fatto che la nomina degli arbitri è normalmente successiva alla clausola compromissoria, mentre è rimesso alla volontà delle parti inserire l'atto di nomina nel compromesso stesso oppure effettuarlo con atto successivo. L'atto di nomina determina l'effettiva instaurazione del procedimento arbitrale, esso viene qualificato come contratto di arbitrato e si ritiene che si trovi in rapporto di collegamento negoziale con la convenzione arbitrale.

stinata ad acquistare tra le parti esclusivamente valenza negoziale o contrattuale e che le parti si impegnano ad accettare, riconoscendola come espressione diretta della loro volontà.

La differenza tra i due tipi di procedimenti si evidenzia nella diversa portata del lodo: solo nell'arbitrato rituale il lodo può assurgere al medesimo valore di una sentenza dettata dal giudice. Non sempre risulta semplice qualificare l'arbitrato come rituale piuttosto che irrituale qualora ciò non sia espressamente chiarito dalle parti; in tale ipotesi, occorre indagare la volontà delle parti desumibile dall'intero contesto della convenzione arbitrale.

La clausola arbitrale deve altresì rivestire la forma scritta *ad substantiam* e ha natura strumentale in quanto non costituisce, modifica o estingue direttamente rapporti giuridici, ma contribuisce indirettamente a fornire ad essi una regolamentazione e sarà successivamente il lodo a produrre effetti diretti sulla situazione sostanziale corrente tra le parti. L'autonomia giuridica della clausola compromissoria trova conferma nel 2° comma dell'art. 808 c.p.c. ove si stabilisce che essa mantiene la propria validità anche in caso di nullità del contratto principale a cui accede. La validità della clausola deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; infatti, la patologia del contratto non si estende alla clausola che vi è inserita, per cui, ove previsto, gli arbitri saranno competenti a decidere anche sulla validità del contratto stesso⁴.

La clausola arbitrale, sopra esaminata, deve essere distinta dalla clausola statutaria regolata dall'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, con la quale il legislatore ha perso la possibilità di ricorrere alla procedura arbitrale per dirimere i potenziali contrasti attinenti ai rapporti endosocietari. La caratteristica di tale clausola è la modalità di nomina degli arbitri: il potere di nomina, infatti, deve essere conferito, a pena di nullità, ad un soggetto estraneo alla società⁵. La norma traccia una fondamentale differenza rispetto all'arbitrato di diritto comune dove gli arbitri

⁴ G. LIOTTI, *La convenzione di arbitrato: compromesso, clausole arbitrali e risvolti sull'attività notarile*, in *Notariato*, n. 4, 2013, p. 410.

⁵ In questo senso, Cass., 28 ottobre 2015, n. 22008; Cass., 10 ottobre 2012, n. 17287. Contro Cass., 4 giugno 2010, n. 13664.

vengono abitualmente nominati per scelta delle parti interessate (art. 810 c.p.c.). In mancanza, la norma prevede la possibilità di nomina da parte del Presidente del Tribunale del luogo in cui la società ha sede.

Ulteriore clausola diffusa nei contratti tra i privati è quella di mediazione, disciplinata all'art. 5, comma 5, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. La norma consente di ricorrere a uno strumento alternativo di composizione amichevole senza lite prevedendolo nel contratto ovvero nello statuto/atto costitutivo di un ente. In questa circostanza la parte che intenderà agire in giudizio sarà tenuta ad avviare preliminarmente un procedimento di mediazione davanti all'organismo indicato nel contratto o nello statuto, ovvero davanti a un altro organismo individuato d'intesa tra le parti. A differenza della mediazione obbligatoria per legge, il mancato esperimento del tentativo di mediazione previsto nel contratto o nello statuto, non può essere rilevato d'ufficio dal giudice. Solo a seguito di un'eccezione di parte, da proporre nel primo atto difensivo, il giudice è tenuto ad assegnare alle parti un termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e a rinviare l'udienza all'esito del procedimento. La mancanza di un potere d'ufficio del giudice appare così coerente con la natura consensuale dell'obbligo di mediazione previsto in questi casi.

Relativamente al contenuto della suddetta clausola, i contraenti possono specificare l'organismo che amministra la mediazione, le modalità di nomina del mediatore e le competenze specifiche che questi deve avere, il luogo di svolgimento della mediazione, la procedura e le relative formalità procedurali, i doveri di riservatezza, i principi e le regole cui deve attenersi il mediatore nel formulare la proposta di accordo o anche il divieto di formularla, il riparto dei costi di mediazione, ecc.⁶

Suscita particolare interesse l'individuazione dell'organismo di mediazione competente. Infatti, fermo restando il criterio di competenza territoriale indicato nell'art. 4, comma 1, del novellato d.lgs. 28/2010, la giurisprudenza ritiene ammissibile una determinazione pattizia dell'organismo competente anche

⁶ Per un approfondimento sul punto, V. RENNA, *La mediazione "da clausola"*, in *La nuova Procedura civile*, n. 2, 2015.

secondo un diverso criterio di competenza territoriale, trattandosi di un profilo rimesso alla disponibilità dei contraenti⁷.

A ciò si aggiunge che le parti possono concordare successivamente un diverso organismo iscritto; non v'è dubbio, infatti, che le parti siano tenute a rispettare l'originaria determinazione pattizia, ma ove ciò non accada il procedimento potrà continuare a svolgersi immune da vizi.

La scelta di incardinare la procedura di mediazione davanti ad un organismo diverso da quello originariamente pattuito determina conseguenze differenti: ove la parte invitata alla mediazione non si oppone, si considera raggiunto un accordo tacito sul punto; ove la parte contesti l'illegittimità della deroga alla clausola, la stessa sarà legittimata probabilmente a non presentarsi davanti all'organismo arbitrariamente scelto, ciò costituendo giustificato motivo ai sensi dell'art. 8, comma 4-*bis*, d.lgs. 28/2010; infine, qualora ci sia l'indicazione, ma l'organismo prescelto non risulta iscritto al registro tenuto dal Ministero della Giustizia, allora la nomina risulterà inefficace e la scelta dovrà necessariamente ricadere su un altro organismo inserito nel registro di cui all'art. 16 del d.lgs. 28/2010⁸.

Le ipotesi sin qui esaminate di determinazione convenzionale della mediazione riguardano i casi in cui la volontà delle parti sia espressa in sede di contrattazione per l'eventualità di una controversia nascente tra le stesse; ove, invece, sorta la controversia e in difetto di una clausola di mediazione, le parti si orientassero verso la mediazione, si potrebbe configurare una ipotesi di compromesso per mediazione. Nel silenzio del legislatore, tuttavia, sembra escludersi l'idea di una determinazione convenzionale in favore della mediazione per una lite già pendente, in virtù del fatto che sorta la lite, la volontà delle parti di rinunciare alla via

⁷ Sulla presunta derogabilità delle disposizioni sulla individuazione dell'organismo A.D.R. competente vedi Trib. Milano, ord. 29 ottobre 2013, dove si precisa che «*trattandosi di norme legate alla mera competenza territoriale, è chiaro che le parti – se tutte d'accordo – possono porvi deroga rivolgendosi, con domanda congiunta, ad altro organismo scelto di comune accordo*» .

⁸ Occorre precisare che se la procedura venisse condotta innanzi all'organismo originariamente indicato dalle parti non iscritto nel registro, il giudice non potrebbe far altro che rilevare l'irregolarità, non potendo chiudere il processo.

giurisdizionale potrebbe trovare espressione nella proposizione diretta della domanda di mediazione e nell'adesione al procedimento (o anche nella proposizione di una richiesta congiunta di mediazione, ammessa dalla prassi degli organismi di mediazione). Non sarebbe necessario, infatti, sottoscrivere un preventivo atto con cui concordare la via della mediazione, in quanto la procedura si incardinerebbe direttamente. La clausola di mediazione, infine, può essere disposta anche in modo da proporre rimedi diversi di risoluzione della controversia in progressione crescente (c.d. clausola "*multi - step*") e quindi l'impegno delle parti a intraprendere dapprima la procedura di conciliazione e, in caso di insuccesso, il ricorso alla procedura arbitrale.

2. *Le clausole contrattuali sulle ADR E ODR dopo il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130.* – Se quanto esaminato non pone problemi circa la redazione delle clausole ADR e ODR nell'ambito di contratti di diritto privato comune, occorre prestare particolare attenzione allorquando tali clausole siano inserite all'interno di un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore. Si sottolinea, a tal fine, che il 21 maggio 2013 il Parlamento e del Consiglio dell'Unione Europea hanno emanato la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. L'ambito di applicazione della direttiva riguarda le procedure di risoluzione stragiudiziale relative alle controversie: a) concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi; b) sorte tra consumatori residenti nell'Unione e professionisti stabiliti nell'Unione; c) in ambito nazionale (quando il consumatore risiede nello stesso Stato membro in cui è stabilito il professionista) o transfrontaliere (quando il consumatore risiede in uno Stato membro diverso rispetto a quello in cui è stabilito il professionista); d) gestite da un organismo ADR che propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole⁹.

L'obiettivo principale della direttiva è quello di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e a garantire un elevato livello di protezione dei consumatori, consentendo loro

⁹ Art. 2.

di attivare, su base volontaria, procedimenti stragiudiziali - gestiti da organismi ADR - per risolvere eventuali controversie sorte dalla sottoscrizione di contratti di vendita di beni o servizi. La direttiva 2013/11/CE ha reso pertanto necessario in Italia un intervento sul Codice del consumo al fine di mantenere una disciplina unitaria della materia, salvaguardando anche l'impostazione del Codice stesso¹⁰.

Nell'intento di raggiungere questo obiettivo e incentivare il ricorso a sistemi alternativi alla giurisdizione, il legislatore nazionale è intervenuto con il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, così attuando la direttiva 2013/11/CE (che ha modificato il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE sull'ADR per i consumatori). Il decreto attuato è altresì interconnesso e complementare al Regolamento dell'Unione Europea n. 524 del 2013, il quale ha previsto l'istituzione di una piattaforma web idonea a fornire ai consumatori e ai professionisti un unico punto di accesso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie *online*, attraverso gli organismi ADR collegati alla piattaforma.

Il decreto ha introdotto una serie di novità all'interno del Codice del consumo, tra cui il nuovo "Titolo II-bis – sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie"¹¹. La risoluzione della

¹⁰ Sulla portata della direttiva 2013/11/CE, N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015; F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/2013/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 4, 2014, p. 1299 s. Sull'*Online dispute resolutions* cfr. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, p. 121 s.; M. FRANCESCA, *Dalle ADR Offline alle procedure di Online Dispute Resolution: statuti normativi e suggestioni di sistema*, in *www.judicium.it*; L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR (Online dispute resolutions) dopo il regolamento n. 524/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, p. 1403 s.

¹¹ Per un primo commento sul decreto legislativo, G. RECINTO, *Il foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia statale o privata, dall'altro*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, n. 1, 2016, p. 118 s.; P. LICCI, *I sistemi di risoluzione alternativa delle liti*, Frosinone, 2016, p. 65 s.; M. MARINARO, *Con il nuovo istituto "stretta di mano" e soluzione bonaria*, in *Giuda al diritto*, 2016, p. 34 s.

controversia viene offerta, infatti, ad un organismo istituito su base permanente attraverso una procedura ADR. L'organismo ADR deve essere iscritto in un apposito elenco istituito presso ciascuna Autorità competente (Ministero della giustizia, unitamente al Ministero dello sviluppo economico, Consob, AEEGSI, AGCOM e Banca d'Italia). Ogni Autorità definisce il procedimento per l'iscrizione e verifica il rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità nonché il rispetto del principio di tendenziale non onerosità, per il consumatore, del servizio. In sede di attuazione della direttiva si è mantenuto il diritto per il consumatore di adire il giudice competente, a prescindere dall'esito della procedura di composizione extragiudiziale. Gli organismi ADR hanno l'obbligo di mantenere un sito web che fornisca alle parti facile accesso alle informazioni e consente al consumatore la possibilità di presentare reclamo anche con modalità diverse da quella telematica.

Ulteriore modifica apportata al Codice del consumo concerne l'art. 66, il quale oggi stabilisce che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo nonché dell'art. 141-sexies, commi 1, 2 e 3, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti.

La novità, tuttavia, più rilevante, riguarda l'introduzione di due clausole "presunte vessatorie fino a prova contraria". Infatti, all'art. 33, comma 2, sono state aggiunte, dopo la lettera v), le seguenti ipotesi: *v-bis*) imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR; *v-ter*) rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V.

Analizzando la clausola di cui alla lettera *v-bis*), è evidente che con tale disposizione il legislatore ha voluto tutelare la libertà di scelta del consumatore ed escludere ogni limitazione che miri a un preordinato indirizzamento del consumatore verso un unico organismo o un'unica tipologia di procedimento. La norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 141-sexies cod. cons., il quale stabilisce che i professionisti stabiliti

in Italia, che si sono impegnati a ricorrere ad uno o più organismi ADR per risolvere le controversie sorte con i consumatori, sono obbligati ad informare questi ultimi in merito all'organismo o agli organismi competenti per risolvere le controversie sorte con i consumatori. Tali informazioni includono l'indirizzo del sito web dell'organismo ADR pertinente o degli organismi ADR pertinenti. Le informazioni devono essere fornite in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile sul sito web del professionista, ove esista, e nelle condizioni generali applicabili al contratto stipulato tra il professionista ed il consumatore. Si richiede dunque un'adeguata conoscenza affinché possa essere compiuta una scelta consapevole verso una certa procedura, ovvero verso un certo organismo: ecco, dunque, l'attenzione riservata agli obblighi di informazione, imposti ad organismi e professionisti, nella rispettiva qualità di offerenti tali servizi e di controparti contrattuali¹².

Per quanto riguarda l'ipotesi di cui alla lett. *v-ter*), la norma sembra sanzionare tutte quelle clausole che risultano in concreto limitative delle esigenze di trasparenza e facilità di accesso alle ADR. La riforma italiana delle ADR si ispira, infatti, al principio della volontarietà che attribuisce al consumatore un'ampia libertà di scelta per gli organismi e le procedure, aprendo così una fase di concorrenza tra le diverse ADR. Da ciò ne consegue che, se in sede di redazione delle suddette clausole, si può prescindere dalla coincidenza della sede dell'organismo ADR con il domicilio elettivo o con la residenza del consumatore, tuttavia può presumersi vessatoria quella clausola che, nell'indicare uno o più organismi territorialmente collocati in un luogo diverso dalla residenza o domicilio del consumatore, finisca per rendere più difficile ed onerosa per il consumatore la comparizione innanzi all'organismo medesimo. Tali aggravii potrebbero indurre il consumatore a rinunciare alla possibilità di tutela dei propri diritti, in ragione degli oneri economici che gli deriverebbero dalla lontananza territoriale dell'organismo/i designato/i rispetto al proprio domicilio o residenza.

¹² Ulteriori oneri informativi sono estesi alle associazioni di categoria (con particolare riguardo alle associazioni dei consumatori), nonché alle autorità di regolazione.

In punto di presunzione della vessatorietà non pare rilevare necessariamente ed esclusivamente la sede dell'organismo ADR, ma occorre valutare se il consumatore sia privato in concreto della possibilità di concorrere alla scelta dell'unico organismo indicato o se per esempio siano previste delle soglie monetarie per la presentazione della controversia che potrebbero nel caso specifico condizionare il ricorso alla procedura¹³.

3. Profili applicativi e presunzione di vessatorietà delle clausole inserite nei contratti conclusi tra un professionista e un consumatore. – Sulla base di tutte le considerazioni svolte sin qui, sembra opportuno debba concludersi per la presunzione di vessatorietà della clausola che predetermini in modo vincolante l'organismo di mediazione nei contratti conclusi con i consumatori (e quindi, anche nei contratti bancari e nei mutui), ogni qual volta essa, nell'indicare uno o più organismi territorialmente collocati in un luogo diverso dalla residenza o domicilio del consumatore, rende più difficile ed onerosa per il consumatore la comparizione davanti all'organismo medesimo. Clausole di tal genere rischiano, nelle procedure di mediazione introdotte dalla banca o, in generale, dal professionista, di indurre il consumatore a non presenziare alla fase della mediazione, rinviando ogni difesa alla futura fase contenziosa. Vengono così vanificati, di conseguenza, anche gli obiettivi di deflazione del contenzioso giudiziale posti dal legislatore a fondamento della disciplina in tema di mediazione obbligatoria.

È evidente che le considerazioni sopra esaminate valgono a prescindere dal tipo di clausola inserita in un contratto tra professionista e consumatore, e dunque sia nel caso di clausola che rinvii alla mediazione, all'arbitrato che a qualsiasi altra misura alternativa di risoluzione della controversia¹⁴. Tutto questo

¹³ G. RECINTO, *Il foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia statale o privata, dall'altro*, cit., p. 127.

¹⁴ Vedi in tal senso E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo*, in *Riv. trim.*

si concilia con il principio generale in virtù del quale nelle procedure ADR l'effettività della tutela è garantita dalla informazione, economicità e chiarezza della procedura offerte al consumatore, nonché dalla congruenza tra oggetto della specifica controversia e i campi di azione e di attività dell'organismo ADR incaricato del conflitto.

Nei rimedi giurisdizionali, invece, l'effettività della tutela è garantita dalle regole sulla competenza e confermano ciò l'art. 66-*bis* "Foro competente" cod. cons. in virtù del quale per le controversie civili inerenti all'applicazione delle Sezioni da I a IV del presente capo, la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato, nonché l'art. 33, lett. u) nel quale si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio eletto del consumatore. D'altronde se lo stesso d.lgs. 130 del 2015 ed anche il c.d. Regolamento ODR n. 524 del 2013 suggeriscono che l'*habitat* naturale delle procedure conciliative sarà, e dovrà essere, preferibilmente il *web*, collegare in questi ambiti la protezione della posizione del consumatore a meri profili di territorialità connessi al suo domicilio eletto o alla sua residenza risulterebbe, oltre che a-sistematico, inefficiente, soprattutto in termini di diversità e gradualità dei rimedi di tutela che un sistema, dinanzi alla sua complessità, deve sapere offrire.

di dir. e proc. civ., n. 3, 2014, p. 997 s. L'Autrice afferma che le liti che coinvolgono i consumatori sono pienamente arbitrabili. L'ordine pubblico, *in primis* europeo e poi interno, che domina la materia, essendo diretto a tutelare la parte debole, non incide sull'arbitrabilità, ma sulla tecnica arbitrale. L'arbitrato cioè, per essere valido, deve rispondere a determinati requisiti. Infatti, poiché la materia è pienamente disponibile, il legislatore non vieta *tout court* la convenzione arbitrale da arbitrato non conforme, ma commina la nullità soltanto quando vi sia il dubbio che il consumatore abbia espresso il consenso senza l'effettiva consapevolezza delle implicazioni sul piano della tutela dei suoi diritti. La clausola compromissoria pre-lite sarà da considerarsi vessatoria ogniqualvolta l'arbitrato non dia sufficienti garanzie di tutela del consumatore. Per un ulteriore approfondimento si v. N. SCANNICCHIO, *La risoluzione delle controversie bancarie. adr obbligatoria e adr dei consumatori*, in *Contratti*, n. 6, 2016, p. 537 s.

In conclusione, dunque, a seguito delle recenti modifiche introdotte dal d.lgs. 130/2015, allorché si voglia inserire una clausola di risoluzione alternativa delle controversie in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore, è richiesta, in sede di redazione della clausola, una soglia di attenzione più elevata, stante la necessità di garantire una scelta libera e consapevole del consumatore tra le varie procedure esistenti e tra i vari organismi abilitati a gestirle. Una scelta unilaterale ad opera del professionista determinerebbe un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a danno del consumatore, nella misura in cui questi sia privato del diritto di scelta della procedura e dell'organismo più idonei. Diritto di scelta che, fino a prova contraria, deve essere garantito in ogni momento, sino all'insorgere della lite, e non può essere disatteso da una specifica pattuizione sottoscritta in occasione della stipula del contratto¹⁵.

¹⁵ P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.lgs. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, n. 3, 2016, p. 494.

MARTA LAMPIS

GLI ACCORDI IMMOBILIARI E L'ACCORDO CONCILIATIVO ACCERTATIVO DELL'USUCAPIONE

Al fine di procedere all'analisi degli accordi immobiliari e dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione risulta necessario, preliminarmente, prendere in considerazione non soltanto l'art. 5 d.lgs. 28/2010¹, che dispone la mediazione obbligatoria con riferimento a diverse materie (tra le quali rientra anche quella dei diritti reali), ma anche l'art. 11, 3° comma, d.lgs. 28/2010 il

¹ Art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. 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'art. 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140-*bis* del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".

quale dispone che: *“se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*.

Da una prima disamina degli articoli summenzionati, si evince manifestamente il richiamo operato dal legislatore al sistema della pubblicità immobiliare nella sua efficacia tipica, così come disciplinato dall'art. 2644 c.c.

A questo riguardo, risulta di fondamentale importanza interrogarsi su quali siano esattamente gli atti trascrivibili ai sensi dell'art. 2643 c.c. e, soprattutto, a quali fra questi possa essere assimilato l'accordo immobiliare raggiunto in mediazione.

La predetta questione, alquanto complessa, sorge in conseguenza del fatto che, tra gli atti indicati dall'art. 2643 c.c., non venga menzionato l'accordo, raggiunto in mediazione, col quale le parti trasferiscono, costituiscono o estinguono un diritto reale su un bene immobile.

Attraverso un'attenta analisi dell'elenco di atti presente nella citata norma, emerge, secondo una parte della dottrina², una notevole disomogeneità soprattutto in relazione alla natura degli atti; tuttavia, ad oggi si ritiene concordemente che oggetto della trascrizione debba considerarsi l'effetto e non l'atto. Tale assunto trova ampia conferma nel contenuto dell'art. 2645 c.c. ai sensi del quale *“deve rendersi pubblico, agli effetti dell'art. 2644 c.c., ogni altro atto o provvedimento che produce taluno degli effetti dei contratti menzionati dall'art. 2643 c.c.”*.

È importante sottolineare che, con riferimento all'art. 2643 c.c., non è prevista alcuna tassatività relativamente alla natura e alla struttura degli atti trascrivibili: quest'ultima, invero, attiene esclusivamente agli effetti che devono rendersi pubblici.

Giova precisare che la suddetta norma si riferisce agli atti giuridici con riguardo alla loro idoneità a produrre uno dei mutamenti giuridici compresi tra quelli tassativamente indicati dalla stessa; pertanto, qualora l'accordo raggiunto in mediazione determini la costituzione, modificazione o estinzione di diritti

² F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *il codice civile, commentario diretto da P. Schlesinger*, 1998.

reali immobiliari, esso sarà comunque trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 c.c., purché venga autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato. Sulla base di quanto appena sostenuto saranno trascrivibili, ad esempio, i verbali di conciliazione contenenti gli accordi relativi ad immobili o a diritti immobiliari che, ai sensi dell'art. 2645 c.c., producano taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c.

Si sottolinea che l'art. 11 d.lgs. 28/2010 richiama l'art. 2643 c.c., operando in tal modo un espresso rinvio all'intero sistema della pubblicità immobiliare³.

La predetta norma stabilisce espressamente l'intervento di un pubblico ufficiale che sia autorizzato all'autenticazione della sottoscrizione del processo verbale, affinché conferisca allo stesso la qualifica di titolo idoneo alla trascrizione. Tale procedura è necessaria non soltanto al fine di soddisfare il requisito della forma scritta, ma anche per sottoporre tali atti ad un ulteriore controllo di legalità, fondamentale per l'importanza degli stessi. Si tratta di una scelta perfettamente in linea con un ordinamento, come il nostro, garantista di legalità e certezza nei traffici giuridici⁴.

Una delle più recenti novità legislative in materia è stata introdotta dall'art. 84-*bis* del "Decreto del Fare" (Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 e Legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98) il quale ha modificato, ampliandolo, il contenuto dell'art. 2643 c.c. La nuova formulazione di tale norma prevede, al (nuovo) numero 12-*bis*, la possibilità di procedere alla trascrizione degli "accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Al fine di togliere ogni dubbio, occorre opportunamente precisare che oggetto dell'attività accertativa delle parti potrà essere unicamente il riconoscimento dei fatti che costituiscono presupp-

³ E. FABIANI-M. LEO, *Il nuovo procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo 4 Marzo 2010, n. 28: note a prima lettura*, Studio n. 205-2010/C, in *Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato*, p. 14 ss.

⁴ C. BRUNELLI, *L'intervento del notaio per l'accesso all'accordo di conciliazione ai registri pubblici*, Marzo 2010, pp. 1 ss.; in questo senso anche C. CALDERONI-M. LEO-V. RUBERTELLI, *Autentica notarile e pubblicità*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012, pp. 327 ss.

sto essenziale per il perfezionamento di questa modalità d'acquisto; per le parti, dunque, non sarà possibile far sorgere in capo ad una di esse un acquisto a titolo originario sostituendo la mancanza dei presupposti richiesti dalla legge con un atto volitivo, finalizzato a riconoscere l'esistenza della proprietà, o di un altro diritto reale⁵.

Posto ciò, si avverte l'esigenza di analizzare brevemente un ulteriore aspetto problematico emerso in seguito all'inserimento del n. 12-*bis* all'interno dell'art. 2643 c.c. piuttosto che all'interno dell'art. 2651 c.c. il quale dispone la trascrizione della sentenza accertativa dell'usucapione con effetti di pubblicità notizia; a tal proposito, è opportuno domandarsi non solo quali siano gli effetti della trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione, ma anche quali siano le differenze rispetto alla trascrizione della sentenza accertativa.

Da questa situazione emerge, tuttavia, un'ulteriore problematica relativa alla natura dell'acquisto a seguito di un accordo conciliativo accertativo dell'usucapione, più specificamente ci si domanda se lo stesso abbia natura di acquisto a titolo derivativo, originario o se costituisca un *tertium genus* con peculiarità proprie.

Nel primo caso l'acquisto seguirebbe la posizione giuridica del dante causa⁶ secondo lo schema del principio *nemo quod abet*⁷; nel secondo caso, invece, l'acquisto del diritto sarebbe del tutto indipendente da un uguale diritto di un precedente titolare⁸.

L'acquisto a titolo di usucapione, secondo una parte della dottrina⁹, nel caso oggetto di disamina può qualificarsi come

⁵ M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, studio n. 718-2013/C, approvato dal Consiglio Nazionale del notariato, 24 Ottobre 2013.

⁶ R. NICOLÒ, voce *Successioni nei diritti*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, pp. 1399 ss.

⁷ Questo brocardo enuncia un principio cardine del nostro ordinamento, ereditato dal diritto romano, secondo il quale il dante causa può trasferire all'avente causa solo un diritto pari a quello che attualmente possiede.

⁸ A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, p. 12: "l'usucapiente acquista la proprietà in forza del possesso, senza che possa configurarsi una derivazione della sua posizione giuridica da quella dell'usucapito".

⁹ S. RUPERTO, *Usucapione (Dir. Vig.)*, in *Enc. del diritto*, XLV, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 1044 ss.

originario per spiegare l'acquisto della proprietà e derivativo per spiegare la persistenza dei diritti limitati in capo all'usucapiente¹⁰. Questo orientamento, tuttavia, non trova riscontro all'interno del nostro codice il quale non contiene delle norme che consentano di affermare la natura derivativa di un acquisto a titolo di usucapione in quanto quest'ultimo sorge solo al verificarsi dei presupposti richiesti dalla legge.

A seguito della novità legislativa cui si è fatto cenno, oggi si può affermare che l'usucapione si pone al centro di una pluralità di fattispecie dalle quali scaturiscono molteplici effetti.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 2051 c.c., l'usucapione potrà essere oggetto di una pronuncia giudiziaria, la cui trascrizione avrà valore di mera pubblicità notizia. In secondo luogo, ai sensi del n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., potrà essere oggetto di un accordo accertativo la cui pubblicità avrà effetti dichiarativi nell'ipotesi in cui venga rispettato il principio della continuità delle trascrizioni posto dall'art. 2650 c.c. Ancora, potrà essere oggetto di accordo accertativo con pubblicità avente effetti prenotativi, ex art. 2650 c.c., nel caso in cui il soggetto usucapito che ha sottoscritto l'accordo non risulti legittimato in base ad un titolo debitamente trascritto nei registri immobiliari. Quanto appena affermato sta a significare che, qualora non vi sia un titolo di proprietà trascritto a favore del dante causa, le trascrizioni successive e, di conseguenza, anche la trascrizione dell'accordo conciliativo dell'usucapione, avranno effetto soltanto nel momento in cui l'atto anteriore d'acquisto sarà trascritto. Altresì, il riconoscimento dell'usucapione potrà essere oggetto di un accordo transattivo soggetto a trascrizione ai sensi del n° 13 ex art. 2643 c.c., il quale prevede espressamente la possibilità di "*trascrivere una transazione avente ad oggetto uno dei diritti indicati nei numeri precedenti*"; in questo caso gli effetti saranno regolamentati dagli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c. con l'effetto dell'opponibilità ai terzi¹¹. L'usucapione, infine, potrà essere oggetto di un atto ne-

¹⁰ M. KROGH, *Usucapio libertatis e retroattività degli effetti dell'usucapione*, studio n. 859-2008/C, approvato dalla Commissione Studi Civilistici del Consiglio Nazionale del Notariato in data 4 marzo 2009.

¹¹ A. BUSANI, *D.L. 69/2013: possibilità di trascrivere l'accordo di mediazione che accerta l'usucapione*, in www.notaiblog.org, 19 febbraio 2014; in que-

goziale di accertamento al di fuori di una procedura conciliativa con effetti meramente preclusivi, la cui trascrizione potrà essere compiuta ai sensi dell'art. 2645 c.c. il quale, infatti, prevede la possibilità di trascrivere "ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati dall'art. 2643 c.c."

Prendendo in considerazione la seconda problematica, invece, inerente alle differenze sussistenti tra la sentenza di accertamento e l'accordo conciliativo, è importante sottolineare che le stesse sono notevoli. Si tratta, infatti, di due fattispecie che operano su due piani distinti con riferimento sia al contenuto che agli effetti.

Preliminarmente, è opportuno evidenziare che l'accordo conciliativo in materia di usucapione viene confinato ad una vicenda riguardante solo le parti che intervengono all'accordo; inoltre, viene considerato inopponibile a quei terzi che vantano dei titoli trascritti o iscritti anteriormente e che quindi, in qualche modo, possano essere pregiudicati dall'accordo stesso; questo aspetto, indubbiamente, rappresenta un *minus* rispetto all'usucapione giudizialmente accertata.

Per contro, la sentenza di accertamento dell'usucapione (a differenza dell'accordo conciliativo accertativo dello stesso), ha la forza di radicare un nuovo diritto in capo all'usucapiente, al quale i terzi non potranno opporre i loro diritti così come stabilito dagli artt. 2644 c.c. e 2650 c.c.

L'accordo conciliativo, in realtà, attribuisce all'usucapiente un diritto che può essere fatto valere nei confronti dei terzi esclusivamente nei limiti dei diritti spettanti all'usucapito e nel rispetto delle regole sulla continuità delle trascrizioni; pertanto, affinché possa esplicare compiutamente la sua efficacia nei confronti dei terzi, esso dovrà necessariamente inserirsi all'interno di una catena di titoli legittimi¹².

La sentenza di usucapione, al contrario, accerta un diritto acquistato dall'usucapiente prescindendo dalla posizione sogget-

sto senso anche M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, studio n. 718-2013/C, cit., pp. 17 ss.

¹² G. DI RAGO, *Accordo di conciliazione debole*, in *Italia Oggi*, 24 Febbraio 2014; in questo senso anche Corte d'Appello di Reggio Calabria, Sez. Civ., 12 novembre 2015.

tiva dell'usucapito nonché da eventuali diritti dal medesimo costituiti; in capo all'usucapiente, inoltre, non potrà essere posto un onere di conoscenza dell'esistenza di precedenti trascrizioni pregiudizievoli, in quanto il possesso utile ai fini dell'usucapione prescinde addirittura dalla conoscenza che l'usucapiente possiede in ordine al soggetto qualificabile come il legittimo proprietario del bene.

In quest'ultimo caso, l'interesse dell'usucapiente nel dare pubblicità al proprio acquisto si ravvisa nella possibilità di consentire ai suoi futuri aventi causa di avvantaggiarsi delle presunzioni legali proprie del sistema della pubblicità immobiliare, fissando, in tal modo, l'anello di una nuova catena¹³.

Nell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione, viene posto in capo all'usucapiente un onere di conoscenza di quanto reso pubblico nei registri immobiliari, poiché ad saranno opponibili le iscrizioni e trascrizioni pubblicate anteriormente all'accordo medesimo contro il legittimo proprietario.

La trascrizione dell'accordo, per produrre i suoi effetti, deve necessariamente essere effettuata nei confronti di chi appare proprietario del bene usucapito in base ad una serie di titoli debitamente trascritti; in mancanza di tale requisito, infatti, la trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione potrà produrre i suoi effetti solo a partire dal momento in cui colui che ha riconosciuto i fatti costitutivi dell'usucapione abbia trascritto un legittimo titolo.

Ergo, si può affermare che l'accertamento giudiziario, rispetto all'accordo conciliativo, possiede una diversa valenza derivante, essenzialmente, dalla maggiore garanzia che la sentenza è in grado di assicurare. In assenza di un accertamento giudiziario e, quindi, in mancanza di un soggetto terzo e imparziale garante della legittimità e correttezza dei diritti e delle pretese rivendicate su un bene immobile, gli effetti dell'accordo conciliativo accertativo rimesso alla libera autonomia delle parti non potranno, in alcun modo, ledere i terzi che vantino titoli trascritti rimasti estranei all'accordo stesso¹⁴.

¹³ R. NICOLÒ, *La Trascrizione*, I, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 99 ss.

¹⁴ G. DI RAGO, *Accordo di conciliazione debole*, cit.

Si può pertanto correttamente affermare che gli accordi di conciliazione, anche se trascritti, non sono assimilabili alle sentenze di accertamento dell'usucapione¹⁵.

Alla luce delle argomentazioni svolte, appare condivisibile la scelta operata dal nostro legislatore, in quanto la stessa rispetta i principi posti in tema di pubblicità immobiliare e di certezza nella circolazione degli immobili, entrambi valori fondamentali da un punto di vista socio-economico.

Le parti, nonostante gli effetti dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione siano meno incisivi rispetto alla trascrizione della sentenza accertativa dell'intervenuta usucapione, hanno però il vantaggio di poter ricorrere a tale strumento nel caso in cui necessitino di concludere un'operazione in tempi brevi. Il ricorso a tale modalità non gli impedirà, infatti, in un secondo momento, di ricorrere in giudizio al fine di ottenere l'accertamento e, di conseguenza, gli effetti più forti e stabili che derivano dalla trascrizione della sentenza.

¹⁵ Osservatorio mediazione civile n. 27/2016, *Usucapione, nuovo art. 2643 c.c. e inopponibilità ai terzi: gli accordi di mediazione, anche se trascritti, non sono assimilabili alle sentenze*, in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it/2016/03/2716-usucapione-nuovo-art-2643-cc-e.html>.

GIUSEPPE MURGIA

MODELLI NOSTRANI DI CONCILIAZIONE IN AMBITO MEDICO-SANITARIO

SOMMARIO: 1. La recente esperienza italiana prima del d.lgs. n. 28/2010. - 2. Il modello altoatesino. - 3. Il modello veneto. - 4. L'avvento del modello nazionale previsto dal d.lgs. n. 28/2010 in attuazione della delega contenuta all'articolo 60 della legge n. 69/2009 e l'interferenza coi modelli regionali. - 5. Considerazioni alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012.

1. *La recente esperienza italiana prima del d.lgs. n. 28/2010.*
– La spinta generata negli ultimi decenni dal costante e progressivo aumento del contenzioso giudiziario da “malpratica medica”¹ ha suscitato anche nel nostro Paese la ricerca di soluzioni alternative di composizione delle controversie. Le ragioni dell'esplosione della litigiosità in campo medico sanitario, che qui possono solo sommariamente elencarsi, sono da individuarsi, in quello che è stato definito “un apparente paradosso”², nell'avanzamento delle cure mediche, che ha ingenerato nei pazienti l'aspettativa di una “guarigione” sempre più consequenziale, e nell'orientamento delle corti giudiziarie che, per accordare al diritto alla salute il rango che merita, è divenuto sempre più propenso a valutare con maggior rigore la prestazione sanitaria. Il moltiplicarsi dei processi contro i medici ha avuto effetti negativi non solo nei confronti della classe dei professionisti, ma anche nei confronti della collettività e dei pazienti stessi.

¹ Per una disamina del livello del contenzioso civile raggiunto in Italia può vedersi C. VACCÀ, *La conciliazione: modelli ed esperienze*, in «Consumatori, Diritti e Mercato», n. 3, 2009, pp. 95 ss.

² F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 6, 2001, pp. 879 ss.

Una eccessiva pressione giudiziaria, accompagnata, come spesso accade, dallo *strepitus dei media*, lede la tranquillità del medico, incrina il rapporto fiduciario col paziente e stimola il ricorso alla “medicina difensiva” causando la prescrizione di esami diagnostici spesso inutili, un allungamento dei tempi d’intervento, l’adozione di terapie poco rischiose ma non sempre efficaci. Ne consegue un generale abbassamento della qualità della prestazione a fronte di un aumento complessivo dei costi del sistema, nei quali recitano un ruolo di primo piano i premi per le polizze assicurative, che vedono una costante ascesa all’aumentare del contenzioso sino a diventare, in taluni casi, insostenibili anche al di fuori delle specialità tradizionalmente più a rischio.

Un tale scenario è concreta realtà nel nostro Paese già da diversi anni: per fronteggiare la situazione sono stati intrapresi, dai diversi attori del sistema, in maniera non del tutto omogenea sul territorio nazionale, programmi di prevenzione del rischio clinico e azioni rivolte alla risoluzione stragiudiziale dei conflitti.

Limitando il campo a quest’ultima tematica, nella storia recente, anteriore all’introduzione della mediazione ad opera del d.lgs. n. 28/2010, si sono susseguiti, oltre a diversi disegni di legge nazionale rimasti lettera morta³, iniziative legislative, pro-

³ Fra i più recenti disegni di legge possono citarsi:

- il d.d.l. Tomassini n. 108, presentato al Senato il 6 giugno 2001, che, con la volontà di dettare “Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”, prevedeva l’introduzione, oltre che della responsabilità oggettiva a carico delle strutture, della limitazione della responsabilità del sanitario all’azione disciplinare per colpa grave e all’azione di rivalsa esclusivamente per dolo, dell’assicurazione obbligatoria per le strutture con azione diretta del danneggiato nei confronti dell’impresa assicuratrice, anche della facoltà del danneggiato di deferire la controversia ad un collegio arbitrale (art. 4);
- il d.d.l. n. 1598, presentato al Senato il 24 maggio 2007 ad iniziativa del Ministro della Salute, “Disposizioni in materia di sicurezza delle strutture sanitarie e gestione del rischio clinico nonché di attività libero professionale intramuraria e di esclusività del rapporto di lavoro dei dirigenti del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale” che imponeva (art. 3) alle regioni e alle province autonome la costituzione, presso le Aziende sanitarie, di servizi atti a garantire la definizione stragiudiziale delle vertenze aventi ad oggetto danni derivanti da prestazioni fornite da operatori del Servizio sanitario nazionale;
- il d.d.l. n. 50, presentato al Senato il 29 aprile 2008 a firma dei senatori Tomassini e Malan, che, intitolato allo stesso modo (“Nuove norme in

getti e sperimentazioni, promosse da regioni, aziende sanitarie e ordini territoriali.

materia di responsabilità professionale del personale sanitario”), reiterava sostanzialmente i contenuti della precedente proposta Tomassini e prevedeva in senso innovativo la facoltà per le regioni di istituire un fondo di garanzia in sostituzione della copertura assicurativa;

- lo schema di testo unificato proposto dal relatore per i disegni di legge nn. 50, 352, 1067 e 1183 del 4 febbraio 2009 (Commissione igiene e sanità del Senato), “Nuove norme in materia di responsabilità professionale del personale sanitario”, che, oltre a riprendere in buona sostanza i contenuti dei precedenti disegni di legge Tomassini (n. 108/2001, n. 50/2008) prevedeva, qualora avesse buon esito il cosiddetto “tentativo obbligatorio di conciliazione” (art. 5) che il danneggiato doveva esperire rivolgendolo la richiesta risarcitoria prima di incardinare l’eventuale giudizio civile a pena di improcedibilità dello stesso, l’effetto di precludere la proposizione della querela o di valere quale remissione della stessa. Sono degne di menzione anche alcune proposte di legge in tema avanzate da associazioni di medici ed enti a carattere scientifico:
- la proposta di legge avanzata dalla S.I.S.Di.C., intitolato “Norme sulla riparazione e prevenzione dei danni da attività sanitaria”, che, accanto alla previsione in capo alle strutture sanitarie della responsabilità per i danni in assenza della prova di aver adottato tutte le misure per evitarli e dell’obbligo di assicurazione sul modello della r.c.a. con l’istituzione di un fondo di garanzia per le vittime di danni da attività sanitaria e l’azione diretta del danneggiato nei confronti dell’assicuratore, prescriveva, presso ogni struttura sanitaria pubblica o privata, l’istituzione di un’unità operativa per la gestione dei rischi clinici, di una commissione paritetica di conciliazione composta da giuristi, rappresentanti delle professioni sanitarie, delle imprese di assicurazione e delle associazioni per la tutela dei pazienti (art. 8) e la compromettibilità a un collegio arbitrale delle controversie in materia sanitaria (art. 9);
- la proposta dell’AMAMI, ascoltata dalla Commissione Igiene e Sanità del Senato il 23 ottobre 2008, che prevedeva l’istituzione di Commissioni Conciliative provinciali presso le quali doveva essere esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione e che dovevano seguire l’iter delle domande risarcitorie fino alla conclusione, fungendo ulteriormente da Osservatorio dell’errore e del contenzioso paziente-medico su base provinciale;
- il “Progetto di riforma in materia di responsabilità penale nell’ambito dell’attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico” elaborato dal Centro Studi “Federico Stella” sulla giustizia penale e la politica criminale (CSGP), che, per i fini che qui interessano, prevede l’assicurazione obbligatoria per tutte le strutture sanitarie (art. 26), la possibilità per le regioni di istituire un apposito fondo di garanzia sostitutivo della copertura assicurativa (art. 27), l’esclusiva responsabilità delle strutture per i danni causati dal personale sanitario e l’esclusione di qualsiasi rivalsa nei confronti del danneggiante salvo che il fatto sia

Fra le iniziative promosse dagli ordini dei medici, è sicuramente degno di nota il progetto *Accordia*⁴, avviato nel 2005 a seguito di una convenzione tra l'Ordine dei medici e odontoiatri della provincia di Roma e la Camera di Conciliazione di Roma⁵ a cui hanno aderito alcune compagnie assicuratrici. Il progetto aveva previsto una procedura di conciliazione integralmente gratuita per il cittadino, salvo che per legali e consulenti di cui si sarebbe voluto avvalere, giacché i costi venivano sopportati dall'Ordine dei Medici Chirurghi ed Odontoiatri della provincia di Roma e dalle Compagnie assicuratrici. All'uopo veniva istituito uno Sportello per la conciliazione presso le strutture dell'Ordine dei Medici abilitato a ricevere le denunce di mal pratica medica, riguardanti eventi ascrivibili esclusivamente a medici iscritti all'Ordine di Roma, rivolte da pazienti che lamentassero un danno non superiore ai 25 mila euro e disponibili a giungere a una composizione amichevole della vertenza. Le richieste dovevano superare il vaglio di una commissione tecnica, composta da due avvocati e due medici legali, che si esprimeva sulla possibilità di conciliazione e che, all'esito, le indirizzava alla Camera di Conciliazione per l'istruzione del procedimento culminante con la formulazione della proposta conciliativa.

Tra i progetti regionali giova ricordare che, all'interno del "Progetto regionale per la gestione extragiudiziale del contenzioso nelle organizzazioni sanitarie"⁶, attivato nel corso del

stato commesso con dolo, colpa grave o preterintenzione (art. 28), la legittimazione passiva per danni esclusivamente in capo alla struttura e all'assicurazione alla quale il danneggiato deve previamente inviare richiesta stragiudiziale di risarcimento secondo lo schema già in vigore per la responsabilità civile auto (art. 29), l'istituzione presso ogni struttura sanitaria della "Unità di gestione del rischio clinico" (art. 30).

⁴ In argomento si veda P. ALTILI, *Progetto Accordia: dal conflitto alla conciliazione, rapporto marzo 2006*, <http://www.ordinedeimedicidiroma.it/pdf/>; C. VACCÀ, *Responsabilità medica e conciliazione: una iniziativa dell'Ordine dei medici di Roma*, in «I Contratti», n. 10, 2007, pp. 933 ss.

⁵ Organismo istituito dall'Ordine degli Avvocati di Roma e dalla Corte di Appello di Roma.

⁶ A. DE PALMA, *Il progetto regionale per la gestione extragiudiziale del contenzioso. Convegno "Rischio e sicurezza in sanità" (Bologna 29 novembre 2004)*, http://asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/.../depalma_abs.pdf.

2004 dall'Emilia Romagna, era stata avanzata l'ipotesi, che non ebbe però realizzazione concreta, di creare un organo di conciliazione sperimentale che avrebbe operato nei casi in cui l'azienda avesse respinto l'istanza di reclamo o di risarcimento dell'utente. Si sarebbe trattato di un organo che, operando a livello regionale, sarebbe risultato equidistante, per territorio e per composizione, dal cittadino e dall'azienda sanitaria coinvolta. Il procedimento, adito volontariamente dalle parti, sarebbe stato gratuito e l'organo, formato da esperti nel campo medico-specialistico, medico legale e giuridico, designati di comune accordo dalle Istituzioni e dalle compagnie di assicurazione da un lato e, dall'altro, dalle associazioni a tutela del cittadino, si sarebbe pronunciato in un giudizio non vincolante.

Tra le sperimentazioni intraprese dalle regioni spicca la "Sperimentazione pilota per l'istituzione di un servizio regionale di conciliazione per le controversie che nascono nelle Aziende Sanitarie toscane presso l'Azienda Ospedaliera Universitaria Careggi di Firenze e presso l'Azienda U.S.L. 6 di Livorno" attivata con la delibera n. 1019 del 27-12-2007 della Giunta della Toscana, in attuazione di quanto previsto nel Piano Sanitario regionale 2005-2007⁷. La procedura di conciliazione, non gratuita, aveva luogo nei casi di errata terapia, ritardata diagnosi, smarrimenti di protesi, cadute a terra e manovre di intubazione, per controversie di valore non superiore ai 50.000 euro, avvalendosi dell'opera di un mediatore indipendente.

Ancor di più hanno fatto, nel 2005, la Provincia autonoma di Bolzano e, nel 2009, la Regione Veneto che con legge hanno istituito una apposita Commissione regionale di conciliazione per la risoluzione stragiudiziale delle controversie mediche⁸.

⁷ Il Piano, approvato con D.C.R. n. 22 del 16/02/05, prevedeva, tra le azioni indicate per lo sviluppo della Carta dei servizi (punto 4.2.3.3), la sperimentazione di modalità di risoluzione arbitrale delle controversie, volta ad assicurare ai cittadini che intendano aderirvi risposte tempestive e trasparenti, alternative al ricorso giurisdizionale.

⁸ Altre iniziative legislative regionali non trasformatesi in provvedimenti autoritativi sono state avanzate in Friuli Venezia Giulia e Sardegna. In Friuli Venezia Giulia è stato presentato il 24 giugno 2009, dal consigliere Venier Romano, il d.d.l. n. 75, intitolato «Costituzione della Camera di conciliazione e arbitrato per le controversie in materia di responsabilità professionale me-

2. *Il modello altoatesino*. – L'art. 15 della legge della provincia autonoma di Bolzano n. 10/2005, introducendo l'art 4-bis della l. p. n. 7/2001, ha previsto l'istituzione della Commissione conciliativa per le questioni di responsabilità medica, plasmata sul modello affermatosi nella vicina Austria⁹, competente per i danni alla salute causati da un errore diagnostico, terapeutico o derivante dalla omessa o irregolare informazione del paziente. Si tratta di un organo indipendente, nominato dalla Giunta provinciale, dura in carica tre anni ed è composto da un giudice, anche a riposo, con funzioni di presidente, scelto tra una terna di

dica e odontoiatrica», confluito in un testo unificato di tre proposte di legge in materia (la n. 69, la n. 72, la n. 75), avanzate nel corso della legislatura, intitolato «Istituzione della Commissione conciliativa per la responsabilità medica e sanitaria nell'ambito del Servizio sanitario regionale», elaborato da un comitato ristretto incaricato di redigerlo e riprodotto quasi integralmente i contenuti della l.r. n. 15/2009 del Veneto. In Sardegna è stata avanzata da parte dei consiglieri regionali Vargiu, Cossa, Dedoni, Fois, Meloni Francesco, Mula, la proposta di legge, datata 4 marzo 2010, intitolata «Istituzione del Garante del diritto alla salute e della Camera di conciliazione sanitaria», che prevede l'istituzione, presso il Consiglio regionale, di un'autorità indipendente (il Garante) con il compito di tutelare il diritto costituzionale alla salute dei cittadini. L'art. 5 della proposta disciplina il ricorso dei cittadini, che «ritengono di aver subito un danno ingiusto derivante dall'attività professionale del personale sanitario o da carenze della struttura sanitaria, all'Ufficio del Garante: l'autorità attiva un arbitrato attraverso una commissione medico-legale, denominata Camera di conciliazione sanitaria, rappresentativa di entrambe le parti, che propone una transazione stragiudiziaria. Qualora una delle parti non accetti la soluzione transattiva della vertenza sanitaria proposta dalla Camera di conciliazione, sono posti a suo carico tutti i costi della procedura di conciliazione. La proposta prevede, inoltre, che il Garante nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali possa richiedere l'audizione di pubblici funzionari e la disponibilità di documenti aziendali senza che possa essergli opposto nessun diniego, né segreto d'ufficio (art. 7). La proposta è consultabile sul sito internet del Consiglio regionale della Sardegna all'indirizzo www.consregsardegna.it.

⁹ In Austria, e ancor prima in Germania, si è affermato da oltre un ventennio un modello conciliativo delle controversie sanitarie, sulla base di un accordo spontaneo tra gli Ordini professionali di ciascun *Bundesland* e l'associazione delle imprese assicuratrici operanti nel ramo della responsabilità civile medica, informato ai principi della volontarietà, gratuità e non vincolatività. Il modello tedesco e austriaco è ben descritto da S. WINKLER, *Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, in «Danno e responsabilità», n. 11, 2003, pp. 1041 ss., a cui si rinvia.

nominativi proposta dal Presidente del Tribunale di Bolzano, da un medico legale iscritto nell'elenco dei consulenti tecnici medico-legali presso il Tribunale, scelto tra una terna di nominativi proposta dall'Ordine dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Bolzano, e da un laureato in giurisprudenza con conoscenze in materia di responsabilità medica, scelto tra una terna di nominativi proposta dall'Ordine degli Avvocati di Bolzano. Per i casi più complessi può avvalersi dell'opera di un consulente tecnico esterno, iscritto preferibilmente nell'elenco dei consulenti tecnici medico-legali presso il Tribunale e può richiedere la collaborazione della Provincia e di tutte le aziende ed enti, sanitari e non, che da essa dipendono.

La Commissione conciliativa formula per iscritto, con l'unanimità del collegio, una proposta di conciliazione da proporre alle parti sotto forma di una transazione stragiudiziale (art. 4-*bis* l. p. n. 7/2001). Con l'adozione del regolamento di esecuzione (d.p.p. n. 11/2007) sono stati disciplinati l'organizzazione della Commissione conciliativa, il procedimento e l'indennità spettante ai componenti della Commissione e ai consulenti tecnici esterni.

Il procedimento è ispirato ai principi della volontarietà, gratuità¹⁰ e non vincolatività (art. 2 d.p.p.), gli atti della procedura sono governati principio della libertà delle forme (art. 7 d.p.p.), le udienze si svolgono a porte chiuse e delle stesse viene redatto sommario processo verbale.

Sono parti necessarie del procedimento il paziente o i suoi eredi, il medico e la struttura, qualora il professionista risulti ad essa legato da un rapporto professionale, mentre le assicurazioni hanno facoltà di intervento. Le parti possono farsi assistere, a proprie spese, da un difensore o un consulente tecnico (art. 14 d.p.p.).

Il procedimento si attiva a istanza di parte, mediante domanda scritta (art. 16 d.p.p.) a cui consegue la fissazione della pri-

¹⁰ Con la precisazione che comunque ogni parte sopporta le spese per i propri legali e consulenti tecnici (art. 15 d.p.p) e che, se le parti decidono di non proseguire il procedimento, dovranno sopportare le spese del consulente tecnico esterno che sia stato nel frattempo eventualmente nominato, su loro richiesta, dalla commissione (art. 12, co. 2 d.p.p.).

ma udienza di comparizione che la segreteria comunica alle parti citate (art. 17 d.p.p.) ove non ravvisi alcuna ipotesi di inammissibilità e improcedibilità. Si tratta dei casi, previsti dall'art. 18 del regolamento, in cui:

- a) sia stata pronunciata sentenza civile o penale, anche non passata in giudicato, dell'autorità giudiziaria ordinaria sulla questione oggetto del procedimento davanti alla Commissione;
- b) penda un procedimento giurisdizionale civile o penale davanti all'autorità giudiziaria ordinaria sulla questione oggetto del procedimento davanti alla Commissione;
- c) la controversia sia già stata risolta in via transattiva;
- d) il fatto oggetto del procedimento davanti alla Commissione si sia verificato più di dieci anni prima della data di presentazione della domanda di cui all'articolo 16.

Se alla prima udienza una delle parti necessarie non compare, il procedimento viene archiviato, altrimenti le parti comparse vengono interrogate e si esperisce un primo tentativo di conciliazione. Fallito il tentativo di conciliazione, la Commissione procede oltre solo su concorde richiesta delle parti. In tal caso dispone, ove non ritenga il caso maturo per la decisione, l'acquisizione di ulteriori elementi di prova e, ravvisandone la necessità, incarica un consulente esterno di redigere la perizia, altrimenti rinvia direttamente all'udienza finale (art. 19 d.p.p.).

All'esito dell'acquisizione del materiale probatorio e del deposito della perizia, la segreteria informa le parti invitandole a presentare eventuali osservazioni e la documentazione occorrente per la determinazione del danno almeno trenta giorni prima dell'udienza finale (art. 20 d.p.p.). Quindi si celebra l'udienza finale ove, a seguito della relazione orale, le parti procedono alla discussione della proposta di conciliazione che la Commissione loro sottopone (art. 21 d.p.p.).

La Commissione, nel formulare la proposta, deve attenersi alle norme di diritto a meno che le parti non chiedano concordemente che si esprima secondo equità (art. 6 d.p.p.). Il contenuto della proposta di conciliazione deve contemplare il giudizio sulla sussistenza della responsabilità medica, sull'entità del danno biologico causato, sull'eventuale menomazione della capacità lavorativa subita, sull'eventuale danno morale e esistenzia-

le sofferto come conseguenza del trattamento sanitario (art. 21, co. 2 d.p.p.). Inoltre, la Commissione formula anche una proposta di conciliazione relativamente ai danni patrimoniali derivati dal fatto lesivo sulla base di una valutazione sommaria della documentazione prodotta dal paziente (art. 21, co. 3 d.p.p.).

La proposta è liberamente modificabile dalle parti, le quali, se ritengono di aderire a quella formulata dalla commissione, la sottoscrivono in udienza (art. 21 co. 4 d.p.p.) con valore di una transazione stragiudiziale ai sensi dell'art. 1965 c.c. (art. 21, co. 5 d.p.p.).

La Commissione ha iniziato la sua opera a partire dal 1 agosto 2007. Dall'esame dei dati relativi ai primi tre anni e cinque mesi di attività (1 agosto 2007-31 dicembre 2010), periodo anteriore all'entrata in vigore delle disposizioni sulla "mediazione obbligatoria" (art. 5 d.lgs. n. 28/2010), si sono potuti osservare risultati confortanti sia sotto il profilo della celerità del procedimento che del numero percentuale delle liti definite con la conciliazione delle parti. Per i 105 casi definiti dalla Commissione sui 118 portati alla sua attenzione nel periodo a cui si fa riferimento, la durata media complessiva è stata di circa sette mesi e mezzo, mentre la durata media relativa esclusivamente a quelli in cui è stata disposta la consulenza tecnica è stata di un anno e cinque mesi circa¹¹. Le liti definite con la conciliazione delle parti sono state 22, a cui va aggiunta un'ulteriore lite transatta al di fuori del procedimento¹², sul totale di 105, mentre su ulteriori 30 controversie vi è stato il pronunciamento nel merito della Commissione¹³. Tra queste ultime, in 21 casi la Commissione ha dato ragione al medico (o alla struttura), in 9 al pa-

¹¹ COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, Bolzano, 2011, pp. 9, consultabile all'indirizzo <http://www.provincia.bz.it/it/servizi>. Al 31 dicembre 2010 la Commissione aveva smaltito tutte le domande pervenute negli anni 2007 e 2008, mentre restava pendente un solo procedimento iniziato nel 2009, per il quale era stata disposta la consulenza tecnica, e 12 su 33 incardinati nell'anno 2010.

¹² Per tal ragione è stata formalmente archiviata dalla Commissione, COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, cit., p. 6.

¹³ COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, cit., p. 6.

ziente¹⁴. Se si considera che le compagnie di assicurazione, onorando costantemente il responso della Commissione, hanno creato i presupposti per un accordo successivo, può dirsi realizzato per i casi esaminati un consistente effetto deflattivo sul contenzioso giudiziario¹⁵.

3. *Il modello veneto.* – La Regione Veneto ha ben presto seguito l'esempio della Provincia autonoma di Bolzano istituendo con la l.r. 15/2009 la Commissione conciliativa regionale avente il compito di "comporre in via stragiudiziale le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende ULSS ed ospedaliere nonché dalle strutture private provvisoriamente accreditate" (art. 2, co. 1 l.r.). La competenza della Commissione veneta è estesa, esattamente come per quella altoatesina, a "tutti i casi in cui un paziente o i suoi aventi causa ritengano che vi sia stato un danno causato da un errore nella diagnosi o nella terapia ovvero dall'omessa o irregolare informazione, qualora obbligatoria per legge" (art. 2, co. 2 l.r.). Sotto il profilo soggettivo, rispetto a quello della Commissione sudtirolese, il perimetro di competenza della Commissione veneta è più limitato, in quanto esclude le prestazioni del libero professionista che si collochino al di fuori del rapporto azienda sanitaria (pubblica o convenzionata) e paziente, ma è più ampio all'interno di questo rapporto poiché vi comprende anche le prestazioni erogate dal personale sanitario non medico.

Per il resto, la legislazione veneta riprende in larghissima misura i contenuti della normativa altoatesina, sia sotto l'aspetto

¹⁴ COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, cit., p. 9.

¹⁵ Non può, inoltre, nemmeno trascurarsi, nella "quantificazione" dell'effetto deflattivo, la persuasività per il paziente delle pronunce della Commissione considerando che in 18 casi ha dichiarato l'inammissibilità della domanda per manifesta infondatezza e che 87 domande su 118 sono state coltivate senza assistenza legale, come può trarsi dal più volte citato COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, cit., e dal rapporto dell'anno precedente, COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2009*, Bolzano, 2010, p. 5, in cui la stessa Commissione dichiarava di non aver notizia di liti giudiziarie incardinate per i casi in cui si era pronunciata sfavorevolmente per il paziente.

della organizzazione e della composizione della Commissione che del procedimento che si instaura davanti ad essa, compreso il profilo della proposta che l'organismo sottopone alle parti della controversia. Si prevede che la Commissione sia nominata, in simmetria con la gemella altoatesina, dalla Giunta regionale, che resti in carica per un triennio, per non più di due volte consecutive, e che sia composta da un magistrato a riposo con funzioni di presidente, un medico legale iscritto all'albo dei consulenti tecnici scelto tra una terna di nominativi proposta dall'Ordine regionale dei medici, un avvocato con documentata esperienza nel campo della responsabilità sanitaria, scelto tra terne di nominativi indicate da ciascun ordine della Corte d'Appello di Venezia fra gli iscritti con dieci anni di anzianità e altrettanti supplenti dotati dei medesimi requisiti (art. 2, co. 3, co. 4, co. 6). I membri della Commissione, affinché non possa proiettarsi alcuna ombra di parzialità nel loro agire, non possono essere dipendenti delle aziende ULSS, ospedaliere o private accreditate dalla regione Veneto (art. 2, co. 7), mentre vengono disciplinati i casi specifici in cui devono astenersi (art. 2, co. 8)¹⁶. La legge prescrive che la Commissione si giovi di regola della consulenza di un medico specialista nella branca in cui risulta attratta la materia attinente alla singola controversia, scegliendolo da un elenco predisposto dall'Ordine regionale, tra i soggetti estranei ad un rapporto di lavoro dipendente con le strutture pubbliche e private coinvolte nella vertenza (art. 2, co. 5), ma prevede, altresì, che possa avvalersi nei casi più complessi di un consulente

¹⁶ L'art. 2, co. 8 della l.r. citata dispone che "I componenti della commissione hanno l'obbligo di astenersi, anche su richiesta delle parti: a) se hanno interesse nella controversia; b) se loro stessi o il coniuge sono parenti fino al quarto grado, o sono conviventi o commensali abituali di una delle parti; c) se loro stessi o il coniuge hanno causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti; d) se sono tutori, curatori, amministratori di sostegno, procuratori, agenti o datori di lavoro di una delle parti; se, inoltre, sono amministratori o gerenti di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella controversia". Il, co. 9 disciplina la facoltà di astensione dei componenti prevedendo che "Se esistono gravi ragioni di convenienza, i componenti possono richiedere al presidente della commissione l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il presidente della commissione, la stessa è chiesta alla Giunta regionale".

tecnico iscritto negli elenchi, istituiti presso i tribunali del Veneto, dei consulenti tecnici medico-legali (art. 2, co. 11).

Si impone alle strutture della Giunta regionale, alle ULSS, alle aziende ospedaliere e agli organismi privati accreditati l'obbligo di collaborare con la Commissione fornendole, nel termine di trenta giorni, la documentazione e le informazioni che essa richiede (art. 2, co. 12). La Commissione, analogamente a quanto previsto dalla legge altoatesina, ha il compito di sottoporre alle parti una proposta scritta di conciliazione avente il "contenuto di una transazione stragiudiziale" (art. 2, co. 13). I principi a cui deve ispirarsi la procedura di conciliazione, la cui regolamentazione è demandata a delibera della Giunta regionale, sono individuati dall'art. 3, co. 2 della l.r. n. 15/2009 che sancisce:

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

La legge regionale istitutiva della Commissione conciliativa veneta è stata immediatamente impugnata dal Governo in via principale dinanzi alla Corte Costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, co. 2, lettera l), e co. 3 della Legge fondamentale, ad opera degli artt. 1, co. 2, 2 e 3 nonché delle "altre disposizioni inscindibilmente connesse ad essi" contenuti nella legge della Regione Veneto n. 15/2009. A seguito della

sentenza n. 178 del 14 maggio 2010 la legge regionale evocata in giudizio ha superato il vaglio di legittimità costituzionale ritenendo la Corte non fondate tutte e tre le questioni sollevate¹⁷.

4. *L'avvento del modello nazionale previsto dal d.lgs. n. 28/2010 in attuazione della delega contenuta all'articolo 60 della legge n. 69/2009 e l'interferenza coi modelli regionali.* – L'art. 60 della l. n. 69/2009 aveva delegato il Governo ad adottare “uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale” (co. 1), secondo i principi e criteri direttivi enunciati al terzo comma. La delega è stata esercitata con l'adozione del d.lgs. n. 28/2010 che ha disciplinato il procedimento di mediazione finalizzato alla conciliazione prevedendone la obbligatorietà per le liti rientranti nell'ambito di undici materie, fra cui il “risarcimento del danno derivante da responsabilità medica”, e rendendolo facoltativo per le altre.

Il problema dei rapporti tra il modello conciliativo nazionale, a vocazione generale, e quello regionale, specifico per l'ambito medico-sanitario, è deflagrato sin dall'entrata in vigore della disposizione delegante, tanto che l'Avvocatura generale dello Stato, nel censurare la legittimità costituzionale della l.r. n. 15/2009 per “invasione di campo” nelle materie “ordinamento civile” e “giurisdizione e norme processuali” di esclusiva competenza statale, ha invocato come parametro proprio il contenuto dell'art. 60 della l. n. 69/2009. Il nodo da sciogliere diveniva non solo l'astratta possibilità di una legislazione regionale nel campo della conciliazione, ma la concreta compatibilità tra la legislazione regionale e quella nazionale che era intervenuta in materia. Nelle more del giudizio di legittimità costituzionale sopravveniva il decreto delegato n. 28/2010, che dava corpo al disegno tratteggiato dall'art. 60 l. n. 69/2009 e di cui la stessa

¹⁷ Sulla decisione della Consulta si esprime con favore “sia nel metodo che nel merito” A. BENEDETTI, “*Malasanità*” e *procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni*, in «Danno e responsabilità», n. 7, 2010, pp. 678 ss. Per un commento della decisione nell'ottica dei sistemi istituzionali conciliativi può vedersi G. MURGIA, *Commento a Corte Costituzionale n. 178 del 14 maggio 2010*, in «Quaderni di Conciliazione», n. 2, 2011, pp. 99 ss.

Consulta non poteva non tener conto nell'esaminare la legge sottoposta al suo scrutinio. E, infatti, la Corte si esprimeva nel senso della compatibilità tra la legge regionale impugnata e la legislazione nazionale facendo leva proprio su una disposizione contenuta nel d.lgs. n. 28/2010 (art. 2, co. 2) ed erigendola a fondamento di tutti gli organismi che attuano "negoziazioni volontarie e paritetiche", come quelli che erano stati istituiti nel campo medico-sanitario dalla Provincia autonoma di Bolzano, dalla Regione Veneto e dall'Ordine professionale dei Medici di Roma.

Sopravvissuti alla temperie normativa che li aveva investiti, i costituiti e costituendi organismi di conciliazione sanitaria si trovavano dinanzi a uno scenario ben poco rassicurante. Infatti, di lì a poco si sarebbero contesi il campo con gli organismi accreditati dal Ministero della Giustizia in base alle disposizioni del d.lgs. n. 28/2010 e per ciò abilitati a trattare le controversie anche con l'effetto di soddisfare la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 del decreto delegato.

Tanto più che già solo nel corso dell'anno "sabbatico", intercorso tra la pubblicazione del d.lgs. n. 28/2010 e l'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 5, co. 1 dello stesso¹⁸, centinaia di organismi erano riusciti a lucrare l'autorizzazione ministeriale a svolgere la mediazione con le modalità e gli effetti previsti dalla legge. La riforma italiana della mediazione ha imposto scelte severe a chi doveva gestire le camere di conciliazione preesistenti, sia che esse avessero avuto origine in un atto autoritativo sia che fossero state istituite su base negoziale.

La scelta più radicale, nonostante la vittoria riportata in sede di legittimità costituzionale, è spettata all'amministrazione re-

¹⁸ Il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009 n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 53 del 5 marzo 2010. Le disposizioni di cui all'art. 5, co. 1 sono divenute operative, per effetto dell'art. 24 dello stesso decreto, dodici mesi dalla data di entrata in vigore dell'atto legislativo, cioè il 20 marzo 2011, con l'eccezione delle materie del condominio e del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli per le quali il termine d'efficacia è stato ulteriormente prorogato di un anno (20 marzo 2012) ex art. 2, co. 16-*decies* del d.l. n. 225 del 29 dicembre 2010 convertito in legge con l. n. 10 del 26 febbraio 2011.

gionale veneta che, onde valutare l'effettiva praticabilità dell'istituto alla luce delle nuove disposizioni nazionali, ha optato, con la delibera della giunta n. 573 del 10 maggio 2011, per rinviare l'attuazione delle disposizioni della l.r. n. 15/2009, che disponevano l'istituzione della Commissione regionale conciliativa, limitandosi a dare corso al progetto finalizzato alla creazione del fondo regionale, previsto dall'art. 6 della citata l.r., dedicato alla liquidazione diretta dei danni da responsabilità civile in ambito clinico nel limite di euro 500.000,00¹⁹.

L'Ordine dei Medici di Roma, nel porre fine al progetto 'Accordia', non ha invece rinunciato a coltivare la soluzione della "conciliazione". Pertanto, in continuità con il passato, ha stipulato con la Camera di conciliazione di Roma²⁰ una convenzione che ha previsto l'istituzione, nell'ambito delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 28/2010, all'indomani della integrale entrata in vigore delle stesse, di un servizio di conciliazione specifico per le controversie da responsabilità medica²¹.

La Commissione regionale altoatesina, pur avanzando il timore di una emorragia di casi a vantaggio degli organismi accreditati al sistema nazionale e ventilando come rimedio la possibilità di dotare l'Ufficio "di una seconda linea di mediazione/conciliazione rispondente alle disposizioni del decreto legislativo n. 28/2010"²², ha proseguito nella sua attività. Nel primo pe-

¹⁹ Con la delibera della Giunta regionale n. 573/2011 ha infatti approvato le linee guida per la gestione diretta dei sinistri da parte delle Aziende ULSS ed ospedaliere della Regione.

²⁰ La Camera di conciliazione di Roma, istituita dall'Ordine degli avvocati di Roma con la collaborazione della Corte d'Appello romana, è stata assorbita nel neonato Organismo di Mediazione forense, creato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma per operare in conformità con le disposizioni del d.lgs. 28/2010, e costituisce attualmente un'articolazione di esso, come ci informa G. LEPORE, *Organismo di mediazione forense e camera di conciliazione di Roma*, in www.temiromana.it, n. 1, 2011.

²¹ Comunicato stampa del 28 marzo 2011 dal sito istituzionale dell'Ordine provinciale dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri di Roma: www.ordinemediciroma.it.

²² COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, cit., p. 15; nel *Rapporto sull'attività 2011* viene invocata l'opportunità che l'amministrazione provinciale offra al cittadino anche il servizio di "mediazione statale".

riodo di coesistenza tra la procedura amministrata dall'organismo regionale e quella svolta dagli organismi accreditati dal Ministero della Giustizia, i dati di cui si dispone, riferiti all'anno 2011, sembrano dar ragione alla scelta operata dalla Provincia autonoma di Bolzano di mantenere vitale e intatta la Commissione conciliativa, nei termini previsti dalla legge istitutiva. Infatti, il calo delle nuove procedure è stato molto contenuto, risultando inferiore al 20% della media dell'ultimo triennio²³.

Cionondimeno si è potuto generalmente osservare come l'avvento del modello nazionale, l'unico in grado di garantire la procedibilità della domanda giudiziale, ha avuto l'effetto di far appassire o, quantomeno, di riassorbire gran parte di quelle autonome iniziative che erano fiorite a livello locale nel campo della conciliazione delle controversie medico-sanitarie²⁴, precludendone la nascita di nuove.

5. Considerazioni alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 272/2012. – Le scelte del riformatore italiano della mediazione sono state esposte sin da subito a numerose critiche e

²³ Nel corso del 2011 sono state iniziate 27 nuove procedure, 6 in meno del 2010 (33), 1 in meno del 2009 (28), 9 in meno del 2008 (36), come si osserva da COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2011*, Bolzano, 2012, p. 7.

²⁴ Si fa riferimento, in particolare, ai progetti e alle sperimentazioni descritte *supra* § 1, a cui possono aggiungersi fra gli altri:

- la collaborazione istituita con la sigla di un protocollo d'intesa avvenuta nel novembre del 2008 tra l'Azienda Sanitaria di Firenze e la Camera di Commercio di Firenze per l'attivazione di un servizio di conciliazione gratuito dei reclami della struttura, inizialmente non interessanti la responsabilità medica ma con l'auspicio degli enti promotori di allargare l'accordo anche a tali fattispecie coinvolgendo l'Ordine dei medici; l'iniziativa non ebbe seguito con l'entrata in vigore della riforma della mediazione;
- il progetto per la realizzazione di una camera di conciliazione pilota presso l'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Cagliari, che a seguito della riforma non venne mai realizzata, ideato da un gruppo di studiosi dell'Università degli studi di Cagliari, già illustrato nelle pagine di questa rivista da E. D'ALOJA-C. PILIA, *Le tecniche di risoluzione alternativa della controversia (ADR) e la responsabilità professionale medica: per un progetto di fattibilità di una camera di conciliazione nelle aziende ospedaliere*, in «Quaderni di conciliazione», n. 1, 2010, pp. 63 ss.

non hanno incontrato il favore di larga parte del ceto forense. Il rimprovero che più spesso veniva mosso era quello dell'obbligatorietà della procedura in un ventaglio di materie tale da coprire ben oltre la metà di tutto il contenzioso civile²⁵. Altri punti che venivano stigmatizzati erano la scarsa qualificazione giuridica richiesta al mediatore, l'onerosità del procedimento, la previsione di un apparato sanzionatorio per chi rifiutasse la procedura o la proposta del mediatore²⁶. Veniva aspramente contestata la scelta politica, che emergeva dal complesso delle disposizioni criticate, di voler ridurre il contenzioso giudiziario addossando i costi dell'operazione interamente ai privati fruitori del servizio²⁷, senza dar prova di un complessivo beneficio finanziario del sistema. Da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico si lamentava l'incostituzionalità del d.lgs. n. 28/2010, in particolare della previsione istitutrice della "mediazione obbligatoria", per essere andato al di là dei principi e criteri direttivi prescritti dalla legge delega²⁸. La questione è stata portata al cospetto della Corte Costituzionale in seguito al giudizio incidentale promosso con ordinanza di rimessione del T.A.R. del Lazio del 12 aprile 2011 dinanzi al quale, con due distinti ricorsi proposti dall'O.U.A., da diversi ordini forensi territoriali e associazioni della categoria forense, era stato impugnato il decreto ministeriale n. 180/2010 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 legi-

²⁵ Il 70/80% delle controversie secondo le stime a cui attinge D. MONTERISI, *Mediaconciliazione: dopo la Corte ...che succede?*, in «La Previdenza forense», n. 3, 2012, pp. 236 ss.

²⁶ Per un "riassunto" delle critiche dell'avvocatura può consultarsi da ultimo D. MONTERISI, *Mediaconciliazione: dopo la Corte ...che succede?*, cit. ; per un esame complessivo delle critiche anche nell'ottica delle controversie medico sanitarie può vedersi M. BONA, *R.C. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 3, 2011, pp. 595 ss.

²⁷ M. BONA, *R.C. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, cit.

²⁸ Questione portata avanti fortemente dall'O.U.A., su cui anche M. BONA, *R.C. medica e "mediazione obbligatoria": critiche al modello governativo*, cit.

slativo n. 28 del 2010” e sollevata censura di legittimità costituzionale “degli articoli 5 e 16 del d.lgs. n. 28 del 2010, in riferimento agli art. 24, 76 e 77 Cost”²⁹. Il Giudice delle Leggi, anticipando la pubblicità del verdetto con un comunicato immediatamente successivo alla camera di consiglio³⁰, con la sentenza n. 212, depositata il 6 dicembre 2012³¹, ha accolto l’eccezione di illegittimità costituzionale dell’art. 5, co. 1 del d.lgs. n. 28/2010 per vizio di delega legislativa pronunciando, altresì, l’annullamento delle disposizioni consequenziali e dichiarando assorbito ogni altro motivo di gravame. La Consulta ha osservato, infatti, che “l’art. 60 della legge n. 69 del 2009 non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione”³² e 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”³³. La riforma della mediazione è uscita, dunque, dalle cesoie del giudizio di legittimità costituzionale privata del carattere dell’obbligatorietà e delle sanzioni connesse all’elusione o al rifiuto del procedimento³⁴, che aveva-

²⁹ Il virgolettato è tratto dal testo della sentenza consultabile sul sito istituzionale della Corte www.cortecostituzionale.it.

³⁰ Apparso nel sito istituzionale della Corte il 24 ottobre 2012 e sembrato a molti quantomeno “inconsueto” secondo la definizione di D. MONTERISI, *Mediaconciliazione: dopo la Corte ...che succede?*, cit., nell’articolo in cui commenta il dispositivo della sentenza della Suprema Consulta.

³¹ Fra i primi commenti “a caldo” della sentenza, dopo il deposito delle motivazioni, può vedersi F. VALERINI, *Ecco la sentenza sulla mediazione: la parola passa ora al Parlamento (se vorrà)*, in «www.dirittoegiustizia.it», quotidiano on line del 6 dicembre 2012.

³² Dalla massima n. 36774, relativa alla sentenza in esame, pubblicata sul sito www.cortecostituzionale.it.

³³ Dalla massima n. 36774, citata *supra* nt. 32, da cui si rileva, altresì, come la Corte ravvisi la finalità ispiratrice dell’istituto “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”.

³⁴ Si riporta il testo della massima n. 36775, pubblicata sul sito www.cortecostituzionale.it, da cui si evince il complessivo intervento della Corte sulle di-

no garantito nei primi quindici mesi del suo vigore l'iscrizione presso gli organismi accreditati di oltre 140.000 procedimenti³⁵. L'effetto immediato, prodotto dalla sentenza della Corte Costituzionale, è stato quello di un vistoso calo delle mediazioni in ingresso, come era prevedibile osservando la scarsa adesione al procedimento che le parti invitate avevano dimostrato nel corso della vigenza della obbligatorietà. Non v'è dubbio che l'aver stabilito il principio della volontarietà all'interno del sistema conciliativo che fuoriesce dal vigente d.lgs. n. 28/2010 riequilibra, sul terreno della concorrenza tra gli organismi, i rapporti di forza tra quelli accreditati dal Ministero della Giustizia e quelli che, essendo sprovvisti dell'accreditamento ministeriale, svolgono procedure differenti ma che si contendono la stessa "fetta

sposizioni interessate dalla pronuncia: "Ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e quindi in via consequenziale alla decisione adottata, deve essere 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; ogni altro profilo resta assorbito».

³⁵ Dato riferito al periodo marzo 2011-giugno 2012, presente a p. 2 di *Mediazione obbligatoria ex D.L. 28/2010: statistiche dal 21 marzo 2011 al 30 giugno 2012*, ultimo rapporto pubblicato dalla direzione generale di Statistica del Ministero della Giustizia sul sito www.giustizia.it.

di mercato". Lo sguardo si volge, dunque, proprio agli organismi studiati per lo specifico campo di cui si è trattato in queste pagine, a quelli che avevano coraggiosamente resistito all'impatto prodotto dall'introduzione del modello nazionale, che potranno ora trovare nuovo vigore, e a quelli che erano rimasti inoperanti o solo allo stadio progettuale, la cui posizione andrà riconsiderata.

Non solo, ma pare evidente che una camera plasmata sul modello delle commissioni conciliative altoatesina e veneta dovrebbe averla vinta facilmente nel confronto con un organismo, a competenza generale, che si limiti ad osservare esclusivamente le disposizioni previste dal d.lgs. n. 28/2010 e dai decreti ministeriali attuativi.

Il modello regionale può annoverare diversi punti di forza. In primo luogo ha il vantaggio, non trascurabile, della gratuità del procedimento che si estende sino all'acquisizione della perizia medico-legale, mentre il modello nazionale di mediazione a fronte dell'onerosità della procedura, in cui la consulenza esterna costituisce un costo aggiuntivo, contempla benefici fiscali certamente inidonei a compensare gli oneri. Inoltre, il modello veneto e altoatesino prevede una composizione ed una qualificazione dei membri della commissione decisamente superiore ai requisiti per svolgere l'attività di mediatore ex d.lgs. 28/2010, ragion per cui se l'organismo accreditato al sistema nazionale vorrà offrire un servizio comparabile con la camera regionale dovrà dotarsi di mediatori specializzati e altamente qualificati o far ricorso costantemente all'opera di un consulente esterno³⁶. Il profilo inerente alla valutazione medico-legale del caso nel campo di cui ci si occupa è di primaria importanza³⁷, sia per-

³⁶ Questa è una facoltà per l'organismo ai sensi dell'art. 8, co. 1 del d.lgs. n. 28/2010. Si badi che il mediatore ausiliario (o comediato) non comporta *ex lege* alcun costo in più per le parti del procedimento a differenza del consulente esterno la cui spesa grava in solido su entrambe.

³⁷ S. PEROTTI, M. AVANZA, M. VASSALINI, *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 «Rivista italiana di medicina legale», n. 3, 2011, pp. 655 ss., la ritengono indispensabile quando si tratti di valutare l'errore medico; M. DI ROCCO, *L'introduzione della mediazione nei settori assicurativo e della responsabilità medica*, in «Corriere Tributa-

ché imposto normalmente dalla natura delle controversie sia perché queste ultime lo esigono ai fini della buona riuscita del tentativo di conciliazione. Ma anche laddove la conciliazione non riesca, la normativa che presiede alle commissioni veneta e altoatesina non preclude (e non potrebbe d'altronde farlo) l'utilizzabilità del parere medico-legale nell'eventuale successivo corso giudiziario della controversia, mentre l'art. 10, co. 1 d.lgs. n. 28/2010 lo subordina, al pari delle informazioni e di ogni altro elemento di prova raccolto, al consenso di tutte le parti³⁸: il che rappresenta un ulteriore disincentivo a servirsi di quest'ultima procedura per la parte interessata a partecipare al tentativo di conciliazione con l'intento di ricavare, quantomeno, una valutazione tecnica. Questi punti di forza sono stati ampiamente testati dall'attività, oramai più che quinquennale, della Commissione della Provincia autonoma di Bolzano e basta esaminarne anche gli ultimi risultati disponibili, nonostante la scarsa consistenza dei valori assoluti non consenta di trarre deduzioni generalizzanti, per esprimere un giudizio sicuramente positivo in considerazione degli eventi non del tutto favorevoli che si sono succeduti dalla sua nascita ad oggi. I dati complessivi al 31 dicembre 2011³⁹ mostrano un sensibile miglioramento della percentuale delle liti conciliate senza che la commissione si pronunciasse (26,40%) rispetto all'anno precedente (21,90%): su 125 procedimenti definiti, 30 si sono chiusi con la conciliazione da-

rio», n. 10, 2011, pp. 812 ss., auspica la "partecipazione di «uno o più mediatori ausiliari» accanto al «mediatore principale»" o l'avvalersi "di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali"; F. MARTINI, *Danno alla salute: inopportuna la mediazione priva di raccordo con le singole normative*, in «Guida al Diritto», n. 11, 2011, pp. 31 ss., ritiene la presenza di una di queste due ultime figure pressoché indispensabile; M. MARINARO, *In materia di responsabilità medico-sanitaria serve la figura dell'intermediario*, in «Guida al Diritto», n. 2, 2012, pp. VII ss., sostiene che in questo tipo di liti è "nel corso dell'accertamento peritale" che "si apre il vero spazio della mediazione".

³⁸ Un tale risultato viene definito "un'assurdità del sistema" da S. PEROTTI, M. AVANZA, M. VASSALINI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della mediazione civile (d.lgs. n. 28, 4 marzo 2010) e sue possibilità applicative in tema di responsabilità professionale medica*, cit.

³⁹ COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2011*, cit.

vanti alla Commissione e in 3 casi si è raggiunto l'accordo al di fuori del procedimento. Il rapporto tra i casi decisi a favore del medico (23) e quelli a vantaggio del paziente (10) è rimasto sostanzialmente inalterato rispetto al risultato dell'anno precedente, determinando così l'aumento complessivo delle liti transatte bonariamente, atteso che le Assicurazioni hanno continuato a pagare senza eccezioni le somme liquidate dalla Commissione. Il buon operato della Commissione e la credibilità di cui è accreditata sono confermati dal fatto che la parte sanitaria non si è presentata in soli 15 procedimenti sui 125 definiti, che le strutture hanno sempre partecipato e che anche il *trend* di comparizione dei medici è andato costantemente in aumento sino a raggiungere il 100% per le 8 controversie iscritte e definite nel 2011⁴⁰. Il risultato acquista ancor maggior pregio se lo si confronta con il dato generale relativo alle mediazioni instaurate nel regime del d.lgs. n. 28/2010, anteriore alla declaratoria di parziale illegittimità costituzionale, ove la mancata partecipazione al procedimento della parte invitata aveva raggiunto il 65% dei casi⁴¹. Quest'ultimo dato, di converso, conclama l'insuccesso dell'apparato sanzionatorio che aveva predisposto il modello nazionale di mediazione obbligatoria per garantire la partecipazione del convenuto. Con ciò non si vuol negare che qualsiasi sistema di definizione alternativa delle controversie all'azione giudiziaria abbia bisogno di un terreno adatto per attecchire e di un tempo più o meno lungo per crescere con successo, ma la strada intrapresa con l'adozione del d.lgs. n. 28/2010 è stata quella più sbrigativa e frettolosa, né la migliore né la più efficace. Tanto più in un campo delicato come quello della conciliazione delle controversie sanitarie dove vi è da ricucire il rapporto fiduciario tra medico e paziente.

⁴⁰ La partecipazione delle assicurazioni, ugualmente importante per risolvere controversie di questo tipo, è stata ottenuta facendo apporre nei contratti specifica clausola, come ci informa COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2009*, cit., pp. 7 ss.

⁴¹ È quanto si desume dal citato rapporto dalla direzione generale di Statistica del Ministero della Giustizia, *Mediazione obbligatoria ex D.L. 28/2010: statistiche dal 21 marzo 2011 al 30 giugno 2012*, pubblicato sul sito www.giustizia.it.

Della centralità di questo tema all'interno del procedimento conciliativo dà fervida testimonianza proprio la Commissione altoatesina che, nel suo rapporto sull'attività per l'anno 2010, scrive di vivere "i momenti più proficui e più autentici nelle conciliazioni, quando il medico spiega al paziente in lingua allo stesso comprensibile quello che ha fatto, gli svela i dubbi che hanno dovuto accompagnare la sua attività e, forse, riesce anche ad esprimere quel che sente di fronte ad un risultato che, nonostante la massima cura, non è stato quello sperato. Agli occhi del paziente questo medico torna ad essere il compagno al quale affidare uno dei beni più preziosi, la salute"⁴². L'obiettivo del contenimento delle liti giudiziarie tra medici e pazienti non può non passare attraverso azioni miranti a preservare il rapporto fiduciario sin da quando questo è minacciato dall'insorgere del conflitto. È necessario che i primi avamposti siano collocati all'interno delle strutture sanitarie ove è auspicabile che venga formato personale interno specializzato nella mediazione dei conflitti⁴³, come hanno dimostrato le proficue esperienze maturate in Emilia Romagna⁴⁴ e Piemonte⁴⁵. Principale compito di

⁴² COMMISSIONE CONCILIATIVA PER QUESTIONI DI RESPONSABILITÀ MEDICA, *Rapporto sull'attività 2010*, cit., p. 14.

⁴³ Quella a cui si fa riferimento nel testo è la c.d. mediazione trasformativa, sulla quale può vedersi M.R. FASCIA, *La mediazione e la responsabilità medica*, in «I contratti», n. 4, 2011, pp. 425 ss.

⁴⁴ Si tratta del percorso formativo per "Mediatori del conflitto in strutture sanitarie" a cui hanno aderito anche le Aziende sanitarie di Lecco e Rovigo, che ha consentito lo svolgimento di attività per l'ascolto e la mediazione tra cittadini e professionisti coinvolti in controversie e contenziosi afferenti a servizi sanitari e a cui hanno fatto seguito talune sperimentazioni come quelle compiute nelle Aziende USL di Modena e Piacenza e nell'Azienda ospedaliera di Lecco, compiutamente descritto in AA.VV., *Dossier 158/2007 "Mediare i conflitti in ambito sanitario. L'approccio dell'Emilia-Romagna"*, Bologna, 2007, scaricabile dal sito http://asr.regione.emilia-romagna.it/wcm/asr/collana_dossier/doss158.htm.

⁴⁵ Un percorso formativo analogo a quello dell'Emilia Romagna era stato avviato nel 2009 dall'A.re.S.S. Piemonte, dopo un'indagine conoscitiva sul sistema di gestione dei conflitti nelle singole aziende sanitarie, con l'obiettivo di approfondire le tecniche di ascolto e di gestione delle controversie e di costituire, all'interno delle ASR coinvolte nel progetto, micro-equipe di professionisti impegnati in questo ambito, come illustrano A. D'ALFONSO, S. GIORDANO,

costoro sarà quello di mantenere attivi i canali comunicativi e relazionali tra le parti in conflitto, piuttosto che proporre la soluzione tecnica della controversia. Potranno invece indirizzare il paziente alla successiva ed eventuale fase di negoziazione con l'azienda sanitaria, aiutandolo nella predisposizione del reclamo⁴⁶.

A questo punto è opportuno che le strutture, tramite i propri Uffici legali, prendano in mano direttamente la vertenza anziché limitarsi, come spesso accade, a "passare le carte" all'assicuratore. Infatti, da un lato il rapporto col paziente va continuamente coltivato e non interrotto, dall'altro i presidi sanitari dispongono della competenza necessaria per valutare se vi è stato errore nell'erogazione della prestazione, ed in tal caso non devono esimersi dall'avanzare una proposta risarcitoria al paziente⁴⁷, mentre le assicurazioni sono mosse da logiche non sempre convergenti⁴⁸. Qualora la proposta transattiva venga rifiutata o la struttura ritenga di non farla, deve essere prospettata al paziente, nell'ottica della continuità del rapporto, l'opportunità di risolvere la controversia con l'aiuto di una camera di conciliazione, terza e indipendente. Dovrebbe trattarsi di un organismo che si avvicini al modello veneto e altoatesino, piuttosto che

A. QUATTROCOLO, *Ascolto e mediazione dei conflitti per la prevenzione e la riduzione del contenzioso nelle Aziende Sanitarie della Regione Piemonte*, in «Quaderni Scientifici Aress», n. 4, 2009, pp. 87 ss.

⁴⁶ Si tratterebbe di inaugurare una prassi virtuosa che in altri Paesi europei, come la Svezia, risulta persino doverosa in capo alle strutture e ai medici stessi, come riferisce F. INTRONA, *Responsabilità medica e gestione del rischio*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 3, 2007, pp. 641 ss.; P. ALTILI, *Progetto Accordia: dal conflitto alla conciliazione, rapporto marzo 2006*, cit.

⁴⁷ Esattamente in questo senso indicano le Linee guida approvate con la delibera della giunta regionale del Veneto n. 573/2011, citate *supra* § 4, nt. 19.

⁴⁸ Gli interessi degli assicurati (medici, strutture) e degli assicuratori sono di natura diversa e potrebbero anche confliggere. Mentre l'assicurazione ha un interesse eminentemente economico a risolvere il sinistro col minor esborso finanziario, il medico (e anche la struttura) potrebbe essere spinto dall'interesse (non squisitamente economico) alla tutela della propria reputazione o viceversa, a chiudere rapidamente la vertenza, per evitare lo *strepitus fori* e gli strascichi emotivi. Sul punto si veda l'analisi di G. COMANDÉ, *La mediazione in responsabilità sanitaria: dal "pacco avvelenato" alla "giustizia alta"*, in «Rivista italiana di Medicina legale», n. 2, 2011, pp. 309 ss.

allo schema previsto dal d.lgs. n. 28/2010, per le ragioni sopra diffusamente enunziate. In ogni caso dovrà essere garantita la presenza dell'assicuratore dell'azienda, qualora il sinistro rientri nella eventuale copertura assicurativa, giacché altrimenti nessun assicurato si sentirà tranquillo di transigere la lite⁴⁹. Si tratta di vedere, poi, se e dove nel resto d'Italia il modello che viene proposto sia esportabile e, soprattutto, sostenibile in tempi di crisi per la finanza pubblica. È chiaro che per l'ente erogatore del servizio di conciliazione, in tal caso la Regione, converrà costruirlo e mantenerlo fintantoché riuscirà a trattenere e conciliare un numero di controversie tale da ricavarne un corrispondente beneficio finanziario. Per garantire la sostenibilità del sistema potrebbero, peraltro, studiarsi taluni accorgimenti e incentivi: da un lato, l'attenuazione del principio della gratuità prevedendo un *ticket*, proporzionato al reddito per le parti persone fisiche e fisso per le parti persone giuridiche, per contribuire al costo del servizio; dall'altro, l'inserimento della procedura di conciliazione all'interno di un sistema regionale di risarcimento diretto, che potrebbe essere finanziato da un fondo gestito con la compartecipazione delle compagnie assicuratrici, come proposto da attenta dottrina⁵⁰. L'accesso al sistema verrebbe subordinato alla mancata proposizione di azione giudiziaria e di querela o all'abbandono dei relativi giudizi da parte del danneggiato e alla sottoposizione del caso alla procedura di conciliazione dinanzi all'apposita commissione regionale. Compito di quest'ultima sarebbe, oltre che di facilitare un accordo negoziato tra le parti, quello di fornire un parere sulla sussistenza

⁴⁹ Soprattutto se funzionario di una struttura pubblica risultando in tal caso soggetto alla responsabilità erariale, profilo esaminato *ex pluris* da G. COMANDÉ, *Mediazione civile: regole più dettagliate per le specificità del danno alla persona*, in «Guida al Diritto», n. 4, 2011, pp. 9 ss.

⁵⁰ G. COMANDÉ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in «Danno e responsabilità», n. 11, 2010, pp. 977 ss., che elabora un'ampia e articolata proposta prospettando che la partecipazione delle assicurazioni al fondo finanziario avvenga mediante "meccanismi di co-assicurazione o ri-assicurazione". In alternativa alla costituzione di un fondo compartecipato si potrebbe prevedere, mediante apposita clausola contrattuale, di vincolare le assicurazioni a partecipare alla procedura di conciliazione e ad osservare il responso della commissione.

della responsabilità sanitaria e sulla quantificazione del danno che, se positivo, avvierebbe, in caso di adesione del danneggiato, il risarcimento a carico del fondo⁵¹. In tal modo il responso della Commissione vincolerebbe l'amministrazione sanitaria nello *screening* dei casi meritevoli o meno di risarcimento ma le consentirebbe, qualora venisse evocata in giudizio, di assumere una posizione in grado di limitare gli effetti sfavorevoli della lite mentre il danneggiato sarebbe incentivato a servirsi di uno strumento, a costo zero o molto contenuto, idoneo a garantirgli un rapido ristoro delle sue pretese e nel contempo il suo diritto a far valere le proprie ragioni in sede giurisdizionale.

⁵¹ Verrebbero così mutuati taluni aspetti dall'esperienza francese delle commissioni regionali di conciliazione e indennizzo, istituite con legge nel 2002, anche se in un'ottica (parzialmente) diversa. In Francia, è bene precisare, il parere delle Commissioni vincola l'intervento del fondo finanziario gestito dall'O.N.I.A.M. quando il sinistro, non essendo addebitabile a titolo di colpa, rimane a carico della solidarietà nazionale, e quando, pur ritenuta sussistente la colpa, le assicurazioni non adempiono all'obbligo di formulare offerta al danneggiato. Per un esame della legislazione francese in materia si rimanda a S. CACACE, *Loi Kouchner: problemi di underdeterrence e undercompensation*, in «Danno e responsabilità», n. 4, 2003, pp. 435 ss.; P. GIROLAMI, *Breve ricognizione dei principali contenuti della legge francese del 4 marzo 2002 relativa ai diritti dei malati e alla qualità del sistema sanitario*, in «Rivista italiana di medicina legale», n. 6, 2002, pp. 1397 ss.

KHALID BOUKAICH*

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO LABORAL MARROQUÍ¹

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. - II. EL ROL DE NORMAS INTERNACIONALES EN LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO LABORAL. - III. INSTRUMENTOS TENDENTES AL FOMENTO DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS EN EL ORDENAMIENTO LABORAL MARROQUÍ. - 1. Los conflictos del trabajo: noción y caracteres diferenciales. - 1.1. Conflictos colectivos. - 1.2. Conflictos individuales. - 2. El conflicto individual y procedimiento de solución ante la inspección de Trabajo. - 3. Los procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo: el espacio de la Conciliación administrativa. - 3.1. Órganos intervinientes. - 3.1.1. Las funciones de Conciliación de la Inspección de Trabajo. - 3.1.2. Conciliación de las Comisiones provincial y nacional. - 3.1.3. Funcionamiento de las Comisiones de Conciliación. - 4. El rol del arbitraje. - 4.1. Iniciación y Desarrollo del arbitraje. - 4.2. Recursos contra las decisiones arbitrales. - IV. CONCLUSIONES

Resumen:

El presente ensayo analiza los numerosos instrumentos internacionales que han enfatizado la necesidad de que los órganos y procedimientos judiciales, especialmente laborales, otorguen una efectiva protección para los derechos laborales conculcados, en tiempos razonables, con garantías de acceso y respeto de principios procesales fundamentales.

Tales principios pueden verse satisfechos con una modernización de la Judicatura Laboral pero además con el desarrollo de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

* Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad Abdelmalek Essaadi-Tánger - Ex-Jefe Inspector Provincial del Trabajo.

¹ Este trabajo forma parte de mi participación en el VIII Congreso Internacional Hispano-francófono de Medicina Marítima, en Barcelona 17-18 de octubre de 2014, organizado por la asociación española de medicina marítima. disponible en: http://www.semm.org/cihf/CVPONENTES_MESA8CIHFMM2014.pdf.

En este artículo se precisa los diferentes aspectos del conflicto y las alternativas que para cada uno se presentan recogiendo las experiencias particularmente relevantes de Marruecos, con un análisis particular de las instituciones de conciliación y arbitraje.

El propósito es de ofrecer una visión de conjunto del papel que compete a la conciliación y arbitraje en la solución de los conflictos de trabajo en la legislación laboral marroquí, con especial atención a los de carácter colectivo, y presentar la problemática que acompaña la aplicación de esta técnica a un espacio tan singular como es el de las relaciones entre trabajadores y empresarios.

Palabras claves:

conflictos laborales, conciliación, arbitraje, inspección del trabajo, OIT, Marruecos.

Abstract:

This essay analyzes the numerous international instruments that have emphasized the need for judicial bodies and procedures, especially labor courts, to provide effective protection for violated labor rights, in reasonable times, with guarantees of access and respect for fundamental procedural principles.

Such principles can be satisfied with a modernization of the Labor Judiciary but also with the development of alternative dispute resolution mechanisms.

This article sets out the different aspects of the conflict and the alternatives presented for each of them by collecting the particularly relevant experiences of Morocco, with a particular analysis of the conciliation and arbitration institutions.

The purpose is to provide an overview of the role of conciliation and arbitration in the resolution of labor disputes in Moroccan labor law, with special attention to collective ones, and to present the problems that accompany the application of this technique to a space as unique as that of the relations between workers and businessmen.

Key words:

labor disputes, conciliation, arbitration, labor inspection, ILO, Morocco.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Las políticas laborales buscan, como fin, “reglar” y reordenar situaciones de conflicto que están en su base, estableciendo pautas de referencia que determinen soluciones, más o menos consensuadas, en base a unas reglas de convivencia.

Por conflicto de trabajo se entiende toda discusión o controversia manifestada externamente entre empresarios y trabajadores en cuanto a las condiciones de trabajo en su más amplio sentido, lo que teniendo en cuenta la “dificultad intrínseca de las relaciones obrero-patronales” (conflictivas por naturaleza) convierte su estudio en fundamental en el ámbito del mundo del trabajo.

En materia de relaciones laborales, el conflicto se integra como pieza clave en la consecución de la paz social, en particular, cuando ésta se entiende como la continuación de la negociación por otros medios. Aún mas, el conflicto está en el propio origen del derecho laboral y de todo el sistema de relaciones de trabajo, pues antecedió en muchos sistemas a la negociación colectiva (en numerosos países los sistema de relaciones de trabajo nacen después de huelgas sangrientas, habiéndose reglamentado la huelga antes que el contrato de trabajo) y, en numerosas ocasiones, a la propia organización de los trabajadores.

La importancia del tema es por tanto central para la OIT, en cuanto parece imposible concebir un marco laboral estable, una Administración de Trabajo eficaz y unas relaciones de trabajo “sanas”, sin especificar y plantear un sistema adecuado de solución de conflictos laborales.

En Marruecos, los procedimientos de solución de conflictos laborales, que son una vía distinta a la judicial, se presentan en todo el País como un modelo a utilizar y constituyen una realidad en constante evolución desde hace algunos años. Con todo, en la actualidad los procedimientos propuestos por el legislador y que se aplican en la práctica antes de la adopción por la ley 65/99².

Los procedimientos de solución de conflictos laborales en Derecho del Trabajo marroquí son una muestra de la estructura global del sistema jurídico laboral, así como del estado de relación de las fuerzas sindicales y de las opciones políticas de los distintos gobiernos de turno. Se trata de solucionar por medio de la conciliación y arbitraje un desacuerdo, esto es, buscar un

² Dahir n° 1-03-194 du 14 rejeb 1424 (11 septiembre 2003) que establece la promulgación de la Ley n° 65-99 relativa al Código de Trabajo. Boletín Oficial n° 5210 de 6 de Mayo 2004.

fin satisfactorio para las partes, por ejemplo con el cese de una huelga que paraliza a una empresa satisfaciendo algunas pretensiones sindicales. También puede tratarse de resolver un conflicto individual por otro medio distinto del recurso a la justicia ordinaria. El conflicto puede versar sobre un desacuerdo relativo a la aplicación del Derecho o al hilo de las negociaciones.

El recurso al juez social no es la vía más utilizada por las partes, en la resolución de los conflictos del trabajo.

En este artículo, se estudian críticamente las distintas posibilidades de resolución de desacuerdos laborales. Desde este punto de vista se valoran las distintas «salidas negociadas» de los conflictos de trabajo en sus distintas formas: la solución directa entre las partes con carácter previo al proceso laboral, tanto en los conflictos individuales como colectivos, y la resolución negociada con asistencia de un tercero, ya sea en su modalidad de conciliación administrativa o no judicial. De igual modo, se valora la virtualidad práctica de las soluciones negociadas de forma voluntaria, así como aquellas experiencias donde interviene la inspección del trabajo. Y en función de lo anterior, se realizará primero una aproximación general de una distinción clave: el binomio conflicto individual-conflicto colectivo, para pasar a continuación a examinar a la manera como el Derecho del Trabajo terrestre se aproxima a dichos conflictos y al espacio que dentro de ella ocupa la conciliación y arbitraje.

II. EL ROL DE NORMAS INTERNACIONALES EN LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS EN EL ÁMBITO LABORAL

Diversos instrumentos de la OIT relativos a la promoción y la protección del derecho de negociación colectiva contienen disposiciones relativas a los mecanismos de resolución de conflictos. Los principios esenciales que establecen son los siguientes:

- los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales deben ser concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva³.

³ Convenio núm. 154, artículo 5, párrafo 2 (e).

- Los procedimientos de resolución de conflictos deben ayudar a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga⁴.
- Los conflictos que se planteen en el sector público deben resolverse por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje⁵.
- Los Convenios y Recomendaciones de la OIT otorgan a los Estados Miembros un amplio margen para el diseño de sus propios sistemas de resolución de conflictos, de conformidad con los siguientes principios generales:
- la Recomendación de la OIT sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios⁶, 1951 (núm. 92), aconseja establecer organismos de conciliación voluntaria con el objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo. En realidad, aunque se aluda solamente a procedimientos de conciliación, la recomendación debe entenderse efectuada en sentido extensivo a la mediación;
- se debe estimular a las partes contendientes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a cierres patronales mientras dure el procedimiento de conciliación⁷;
- los acuerdos alcanzados durante el procedimiento de conciliación o a la terminación del mismo deberían redactarse por escrito y considerarse equivalentes a contratos celebrados normalmente⁸.

En la práctica, los principales métodos de resolución de controversias utilizados por muchos países y sugeridos por los instrumentos correspondientes de la OIT son los siguientes:

- conciliación/mediación (los cuales pueden o no diferenciarse);

⁴ Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm.163), párrafo 8.

⁵ Convenio núm. 151, artículo 8.

⁶ Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951 (núm. 92), párrafos 1 y 3).

⁷ Recomendación núm. 92, párrafos 4 y 6.

⁸ Recomendación núm. 92, párrafo 5.

- arbitraje; y
- pronunciamiento de sentencia (fallo judicial).

La propia OIT cuenta con un manual de Mediación Laboral, elaborado en 1998⁹, en el que se señala que en la práctica conciliación y mediación se confunden muchas veces.

Todos estos métodos se encuentran comúnmente establecidos por ley, y requieren de la participación de terceros independientes y neutrales para asistir en la resolución de las controversias. A veces los procedimientos de conciliación/mediación y arbitraje también se establecen mediante acuerdo o convenio colectivo.

III. INSTRUMENTOS TENDENTES AL FOMENTO DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONTROVERSIAS EN EL ORDENAMIENTO LABORAL MARROQUÍ

1. *Los conflictos del trabajo: noción y caracteres diferenciales.* – En principio, la noción de conflicto de trabajo es capaz de abarcar toda situación de contienda, contraposición o enfrentamiento entre la gente de mar o marinos y armadores, derivada de la existencia de puntos de vista o posturas distintas sobre una cuestión que les atañe, frente a la cual es preciso arbitrar algún tipo de mecanismo o medida dirigidos a favorecer su solución, con el fin de restablecer la normalidad en el seno de las relaciones laborales.

En función de los sujetos en ellos involucrados, estos conflictos pueden ser, tanto individuales, cuando contraponen a un concreto trabajador con su empleador, como colectivos, si enfrentan a un grupo o colectividad de trabajadores con un empresario o grupo de empresarios. Pese a su similitud esencial, entre ambas clases de conflictos existen diferencias notables, que impiden asignarles un tratamiento jurídico unitario.

Por lo pronto, se trata de situaciones de una trascendencia muy distinta para las relaciones laborales. Mientras el conflicto individual es causa de malestar esencialmente para el trabaja-

⁹ SERVICIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES OIT *Manual de Mediación*, Ginebra: OIT, 1998, edición en castellano.

dor afectado, los conflictos colectivos producen una situación de tensión generalizada, que es capaz de alterar globalmente la marcha de la empresa o el sector productivo al que afectan. Por ello, aunque no deba descuidarse el tratamiento de los conflictos individuales, es en el ámbito de la regulación de los procedimientos de solución de los conflictos colectivos donde se juega el buen funcionamiento (o no) de cualquier sistema de relaciones laborales.

1.1. *Conflictos colectivos.* – El concepto de conflicto colectivo debe precisarse, máxime cuando en nuestro Derecho se recoge una definición.

En la legislación laboral marroquí la ley 65/99 el conflicto colectivo se define *como todo desacuerdo que se produzca como consecuencia del trabajo y que implique la defensa de los intereses colectivos y profesionales de las partes, teniendo en cuenta que al menos una de esas partes afectadas sea una organización sindical o un grupo de asalariados, o bien varios empresarios o una organización profesional de empresarios.* Situaciones cuya solución se regula mediante procedimientos de conciliación y arbitraje previstos al efecto, como procedimientos obligatorios y previos a cualquier intervención judicial¹⁰.

Según el Derecho comunitario, los trabajadores y sus organizaciones tienen derecho a recurrir en caso de conflictos de intereses, a acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga¹¹.

En marruecos, la huelga – que se consagra como un derecho en el artículo 29 de la Constitución de 2011¹² – no está regulada de forma general. La jurisprudencia francesa define la huelga como el cese colectivo y concertado del trabajo que tiene por objeto satisfacer pretensiones profesionales.

Podemos, pues, considerar que la huelga es una forma posible de conflicto colectivo, pero pueden existir otras. Por ejem-

¹⁰ Artículo 549 de la ley 65/99.

¹¹ Art. 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, Capítulo IV, *DOCE*, núm. C 364, p. 0001-0022.

¹² ... El derecho a la huelga queda garantizado. Una ley orgánica regulará las condiciones y formas en las que se ejercerá este derecho.

plo, es posible admitir, como formas de conflictos colectivo, por un lado, los desacuerdos laborales que se manifiestan por medio de reivindicaciones, sin que los asalariados cesen el trabajo, y, por otro lado, las acciones colectivas (ocupación de locales, piquetes) que no tienen la calificación de huelga¹³.

El criterio de reconocimiento del conflicto colectivo es el interés común que quieren defender los trabajadores que participan en una misma acción. De este modo, el conflicto colectivo se distingue de la huelga. El conflicto colectivo es un hecho social, que puede dar lugar, o no, al ejercicio del derecho de huelga, aunque el derecho de huelga se considera como un derecho del individuo¹⁴. Los conflictos colectivos pueden desembocar en litigios tramitados judicialmente, generalmente derivados de un acto ilícito cometido por el empresario o por los trabajadores huelguistas. No obstante, conviene indicar que el juez carecerá de competencia para enjuiciar aquellas pretensiones que no supongan la violación de alguna norma por parte del empresario.

Recordemos también que, durante el período de tiempo que dure la huelga, no se remunera al trabajador huelguista y ninguna disposición legal o reglamentaria impone al empresario lo contrario¹⁵.

1.2. *Conflictos individuales.* – El concepto de litigio individual es más fácil de delimitar, puesto que se refiere generalmente a una contradicción de intereses que se manifiesta por la imposibilidad de obtener de mutuo acuerdo el reconocimiento de un derecho o de una prerrogativa que una persona cree tener y que pretende, eventualmente, que sea reconocida judicialmente.

De este modo, se entienden por conflictos individuales los desacuerdos que se derivan del contrato de trabajo. Ello comprende tanto la validez del contrato (o de alguna de sus cláusulas), como su ejecución (remuneración, sanciones) y su extinción (despido y otros métodos de resolución). Los conflictos in-

¹³ Y que son considerados por la jurisprudencia como acciones ilícitas.

¹⁴ Un derecho individual que se ejerce de manera colectiva.

¹⁵ Aunque algunos acuerdos de final de huelga prevén a veces el pago de la totalidad o parte de los días de huelga, lo que por otra parte incluso puede plantearse en el seno de los servicios públicos.

individuales que se refieren a la aplicación de la Ley, del reglamento interior o, incluso, de un convenio colectivo, son también competencia de la inspección del trabajo, en cuanto que el objeto de la solicitud es un derecho individual y el conflicto «nació» de un contrato de trabajo.

2. *El conflicto individual y procedimiento de solución ante la inspección de Trabajo.* – Para evitar el recurso ante los tribunales, las partes de un conflicto individual de trabajo pueden solucionar sus diferencias por medio de una conciliación preliminar ante la inspección del trabajo. Esta acta de conciliación está regulada por los arts. 41 y 532 del código del trabajo marroquí, que le confieren la misma eficacia que la solución dictada por la autoridad judicial¹⁶. Eso implica la inadmisibilidad de cualquier demanda que haya sido objeto de conciliación. La homologación judicial de la conciliación por parte de un juez no es necesaria.

En la práctica, dichos acuerdos son frecuentes, generalmente para regular las consecuencias de la extinción del contrato de trabajo. Los asesores de las partes¹⁷ desempeñan un papel importante en la negociación de los términos del acuerdo, pero no se puede hablar aquí de conciliación asistida por un tercero, puesto que cada uno reserva sus intereses al profesional que le asiste. El conflicto puede dar lugar a una acción judicial, si el interesado utiliza su derecho a actuar en juicio y no desea vincularse por un acuerdo.

En concreto el procedimiento es el siguiente: si el trabajador es despedido por un motivo que considera abusivo puede recurrir al procedimiento de conciliación regulado en el artículo 41 del código del trabajo al objeto de solicitar su reintegración al puesto de trabajo o la correspondiente indemnización por daños. El acuerdo en conciliación no es susceptible de recurso ante los tribunales. A falta de acuerdo, el trabajador puede acudir a los

¹⁶ Art. 41 del código del trabajo marroquí.

¹⁷ Abogados, defensores sindicales y dentro de la empresa podemos encontrar representante sindical, delegados de los trabajadores y sección o despacho sindical.

tribunales que, en caso de despido abusivo, pueden dictaminar, bien la reintegración del trabajador a su puesto, bien una indemnización por daños equivalente al salario de un mes y medio por año de servicio o fracción con un máximo de 36 meses.

En caso de ruptura abusiva del contrato por el trabajador, si éste contrata nuevamente sus servicios, el artículo 42 del código del trabajo establece la responsabilidad solidaria del nuevo empresario por los daños causados al precedente en ciertos supuestos – cuando ha participado en la extinción, cuando ha contratado al trabajador sabiendo que estaba ligado por un contrato de trabajo, cuando ha continuado dando ocupación al trabajador una vez advertido de que estaba aún vinculado a otro empresario –.

3. Los procedimientos de solución de los conflictos colectivos de trabajo: el espacio de la Conciliación administrativa

3.1. Órganos intervinientes

3.1.1. Las funciones de Conciliación de la Inspección de Trabajo.

– Los inspectores de trabajo son, ante todo, agentes públicos que controlan la actividad de las empresas en lo relativo al cumplimiento de la legislación laboral. No obstante, pueden ejercer el papel de conciliación a solicitud de una de las partes, lo cual se produce muy a menudo en la práctica, en particular en los supuestos de conflictos colectivos. Y ello a pesar de la recomendación anexa al convenio de la OIT núm. 81¹⁸, que viene a prohibirles actuar como árbitros o conciliadores en los conflictos de trabajo. Sin embargo, el código del trabajo marroquí¹⁹ les confiere claramente un papel de asesoramiento y conciliación en la prevención y en la solución de los conflictos. Es difícil, pues, negar que la Inspección de Trabajo pueda ejercer dicha función²⁰.

¹⁸ Recomendación de la Conferencia Internacional del Trabajo núm. 81 de 1947, anexa al convenio núm. 81: “las funciones de los inspectores de trabajo no deberían incluir la función de actuar en calidad de conciliadores o árbitros”.

¹⁹ Artículo 552 de la ley de 65/99.

²⁰ Actualmente, en la práctica algunas empresas intentan evitar la actuación del inspector en beneficio de otro tipo de mediador.

Así pues, la conciliación previa se celebrará en los locales de la Inspección, ante el delegado de trabajo de la prefectura o la provincia o el agente encargado de la inspección del trabajo, según que el conflicto afecte a varias o a una empresa²¹.

El procedimiento puede iniciarse a instancia de parte, a través de la correspondiente petición, que recogerá los puntos de desacuerdo. O de oficio, desarrollándose el procedimiento por el delegado encargado del trabajo, o por el agente encargado de la inspección del trabajo en la empresa.

En su caso el delegado, o el agente de la inspección, tras las sesiones necesarias para conseguir la conciliación, emitirán un acta con indicación de si hay o no acuerdo, y si éste es total o parcial, con remisión de copia a las partes interesadas en el proceso.

En caso de que no proceda acuerdo, tantos los instructores, como las partes, pueden presentar, en el plazo de tres días, nueva conciliación, ante la correspondiente Comisión de Investigación y Conciliación. Esta Comisión tiene un doble ámbito de actuación, provincial, a desarrollar en cada provincia o prefectura, y otra nacional.

3.1.2. Conciliación de las Comisiones provincial y nacional. – Las Comisiones Provinciales serán presididas por el gobernador²² de la prefectura o provincia, con presencia de igual número de representantes de la administración, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. El Secretariado de la comisión será el delegado provincial de trabajo²³.

Por su parte, la Comisión Nacional, dependiente del Ministerio de Trabajo, será presidida por el Ministro, presentando una estructura también representativa de funcionarios, sindicatos y empleadores, con el añadido de que el Ministro podrá invitar a participar en dicha comisión a quienes considere competentes en la materia objeto de la Comisión, siendo el encargado de las funciones de secretario, el jefe de la Inspección de Trabajo²⁴.

²¹ Artículo 551 y 552 del código del trabajo marroquí.

²² En la práctica nunca un Gobernador ha presidido esta comisión.

²³ Artículo 557 del código del trabajo marroquí.

²⁴ Artículo 564 del código del trabajo marroquí.

3.1.3. *Funcionamiento de las Comisiones de Conciliación.* – Una vez recibida la documentación por escrito de las observaciones que consideren pertinentes las partes, con envío de una copia a la contraparte, el Presidente de la comisión provincial convocará a los sujetos del conflicto mediante telegrama, en un plazo que no supere las cuarenta y ocho horas siguientes a la solicitud de consulta. Las partes deben comparecer ante la Comisión, bien ellos mismos o mediante representante (si hay causa de fuerza mayor, debidamente habilitado para celebrar la Consulta), independientemente del asesor legal que haya de estar presente, Las partes también pueden ser asistidas en su solicitud por un miembro del sindicato o asociación empresarial, o por un delegado de los trabajadores.

La Comisión realizará las reuniones necesarias para obtener acuerdo por conciliación en un plazo no superior a los seis días, a contar desde que recibió la documentación en la que se solicita la conciliación. Para obtener el acuerdo de conciliación, se atribuyen amplias facultades de acción al presidente de ésta, pues no sólo puede recabar información de todo tipo, sino que incluso cabe que cuente con colaboración externa, amén de la obligación general de colaborar que se impone a las partes.

Con el resultado de las consultas y actuaciones realizadas, se emitirá un acta firmada por el presidente, con indicación de si hay o no acuerdo, y el alcance de éste, así como si hubo algún tipo de incomparecencia. De esa acta se dará traslado a las partes, que, en caso de falta de acuerdo podrán volver a formular solicitud de conciliación ante la Comisión Nacional, en plazos y términos similares a cómo se planteó en la instancia previa, dejando a salvo los supuestos en los que directamente cabe acudir a dicha Comisión por afectar el conflicto a varias prefecturas o provincias o al conjunto del territorio nacional.

4. *El rol del arbitraje*

4.1. *Iniciación y Desarrollo del arbitraje.* – Cuando, pese a todos los esfuerzos anteriores en materia de conciliación no se alcanza acuerdo, cabe que las partes, previa aceptación de dicho sistema, resuelvan sus controversias colectivas con la intervención

de un árbitro, a quién se remitirá un acta con la información del caso, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su redacción²⁵.

El árbitro será elegida de común acuerdo de la lista²⁶ que al respecto ha elaborado el Ministerio, revisable cada tres años, manejando las propuestas patronales y sindicales, quienes designan en atención a su "autoridad moral de estos últimos, su competencia y su especialización en los ámbitos económicos y sociales". A falta de acuerdo, la decisión sobre el árbitro la toma el Ministerio.

El árbitro convocará a las partes por telegrama en plazo máximo de 4 días desde la recepción de los documentos, con similares potestades y obligaciones para las partes que en materia de conciliación. En este caso, no obstante, el árbitro resolverá el procedimiento por aplicación de las correspondientes normas legales y atendiendo al principio de equidad. Su decisión se limita a las cuestiones y propuestas descritas en el acta que constata la no conciliación y los hechos acaecidos posteriormente y que él pueda constatar, pues su decisión ha de emitirse en un plazo máximo de cuatro días a partir de la comparecencia de las partes ante él, mediante resolución motivada y notificada por carta certificada con acuse de recibo a las partes dentro de las veinticuatro horas que siguen la fecha a la cual se pronunció.

Como puede observarse, la Conciliación y el arbitraje parecen centrarse en la resolución de situaciones relacionadas con el conflicto colectivo, por más que los artículos 582 y siguientes de la legislación laboral marroquí la ley 65/99 reconozcan la posibilidad de extender estos medios de solución de conflictos a otros aspectos laborales, dentro de las facultades reconocidas en la negociación colectiva.

Es más, en el caso de la Conciliación, se trata de un procedimiento de carácter obligatorio, que articulado sobre una sucesión de verdaderas actuaciones conciliadoras, pretenden evitar

²⁵ Artículo 567 del código del trabajo marroquí.

²⁶ Decisión del ministerio del trabajo n° 3450-10 que determine la lista de los árbitros designados, publicado en el Boletín Oficial n° 5924 de 10 de Marzo 2010.

la intervención judicial. Con un protagonismo importante de la Administración, por lo que, quizás, y en aras a mejorar la resolución de estas cuestiones, sería interesante plantear específica formación de los profesionales en la materia, muy vinculados a las áreas jurídicas.

Términos que son perfectamente predicables respecto a la actuación arbitral, de carácter opcional y subsidiario a la falta de acuerdo por Conciliación, y donde, de nuevo, se aprecia la necesidad de profesionales específicamente formados en materia jurídico laboral, con un alto grado de especialización.

4.2. *Recursos contra las decisiones arbitrales.* – Excepcionalmente, se reconoce la posibilidad recurrir las decisiones arbitrales, eso sí, conforme a un procedimiento especial, de contenido social, con competencias del Tribunal Supremo²⁷, y siempre y cuando el recurso se fundamente en abuso de poder o violación de la ley por parte del árbitro.

El recurso se formalizará en el plazo de los quince días siguientes a la notificación del acta de arbitraje, mediante carta certificada donde deben indicarse los motivos del recurso y acompañarse de una copia de la decisión contra la cual se formula el recurso dirigida al órgano correspondiente del Ministerio, que ha de pronunciarse sobre el tema en un plazo máximo de treinta días desde la recepción, y cuya decisión debe notificarse a las partes dentro de las veinticuatro horas siguientes a su resolución.

Si procede la casación total o parcial del arbitraje impugnado, procederá el examen del asunto ante un nuevo árbitro, amén de nombrar a quién corresponde investigar la actuación del árbitro.

Como puede observarse, pese a cómo se prevén las elecciones de los árbitros, se desconfía de posibles adulteraciones del procedimiento, por lo que se fija, excepcionalmente la posible casación y hasta actuación judicial por el resultado de dicho arbitraje, dado el carácter ejecutivo que se reconoce tanto a la

²⁷ Actualmente corte de casación después de la reforma constitucional de 2011, Dahir de 25 de octubre de 2011 que establece la promulgación de la Ley n° 58-11 relativa a la corte de casación. Boletín Oficial n° 5989 du 26 de octubre de 2011, p. 5228.

Conciliación como al arbitraje, como establece el art. 581, en términos de legislación civil y con obligación de conservar el documento correspondiente, sin otra indicación sobre plazos y posibles negativas de las partes.

Por último indicar, que sí se establece un régimen sancionador detallado para las incomparecencias injustificadas de las partes, con posibles acciones del Ministerio Fiscal, amén de sanciones administrativas de tipo económico, centradas, sobre todo, en aquellos aspectos relacionados con la no aportación de documentos requeridos por la Comisión competente, o el árbitro, quienes lo harán constar en el acta correspondiente, remitida al Ministerio para que actúe y sancione²⁸.

IV. CONCLUSIONES

En las páginas anteriores hemos tratado de comentar aquellos aspectos contenidos en la Ley n° 65-99 relativa al Código de Trabajo marroquí, que consideramos más importantes o reseñables, en la medida en que son algunas las cuestiones problemáticas que surgen a propósito de la citada regulación de solución de los conflictos laborales. Desde aquí las conclusiones que se extraen del presente trabajo son:

- Trabajar unívocamente en modernizar los métodos de solución de conflictos, considerando a éstos como hechos con-naturales a la relación de trabajo.
- Fundar sus comportamientos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT de 1998.
- Agilizar los trámites judiciales basados en procedimientos específicamente laborales, que posibiliten la autocomposición de las partes, y adopten la forma oral y de instancia única.
- Promover mecanismos de conciliación administrativa previa.
- Asegurando la formación profesional continua de sus miembros.
- Incluir un sistema de observatorio permanente de las relaciones colectivas de trabajo como elemento de prevención de

²⁸ Artículo 583 del código del trabajo marroquí.

los conflictos y de orientación de soluciones que aseguran perdurabilidad de los acuerdos y aportes sólidos a la mejora económica y social. Preconizar la negociación directa de las situaciones de conflicto, como contenido propio de los convenios colectivos de trabajo.

- Utilizar restrictivamente el arbitraje obligatorio en caso de conflictos colectivos.

Finalmente y desde la perspectiva de la reforma legislativa cabría plantearse si es deseable propuestas para la promoción de la negociación colectiva, los mecanismos de su aplicación y conclusión de convenios colectivos:

- Revisar las disposiciones del Código del Trabajo relativos a la negociación colectiva y la firma de convenios colectivos, a la luz del artículo 8 de la Constitución y por medio de la adopción de textos legales y reglamentarios que favorecen la promoción de la convención colectiva y el desarrollo del derecho convencional.
- Respetar la obligación de la celebración anual de la negociación colectiva a nivel de empresa y sector;
- Proporcionar capacitación para los negociadores sobre las nuevas técnicas de negociación colectiva
- Incluir disposiciones que exigen el intercambio previo de información y datos antes de la negociación colectiva, bajo pena de sanciones;
- Establecer una cooperación y coordinación entre los sindicatos en caso de múltiples sindicatos dentro de la empresa y los reglamentos de la Intersindical²⁹.

²⁹ K. BOUKAICH, *El marco normativo de la negociación colectiva y de conclusión del convenio colectivo en Marruecos*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 43 (2016), núm. 43, Mayo (2016) 552-580, ISSN: 1696-9626, p. 580.

MARIE LINE KARAM*

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION:
A NECESSITY IN THE MIDDLE EAST

When we try to describe the situation in the Middle East, the first idea that we have in mind is "crisis". The Middle East region is facing today one of the most critical phases in the modern history. The impact of the current situation is not limited to the region but the world is entering its most dangerous chapter in decades. The rapid evolution of events is outstripping our ability to cope with the consequences. From the global refugee crisis to the spread of terrorism, to the regional wars our collective failure to resolve conflict is giving birth to new threats and emergencies.

This reality reveals a real problem related to the effectiveness of international law and international institutions.

Traditionally, international law regulated interactions between States. For example, it determined how a State should treat foreign diplomats who are in its country or when a State should declare war against another State.

International law sets out legal obligations, responsibilities and rights of one State against another. This aspect of international law is based on sovereign equality. In other words, each State is a sovereign and each State is equal and independent from all the other States. This means that when international law regulates the relations between States, it applies equally to all States.

In reality, the International law has witnessed an evolution at all levels: the subjects, the sources, and the enforcement. The main issue is at the third level: the enforcement. In reality, the effectiveness of international law requires a neutral and objecti-

* Ph.d International, Law International Arbitrator & Mediator - Professor of Law.

ve system of accountability. However, the International judicial authorities are not playing the same role as the local judicial authorities due to the rule of competence and to the sovereignty of the states represented by the will of the states.

The only way to protect the region or even the International community is to promote the culture of the alternative disputes resolutions. History has proved that even if the states are resorting to force to reach their goals, these “achievements” must be finalised through peaceful channels or agreements.

The purpose of the alternative dispute resolution is not only to resolve conflicts and disputes but also to prevent and to protect.

Based on this fact, the Middle East region is in a very urgent need of dialogue, communication, negotiation and even mediation.

Wars and military conflicts are not the solution especially between brothers. History has proved that aggression and violence are destructive. A simple review of the article 33 of the United Nations Charter is a clear evidence about the importance of these means to the International community:

- *The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.*
- *The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means.*

In other terms, the UN charter is practically recommending a form of hierarchy in the resolution of any conflict that might endanger the maintenance of international peace: Alternative Dispute Resolution and then litigation.

The promotion of the culture of the peaceful means of settlement is not an option especially in the Middle East region, the cycle of aggression must be replaced by the process of negotiation and peaceful settlement. This idea is reinforced by the balance of power at the International level that makes the resort to conflicts a very dangerous and critical path.

References

Lynch, J. "ADR and Beyond: A Systems Approach to Conflict Management", *Negotiation Journal*, Volume 17, Number 3, July 2001, Volume, p. 213.

William Ury, Roger Fisher, Bruce Patton. "Getting to Yes" (1981 Penguin Group).

Middle Eastern Politics, July 11, 2017, by Gail Golderman & Bruce Connolly

MARTA GONZALO QUIROGA¹

APUNTES DE ACTUALIDAD JURÍDICA, SOCIAL Y POLÍTICA
SOBRE LA MEDIACIÓN EN AMÉRICA LATINA
Y EL CARIBE – PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS –: APROXIMACIÓN
AL CASO CUBANO

SUMARIO: 1. La mediación en América Latina y el Caribe. - 1.1. Generalidad y actualización. - 1.2. Relación entre la mediación y los conflictos políticos que se viven hoy en América Latina y el Caribe. - 2. La mediación en Cuba. - 2.1. Legislación y desarrollo. - 2.2. Actuaciones y propuestas de mejora. - 3. Conclusiones y propuestas alternativas para potenciar la mediación en América Latina.

1. *La mediación en América Latina y el Caribe.*

1.1. *Generalidad y actualización.* – Encorsetar a la mediación, en general, en los veintiséis países que conforman en la actualidad América Latina y el Caribe dista de ser lo más aconsejable². Cada país tiene su propia idiosincrasia y, en materia de mediación, tanto en el plano de su actualidad legislativa y judicial,

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Profesora Titular en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC). Especialista en Derecho Internacional Privado y Métodos alternativos de solución de conflictos (ADR/MASC). Directora y Representante del Rector URJC en la Conferencia de Universidades para el Estudio de la Mediación y el Conflicto – CUEMYC –. Formadora en los Cursos de Mediación y Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) y en el Módulo de Mediación en el Máster de Acceso a la Abogacía URJC-ICAM. Directora del Título Propio de “Experto en Mediación” URJC. Autora de diversas monografías, publicaciones y de más de un centenar de trabajos doctrinales referidos a los ADR/MASC, en general, y al arbitraje privado y a la mediación, interna e internacional, en particular. Mediadora. Árbitro. *E-mail: marta.gonzalo@urjc.es.*

² Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guayana Francesa, Granada, Guatemala, Guayana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

como en su aplicación práctica, su desarrollo ha sido ciertamente desigual. Si bien, podríamos afirmar que el impulso de la mediación comenzó con bastante fortaleza en toda América Latina y el Caribe, su desarrollo, en lugar de mantenerse, ha ido aflojando a lo largo de los años. Lo que para algunos países ha supuesto un desarrollo y fortalecimiento en mediación (Argentina, México); para otros ha significado un estancamiento (Perú); o fracaso (Bolivia)³. Además, ni siquiera existe una denominación común de la mediación en estos países. Algunos denominan “Conciliación”, (Ecuador, Colombia, Costa Rica y Bolivia) lo que para otros, la mayoría, es exclusivamente “Mediación” (Cuba, Panamá, México, Chile, Argentina...)⁴. Encontrar, pues, una generalidad en ellos que permita hablar de la mediación en bloque y su desarrollo en América Latina y el Caribe no sería, en mi opinión, el mejor punto de partida.

Cosa distinta ocurre en el arbitraje donde prácticamente todos los países Iberoamericanos y caribeños han adoptado la misma ley, la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI/UNCITRAL – de 1985, armonizando así sus regulaciones en materia arbitral. Pero, a pesar de que hay otra Ley Modelo de la UNCITRAL en mediación: la Ley Modelo sobre Conciliación Internacional de la CNUDMI, de 2002⁵, su adopción, no solo en América Latina y el Caribe, sino a nivel internacional, no ha tenido el éxito que habría cabido esperar y, si lo hubiera tenido, además, sólo hubiera sido en materia comercial y no en otros tipos de media-

³ Refiriéndose, en general, al fracaso de la mediación en toda América Latina, *vid.*, el artículo así titulado en <https://www.elimparcial.es/noticia/41543/opinion/el-fracaso-de-la-mediacion-en-america-latina.html>.

⁴ Para mayor información, *vid.*, la obra colectiva dirigida por F.J. GORJÓN GÓMEZ y J.E. VARGAS VIANCOS, *Arbitraje y mediación en las Américas*, editada por Centro de Estudios de Justicia de las Américas, ISBN: 9568491104, 9789568491109, 486 páginas, que también se puede consultar directamente en web en la página: <http://es.calameo.com/read/001052864f54dc6c3b4ff>. *Vid.*, también, la breve referencia de Ruth Esther ORTIZ SALDÍVAR, “La mediación en América Latina”, http://www.gaceta.udg.mx/Hemeroteca/paginas/905/G905_COT%2017.pdf?

⁵ https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf.

ciones, como las familiares, escolares, comunitarias, etc., tan necesarias.

También, hay que partir de que en América Latina y el Caribe, la mediación/conciliación tuvo una excelente acogida, junto al resto de métodos alternativos de gestión de conflictos, pero ésta, nos pese admitirlo o no, inicialmente se debió, en gran medida, a que muchos países Iberoamericanos plantearon a los métodos alternativos como mecanismos “descongestionadores” de los asuntos que llegaban a los tribunales, dada la fuerte crisis judicial existente, en la mayoría de estos países, principalmente durante las dos últimas décadas. Se tomaron así a los métodos alternativos (negociación, mediación/conciliación, arbitraje, etc.) como “mecanismos descongestionadores” del poder judicial, en lugar de como lo que realmente son: “mecanismos de gestión de conflictos”, totalmente autónomos e independientes, que no sólo, en numerosas ocasiones, resuelven los conflictos de forma más duradera y eficaz que el poder judicial tradicional, sino que además contribuyen a desarrollar la justicia del país y a sentar las bases y evolucionar hacia una cultura de paz. Si bien la tutela judicial efectiva debe recaer siempre en los Jueces y Tribunales por mandato constitucional, el Derecho a la Justicia requiere igual defensa y garantía jurídica, tanto si se accede a ella por vía judicial como extrajudicial. Las dos son formas de justicia con total independencia y autonomía una de la otra.

En definitiva, a diferencia de Europa, donde la Directiva de Mediación⁶ consiguió con distintas contradicciones y paradojas⁷,

⁶ 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: <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>.

⁷ En el año 2014, la Unión Europea analizó ésta paradoja, en un estudio del Departamento de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, recogiendo la opinión de un total de 816 expertos de toda Europa que explicaban lo que resultó ser un dato “significativo y decepcionante”. Y es que el número de mediaciones en Europa, en promedio, suponía en realidad menos del 1 por ciento de todos los casos de conflicto en la Unión Europea, poniéndose así de manifiesto que a pesar de los esfuerzos y de la Directiva europea de mediación en realidad existían “débiles políticas” en materia de mediación en casi la totalidad de la UE. Así, con el objeto de proponer me-

al menos armonizar en el plano legislativo las leyes europeas de mediación, en América Latina y el Caribe no podemos decir lo mismo. No hay una uniformidad ni en cuanto a lo más básico, su denominación, y los niveles de desarrollo y de experiencias en mediación/conciliación de los países latinoamericanos son distintos. Ahora bien, a parte de los esfuerzos legislativos que observamos en este sentido, se está haciendo un trabajo serio en dos frentes indispensables: su difusión, que las sociedades Latinoamericanas y caribeñas la conozcan e interioricen como en muchos casos y para muchos tipos de conflictos es mejor acudir a ella; y la capacitación. La formación de mediadores/as de calidad es esencial para que gracias a su profesionalidad la sociedad confíe en ellos. Ahora queda seguir alimentando estas bases para que su desarrollo sea el deseable y redunde en mayores y mejores beneficios para una cultura de paz en el Caribe y América Latina.

1.2. *Relación entre la mediación y los conflictos políticos que se viven hoy en América Latina y el Caribe.* – La relación entre la mediación y los conflictos políticos que se viven, no sólo en América Latina sino en todo el mundo, es una relación necesaria y fundamental. Imprescindible si queremos construir una auténtica cultura de Paz. Para ello, precisamos recordar que, en época de la Guerra fría, Naciones Unidas empezó a hablar por vez primera de mediación en lo que fue una resolución que después se llamó “Resolución hacia una Cultura de Paz”⁸. En ella viene a decir que, después de estar muchos años analizando cómo deberían relacionarse los Estados para evitar situaciones de riesgo de conflicto bélico, llegaron a una solución muy simple: para modificar la forma que tienen los Estados de rela-

didadas para incrementar el uso de la mediación, y por lo tanto el número de mediaciones, en los países miembros, se puso de manifiesto esta paradoja y se dieron a conocer una serie de propuestas e incentivos a la mediación: *vid.*, “Rebooting the Mediation Directive 2008/52/CE: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU”: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET(2014)493042_EN.pdf).

⁸ Asamblea General de Naciones Unidas: “Cultura de Paz”, *vid.*, <http://www.un.org/es/ga/62/plenary/peaceculture/bkg.shtml>.

cionarse deberíamos cambiar la forma que sus propios ciudadanos tienen de hacerlo. El día que seamos capaces de cambiar la manera que tienen los ciudadanos de abordar los problemas, seremos capaces de cambiar la forma en que los Estados tienen de abordar la solución a todos sus conflictos. De ahí, la clave de la mediación y el porqué de su relación necesaria con la política. Lo que tenemos que hacer es cambiar la manera que tenemos de relacionarnos como pareja, como comunidad, como grupo, hasta que lleguemos a una cultura de negociación, de mediación, de cultura de paz que se vea reflejada en el modo que también tengan los Estados de gestionar los conflictos, utilizando un distinto camino que el del uso (legítimo o no) de la fuerza, de la guerra y de la violencia.

Desde el comienzo de la cultura de paz se entendió que lo primero era hacer todo el esfuerzo posible por resolver pacíficamente los conflictos. Los conflictos son naturales y consubstanciales a los seres humanos y es muy útil reconocer que ante los conflictos hay varias visiones y técnicas para resolverlos. Todos los conflictos, aún aquellos que parezcan irresolubles, se pueden prevenir, gestionar resolver. Son evitables y superables cuando se gestionan las causas y se deponen las actitudes violentas. Cambiar la manera de relacionarse los ciudadanos para cambiar la manera democrática y política en la que aborda los conflictos una sociedad, fue el ejemplo de Sudáfrica y todos conocemos que, aunque indudablemente costó, acabó, por fin, de la mejor manera⁹. Ojalá ocurra algo similar en la paz alcanzada por Colombia, conseguida también a través de una mediación internacional llevada en Cuba.

Y es que el impacto psicológico del conflicto es extraordinario. Muchas veces, en lugar de centrarnos en la parte esencial, en cerrar el conflicto, en cerrar el apartheid, nos centramos más en el dolor, en el daño psicológico. No sabemos debatir, llegar a acuerdos, no sabemos encontrar los elementos de consenso. De ahí la mala calidad de negociación, de debate social y polí-

⁹ Nelson Mandela, partió de ser un negociador de una de las partes en el apartheid a ser el mediador que logró ayudar a las partes a llegar el acuerdo que mejor venía a todos, en un País entero, y acabar con el apartheid y al mismo tiempo consigue lo más difícil que se puede llegar en cualquier conflicto, al cierre emocional, para que a partir del acuerdo, el país no quedara emocionalmente tan dividido y exhausto y se pudiera desarrollar.

tico. Es por ello que somos ya pesimistas en términos políticos y desconocemos e, incluso, desconfiamos de generar lenguaje político en términos de consenso. Tenemos así que conocer y saber qué herramientas son las adecuadas para ello. Al final, el diálogo, o la mediación que facilita precisamente la comunicación y el diálogo "*El arte del encuentro*", es imprescindible por ser una herramienta que articula las razones de la paz. Así, la gestión de conflictos debería ser parte de la educación básica de todas las sociedades, no sólo en América Latina y el Caribe, y así podríamos garantizar que algún día y de alguna manera aprendiéramos a solucionar de forma inteligente y creativa los conflictos entre nosotros y con los otros.

Apelamos aquí al filósofo Rousseau que ya explicaba en el contrato social que el hombre hace un contrato para vivir mejor en sociedad. En nuestra sociedad son los políticos los que hacen ese contrato, si ese contrato lo haces a través de la rabia tendrás una sociedad viciada porque no has sido capaz de llegar a ese contrato basado en algo positivo para todos sino que es en el odio de unos reprimiendo a los otros. Con lo cual, es muy importante que los políticos se formen en negociación y en mediación. Los ciudadanos tendríamos que exigir que nuestros líderes políticos fueran los primeros capaces de negociar y resolver pacíficamente los conflictos. Parece, pues, recomendable la medida existente en otros países, como en Argentina, donde a los políticos se les incentiva becándoles para formarse en mediación. Una muy buena inversión sería la de formar a nuestros políticos en técnicas de negociación y mediación.

Trabajar en otra manera de hacer política, de hacer que la sociedad esté mejor, que no se centre en la confrontación, en el conflicto permanente, es lo que podríamos hacer para alcanzar una mejor sociedad y, con ello, una auténtica cultura de paz. De hecho, ya hay proyectos para ello en varios países para que el día de mañana esto sea una realidad y nuestros políticos estén bien formados en negociación y en mediación. Los políticos y la política en general tienen en ello una enorme responsabilidad. Si los políticos pudieran simplemente tener acceso o formarse en este tipo de métodos, llegarían a acuerdos que serían mucho más beneficiosos para sus sociedades en particular y para las relaciones con otros países en general. Indudable-

mente la mediación política lleva aparejado un cambio socio cultural pero éste es tan ventajoso y productivo que es necesario y esencial en toda sociedad que quiera avanzar en una cultura de progreso y de paz.

2. La mediación en Cuba.

2.1. Legislación y desarrollo. – La mediación se ha abierto camino en Cuba con una fuerza particularmente destacada dentro de los países de América Latina y el Caribe. Si bien, todavía queda mucho por hacer, los cimientos empleados para una buena implantación de la mediación en Cuba son los adecuados. Con la entrada en vigor del Decreto Ley 250 del 30 de Julio de 2007 de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional¹⁰ (CCACI), se abrieron las puertas a la Mediación en la Isla y, gracias al esfuerzo, en especial, de muchos mediadores/as cubanos/as, se está haciendo un gran trabajo. Ocho años después, en el año 2015, fue dictada por la Cámara de Comercio la Resolución 21 “Reglamento de Mediación de la CCACI” que actualizó la normativa anterior, logrando con ello un mejor desenvolvimiento del proceso de mediación y asegurando, en Cuba, de manera efectiva el cumplimiento de los Acuerdos de Mediación alcanzado por las partes¹¹.

Estas primeras bases han sido necesarias y fundamentales para la implantación y el desarrollo de la mediación en Cuba pero no son suficientes. Queda aún bastante camino por recorrer. En los escasos diez años de vida que tiene la mediación en Cuba, de forma reconocida, regulada e institucional, se han dado los pasos necesarios para adoptar la mediación como método alternativo al poder judicial de gestión de conflictos y se está en el camino adecuado para su adecuado desarrollo y contribución a la sociedad pero aún queda por hacer para poder hablar de una mediación generalizada, eficiente y eficaz y, so-

¹⁰ Vid. <http://www.camaracuba.cu/index.php/es/corte-de-arbitraje/corte-cubana-de-arbitraje-comercial-internacional>.

¹¹ <http://juriscuba.com/organismos-estatales-2/camara-de-comercio/reglamento-de-mediacion-de-la-corte-cubana-de-arbitraje-comercial-internacional/>.

bre todo, que sea conocida y, por lo tanto, utilizada por la sociedad cubana en su conjunto.

Se observa que, todavía, hay un desconocimiento de la sociedad sobre la mediación. ¿Qué es? ¿Para qué sirve? ¿En qué me puede beneficiar? ¿Cómo, cuándo y dónde la puedo utilizar? Hoy por hoy, la mayoría de los cubanos/as cuando tiene un conflicto de cualquier tipo, ya sea de índole comercial, personal o familiar: separaciones, crisis matrimoniales, problemas en la casa, entre vecinos, compañeros, en la familia, sanitarios, divorcios, etc., todavía no contemplan, por lo general, acudir a mediación o a otros métodos alternativos de gestión de conflictos alejados de los clásicos asociados a los jueces y tribunales de justicia. En ello, Cuba se parece a otros países de América Latina y europeos, como es el caso de España, en el que una de las dificultades mayores a las que nos enfrentamos en materias de mediación es en la de difundir, informar y dar a conocer la mediación y sus ventajas a todos los ciudadanos.

2.2. Actuaciones y propuestas de mejora. – Grosso modo, la mediación en Cuba se podría desarrollar y mejorar trabajando, de modo solidario y pluridisciplinar, desde diversos frentes.

El primero de ellos, trataría de conseguir un apoyo expreso a la mediación tanto en el plano político como en el institucional, comenzando por una regulación más precisa y adecuada de todos los tipos de mediación, no sólo la comercial. La mediación regulada actualmente en Cuba, a través de las leyes citadas y de la institución de la CCACI, se centra exclusivamente en un tipo de mediación, la comercial, sin detenerse a regular otros tipos que por su valor e importancia práctica para gestionar conflictos tiene mucho que ofrecer a la sociedad cubana, como de hecho ya se ha demostrado en Europa y en otros muchos países de América Latina, entre otras, con la mediación familiar. Si bien ésta existe en Cuba y está dando sus frutos gracias a interesantes iniciativas, proyectos experimentales y a la labor personal y voluntarista de mediadores/as cubanos, se echa de menos una regulación y un apoyo político e institucional específico en esta materia.

Entre las iniciativas y proyectos experimentales que están luchando por implantar otros tipos de mediación en Cuba, como

la familiar, destacan los servicios de mediación que ofrecen las “Oficinas de Gestión de Conflictos”¹². Estas Oficinas responden a un acuerdo de la junta directiva nacional de la Unión Nacional de Juristas de Cuba adoptado en el año 2012, el cual fue materializado en el año 2016, con la apertura de tres oficinas de gestión de conflictos, una en la Habana, otra en Villa Clara y la tercera en Holguín. A pesar de que dichas Oficinas no cuentan, todavía, con un respaldo legislativo, institucional ni estatal, ni de un reconocimiento expreso como tales y, por el momento, funcionen de manera experimental, a modo de proyecto piloto, hay que aplaudir la creación y defensa de las mismas porque están abriendo un camino imprescindible y necesario para que, en materia de conflictos familiares, por primera vez funcione este tipo de mediación tan beneficiosa para la sociedad cubana. Contribuyendo para que, en un futuro inmediato y con la regulación adecuada, se creen más centros de mediación en Cuba, con todas las de la ley, accesibles y disponibles para todos los ciudadanos, cubanos y extranjeros.

Otro frente sería el de la formación junto al de la capacitación y reconocimiento profesional del mediador. En Cuba, el reconocimiento profesional de la figura del mediador/a es esencial. Profesionalización de la mediación vinculada a la importancia de una capacitación en mediación de calidad para los profesionales cubanos. En este frente, el de la formación de mediadores/as de calidad, hay que estar tranquilos dado que la formación en mediación que se ofrece en Cuba es de alta calidad,

¹² Entre ellas destaca: “Hablemos: gestión de conflictos”, habilitada en la sede de la Unión Nacional de Juristas en La Habana, Villa Clara y Holguín, a las cuales pueden acudir quienes pretendan resolver cualquier disputa de manera confidencial.

¹³ Formación por ahora garantizada, por ejemplo, por el Diplomado de Mediación y Género, coordinado por Y. GONZÁLEZ FERRER y convocado por el Proyecto Género y Derecho de la Unión Nacional de Juristas cubanos; auspiciado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, el Centro de Estudios de la Federación de Mujeres Cubanas (CE-CAM) y la Organización Nacional de Bufetes Colectivos (ONBC) y coauspiciado por el Proyecto de Divulgación de los Derechos del Niño-MINJUS y el Centro Nacional de Educación Sexual e, internacionalmente, por OXFAM, COSUDE y UNICEF.

aunque debería regularse de manera oficial e institucional¹³. En cuanto a la educación en mediación, se están haciendo interesantes proyectos para difundir la mediación en las escuelas cubanas¹⁴. Bienvenidas sean todas las iniciativas que repercuten tan positivamente para la sociedad cubana desde la infancia.

En Cuba, además, encontramos excelentes equipos de investigación en mediación, mediadores profesionales y figuras representativas de la mediación a nivel mundial¹⁵. De ahí que me permita subrayar el papel tan importante que mujeres y hombres cubanos han desempeñado, con un gran esfuerzo y dedicación personal y profesional, en el desarrollo de la mediación en Cuba. Gracias a ellos la información y la difusión de la mediación en Cuba, cada año, va *in crescendo*.

El último de los frentes a desarrollar, pero quizás el más esencial, es el de la información y difusión de la mediación. Como ya señalé, todavía existe un amplio desconocimiento de la sociedad cubana de la mediación. De ahí que, ahora, lo más importante que creo que hay que hacer en Cuba es la labor de difusión de la mediación y de otros métodos de gestión de conflictos, alternativos al poder judicial, para que la mayoría de la sociedad pueda conocer que esta forma alternativa de solución de conflictos es, para muchos casos, mejor, más beneficiosa y eficiente, que la de acudir a jueces y tribunales. Realidad que

¹⁴ Como la creación de la Revista "Harmonía". Publicación creada por Yumara Santana Ortego y Lázaro Enrique Ramos Portal, dirigida a fomentar otro tipo de mediación, la escolar, con el objeto de que los niños cubanos aprendan desde su más tierna infancia y desde los colegios a gestionar los conflictos, negociando, mediando, a través de la palabra y el dialogo, en lugar de recurrir a la violencia o a la "ley del más fuerte".

¹⁵ Como son, sin ánimo de exhaustividad, Armando Castanedo Abay, vicepresidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional; Yamila González Ferrer, Vicepresidenta de la Unión Nacional de Juristas y coordinadora del Diplomado citado quién junto a Ana María Pozo Armenteros, coordina también la Oficina de "Hablemos: gestión de conflictos" en la sede de la Habana. Todos ellos mediadores/as de la "Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional", junto a Rodolfo Hernández Fernández, María Teresa Lanza López y Yanet Souto Fernández. Sin olvidar a otros mediadores cubanos o excelentes formadores en mediación como Rodolfo Fernández Romo, Roxanne Castellanos; Reina Fleitas Ruiz, Clotilde Proveyer, Ivonne Pérez Gutiérrez, Ana Ercilia Audivert, Manuel Vazquez Seijido, Ada Alfonso, Rita M. Pereira, etc.

me recuerda a lo que ha pasado en Europa y en otros países de América Latina, donde también uno de los principales escollos ha sido el de la falta de conocimiento y difusión de la mediación provocando que hayamos tardado muchos años en que ésta se conozca. Y esa difusión tendría que tener un apoyo institucional, divulgativo, a través de los medios de comunicación, escuelas, televisión y el excelente cine cubano¹⁶.

3. Conclusiones y propuestas alternativas para potenciar la mediación en América Latina. – Conforme a la actualidad analizada en esta breve aproximación de la mediación en América Latina y el Caribe, deteniéndonos en Cuba, y con el propósito de aportar propuestas concretas, retos de futuro para implementar la mediación en ésta Área Geográfica destacamos las siguientes:

En primer lugar, los países que conforman América Latina y el Caribe, necesitarían superar las diferentes barreras con las que se está encontrando la mediación. Y, para ello, cada uno de ellos, lo debería hacer atendiendo a su realidad particular, ya que es difícil dar una propuesta general cuando, como hemos subrayado, el desarrollo de la mediación ha sido ciertamente tan desigual en éste Área. No obstante, las propuestas aquí enunciadas son de validez internacional y, en función de las particularidades de la realidad de la mediación, legislativa, social, política e institucional, en cada país, pretenden servir como referencia para trabajar en cada una de ellas de manera coordinada y estratégica, según las demandas y necesidades de cada ordenamiento de la zona en particular.

Un aspecto básico y esencial es el de superar “*los complejos*” de la mediación (no sólo frente a la justicia sino frente al propio arbitraje) y abogar para que ésta sea considerada y reconocida como lo que es: Justicia. Otra forma de justicia, autónoma, independiente, pero de igual valor y consideración que la

¹⁶ En este sentido, me gustaría recomendar, uno de las primeras películas que se han hecho exclusivamente sobre mediación en idioma español: “Siete años”, disponible en Netflix.

aquellos métodos de justicia conforme a los que representa una alternativa. Sé que esta afirmación puede resultar controvertida, pues otra parte de la doctrina defiende la idea contraria, que la dificultad para implantar la mediación es precisamente la confusión epistemológica que crea en la sociedad al considerar a la mediación como “método alternativo a la Justicia”; pero, la justicia es sólo una: la Justicia “a secas” y hay dos modos de garantizarla y acceder a ella: la judicial y la extrajudicial¹⁷. De ahí que, para superar esta barrera, habría que educar en mediación a los propios profesionales del Derecho, jueces y abogados, introduciendo la mediación en sus estudios de Grado, Másteres de acceso y oposiciones para que, desde la propia justicia, se le dé a la mediación el valor que realmente tiene y se apueste por ella en su utilización. En este sentido, otra de las barreras que se ha de superar es que los propios abogados no vean a la mediación como un enemigo o competidor¹⁸, sino como otra forma de justicia, distinta a la del litigio en la que hasta ahora se han formado, para que deriven a mediación los asuntos que sean más recomendables para sus clientes. Y, como no, para ello es fundamental la formación. Formar mediadores y negociadores de calidad con la correspondiente capacitación profesional para mediar.

Al igual que en el resto del mundo, en América Latina y en el Caribe, se tendría que trabajar desde todos los ángulos para acercar la mediación a la sociedad. En principio, ello tendría que venir desde la difusión e información. Si se consigue hacer llegar todas las ventajas de la mediación a la sociedad seguro que habría más mediaciones. Falta difusión e información. Estamos en la época del *homo videns*, por lo que un método de difusión esencial es el audio visual. En este sentido, tendríamos que poner a disposición de la mediación los medios de comu-

¹⁷ Cf. M. GONZALO QUIROGA, “Diagnóstico de la situación general”, en el libro dirigido por la autora, *Métodos Alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, 372 págs, p. 15.

¹⁸ Sobre el particular, en Italia, *vid.*, L. BUGATTI, “L’avvocatura e la mediazione”, *Quaderni di Conciliazione* n° 3, a cura di C. PILIA, Edizioni AV Cagliari 2012, ISBN: 978-88-8374-056-4, 2012, <http://www.mediatorimediterranei.org/quaderni/quaderni-di-conciliazione-n-3>.

nicación: radio, cine, televisión, youtube, internet, etc. De otro lado, el apoyo y la difusión a través de poderes públicos, instituciones, el hacer la sesión informativa de mediación obligatoria y que los que las hagan sean, por ley, los propios mediadores. En esta línea, trabajar todos juntos para difundirla de manera estratégica y coordinada. Pero la difusión no sólo ha de venir de la obligatoriedad de la sesión informativa sino de todos los factores y ámbitos. Su falta de conocimiento y confianza de la sociedad en conocer esta forma tan útil y ventajosa para resolver conflictos es una labor previa que hay que solventar para que la mediación se pueda desarrollar. En cada País, se deberían asociarnos entre todos los implicados (mediadores, instituciones privadas y públicas de mediación y de justicia, abogados, jueces, políticos, etc.) para hacer un frente común destinado a implantar la mediación, dejando de lado competencias profesionales y remando todos en la misma dirección.

Así las cosas, podrían tomar como referencia las últimas recomendaciones sobre mediación del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017¹⁹, en las que se insiste en hacer algún esfuerzo por divulgar la mediación, ya no sólo por los numerosos beneficios que para las partes supone, sino para los beneficios económicos que supondría para los Estados, y estos beneficios son concretos, reducción del número de litigios que llegan a los juzgados, agilización de los mismos y la consiguiente reducción de costes de la Administración de Justicia. De ahí, la necesidad de hacer campañas de difusión de la mediación creando a la vez incentivos para fomentar el uso de la mediación previa al juicio.

A partir de ahí, vigilar por el buen funcionamiento y la garantía de la misma. Una mala praxis, en un momento tan delicado como este y en el que la mediación todavía no está implantada, puede provocar que si los mediadores destinados a ejercer su profesión en cada país, no estén a la altura de su compromiso y gran responsabilidad, ellos mismos puedan lle-

¹⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de 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 (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)).

gar a torpedear la mediación desde dentro. De ahí, todo el debate surgido recientemente sobre la calidad de la mediación. Y, en otro orden de ideas, la apuesta por el Derecho colaborativo, que indudablemente no sólo fomenta sino que es parte de los ADRs. Si bien, el Derecho colaborativo no ha sido desarrollado todavía, o si lo ha hecho, muy pobremente, en el ámbito caribeño y latinoamericano en general.

La educación es otro elemento fundamental. Desde la educación básica hasta la Universidad. Se debería trabajar por incorporar los ADR desde la infancia hasta la época universitaria, a través de programas y asignaturas dedicadas a los métodos alternativos de solución de conflictos de forma pluridisciplinar y transversal en todos los estudios, desde los más básicos hasta los de Grado y Posgrado. Educación en mediación y otros métodos alternativos de gestión de conflictos, imprescindibles para cambiar el modo en que tenemos la sociedad y, por ende, los Estados, de gestionar nuestros conflictos, gracias a la educación en mediación y en la cultura de la paz.

Y ello junto a otras medidas específicas, tales como, fomentar la mediación previa al inicio del litigio judicial, ya que, una vez iniciado, la situación es ya más complicada y la comunicación se ha hecho mucho más difícil. La obligatoriedad de la mediación y la voluntariedad, como esencia de la misma, no son términos incompatibles, ya que a lo que se obliga es a acercarse a la mediación, a conocerla, a saber cuáles son sus ventajas. Así, lo que muchos denominan "*Imponer la mediación obligatoria*" no es tal. Se trata de "*Imponer la sesión informativa de mediación como obligatoria*", y, para que esta obligatoriedad funcione y sea garantista y efectiva, las sesiones informativas las deberían hacer, por ley, mediadores profesionales formados y cualificados²⁰. Otra de las propuestas, consistiría en las modificaciones de los Códigos Procesales de América Latina y el Caribe para, al igual que ocurrió con la modificación del art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en España (LEC) se legisle

²⁰ Sobre este aspecto en particular en Italia, *vid.*, C. CICERO, "L'opposizione dell'Avvocatura all'obbligatorietà del ricorso alla mediazione", *Quaderni di Conciliazione* n° 1, dirigido y coordinado por C. PILLIA, Edizioni AV Cagliari 2010, ISBN: 978-88-8374-080-7, 2010, <http://www.mediatorimediterranei.org/quaderni/quaderno-di-conciliazione-n-1>.

que, aún en el caso que se gane en un proceso judicial, si has despreciado ir a mediación, se te imponga la condena en costas, al renunciar a una forma alternativa extrajudicial de conflictos que hubiera evitado el coste ocasionado para la justicia pública. La mediación requiere, como toda novedad en un país, la creación de una cultura tanto de mediadores, como de voluntad de las partes para confiar en esta figura.

De ahí que, una propuesta esencial para difundir realmente la mediación entre la sociedad es tratar de incentivarla. En Europa, la Directiva 2008/52/CE, prevé la posibilidad para los Estados miembros de introducir incentivos a la mediación. En Italia por ejemplo las partes tienen una deducción de impuesto de hasta 500 euros respecto a lo que se ha abonado de honorarios y gastos para el servicio de mediación si se alcanza un acuerdo y, de hasta 250 euros si no se llegara a un acuerdo. Tampoco se prevé sanción alguna para la parte que no se presta a acudir a una sesión informativa. En este sentido, un verdadero incentivo para la mediación, y al igual que ya se ha hecho en algunos países, como es en Reino Unido, hay que ponerlo en relación con las costas del proceso judicial. Y el resto de incentivos financieros que cada País tuviera a bien adoptar.

En conclusión, las propuestas fundamentales que se han de hacer para promover la mediación en los distintos países que conforman el Caribe y América Latina, no difieren de otras aplicables en la esfera internacional en general y se centran básicamente en los siguientes puntos²¹: 1. Definir la mediación en cuanto a lo que representa: Justicia. 2. Educar en mediación y cultura de paz a toda la sociedad y, en cuanto a los profesionales del Derecho, jueces y abogados, recordándoles a estos últimos su deber profesional para con la mediación y los ADR/MASC. 3. También hay que darla a conocer a la sociedad. Apoyo institucional y difusión pública y su mejor conocimiento por la sociedad en general. Barrera, la del desconocimiento, que en

²¹ Enunciadas en el trabajo de M. GONZALO QUIROGA, "Mediación en la esfera internacional: Actualidad y retos transfronterizos", obra colectiva dirigida por P. CHICO, *Propuestas para la implementación de medidas alternativas de resolución de conflictos en las distintas esferas de nuestro ordenamiento, en prensa*, 2018.

muchos países se ha intentado superar a través de imponer la sesión informativa de mediación como obligatoria y gracias a otras propuestas, medidas, incentivos y sanciones, muchas de las cuales ya se han experimentado en Europa con cierto éxito y podrían ser tomados como referencia por los Estados de América Latina y el Caribe, adaptándolas a sus respectivas realidades políticas, legislativas, sociales, institucionales y económicas²².

Y, es que, en el ámbito mediterráneo e Iberoamericano, en general, venimos de sociedades resistentes al cambio y esto se refleja también en el mundo de la justicia. Aunque sea para mejor, por desconocimiento o por resistencia a la variación, parece que nos anclamos en el modo tradicional de resolver todos nuestros conflictos a través de terceros, los jueces o tribunales judiciales, en lugar de empoderarnos e intentar resolverlos nosotros mismos, a través de la mediación y otros métodos alternativos de gestión de conflictos. De ahí que quede mucho por hacer, no sólo en Cuba, sino en toda la región Caribe, América Latina y en el ámbito internacional, en general, para una adecuada implantación, desarrollo y difusión de la mediación y otros métodos alternativos de gestión de conflictos que sea eficiente y eficaz.

²² Sobre las propuestas, medidas, incentivos y sanciones aplicadas para potenciar la mediación en los diferentes países miembros de la Unión Europea, *vid.* M. GONZALO QUIROGA, "Mediación en la esfera internacional...", *cit.*

SILVIA LAVENA

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE NELL'ESPERIENZA ITALIANA E FRANCESE

SOMMARIO: 1. La Direttiva Europea 2008/52/CE. - 2 Le fonti normative di recepimento della Direttiva Europea in Italia e in Francia. - 3. Le tipologie di mediazione: obbligatorietà vs volontarietà. - 4. Il procedimento di mediazione: rigidità vs flessibilità. - 5. La figura del mediatore: istituzionalizzazione vs autonomia privata. - 6. I poteri del mediatore: tecnica aggiudicativa vs tecnica facilitativa. - 7. L'efficacia esecutiva: sottoscrizione degli avvocati vs *homologation* del giudice. - 8. Conclusioni.

1. *La Direttiva Europea 2008/52/CE.* – Sin dalle origini, la Comunità Europea ha intrapreso delle politiche volte ad assicurare il rispetto dei principi cardine del mercato comune, caratterizzato principalmente dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, la cui istituzione costituisce uno degli aspetti fondamentali al fine di raggiungere gli obiettivi primari, principalmente di natura economica, cui tende l'istituzione della CEE¹.

Con la nascita dell'Unione Europea, maggiormente improntata agli aspetti sociali e alla tutela del cittadino europeo, il mercato comune assume una veste nuova, in quanto la sua stessa esistenza impone la creazione di uno spazio di sicurezza e giustizia in cui siano assicurate tali libertà². L'esponentiale crescita degli scambi commerciali fra cittadini e imprese di Stati diversi ha richiesto, dunque, la definizione di un solido sistema di tutela dei diritti di cui gli attori economici sono portatori, ed in particolare

¹ Artt. 2 e 3 Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea firmato a Roma il 25 marzo 1957.

² Art. 3, par. 2, Trattato sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992.

attraverso strumenti di risoluzione delle controversie civili e commerciali, alternativi alla giurisdizione ordinaria.

A tal fine la Commissione Europea ha dato avvio a numerose iniziative volte ad assicurare l'effettività della tutela extragiudiziale dei diritti, in un primo momento limitate alle sole controversie in ambito consumeristico e successivamente estese ad ogni litigio in ambito civile e commerciale. Il percorso di rinnovamento normativo e culturale ha raggiunto il proprio apice nella Direttiva 2008/52/CE³, interamente dedicata alla mediazione, quest'ultima intesa quale "procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore"⁴.

Il *favor* manifestato dal legislatore europeo nei confronti della mediazione trova la sua giustificazione nell'utilità pratica dello strumento: grazie all'utilizzo di procedure flessibili, concepite caso per caso in ragione delle esigenze delle parti e fondate sul consenso, gli accordi da esse scaturenti avranno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente, preservando di norma relazioni amichevoli tra le parti⁵, aspetto necessario al fine di garantire il proseguo delle attività anche commerciali tra le stesse, e di conseguenza il funzionamento e lo sviluppo del mercato europeo nel suo complesso.

Dalla lettura del testo della Direttiva emerge la volontà del legislatore europeo di disciplinare solo taluni aspetti fondamen-

³ 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, in *G.U. L* 136/3 del 24 maggio 2008. Si vedano, tra gli altri, C. PILIA, *La mediazione volontaria*, AV, Cagliari, 2012, pp. 69 ss.; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 1, 2009, pp. 41 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione. Quale attuazione?*, in *Riv. Arb.*, n. 1, 2009, pp. 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, n. 3, 2010, pp. 653 ss.; E.M. APPIANO, *I sistemi di A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa/Europa*, n. 1, 2009, pp. 59 ss.

⁴ Art. 3, lett. a), Dir. 2008/52/CE.

⁵ Considerando 6 Dir. 2008/52/CE.

tali dell'istituto, fissandone i contenuti normativi minimi. È lasciata agli Stati membri la definizione degli aspetti di dettaglio, attraverso meccanismi volti a preservare la flessibilità del procedimento, sì da non imbrigliarlo in una rete normativa che ne frustri le finalità di celerità e di adattamento casistico alle esigenze delle parti.

In tal modo, infatti, pur sopportando il rischio di un quadro normativo composito e in parte incerto, il rispetto delle garanzie minime imposte dalla legislazione comunitaria, assicurato dalla creazione di uno statuto generale che realizzi l'uniformità della tutela, si combina sia con le diversità che caratterizzano le differenti discipline nazionali, sia con le esigenze di autonomia delle parti e degli operatori, i soli in grado di valutare in un'ottica competitiva quali soluzioni compositive si rivelino qualitativamente migliori. Si parla a tal proposito di «un sistema multilivello di normazione»⁶ che lascia ampi margini di intervento sia alle fonti nazionali sia all'autonomia regolamentare e organizzativa degli organismi che erogano i servizi di mediazione, stimolando il pluralismo e la competizione fra i differenti regimi e formule organizzative nei servizi di mediazione.

È questa la chiave di lettura attraverso la quale si analizzeranno, nei paragrafi seguenti, le normative di recepimento e attuazione della Direttiva 2008/52/CE da parte dell'Italia e della Francia. Si porranno in evidenza peculiarità e somiglianze di ciascun sistema, di modo da poter valutare se e in che modo i due Stati membri hanno innovato, eventualmente rendendola più appetibile, la disciplina quadro fornita dal legislatore comunitario.

2. Le fonti normative di recepimento della Direttiva Europea in Italia e in Francia. – La Direttiva concedeva agli Stati membri un termine triennale dalla sua adozione al fine di emanare le opportune disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per la trasposizione del nuovo dettato europeo negli ordinamenti nazionali⁷.

⁶ Cfr. C. PILIA, *La mediazione volontaria*, cit., 80.

⁷ Art. 12, Dir. 2008/52/CE.

In Italia⁸, tale recepimento è avvenuto in forza dell'art. 60 della l. n. 69/2009⁹ che ha delegato il Governo ad adottare entro i successivi sei mesi uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale. La delega è stata esercitata attraverso l'emanazione del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28¹⁰, il quale, peraltro, ha già formato oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale¹¹ e ha subito un primo aggiornamento in forza del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98¹².

Al d.lgs. n. 28/2010 è stato affiancato, poco più tardi, il d.m. n. 180/2010¹³, testo normativo finalizzato alla regolamentazione degli organismi che possono erogare il servizio di mediazio-

⁸ Sul recepimento in Italia della Dir. 2008/52/CE si vedano, *ex pluribus*, AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso Marcheis, Giappichelli, Torino, 2010; AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Cedam, Padova, 2010; AA.VV., *La mediazione civile*, a cura di F. Russetta, M. Caradonna, F. Novelli, Milano, 2011; AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, a cura di P.L. Amerio, E.M. Appiano, L. Boggio, D. Comba, G. Saffirio, Hoepli, Milano, 2011; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie*, a cura di M. Bove, Cedam, Padova 2011; AA.VV., *La mediazione*, a cura di G. Cassano, S. De Franciscis, C. De Luca, L. Giannone, Cedam, Padova, 2012; AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notariato alla luce del d.lgs n. 28/2010*, a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Edizioni ESI, Napoli, 2012; C. PILIA, *La mediazione volontaria*, cit., pp. 99 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3, 2010, pp. 575 ss.; E. FABIANI, M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. Notariato*, n. 4, 2010, pp. 893 ss.; I. PAGNI, G. ARMONE, P. PORRECA, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Le Società*, n. 5, 2010, pp. 619 ss.; C. PILIA, *Con la mediazione civile e commerciale l'Italia sceglie l'Europa*, in *Quaderni di conciliazione*, n. 2, 2011; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. Trim. Dir. Proc.*, n. 4, 2010, pp. 657 ss.

⁹ In G.U. n. 140 del 19 giugno 2009 - Suppl. ordinario n. 95.

¹⁰ In G.U. n. 53 del 5 marzo 2010.

¹¹ Sentenza della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272.

¹² In G.U. n. 194 del 20 agosto 2013 - Suppl. Ordinario n. 63.

¹³ D.m. 18 ottobre 2010, n. 180, 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

ne, attraverso la fissazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché del regime delle indennità spettanti agli organismi.

Si è registrato, invece, un certo ritardo nel recepimento della Direttiva da parte del legislatore francese¹⁴. Solamente con la *Loi* n. 525 del 17 maggio 2011¹⁵, infatti, il Parlamento ha conferito al Governo il potere di emanare, nei sei mesi successivi, una *ordonnance* al fine di adottare le necessarie disposizioni legislative di attuazione.

Il Governo è stato inoltre chiamato ad effettuare un'operazione di armonizzazione della nuova normativa con la disciplina già esistente in materia. Ciò che ha maggiormente rallentato il processo di recepimento, difatti, è stato l'interrogativo sul "se" e "come" modificare ed integrare l'apparato normativo all'epoca in vigore, posto che esso si mostrava in parte già conforme alle indicazioni del legislatore europeo¹⁶.

indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in *G.U.* n. 258 del 4 novembre 2010.

¹⁴ Sull'attuazione francese si vedano AA.VV., *Regards pratiques sur les MARC*, in *RLDC*, n. 7, 2011, 88, pp. 53 ss.; S. AMRANI-MEKKI, *Résolution amiable des différends - Présentation du décret no 2012-66 du 20 janvier 2012*, in *Gazette du Palais*, n. 147, 2012, pp. 5 ss.; O. CACHARD, *Les modes amiables de règlement des litiges en ordre de bataille*, in *RLDC*, n. 94, 2012, pp. 73 ss. M. DOUCHY-OUUDOT, - J. JOLI-HURARD, *Médiation et conciliation*, in *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, n. 4, 2013; B. GORCHS-GELZER, *Regard critique sur l'ordonnance n. 2011/1540 transposant la directive médiation*, in *Droit et procédure*, n. 1, 2012, pp. 2 ss.; B. GORCHS-GELZER, *Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends*, in *Droit et procédures*, n. 5, 2012, pp. 117 ss.; N. NEVEJANS, *Transposition de la directive portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, in *JPC G*, n. 48, 2011, pp. 1310 ss.; N. NEVEJANS, *L'ordonnance du 16 novembre 2011. Un encouragement au développement de la médiation?*, in *JPC G*, n. 6, 2012, doct. 148; F. RONGEAT-OUUDIN, *Le règlement amiable des différends est en bonne marche!*, in *JPC G*, n. 7, 2012, pp. 157 ss.; JP. TRICOIT, *La transposition de la directive Médiation en droit français*, in *Petites affiches*, n. 66, 2012, pp. 6 ss.

¹⁵ Articolo 198 della *Loi n. 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, in *JORF* n. 0115 del 18 maggio 2011, 8537.

¹⁶ In particolare la *médiation judiciaire* era fornita di un'esaustiva regolamentazione, distribuita su due diverse fonti: i principi generali erano illustra-

La riflessione governativa, supportata da numerose consultazioni e atti del *Conseil d'État*, è sfociata nell'adozione dell'*Ordonnance* n. 2011-1540¹⁷ nel novembre del 2011. Intervenendo sul *Chapitre Ier* del *Titre II* della *Loi* n. 95-525, il Governo ha dato vita ad un corpo normativo unitario contenente le disposizioni generali applicabili alla *médiation*, sia essa *conventionnelle* o *judiciaire*, comunque salvaguardando l'esigenza di una regolamentazione autonoma di quest'ultima nei novellati artt. 22 e ss. della summenzionata *Loi*.

Con il *Décret* n. 2012-66¹⁸ il legislatore francese ha infine portato a compimento il processo di attuazione della Direttiva, integrando e precisando il quadro normativo delineato dall'*Ordonnance* del 2011 attraverso un significativo intervento sul *Code de procédure civile*, arricchito dal nuovo *Livre V* interamente dedicato ai *Modes conventionnelles de résolution amiable des différends*, mentre è rimasto pressoché inalterato il sistema della *médiation judiciaire*, come tratteggiato dal *Titre VI bis* del *Livre Ier* del *Code de procédure civile*.

3. *Le tipologie di mediazione: obbligatorietà vs volontarietà.* – Dalla lettura delle rispettive fonti normative, è possibile osservare in entrambi i sistemi una ripartizione delle tipologie di mediazione in ragione della modalità di accesso al procedimento conciliativo.

In Italia si è optato per un modello quadripartito di mediazione. In primo luogo può darsi il caso di una mediazione facoltativa, laddove l'avvio del procedimento discenda dalla volontà

ti agli artt. 21 ss. della *Loi* n. 95-125, mentre gli artt. 131-1 ss. del *Code de procédure civile*, come modificato dal *Décret* n. 96-652, precisavano gli aspetti procedurali e di dettaglio. La *médiation conventionnelle* non beneficiava, per contro, di alcuna disciplina speciale, restando totalmente rimessa alle norme di diritto comune dei contratti.

¹⁷ *Ordonnance n. 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale*, in *JORF* n. 0266 del 17 novembre 2011, 19286.

¹⁸ *Décret n. 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends*, in *JORF* n. 0019 del 22 gennaio 2012, 1280.

concorde delle parti, che scelgono di far ricorso alla mediazione prima di adire l'autorità giudiziaria. In secondo luogo, la mediazione può essere convenzionale, qualora il ricorso al tentativo conciliativo sia imposto da una specifica clausola contrattuale attraverso la quale le parti di un contratto si siano precedentemente obbligate, in caso di conflitto, a farvi ricorso in via preventiva rispetto ad un eventuale ricorso giurisdizionale.

Ancora, l'accesso al procedimento di mediazione può essere previsto dalla legge, parlandosi in tal caso di mediazione obbligatoria, senza dubbio l'ipotesi più frequente di ricorso al tentativo conciliativo. In tale ipotesi è la legge che impone l'avvio del procedimento quale condizione di procedibilità della successiva azione giudiziale, relativamente ad una serie di controversie vertenti in materie tassativamente indicate dal legislatore stesso. Si tratta, in particolare, delle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari¹⁹.

Infine, il legislatore ha inteso introdurre nel sistema italiano un'ipotesi di mediazione c.d. delegata, inizialmente consistente in un semplice invito del giudice a far ricorso al tentativo di mediazione e che, in seguito alle modifiche apportate nel 2013, è stata trasformata in una vera e propria imposizione, dando vita ad una nuova forma di obbligatorietà. Difatti è oggi testualmente previsto che il giudice di primo grado o d'appello, che sia chiamato a dirimere una controversia, una volta valutata la natura della stessa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, possa ordinare a queste ultime di esperire il tentativo di mediazione, che costituisce condizione di procedibilità per la prosecuzione del processo²⁰.

In Francia, invece, il legislatore ha disciplinato espressamente solo due tipologie di mediazione, entrambe caratterizzate

¹⁹ Art. 5, comma I-bis, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

²⁰ Art. 5, comma II, d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

dall'assoluta volontarietà del ricorso. Anzitutto, dinanzi ad una controversia di competenza della giurisdizione ordinaria in materia *civile, commerciale, sociale e rurale* avente ad oggetto diritti disponibili, prima di adire l'autorità giudiziaria le parti possono scegliere spontaneamente e consensualmente di dare avvio ad una mediazione, che in tal caso prende il nome di *médiation conventionnelle*²¹. A tale modello può essere ricondotta anche la c.d. *médiation préalable*, ipotesi di tentativo obbligatorio di mediazione, preliminare all'esercizio dell'azione in giustizia, concepibile esclusivamente laddove discenda dalla comune volontà delle parti, che abbiano scelto di inserire in un contratto un'apposita *clause de médiation*.

Il secondo modello di mediazione conosciuto dall'ordinamento francese è definito *médiation judiciaire*²². Il giudice investito della causa può designare un *médiateur judiciaire* per procedere ad un tentativo di *médiation*, essendo tuttavia tenuto a raccogliere preliminarmente l'accordo delle parti, condizione che consente di mantenere inalterata la natura consensuale e volontaria dell'istituto, caratteristica principale della *médiation* francese.

4. *Il procedimento di mediazione: rigidità vs flessibilità.* – Confrontando le rispettive discipline nella parte dedicata alla regolamentazione del procedimento di mediazione, emerge immediatamente un'altra differenza fondamentale tra i due sistemi.

Nel modello italiano, infatti, il procedimento di mediazione è rigidamente definito nelle sue fasi essenziali. Il legislatore determina le modalità di presentazione e il contenuto dell'istanza, nonché la competenza territoriale degli organismi di mediazione²³, l'obbligatorietà dell'assistenza tecnica mediante avvocato²⁴,

²¹ Artt. 1528 e 1530 *CPC*.

²² L'istituto riceve una regolamentazione dettagliata, sia all'interno della *Loi* n. 95-125, la cui *section 2* ne enuncia i principi cardine, sia all'interno del *Code de procédure civile*, agli artt. 131-1 ss.

²³ Art. 4, d.lgs. 28/2010.

²⁴ Art. 5, comma *l-bis*, d.lgs. 28/2010.

lo svolgimento del primo incontro²⁵, la durata del procedimento²⁶ e la sua conclusione mediante redazione del processo verbale²⁷.

Viceversa, il modello francese si caratterizza per una quasi totale flessibilità del procedimento di mediazione. Nulla è previsto circa lo svolgimento della *médiation conventionnelle*, che resta interamente affidato alla volontà delle parti e al regolamento interno dell'organismo al quale esse si rivolgono. Nella *médiation judiciaire* si osserva, invece, una leggera attenuazione del principio di flessibilità, poiché inserendosi all'interno di un'attività giurisdizionale rigidamente regolata è necessario adattare ad essa il procedimento di *médiation*. Esso risulta pertanto disciplinato nella sua durata e nelle modalità di interazione con l'esercizio del potere giudiziario²⁸: in particolare, sono definiti i rapporti tra mediatore e giudice, il quale mantiene intatti i suoi poteri di direzione e gestione del processo, potendo interrompere il procedimento di mediazione ed intervenire ogniqualvolta il mediatore incontra delle difficoltà²⁹.

5. *La figura del mediatore: istituzionalizzazione vs autonomia privata.* – Il grado di incidenza dell'intervento normativo sulla definizione delle caratteristiche dell'istituto si ripercuote anche a livello di regolamentazione relativa ai soggetti abilitati a fornire il servizio di mediazione.

Nel modello francese chiunque può svolgere l'attività di mediatore, sia autonomamente che all'interno di un organismo di mediazione³⁰. Conseguentemente, il legislatore non si preoccupa di precisare le condizioni che l'eventuale ente deve soddisfare per poter erogare il servizio né di predisporre alcun controllo sulla gestione dell'attività di mediazione. Ciò al fine di

²⁵ Art. 8, d.lgs. 28/2010.

²⁶ Art. 6, d.lgs. 28/2010.

²⁷ Art. 11, d.lgs. 28/2010.

²⁸ Artt. 22-3 l. n. 95-125 e 131-3 *CPC*.

²⁹ Art. 131-2 *CPC*.

³⁰ Artt. 131-4 e 1532 *CPC*.

evitare di imporre *ex lege* il ricorso ad un procedimento amministrato, che potrebbe dar luogo ad un eccessivo irrigidimento dell'istituto, per sua natura caratterizzato da un'elevata dose di *souplesse* e flessibilità.

Inoltre, nell'elencare i requisiti di cui deve essere in possesso il mediatore, il legislatore francese impone che, in ragione dell'esercizio di una qualche attività anche pregressa, egli debba vantare la professionalità richiesta dalla natura della controversia. Tale requisito può essere alternativo, in caso di *médiation conventionnelle*, o cumulativo, nell'ipotesi di *médiation judiciaire*, alla sussistenza di una formazione o un'esperienza adeguata in materia di mediazione³¹. Ad ogni modo, non è prevista alcuna formazione minima obbligatoria né, tantomeno, sono individuati i soggetti idonei ad erogarla. In realtà tale lacuna è stata poi colmata dagli stessi organismi e associazioni di mediatori, che per ammettere un soggetto nella propria compagine richiedono che abbia svolto un percorso formativo presso un ente riconosciuto a livello nazionale, sebbene non in via istituzionale ma dagli stessi enti privati.

In senso diametralmente opposto, la normativa italiana introduce un meccanismo di controllo che dà luogo ad una rilevante ingerenza dei poteri statali nella regolamentazione della professione del mediatore. Difatti, la mediazione può essere condotta solo da soggetti iscritti in un organismo di mediazione, abilitato mediante iscrizione nell'apposito Registro degli organismi di mediazione presso il Ministero della Giustizia³². Ai fini dell'iscrizione occorrerà depositare, unitamente alla domanda, anche il proprio regolamento di procedura e il codice etico, cosicché possa svolgersi un controllo sulla conformità alla legge del regolamento adottato dall'organismo. Esso dovrà garantire la riservatezza del procedimento di mediazione e prevedere modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'indipendenza, nonché il rispetto dei requisiti minimi di qualificazione, formazione, aggiornamento ed onorabilità dei mediatori facenti parte dell'organismo³³.

³¹ Artt. 131-5, n. 3 e 1533 n. 2, *CPC*.

³² Art. 3, d.m. 180/2010.

³³ Art. 4, d.m. n. 180/2010.

Parimenti, il legislatore italiano ha disegnato rigidamente lo statuto del mediatore, prevedendo che egli debba possedere un titolo di studio non inferiore ad una laurea triennale, o in alternativa essere iscritto ad un ordine o collegio professionale, e possa vantare una formazione minima obbligatoria di 50 ore da svolgersi presso un ente di formazione, accreditato dal Ministero della giustizia ed iscritto in un apposito elenco³⁴, cui si aggiunge un aggiornamento biennale teorico e un tirocinio che permetta di assistere ad almeno venti casi di mediazione³⁵.

6. I poteri del mediatore: tecnica aggiudicativa vs tecnica facilitativa. – Profondamente diversi appaiono anche i poteri riconosciuti al mediatore nei due sistemi oggetto di analisi.

Nel modello italiano il soggetto chiamato a condurre la mediazione può utilizzare indifferentemente le tecniche facilitativa e aggiudicativa. In caso di fallimento della prima, o laddove le parti gliene facciano concorde richiesta, egli potrà formulare una proposta di accordo, seppur non vincolante³⁶. E tuttavia, benché le parti siano libere di accettare o meno la proposta così formulata, il mancato accoglimento della stessa non è priva di conseguenze.

Così, qualora il provvedimento che definisce il successivo giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta non accettata, il giudice escluderà la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che l'abbia rifiutata, e la condannerà al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, nonché al versamento all'erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio³⁷. Laddove invece il provvedimento non corrisponda interamente al contenuto della proposta, il giudice potrà escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, ma unicamente qualora ricorrano gravi ed eccezionali ragioni e limitatamente

³⁴ Art. 17 ss., d.m. n. 180/2010.

³⁵ Art. 4, comma III, d.m. n. 180/2010.

³⁶ Art. 11, d.lgs. 28/2010.

³⁷ Art. 13, comma I, d.lgs. 28/2010.

alle spese corrispondenti all'indennità dovuta al mediatore e al compenso dovuto, eventualmente, all'esperto nominato ai sensi dell'art. 8, comma quarto³⁸.

Tutto ciò è escluso nel modello francese, per il quale il mediatore deve svolgere un ruolo di mero *facilitateur*. Egli, infatti, non ha il compito di proporre/imporre alcuna soluzione alle parti, ma unicamente di assisterle nell'avvicinamento dei contrapposti punti di vista. Concezione, tra l'altro, perfettamente coerente con il carattere consensuale della *médiation* "alla francese", il quale richiede alle parti un impegno volontario e costante nel perseguimento del risultato finale, l'accordo, che dipende esclusivamente da queste, restando esclusa qualsiasi forma di ingerenza da parte del mediatore.

7. *L'efficacia esecutiva: sottoscrizione degli avvocati vs homologation del giudice.* – Qualora il tentativo di mediazione sia stato esperito con successo, appare fondamentale assicurare l'utilità del risultato raggiunto. Se è vero che il raggiungimento dell'accordo ha fondamento consensuale, sì che le parti dovrebbero entrambe avere interesse alla sua esecuzione spontanea, ben potrebbero verificarsi ripensamenti che diano luogo di fatto ad un inadempimento degli obblighi da esso derivanti. Di conseguenza, affinché la mediazione non costituisca un'alternativa peggiore al procedimento giudiziario, occorre che l'accordo possa essere dotato della medesima forza esecutiva posseduta dal provvedimento del giudice statale.

Affinché possa essere qualificato come *titre exécutoire* e circolare come tale all'interno dell'ordinamento francese³⁹, sarà necessario che l'accordo di mediazione rivesta la forma dell'atto notarile dotato di formula esecutiva, ovvero che la *force exécutoire* sia stata conferita attraverso una pronuncia giurisdizionale di *homologation*⁴⁰.

³⁸ Art. 13, comma II, d.lgs. 28/2010.

³⁹ Secondo quanto previsto dall'art. L 111-3 del *Code des procédures civiles d'exécution*.

⁴⁰ Art. 21-5, l. n. 95-125.

In particolare, nel caso di *médiation conventionnelle*, l'atto concluso tra le parti può essere sottoposto alla *homologation* da parte del giudice competente per la materia considerata⁴¹. A tal fine occorrerà che entrambe le parti, o almeno una di esse con il consenso espresso delle altre, presentino al giudice un'apposita domanda, sulla quale il giudice si pronuncerà senza previa discussione, salvo che ritenga necessario sentire le parti, e senza poter modificare i termini dell'accordo. In caso di accordo concluso in seguito ad una *médiation judiciaire* o di *médiation conventionnelle* intervenuta nel corso di un procedimento giudiziario, invece, organo competente al conferimento della forza esecutiva è il giudice inizialmente adito, il quale potrà procedere con l'omologazione dell'atto⁴².

Il legislatore italiano, accanto ad un simile procedimento di omologazione da parte dell'autorità giudiziaria individuata nella persona del presidente del tribunale, che potrà attribuire efficacia esecutiva all'accordo dopo averne verificato la regolarità formale e il rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, a partire dal 2013 ha introdotto un peculiare strumento avente il medesimo fine ma natura "privata". Infatti, ai sensi del novellato art. 12 del d.lgs. 28/2010, l'accordo costituisce titolo esecutivo ogniqualvolta sia stato sottoscritto, oltre che dalle parti, anche dei rispettivi avvocati che con la loro sottoscrizione attestano e certificano che l'accordo è conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico. Se da un lato tale novità assicura alle parti una procedura significativamente più snella, d'altro canto ci si domanda se gli avvocati intenderanno accollarsi la responsabilità di un'attività così delicata e tradizionalmente riservata alla competenza di un pubblico ufficiale e, in caso di risposta affermativa, quali margini residueranno allora per la procedura di omologazione giudiziale.

8. *Conclusioni*. – Illustrate a grandi linee le modalità attraverso le quali i due paesi hanno dato attuazione alla Direttiva europea in materia di mediazione civile e commerciale, si tratta ora

⁴¹ Articolo 1565 comma I CPC.

⁴² Articolo 131-12 CPC.

di valutare quale sistema possa ritenersi maggiormente efficace per la risoluzione delle controversie transfrontaliere che possano insorgere in ragione della fitta rete di scambi commerciali esistente tra Italia e Francia.

Tuttavia, in un approccio internazionale all'istituto e nell'ottica del libero mercato comune, la risposta potrà essere data solo dal livello di competitività che i regimi così introdotti saranno in grado di raggiungere e dalla maggiore appetibilità e fiducia che gli stessi susciteranno nel cittadino europeo destinatario dei servizi di mediazione.

ANASTASSIA SEMENIOUK

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN BIELORUSSIA

SOMMARIO: 1. Il concetto, il significato e il sistema delle forme alternative di risoluzione delle controversie civili. Esperienza nella Repubblica di Belarus. - 2. la mediazione in Bielorussia.

1. Il concetto, il significato e il sistema delle forme alternative di risoluzione delle controversie civili. – Tradizionalmente, forme alternative di risoluzione delle controversie civili comprendono un insieme di tecniche e metodi di risoluzione delle controversie al di fuori del sistema giudiziario dello Stato. Tuttavia, con il passare del tempo all'interno di questa categoria abbiamo cominciato a inserire le procedure esistenti non solo in parallelo con il sistema giudiziario, ma anche come valida alternativa al processo¹. Essi estendono le possibilità offerti ai cittadini e entità economici nella scelta del mezzo di risoluzione dei conflitti, al fine di garantire i loro diritti e interessi.

Ci sono opinioni diverse su cosa includono forme alternative di risoluzione delle controversie. In conformità con la prima posizione, alle forme alternative di risoluzione delle controversie si riferiscono solo trattative con una persona neutrale (siccome la decisione dei arbitrali sono vincolanti per le parti per la loro possibile esecuzione). Secondo un'altra posizione, l'alternativa significa una scelta di opzioni tra possibili risoluzioni non giudiziari, e non la scelta tra questi e il procedimento giudiziario. Secondo un altro approccio, il sistema di forme alternative di risoluzione delle controversie comprende tutte le for-

¹ *Здрок, О.Н. Примирительные процедуры в цивилистическом процессе: современная теоретическая концепция/ О.Н. Здрок// [Электронный ресурс]. http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/149170/3/%D0%97%D0%B4%D1%80%D0%BE%D0%BA%20%D0%9E.%D0%9D_1.pdf. – Data dell'accesso: 20.01.2017.*

me stragiudiziali di risoluzione dei conflitti di legge (questo approccio è il più comune)².

I metodi di risoluzione alternativa delle controversie non sostituiscono la giustizia, non bloccano l'accesso ad essa, e non sono in concorrenza con essa, il sistema di risoluzione alternativa delle controversie esiste in parallelo con la giustizia ufficiale. La società in Stati moderni è in grado in molti casi, di risolvere i conflitti tra di loro senza ricorrere al processo pubblico.

Per lo sviluppo efficace e l'applicazione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie è necessario osservare tre condizioni di base – principi giuridici: volontarietà, credibilità, in relazione ai esperti competenti che partecipano alla risoluzione della controversia, opzionalità, cioè la possibilità di determinare i metodi e le regole per la tutela dei propri diritti³.

Risoluzione alternativa delle controversie è un insieme di procedure che cambiano, si evolvono e si adeguano in base alle esigenze delle parti in causa. L'uso di forme alternative di risoluzione delle controversie spesso richiede non solo la conoscenza legale, ma anche l'utilizzo di approcci e competenze diverse. Ad esempio, durante il negoziato o implementazione della mediazione saranno necessari le conoscenze in psicologia, la risoluzione dei conflitti, e la sociologia⁴.

Le forme alternative di risoluzione delle controversie hanno una lunga storia di loro applicazione. Per lungo tempo i mediatori nella risoluzione dei conflitti sono stati i rappresentanti del clero. Agli inizi del XIX secolo nell'impero russo è stato stabilito

Кузина, В.И. Понятие, отличительные черты, преимущества и недостатки альтернативного разрешения споров/ В.И. Кузина// Мониторинг правоприменения [Электронный ресурс]. – 2012 – 4. <https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-otlichitelnye-cherty-preimuschestva-i-nedostatki-alternativnogo-razresheniya-sporov>. – Data dell'accesso: 20.01.2017.

Михель, Д.Е. Соотношение альтернативного разрешения споров и государственного правосудия/ Д.Е. Михель// [Электронный ресурс]. – <http://www.sworld.com.ua/konfer28/42.pdf>. – Data dell'accesso: 20.01.2017.

Цегельник, О.В. Краткий курс лекций по дисциплине «Основы альтернативного разрешения споров»/ О.В. Цегельник// Юридический факультет Белорусского государственного университета [Электронный ресурс]. <http://www.law.bsu.by/materials/content/?03121908>. – Data dell'accesso: 20.01.2017.

ed efficacemente gestito un sistema di tribunali commerciali, che in senso procedurale stretto, non li erano. Ciò era dovuto al fatto che almeno la metà dei giudici erano eletti dai rappresentanti dei commercianti (non al di sotto del 1° o 2° gilda). Ma il processo stesso in tribunale commerciale si teneva in forma di procedura di conciliazione, ed si applicavano principalmente le norme di diritto consuetudinario. Nei rapporti dei tribunali commerciale dell'Impero russo di quel tempo (metà del XIX secolo) veniva usato il termine "mediatore" e si sottolineava l'utilità di risoluzione delle controversie commerciali con coinvolgimento del mediatore. Quindi, possiamo concludere che il metodo in prossimità del sistema di funzionamento di mediatori moderni esisteva ed si adoperava efficacemente in quei tempi⁵.

L'aumento della popolarità di forme alternative di risoluzione delle controversie in diversi ambiti delle relazioni civili ha portato alla esistenza della diversità delle loro forme. Ci sono un certo numero di criteri per la classificazione delle ADR.

Secondo Il metodo procedurale utilizzato per ottenere il risultato dell'applicazione:

- controverso (arbitrato, arbitrato commerciale internazionale);
- consensuale (negoziazione, conciliazione, mediazione, ecc);
- raccomandazione (decisione arbitrale a carattere di raccomandazione, mini-processo, processo semplificato con giuria, un esame indipendente per stabilire le circostanze del caso);
- Misto (mediazione, l'arbitrato, arbitrato, mediazione, risoluzione delle controversie collettive di lavoro).

Secondo la possibilità dell'applicazione del diritto sostanziale:

- giurisdizionale – in base all'applicazione della legge (arbitrato, arbitrato commerciale internazionale);
- non giuridico – basato sull'armonizzazione degli interessi delle parti (negoziazione, conciliazione, mediazione).

⁵ *Ананич, Е.А. Понятие и виды альтернативных способов разрешения правовых конфликтов/ Е.А. Ананич// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

Secondo il numero delle parti che partecipano alla risoluzione della controversia o la soluzione del conflitto:

- diretti (parti negoziali; procedura di reclamo stabilito dalle parti in proprio);
- che comprende un terzo facilitatore, la risoluzione delle controversie o il regolamento del conflitto (mediazione, conciliazione, arbitrato).

Secondo degli obiettivi di legge, che cercano di raggiungere le parti in conflitto utilizzando un particolare metodo di ADR:

- La tutela dei diritti (arbitrato, arbitrato commerciale internazionale);
- riconciliazione di interessi (negoiazione, mediazione, conciliazione, ecc);
- stabilire le circostanze di rilevanza giuridica (opinione di esperti, arbitrato senza la decisione vincolanti, ecc)⁶.

Il criterio per questa divisione è la partecipazione alla risoluzione della controversia di una terza persona o autorità. Gli elementi di questi tre tipi "puri" sono inclusi come un componente in molte altre procedure. Così, le trattative hanno quasi sempre un posto in qualsiasi altra forma alternativa, e la mediazione è spesso usata come fase di pre-trattamento prima del processo. Inoltre, i componenti dei principali tipi si mescolano tra loro, formando nuove forme combinate⁷.

Inoltre, forme alternative di risoluzione delle controversie possono essere applicati solo sulla base della libera volontà delle parti (private) e possono essere utilizzati all'interno del sistema giudiziario (pubblico).

⁶ Цегельник, О.В. Краткий курс лекций по дисциплине «Основы альтернативного разрешения споров»/ О.В. Цегельник// Юридический факультет Белорусского государственного университета [Электронный ресурс]. <http://www.law.bsu.by/materials/content/?03121908>. – Data dell'accesso: 20.01.2017.

⁷ Романенко, М.А. Альтернативные формы разрешения правовых конфликтов: выбор оптимальной модели/ М.А. Романенко// Вестник Астраханского государственного технического университета [Электронный ресурс]. – 2005 – 5. – <https://cyberleninka.ru/article/n/alternativnye-formy-razresheniya-pravovyh-konfliktov-vybor-optimalnoy-modeli>. – Data dell'accesso: 20.01.2017.

L'uso delle forme alternative di risoluzione delle controversie sta diventando sempre più comune in tutto il mondo. Questa forma di risoluzione delle controversie ha alcuni vantaggi rispetto ai tradizionali, tra i quali ci sono:

- semplicità delle procedure, mancanza di rigorose norme procedurali;
 - un lasso di tempo più breve per la risoluzione delle controversie;
 - la possibilità delle parti in conflitto di scegliere chi risolve la loro controversia;
 - la riservatezza della risoluzione delle controversie;
 - la maggior parte delle procedure termina con il raggiungimento di un accordo reciprocamente vantaggioso;
 - versatilità di forme alternative di risoluzione delle controversie;
 - la risoluzione alternativa delle controversie può essere vantaggiosa per le parti dal punto di vista economico;
 - inoltre, l'uso di forme alternative di risoluzione delle controversie contribuisce ad "alleggerire" i tribunali statali.
- Allo stesso tempo è possibile allocare alcuni svantaggi:
- forme alternative non sono appropriati per le controversie che contengono complesse questioni giuridiche;
 - controversie con la molteplicità dei mezzi alternativi possono essere inefficaci, a causa della loro natura consensuale;
 - la mancanza di volontà di cooperare può essere un ostacolo per l'utilizzo di forme alternative di risoluzione delle controversie.

Vale la pena notare che queste carenze non siano intrinsecamente inerenti al sistema di risoluzione alternativa delle controversie legali e associati sia con un malinteso o di non corretta applicazione delle forme alternative. Ogni forma di risoluzione alternativa delle controversie ha una propria serie di vantaggi ed è più adatta per alcune controversie. Il problema principale per le parti in causa è quello di selezionare correttamente il metodo appropriato dalla varietà di forme alternative di risoluzione.

In molti paesi sviluppati, le forme di risoluzioni alternative delle controversie sono presentati attraverso vari tipi e sono ampiamente utilizzati. In alcuni casi, il loro uso può essere obbli-

gatorio. Ad esempio, il codice civile della California prevede la mediazione obbligatoria per tutte le controversie relative alla cura e custodia dei minori; le regole di arbitrato dello Stato delle Hawaii prevede che per tutte le controversie monetarie non superiori a \$ 150 000 deve prima essere vagliato dall'arbitrato cautelare pre-trial⁸.

La tendenza generale di ampliare le forme di risoluzione alternativa delle controversie è attuale anche per la Repubblica di Bielorussia. Questa tendenza vale soprattutto per i processi civili ed economici, dove tradizionalmente nel quadro del principio di effettività si presta attenzione a incentivare le parti per la risoluzione indipendente del loro conflitto attraverso la conclusione di un accordo transattivo o l'uso di giurisdizione extra giudiziale⁹.

Il codice di procedura economica della Bielorussia e il codice di procedura civile contengono disposizioni che obbligano il giudice ad assistere le parti nella conclusione di un accordo transattivo. L'articolo 251 del Codice del Lavoro della Repubblica di Belarus stabilisce la possibilità di creare un corpo di riconciliazione, mediazione e l'arbitrato per la soluzione delle controversie individuali di lavoro, senza limitare il diritto alla tutela giurisdizionale del lavoratore. La riconciliazione è possibile anche nei procedimenti penali in casi specifici. Le parti 2 e 3 dell'articolo 26 del codice di procedura penale della Repubblica di Belarus contengono un elenco di casi di accusa privata. La causa viene avviata dalla persona colpita dal crimine, dal suo legale rappresentante o da un rappresentante di una persona giuridica e il procedimento della causa deve essere chiuso in caso di sua riconciliazione con l'imputato.

Inoltre, secondo l'articolo 89 del codice penale il trasgressore, se non presenta il grave pericolo pubblico, o ha commesso un reato meno grave per la prima volta, può essere esonerato

⁸ Штепан, П. *Альтернативные способы разрешения споров/ П. Штепан// [Электронный ресурс].* – <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1129449>. – Data dell'accesso: 20.01.2017.

⁹ Здрок, О.Н. *Примирительные процедуры в гражданском судопроизводстве: понятие, классификация, тенденции развития (на примере Республики Беларусь)/ О.Н. Здрок// Вестник гражданского процесса.* – 2012. – 1. – p. 180-223.

dalla responsabilità penale se ha riconciliato con la vittima e ha compensato il danno causato dal reato.

Nella Repubblica di Belarus sono utilizzati le seguenti forme di risoluzione alternativa delle controversie: negoziati, la procedura di reclamo, l'accordo transattivo, mediazione, conciliazione nelle cause legali economiche, il tribunale arbitrale. Vale la pena notare che le forme principali della risoluzione alternativa delle controversie come la mediazione e l'arbitrato, che sono ampiamente utilizzati in molti altri paesi, nella Repubblica di Belarus non sono diffusamente utilizzati, ad eccezione di arbitrato commerciale internazionale.

2. La mediazione in Bielorussia. – Ci sono varie definizioni di mediazione. La definizione giuridica di questo concetto è sancita dall'articolo 1 della legge "sulla mediazione": "negoziato tra le parti con la partecipazione di un mediatore per risolvere la controversia (controversie) con intenzione di formulare un accordo reciprocamente accettabile". Il mediatore in questo processo agisce come una parte neutrale, imparziale, non interessata alla vertenza. Va notato che la mediazione – è un campo interdisciplinare che combina la conoscenza dei diversi settori, come ad esempio la gestione dei conflitti, diritto, psicologia.

Possiamo selezionare i vari tipi di mediazione seguendo vari criteri. L'articolo 2 della legge della Repubblica di Belarus "sulla mediazione" definisce il campo di applicazione: "Questa legge regola i rapporti connessi con l'uso della mediazione per risolvere controversie derivanti da rapporti civili, anche in relazione al imprenditoria e altre attività economiche e commerciali, nonché le controversie derivanti dal lavoro e relazioni familiari, salvo disposizioni contrarie previsti dagli atti legislativi o che derivano dalla natura dei rispettivi rapporti".

Così, in Bielorussia si possono distinguere la mediazione commerciale, mediazione familiare, mediazione delle controversie di lavoro. Vale la pena notare che in alcuni paesi, la mediazione è utilizzata nella giustizia penale, dove per definire questo fenomeno vengono utilizzati termini differenti: "giustizia ricostituiva", "giustizia di comunità", "giustizia informale", "giustizia ripartiva". La mediazione può essere effettuata anche

prima di andare in processo e attuata dopo l'inizio del procedimento giuridico.

La mediazione può garantire una risoluzione extragiudiziale rapida ed efficace per i costi sostenuti delle controversie in materia civile. Per quanto riguarda gli accordi raggiunti attraverso la mediazione, vi è un'alta probabilità che essi saranno eseguiti volontariamente, così come una maggiore probabilità che essi garantiranno la conservazione di relazioni amichevoli e sostenibili tra le parti.

Nel sistema giuridico della Bielorussia questo istituto è apparso di recente. Il 24/01/2014 è entrato in vigore il documento principale in questo settore – la Legge della Repubblica di Belarus datata 07/12/2013 numero 58 “sulla mediazione”. Inoltre, lo sviluppo della legge è stato influenzato da una serie di atti giuridici subordinati, che hanno apportato le modifiche ed aggiunte ad alcuni codici della Repubblica di Belarus appropriati. Appare importante notare che la Corte costituzionale della Repubblica di Bielorussia nella sua decisione del 08/07/2013 numero 842/2013 indicò la non conformità di alcune disposizioni del codice di procedura commerciale della Repubblica al testo della legge “sulla mediazione”. Le contraddizioni relativi alle definizioni dei concetti di base contenuti nell'articolo 1 del codice di procedura commerciale: la conciliazione, il conciliatore.

L'efficacia della mediazione nel nostro Paese può essere analizzata in base alla prassi della sua applicazione. Da questo punto di vista è molto indicativa a pratica della corte del distretto di Minsk. Nel 2014, per i 113 casi estremamente complicati presenti in tribunale per più di due mesi, è stata applicata la mediazione, e per i 25 casi il processo è stato sospeso. L'efficacia della mediazione è stata del 22%. Nel 2015, il ricorso alla mediazione è stato proseguito sempre per i casi più difficili, ma non dopo un lungo procedimento giuridico, quando oramai i rapporti tra le parti sono diventati estremamente conflittuali e le parti hanno sostenuto i costi significativi connessi al processo giudiziario, ma soprattutto dopo l'indagine, l'udienza preliminare o il primo incontro davanti alla corte. Il diverso approccio alla procedura di mediazione ha notevolmente aumentato la sua efficacia. Dei 38 casi per i quali è stata svolta la mediazione, nel 2015, i 21 di essi sono stati sospesi, dunque la sua efficacia è stata del 55%. Durante l'in-

tero periodo di applicazione della mediazione nei anni 2014 e 2015, i procedimenti sono stati sospesi con l'approvazione di un accordo amichevole tra le parti approvato dal giudice per i 36 casi, per la desistenza da querela – in 10 casi. La maggior parte dei casi dove il procedimento è stato sospeso dopo l'applicazione della mediazione erano le controversie di lavoro (13 casi)¹⁰.

Così, l'efficacia complessiva della mediazione in questo tribunale per il biennio 2014-2015 era del 30%. Questa cifra è ben lontana dai percentuali dell'efficacia della mediazione in Europa occidentale, dove in alcuni paesi supera il 90% (questo dato è tipico per gli USA)¹¹ ma si dovrebbero prendere in considerazione molti fattori. La mediazione nel nostro paese è una realtà recente, per di più, vi è una tendenza positiva di una maggiore efficienza. Le cause per le quali è stata applicata la mediazione nel tribunale del distretto di Minsk, erano le più complesse. È molto importante anche il fatto che, dopo la mediazione non è stato presentato dalle parti interessati alcun ricorso contro le sentenze del tribunale che pronunciavano la sospensione del procedimento, tutte le sentenze sono entrate in vigore. Questo indica l'efficacia dei risultati raggiunti nel corso dei negoziati tra le parti con la partecipazione del mediatore. Parimenti, tale percentuale dell'efficacia della mediazione ha contribuito a ridurre in modo significativo il sovraccarico dei procedimenti non soltanto del tribunale del distretto di Minsk, ma anche dei giudici di Cassazione e delle istanze di vigilanza.

Nel 2015, complessivamente, il tribunale distrettuale di Minsk ha esaminato 7463 controversie di contenzioso civile. Di questi, la mediazione è stata applicata per 29 vertenze, che rappresentano solo circa il 0,4%. Gli accordi di mediazione sono stati raggiunti in 16 casi.

¹⁰ *Афонский, С.Н. Применение медиации в практической деятельности суда первой инстанции/ С.Н. Афонский// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

¹¹ *Беляева, Т.А. Понятие медиации как альтернативного способа разрешения споров/ Т.А. Беляева// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

Le regole di base della mediazione sono i suoi principi. La stretta osservanza dei principi della mediazione è la prima e la più importante condizione per il funzionamento della mediazione come un istituto giuridico e uno strumento di risoluzione dei conflitti. I principi su i quali si basa la mediazione nel nostro Paese sono sanciti dall'articolo 3 della legge "sulla mediazione". Essa specifica i seguenti principi: volontarietà, l'onestà, l'uguaglianza e la cooperazione tra le parti, l'imparzialità e l'indipendenza del mediatore, la riservatezza.

Principi analoghi sono sanciti dal regolamento di attuazione della mediazione approvato con decreto del Consiglio dei Ministri del 28/12/2013 n. 1150.

Il principio di volontarietà presuppone che la coazione a partecipare alla mediazione non è permessa. Le parti hanno il diritto di recedere liberamente dalla mediazione in qualunque momento. Nessuna delle proposte presentate dalle parti non è vincolante se non è fissata in un accordo mediativo. All'interno della legislazione della Bielorussia non sono previsti i casi di mediazione obbligatoria.

Esiste un'opinione che questo principio non dovrebbe essere assoluto. Si propone di limitarlo mediante l'introduzione della mediazione obbligatoria. Così, secondo Anischenko A.I. l'introduzione della mediazione obbligatoria per alcune categorie di casi può essere uno dei possibili modi per garantire un maggiore utilizzo della mediazione¹².

Allo stesso tempo, non tutti sono ottimisti per la futura introduzione di mediazione obbligatoria. Così, Shamlikashvili Z.A. cita come esempio l'esperienza di Italia: "Questa nuova istituzione flessibile e democratica dovrebbe avere la possibilità di libero sviluppo. Inserire la mediazione obbligatoria non è mai troppo tardi, invece causare un danno irreparabile con una eccessiva pressione amministrativa è molto facile. Come, ad esempio, in Italia, dove dopo l'adozione della legge sulla mediazione andare in tribunale per la maggior parte delle cause

¹² Анищенко, А.И. Развитие альтернативного разрешения споров в Республике Беларусь/ А.И. Анищенко// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.

civili è possibile solo dopo la mediazione. L'entrata in vigore della legge ha portato il malcontento dei cittadini e imprenditori e avvocati hanno visto questa norma come una minaccia diretta per i loro proventi e hanno protestato con scioperi di massa. Niente di meglio per screditare la nuova istituzione"¹³.

Gli oppositori della introduzione della mediazione obbligatoria, pur non negando la sua efficacia, ritengono che la sua promozione dovrebbe essere limitata alla sensibilizzazione sulle opportunità di mediazione, i vantaggi della risoluzione autonoma della controversia tra le parti in confronto con la risoluzione giudiziaria in tribunale.

Il principio di buona fede, dell'uguaglianza e della cooperazione tra le parti presuppone che le parti in mediazione sono dotati di un uguale misura di diritti e doveri. Ciascuna delle parti ha il diritto di esprimere opinioni, di proporre opzioni per la risoluzione del conflitto, di fare dichiarazioni, di presentare documenti relativi alla controversia, e così via. La buona fede e la cooperazione esprimono la volontà delle parti di partecipare ai negoziati correttamente e apertamente, di compiere azioni necessari per arrivare alla risoluzione delle controversie, rispettare il mediatore e le altre parti della mediazione, diligentemente attuare gli accordi raggiunti.

Il principio di imparzialità e indipendenza del mediatore presuppone che il mediatore non può proporre alle parti le soluzioni per risolvere il conflitto, obbligare le parti a prendere alcuna decisione, valutare le azioni delle parti, prendere posizione, dare consigli circa le prospettive della risoluzione della controversia, di cui davanti alla corte. Il mediatore non ha il diritto ad essere un rappresentante di una delle parti sulle faccende relative al conflitto in questione.

Il principio di riservatezza presuppone che qualsiasi informazione acquisita da un mediatore o dalle parti in relazione alla loro partecipazione alla mediazione è riservata e non deve essere divulgata se non con il consenso di chi ha fornito tale informazione. L'informazione riservata non sarà comunicata ne ai

¹³ *Каменков, В.С. Медиация в адвокатской деятельности/ В.С. Каменков// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

terzi ne alla corte oppure qualsiasi altro organo di stato o organizzazione¹⁴.

Al ruolo particolare del principio di riservatezza è data importanza anche nei documenti internazionali. La Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21.05.2008 “relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale” dedica un intero articolo al principio di riservatezza, dove sono ammesse solo due eccezioni a questo principio:

- ciò sia necessario per superiori considerazioni di ordine pubblico dello Stato membro interessato, in particolare sia necessario per assicurare la protezione degli interessi superiori dei minori o per scongiurare un danno all’integrità fisica o psicologica di una persona; oppure
- la comunicazione del contenuto dell’accordo risultante dalla mediazione sia necessaria ai fini dell’applicazione o dell’esecuzione di tale accordo.

Secondo l’articolo 92 del codice di procedura civile della Repubblica di Belarus i mediatori sono autorizzati a non essere testimoni sulle circostanze di cui sono venuti a conoscenza in relazione all’esercizio delle funzioni di mediatore.

Al fine di garantire il rispetto dei principi di base della mediazione, con Decreto del Ministero della Giustizia della Repubblica di Belarus del 2014/01/17 n. 15 sono state approvate le Regole di etica del mediatore, dove si concretizzano i principi della mediazione.

L’articolo 1 della legge “sulla mediazione” fornisce una definizione di “mediatore”:

“Il mediatore è un individuo che soddisfa i requisiti della presente legge, le parti coinvolte nei negoziati come una persona disinteressata per assisterli per risolvere una controversia (lite).”

I requisiti per il mediatore sono previsti dall’articolo 4 della suddetta legge. Il mediatore deve avere un diploma di laurea (non necessariamente in giurisprudenza) e formazione in mediazione o avere esperienza come conciliatore. Il mediatore non ha il diritto di essere un rappresentante delle parti della controversia. Inoltre, altri requisiti per il mediatore, possono es-

¹⁴ *Принципы медиации [Электронный ресурс]*. – <http://www.mediacia.by/principy-mediicii>. – Data dell’accesso: 20.01.2017.

sere impostate all'interno dell'accordo sul ricorso alla mediazione. All'interno del sopraccitato articolo sono elencati i motivi per i quali una persona non può essere mediatore.

Ai sensi del Codice Civile della Repubblica di Belarus l'attività del mediatore non è riconosciuta come imprenditoriale.

I futuri mediatori sono formati all'interno dei Centri specializzati, autorizzati a svolgere le attività didattiche in questo campo. Oggi in Bielorussia ci sono tre organizzazioni in questo settore che offrono due corsi: per coloro che hanno una laurea in legge, e per coloro che non hanno una formazione universitaria in giurisprudenza.

La disciplina del rilascio e della cessazione di validità dei certificati di mediatore è dettagliatamente regolarizzata dal decreto del Consiglio dei Ministri il decreto del 21/12/2013 n. 1184.

Secondo la legge della Repubblica di Belarus "sulla mediazione", la mediazione può essere effettuata sia prima del processo in tribunale, sia dopo l'inizio del procedimento presso il tribunale prima della decisione del giudice sul merito.

Nelle cause civili, la Corte, in conformità con le disposizioni del paragrafo 3 dell'articolo 262 e degli articoli 280 e 285 del codice di procedura civile della Bielorussia, il giudice ha l'obbligo di spiegare alle parti i loro diritti e obblighi (compreso il diritto di una risoluzione volontaria della controversia stipulando non solo l'accordo pacifico, ma anche attraverso l'uso della mediazione), nonché a chiarire le conseguenze di tali azioni.

La Corte Suprema della Repubblica di Belarus ha raccomandato ai giudici di applicare i seguenti parametri al momento di decidere sulla raccomandazione di mediazione. Quando si lavora con le parti, il giudice dovrebbe spiegare i principali vantaggi della mediazione come mezzo di risoluzione delle controversie. Al momento di decidere su raccomandazione della mediazione è necessario considerare alcune caratteristiche della controversia, il grado di interazione dei conflitti, le singole caratteristiche di personalità dei partecipanti e altre condizioni. La mediazione viene consigliata per i casi quando:

- La parte (le parti) non è propensa per il lungo processo considerando la possibilità di un appello, la parte preferisce orientare le proprie forze alle altre sfere della vita e non vuole essere coinvolta in un lungo contenzioso;

- La parte è segnata psicologicamente ed è offesa, allo stesso tempo propensa a proteggere il suo stato emotivo e sarà soddisfatta se vedesse un atteggiamento rispettoso della controparte;
- La parte è abituata a tenere la situazione sotto il proprio controllo e non è propensa ad affidarsi totalmente ai atti del giudice (in particolar modo nei casi relativi a questioni molto specifiche di carattere professionale);
- La parte non possiede le prove sufficienti e non è abbastanza preparata, inoltre non vi è alcuna certezza che la Corte accetterà le prove presentate ed, se necessario, si potrà presentare ulteriori elementi di prova;
- Per le parti è più facile provvedere le condizioni di risoluzione della controversia autonomamente che ottenere il loro soddisfacimento in una sentenza del tribunale (ad esempio, pagamento dilazionato oppure la sospensione dell'esecuzione della sentenza);
- Per i contenziosi, con una tassa di registro esigua, quando è impossibile risolvere la controversia nel suo complesso;
- La parte ha pagato una cospicua tassa di registro, ma ha i dubbi sulla decisione della corte in suo favore e sul rimborso delle spese subite nel procedimento, interessata in generale a ridurre i costi.

Se le circostanze di cui sopra, presenti in tutto o in parte, hanno un valore significativo per le parti è ragionevole il riferimento alla mediazione.

Secondo la parte 2 dell'articolo 285 del codice di procedura civile, la dichiarazione dove le parti decidono di ricorrere all'uso della mediazione viene apportata nel verbale dell'udienza e viene firmata, rispettivamente, dal ricorrente e dal convenuto, dai loro rappresentanti, se partecipano all'udienza.

L'accordo sul ricorso alla mediazione deve essere in forma scritta. I requisiti applicati a tale accordo sono previsti dall'articolo 10 della legge "sulla mediazione":

- esplicito consenso delle parti di ricorrere alla mediazione;
- una disposizione secondo la quale tutti o alcuni controversie sorte (o che possono sorgere) dai rapporti delle parti verranno risolti tramite la mediazione;
- la disponibilità di informazioni sul mediatore, il luogo e l'orario della mediazione, il compenso del mediatore.

Nel caso in cui parti firmano l'accordo sull'uso di mediazione il giudice deve sospendere il procedimento di cui il punto 4-1 del comma 1 dell'articolo 160 del codice di procedura civile della Repubblica di Belarus. All'interno della decisione della sospensione la corte stabilisce un periodo per la mediazione, che non può superare i sei mesi dalla data di conclusione del suddetto accordo (punto 4 dell'articolo 13 della legge "sulla mediazione").

Inoltre, dalla data di conclusione di un accordo sul ricorso alla mediazione viene sospeso il termine di prescrizione per azioni, derivanti dai diritti e gli obblighi facenti oggetto di discussione tra le parti, a partire dalla data di conclusione del suddetto accordo al termine della mediazione (articolo 11 della legge "sulla mediazione"). Ai sensi dell'articolo 203 del Codice Civile della Repubblica di Belarus il termine di prescrizione è sospeso a condizione che l'accordo ha avuto luogo negli ultimi sei mesi del termine di prescrizione, e se questo periodo è di sei mesi o meno di sei mesi – entro i termini di prescrizione.

Il contratto concluso tra il mediatore e le parti, ha una natura giuridica speciale. Si deve essere distinta dal accordo di prestazione di servizio dietro un pagamento. La differenza principale sta nel fatto che il cliente, quando si firma un contratto per la fornitura di servizi a pagamento, sa in anticipo quello che dovrebbe essere il risultato finale, come egli la definisce nell'oggetto del contratto. A differenza delle parti che fanno riferimento alla mediazione e concludono un accordo con un mediatore senza sapere quale sarà il risultato della mediazione. Non lo sa di certo neanche il mediatore. Il risultato di una mediazione può essere un accordo mediativo, ma può succedere che le parti non raggiungono un accordo¹⁵.

L'informazione che riguarda i mediatori debitamente registrati e organizzazioni che forniscono la mediazione è disponibile sul sito del Ministero della Giustizia della Repubblica di Bielorussia <http://minjust.gov.by/ru/mediation/>. Alla data del 02/04/2016 ci

¹⁵ Качицкая, Е.С. *Правовая природа отношений, возникающих в процедуре медиации, и соглашений, заключаемых при ее проведении* / Е.С. Качицкая // *Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

sono circa 3225 mediatori e 3 organizzazioni di formazione in campo di mediazione.

Va notato che l'articolo 6 della legge "sulla mediazione" indica specificamente in che forma può essere creata organizzazione che fornisce mediazione: una organizzazione non-profit, sotto forma di un ente o una suddivisione separata di una persona giuridica.

La procedura di mediazione è regolata dettagliatamente dal regolamento di mediazione approvato con decreto del Consiglio dei Ministri della Repubblica di Belarus n. 1150 del 28/12/2013.

L'accordo sul ricorso alla mediazione è la base per l'inizio della procedura di mediazione.

Il punto 25 del Regolamento di mediazione prevede le fasi di mediazione:

- l'apertura della mediazione (osservazioni introduttive del mediatore);
- la presentazione delle parti (lo studio delle circostanze della controversia e gli interessi delle parti);
- discussione delle parti dell'ordine del giorno e le questioni per la discussione;
- conversazione individuale del mediatore con ciascuna delle parti;
- sviluppo delle proposte per risolvere la controversia;
- Preparazione di un accordo mediativo e la sua firma;
- completamento della mediazione.

Le fasi della mediazione sono determinati esclusivamente dal mediatore. Il Regolamento prevede anche il regolamentazione delle azioni del mediatore e delle parti in ogni fase del procedimento, i diritti e doveri delle parti del procedimento della mediazione.

Pare rilevante notare che le fonti internazionali del diritto, in contrasto con le disposizioni della legislazione bielorusa, stabiliscono il diritto degli parti di scegliere il metodo e le regole della mediazione. Ad esempio, nella direttiva del Parlamento europeo e di Consiglio dell'Unione Europea numero 2008/52/CE è stabilito che le parti possono organizzare il processo di mediazione in base alle proprie esigenze. Contiene disposizioni analoghe anche il regolamento arbitrale UNCITRAL, che punta alla libertà delle parti per la scelta del metodo o le regole della procedura di conciliazione e la possibilità di un mediatore per

condurre la procedura a propria discrezione. La legislazione bielorussa prevede soltanto il diritto delle parti di proporre un ordine di mediazione al mediatore¹⁶.

Le norme previste dalla legislazione della Repubblica di Belarus su questa questione, non rispettano pienamente lo spirito della risoluzione alternativa delle controversie. La non possibilità delle parti della lite di influenzare il processo di risoluzione della controversia dovrebbe essere caratteristica solo per gli enti pubblici dotati di poteri. Le parti dovrebbero avere il diritto, insieme con il mediatore a determinare il metodo e le regole applicate al procedimento di mediazione che li riguarda. Questi cambiamenti probabilmente aumenterebbero l'attrattiva della scelta di questa forma di risoluzione alternativa delle controversie. Per consolidare la correzione su questa importante questione servirebbe un'integrazione all'articolo 3 della legge "sulla mediazione" del principio dell'autonomia delle parti.

Inoltre, il mediatore deve rispettare i requisiti del regolamento etico del mediatore, approvato con decreto del Ministero della Giustizia della Repubblica di Belarus del 17/01/2014 n. 15. Le violazioni ripetute delle norme deontologiche dal mediatore possono essere la causa di revoca del certificato del mediatore.

Secondo il punto 43 del regolamento la mediazione è terminata:

- "quando le parti concludono un accordo mediativo – a partire dalla data della sua firma;
- su richiesta scritta di una, alcune o tutte le parti, indirizzata direttamente al mediatore, di rinuncia di continuare la mediazione – a partire dalla data di tale richiesta;
- alla scadenza del termine preposto per la mediazione – dalla data della sua scadenza".

Se non è possibile risolvere la controversia con l'assistenza di un mediatore, su richiesta delle parti, la Corte riavvia il procedimento legale e esamina il caso seguendo le norme del Codice di procedura civile della Bielorussia.

¹⁶ *Беляева, Т.А. Теоретико-правовые особенности процедуры медиации/ Т.А. Беляева// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

Un possibile risultato di una mediazione è la conclusione di un accordo mediativo. Troviamo la definizione di esso nell'articolo 1 della legge "sulla mediazione", "accordo stipulato tra le parti a seguito di negoziati condotti con le modalità previste dalla presente legge, per risolvere la controversia (lite)."

Alcuni autori ritengono che l'accordo mediativo è una transazione civile. Così, Kachitskaya E.S. osserva che per tale operazione possono essere applicate le norme del diritto civile in materia di compensazione, novazione, cancellazione del debito, sulla compensazione o richiesta dei danni¹⁷.

Allo stesso tempo, la legge non collega il termine "accordo mediativo" con un particolare ramo del diritto o normativo. Ciò sottolinea la natura trasversale di tale accordo. Inoltre, non in tutte le aree di applicazione della mediazione è possibile concludere un accordo mediativo in forma di negozio giuridico.

I requisiti dell'accordo mediativo sono previsti dal comma 1 e 2 dell'articolo 15 della legge "Sulla mediazione". Per un accordo di mediazione è prevista la forma scritta, esso deve inoltre contenere informazioni sulle parti, il mediatore, l'oggetto della controversia, l'impegno presi dalle parti, mirati a risolvere la controversia, e la tempistica della loro attuazione. Inoltre l'accordo mediativo non deve essere in contrasto con i requisiti di legge e di violare i diritti di terzi.

Dopo aver messo a punto una soluzione accettabile alla controversia, le parti si trovano ad affrontare la necessità di redigere un accordo mediativo. In questo caso, in base al comma 42 del Regolamento della mediazione approvato con il decreto del Consiglio dei Ministri del 28/12/2013 n.1150, il mediatore può aiutare le parti: "Il mediatore può, su richiesta delle parti, aiutare le parti nella stesura del accordo mediativo, verificare la legittimità dell'accordo e la possibilità che esso possa essere consolidato dalla corte a titolo di accordo amichevole nei casi stabiliti dalla legge".

Sulla base del accordo mediativo concluso, le parti possono rivolgersi al giudice con una richiesta di approvazione dell'ac-

¹⁷ *Качицкая, Е.С. Правовая природа отношений, возникающих в процедуре медиации, и соглашений, заключаемых при ее проведении/ Е.С. Качицкая// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

cordo amichevole steso sulla sua base dell'accordo mediativo, con una richiesta di desistenza da querela del ricorrente, dell'accettazione del ricorso dal convenuto. In presenza di tali richieste la Corte, ai sensi dell'articolo 285-1 del codice di procedura civile della Repubblica di Belarus, riprende il procedimento sospeso e lo osserva in merito.

In conformità con le disposizioni di cui all'articolo 259 del Codice Fiscale della Repubblica di Belarus se viene raggiunto un accordo di riconciliazione per tutte le richieste al ricorrente viene rimborsato l'importo pari al cinquanta per cento della tassa di registro pagata. Al termine del procedimento in conseguenza alla conclusione dell'accordo amichevole e (oppure) l'abbandono dell'azione legale del ricorrente in relazione all'ammissione o la soddisfazione volontaria del credito da parte di convenuto, il rimborso della tassa di registro viene effettuata in proporzione della parte del ricorso per la quale è stata concordata la conciliazione. La parte rimanente della tassa di registro e le altre spese processuali vengono ripartiti tra le parti secondo le regole di cui all'articolo 137 del codice di procedura civile della Repubblica di Belarus.

Ci sono questioni problematiche concernenti l'esecuzione di un accordo mediativo. Le norme generali sono stabiliti dall'articolo 15 della legge "Sulla mediazione". Un accordo mediativo è esecutivo in base ai principi di buona fede e buona volontà delle parti. L'esecuzione coattiva di un accordo mediativo non è possibile nelle seguenti condizioni: l'accordo non è stato approvato dal tribunale come soluzione pacifica della controversia; l'accordo non corrisponde ai requisiti previsti dalla normativa del procedimento economico dell'accordo amichevole; accordo mediativo è firmato con la partecipazione di un mediatore, non incluso nel registro dei mediatori.

Non è stata trovata la soluzione del problema connesso alla possibilità di coercizione della parte inadempiente per eseguire un accordo mediativo. La possibilità dell'applicabilità di esecuzione coattiva ad accordo mediativo è una salvaguardia necessaria per tutelare i diritti delle parti in buona fede dai possibili abusi dell'altra parte.

Il problema non sussiste se la mediazione è stata effettuata dopo l'avvio del procedimento giudiziale. In questo caso, la con-

troversia si conclude con l'imposizione di un atto giudiziario sul caso, il che significa che è possibile avviare il procedimento di esecuzione. Secondo l'articolo 461 del codice di procedura civile della Bielorussia sono soggette alla esecuzione le sentenze, le decisioni e le sentenze dei tribunali in materia civile, nonché gli accordi amichevoli approvati dal tribunale. In caso di mancato adempimento volontario in questa situazione la parte diligente può rivolgersi al tribunale per un titolo esecutivo.

Allo stesso tempo, non vi è alcuna possibilità di avviare un procedimento di esecuzione nel caso la mediazione è stata effettuata prima dell'avvio del procedimento giudiziale. In una situazione del genere, in caso di mancata esecuzione dell'accordo dalla parte inadempiente, l'altra parte sarà costretta ad andare in tribunale. Il soggetto del processo sarà un nuovo rapporto giuridico sorto sulla base di un accordo mediativo. Ecco l'occasione per abuso dei diritti da parte della controparte sleale e negligente. Ad esempio, nel corso della mediazione, una delle parti fa delle concessioni (perdona parte del debito, rinuncia a recuperare i danni, etc.). Allora, alla base dell'accordo mediativo viene posto un compromesso. Tuttavia, l'altra parte non rispetta gli obblighi di recente assunti, nonostante il fatto che essi sono più blandi rispetto a quelli originali. Di conseguenza, la parte diligente ha il diritto di chiedere la tutela dei diritti in tribunale, ma solo in riferimento all'accordo mediativo concluso. Di conseguenza, quella parte si ritrova in una situazione peggiore rispetto a prima dell'avvio di mediazione: in primo luogo, ha sprecato il tempo per la risoluzione della controversia inutilmente, secondo, ha ridotto l'importo del sollecito che poteva essere richiesto in tribunale¹⁸.

Uno dei modi più semplici per risolvere questo problema è quello di applicare alla parte inadempiente le misure di responsabilità civile sotto forma di multe e sanzioni per l'inadempimento degli obblighi. L'articolo 15 della legge "sulla mediazione" consente alle parti di un accordo mediativo di prevedere le conseguenze della sua mancata esecuzione. In questo caso, al mancato adempimento, la parte diligente sarà in grado di recu-

¹⁸ *Симахин, Ю.М. Отдельные вопросы исполнения медиативных соглашений/ Ю.М. Симахин// Консультант Плюс: Беларусь. Технология ПРОФ [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2016.*

perare un importo pari all'ammontare del debito originario in tribunale. Allo stesso tempo, il giudice può ridurre la penale se è chiaramente sproporzionata rispetto alle conseguenze dell'inadempimento.

La necessità di ricorrere al giudice in caso di inadempimento degli obblighi di cui un accordo mediativo, concluso prima dell'inizio del procedimento giudiziale, rende la procedura della mediazione inadeguata e non conveniente. In diversi stati hanno trovato modi diversi di risolvere questa situazione problematica. Uno dei più semplici ed efficaci è l'attribuzione del potere esecutivo all'accordo mediativo attraverso la sua vidimazione dal notaio (utilizzato in Austria, Belgio, Francia, Paesi Bassi).

È evidente la necessità di introduzione delle modifiche e supplementi alla normativa in materia. Per porre rimedio a questa situazione, non c'è bisogno di inventare qualcosa di nuovo. Sarebbe sufficiente stabilire nel codice di procedura civile della Repubblica di Bielorussia le regole contenute nel codice di procedura commerciale della Repubblica di Belarus. L'emissione di un documento esecutivo è regolata dagli articoli 262-1, 262-2, 262-3 del codice di procedura commerciale. In questi articoli a un accordo mediativo viene applicato un solo requisito: esso deve rispondere ai requisiti stabiliti dal Codice per l'accordo amichevole.

Va notato che il codice di procedura civile della Repubblica di Belarus non contiene un chiaro elenco di requisiti per un accordo amichevole. L'articolo 61 afferma soltanto che il giudice non approva l'accordo amichevole fra le parti, se è contro la legge o viola i diritti e gli interessi di un terzo garantiti dalla legge. Nel codice di procedura commerciale alla regolamentazione delle questioni relative all'accordo amichevole è dedicato un intero capitolo (capitolo 10). A questo proposito, sarebbe necessario fissare le stesse regole all'interno del codice di procedura civile, ed estendere la loro applicazione almeno per gli accordi mediativi.

Inoltre, bisognerebbe indicare l'accordo mediativo tra gli altri atti, per i quali è prevista l'esecuzione in conformità con l'articolo 461 del codice di procedura civile.

Dopo un accurato studio della materia di regolamentazione della mediazione nella Bielorussia si possono proporre le seguenti conclusioni.

Nella dottrina la questione dei requisiti del mediatore è controversa. In particolare, esiste una discussione molto accesa al riguardo dell'istruzione di base del mediatore – se il mediatore deve avere la formazione giuridica o no. È stata espressa un'opinione che i giuristi e gli avvocati non sono i migliori candidati per diventare mediatori. Secondo questo approccio, la funzione di riconciliazione sarebbe più corretto da assegnare ai specialisti in conflittologia. Forse questa posizione è giustificata dal fatto che il ruolo del mediatore è quello di garantire e mantenere stabile la comunicazione in modo costruttivo. Il mediatore non può formulare raccomandazioni per la risoluzione della controversia o dare pareri circa le prospettive di risoluzione della controversia in tribunale. Pertanto, una conoscenza approfondita nel campo della psicologia è più opportuna rispetto alla conoscenza nel campo giuridico.

Si possono distinguere diversi tipi di mediazione in relazione al campo dell'applicazione, a quando viene effettuata, e così via. Questa procedura ha una serie di importanti vantaggi. La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia civile efficace per costi e tempi. Per quanto riguarda gli accordi raggiunti attraverso la mediazione, vi è un'alta probabilità che essi saranno eseguiti volontariamente, così come una maggiore probabilità che essi garantiranno la conservazione di relazioni amichevoli e stabili tra le parti. Inoltre, la mediazione aiuta a ridurre in modo significativo il carico di lavoro dei tribunali.

L'attuale legislazione della Repubblica di Belarus (articolo 262 del codice di procedura civile) impone al giudice di illustrare alle parti il loro diritto a una risoluzione volontaria della controversia, anche attraverso il ricorso alla mediazione, nonché le conseguenze di tali azioni. Allo stesso tempo, si ritiene che una spiegazione di questi diritti non è sufficiente. Per aumentare il numero di ricorsi alla mediazione ci deve essere soprattutto una spiegazione dei vantaggi della mediazione. Riassumere i vantaggi di questa procedura, nonché stabilire la necessità dei loro chiarimenti, è possibile attraverso le Risoluzioni del Plenum della Corte Suprema della Repubblica di Belarus.

La mediazione è condotta sotto forma di negoziati (sessioni di mediazione). Le fonti del diritto internazionale, in contrasto

con le disposizioni della legislazione bielorussa stabiliscono il diritto degli interessati di scegliere il metodo e le regole da applicare durante la mediazione. La legislazione bielorussa invece ha dotato le parti solamente del diritto di proporre al mediatore la modalità di svolgimento della mediazione. La limitazione delle opportunità delle parti di influenzare il processo di risoluzione amichevole della controversia non dovrebbe caratterizzare qualsiasi forma di risoluzione alternativa delle controversie. Le parti dovrebbero avere il diritto, insieme al mediatore di determinare il metodo e le regole per la mediazione.

Il risultato della mediazione può essere la conclusione di un accordo mediativo, preparato dalle parti con aiuto del mediatore. C'è un dibattito sul fatto che l'accordo mediativo sia un contratto. La posizione, secondo la quale la natura interdisciplinare caratterizza un accordo mediativo sembra essere più ragionevole.

Non completamente è risolto il problema dell'esecuzione degli obblighi nell'ambito di un accordo mediativo in caso di inadempimento volontario. Questo problema riguarda di accordi di mediazione extragiudiziale. La parte inadempiente ha la possibilità di abusare dei propri diritti. La soluzione di questo problema, potrebbe essere, attraverso il consolidamento nel codice di procedura civile delle norme analoghe contenute nel codice di procedura commerciale della Repubblica di Bielorussia, che riguardano l'applicazione di un accordo mediativo.

Finito di stampare nel mese di novembre 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

€ 20,00

ISBN 978-88-8374-056-4