

Dipartimento di Giurisprudenza di Cagliari

Departamento de Derecho civil - Universidad de Sevilla

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

N. 8 *Quaderni di conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA

N. 8



Cagliari - 2019

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-139-5

N. 8
*Quaderni di
conciliazione*

N. 8
*Quaderni di
conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA



Cagliari - 2019

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



© Cagliari - 2019

Volume pubblicato con i contributi:

M.I.U.R (P.R.I.N. 2009) - Legge Regionale 7 agosto 2007, n. 7



Fondazione Banco di Sardegna

Associazione Mediatori Mediterranei



Dipartimento di Giurisprudenza Università di Cagliari



Camera di Commercio
Cagliari

Camera di Commercio Industria, Artigianato
e Agricoltura di Cagliari



Departamento de Derecho Civil y Derecho
Internacional Privado dell'Università di Siviglia



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 978-88-8374-139-5

Grafica, composizione e copertina: Antonino 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); María Inés Laverde (Universidad Católica de Colombia); Manuel Espejo Lerdo de Tejada (Università di Siviglia); Piera Loi (Università di Cagliari); Helena López Barba (Università di Huelva); Enrico Mastinu (Università di Cagliari); Franco Picciaredda (Università di Cagliari); Anna Moreno Sánchez Moraleda (Università di Pablo de Olavide); Francesco Sitzia (Università di Cagliari); Pasquale Stanzione (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)

INDICE

CARLO PILIA, <i>Cagliari, Capitale mediterranea della mediazione</i>	Pag. 9
ROMILDA TAFURI, <i>Convegno internazionale sulla qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali dei diritti</i>	» 13
MARIA MARGHERITA CHIARINI, <i>Le tutele giudiziali e le ADR in materia di acque pubbliche</i>	» 17
YANN FAVIER, <i>La médiation notariale: médiation particulière?</i>	» 29
CARMINE VOLPE, <i>Mediazione e giudizio amministrativo</i>	» 35
LUIGI FOLLIERI, <i>Gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione</i>	» 49
GIOVANNI TRUGLIO, <i>La proiezione internazionale dell'arma dei carabinieri per il rafforzamento delle capacità delle polizie africane</i>	» 61
MASSIMO IDEO, <i>Storia e funzionamento degli schemi di risoluzione alternativa delle controversie nel Regno Unito</i>	» 67
ANDREA NERVI, <i>La trascrivibilità dell'accordo conciliativo sull'usucapione</i>	» 77
GUIDO PALA, <i>La mediazione minorile</i>	» 83
MARTA GONZALO QUIROGA, <i>Mediación, democratización y descongestión de la justicia en el marco de la OEA. ADR/MASC en la república de Panamá</i>	» 89
SVETLANA ZAGAYNOVA, <i>Ekaterina Ivanova, Galina Sheremetova, Russian Experience in Implementation Mediation in the Regions</i>	» 109
CLAUDIA TROISI, <i>Le consumer ADR</i>	» 121

Indice

ASUNCIÓN MARÍN VELARDE, <i>La mediación civil en España: amplio ámbito para la resolución de conflictos</i>	Pag. 139
MIRIAM ZULLI, <i>La presenza della parte e il ruolo dell'avvocato nella mediazione obbligatoria</i>	» 155
MARÍA CRISTINA DI PIETRO, PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO, <i>La Mediación en Argentina. Calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: ¿Qué opciones compartidas para mejorar la justicia?</i>	» 159
GIORGIO LATTI, <i>La proposta conciliativa: un nuovo modello di processo civile?</i>	» 173
ERIC BATTISTONI, <i>Réflexions pour améliorer la justice en médiation: quelle garantie de justice pour les modes extrajudiciaires de règlements des conflits?</i>	» 181
OMAR FEKIH-ROMDHANE, <i>La mediazione penale in Tunisia</i>	» 201
HELA CHERIF, <i>Un cammino verso la mediazione civile e commerciale in Tunisia</i>	» 205
MARIE LINE KARAM, <i>Alternative Dispute Resolution: A necessity to reach a peaceful world</i>	» 211
ANNA MARIA SINISCALCHI, <i>La responsabilità medica e la tutela del paziente</i>	» 217
LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ, <i>El procedimiento de mediación en la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en Andalucía: aspectos jurídicos y metodológicos</i>	» 231
SILVIA LILLIU, <i>La médiation civile et commerciale en France</i> ...	» 261

CARLO PILIA

CAGLIARI, CAPITALE MEDITERRANEA DELLA MEDIAZIONE

La pubblicazione dell'ottavo volume della serie collettanea dei *Quaderni di conciliazione* raccoglie i principali contributi dei tanti relatori intervenuti al recente Convegno Internazionale sulla "*Mediazione Mediterranea: qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali, quali scelte condivise per migliorare la giustizia?*" dedicato alla memoria del mediatore ogliastrino Vittorio Aresu che si è svolto a Cagliari, dal 24 al 29 settembre 2018, sotto la mia direzione scientifica.

Il circuito tematico internazionale dedicato ai *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace*, che ha già fatto tappa in diversi Paesi dislocati sulle sponde del Mediterraneo (Italia, Spagna, Marocco, Libano), questa volta si è dato appuntamento nel capoluogo della Sardegna, idealmente candidatosi a capitale della mediazione mediterranea, per ospitare un pubblico e partecipato confronto sulla gestione amichevole dei conflitti, con una particolare attenzione ai giovani studenti e alle prossime generazioni di professionisti delle tutele dei diritti. Per stimolare nuovi spunti di riflessione, per ricercare ulteriori proposte da sottoporre a valutazione, per tentare di animare i processi partecipativi aperti all'ascolto e alla condivisione, si è sfruttata la concomitanza dell'avvio delle lezioni di diritto civile dell'anno accademico universitario 2018/2019. Si è così permesso agli studenti di giurisprudenza di confrontarsi sulle tutele stragiudiziali dei diritti con tanti rappresentanti delle istituzioni, con docenti, magistrati, professionisti ed esperti della materia, in buona misura stranieri, provenienti da numerosi Stati esteri, appartenenti a continenti differenti: Europa, Africa, Asia e America.

L'iniziativa convegnistica internazionale, nell'intenzione degli organizzatori, non presentava una connotazione solamente scientifica e professionale per gli addetti ai lavori. L'ambizione era quel-

la di realizzare un momento partecipativo più ampio, che rilanciasse un dibattito pubblico e internazionale sulla qualità e l'effettività delle tutele extragiudiziali. Sono stati perciò invitati a partecipare anche i rappresentanti nazionali e sovranazionali delle istituzioni politiche, degli uffici giudiziari, degli ordini professionali, delle associazioni di imprese, consumatori e degli stessi mediatori, chiedendo a tutti di prospettare e condividere le scelte più efficaci da mettere in campo per migliorare i sistemi della giustizia, che tendono gradualmente a superare gli ambiti nazionali e continentali, per strutturarsi variamente a livello globale.

I numerosi invitati, oltre ottanta relatori, alternati per nazionalità di provenienza e ruoli assunti nella gestione dei conflitti, hanno sviluppato un vivace e appassionante dibattito congressuale che si è svolto tra le sale delle sedi accademiche e quelle degli uffici giudiziari. A tutti è stato chiesto di presentare le proprie esperienze e, soprattutto, di dare i suggerimenti su come sviluppare una collaborazione che non si esaurisca nella rituale celebrazione del congresso, ma abbia la capacità di proseguire oltre e tradursi in comportamenti concreti e quotidiani. Per realizzare questo obiettivo, i *Quaderni di conciliazioni* costituiscono uno strumento importante di conoscenza, testimonianza e divulgazione, in quanto permettono di fissare le idee, le esperienze e i progetti più innovativi dei relatori, in modo da farli condividere e stimolarne l'applicazione.

All'interno del volume, sono stati perciò combinati i contributi teorici degli accademici e dei giovani ricercatori, che hanno illustrato il frutto dei loro studi sulla materia, con i lavori di taglio più esperienziale degli operatori della giustizia. Costoro hanno riferito di avere già messo in pratica misure di efficienza e qualità delle tutele extragiudiziali, in campo nazionale e internazionale, tanto in ambito pubblico quanto in quello privato. La miscellanea di scritti, ciascuno nella lingua d'origine dell'autore, contribuisce a rappresentare la complessità, trasversalità e l'internazionalità delle questioni trattate. Nell'insieme, la lettura del volume rafforza la necessità di rilanciare il dialogo e stringere ulteriori collaborazioni tra coloro che si intendono impegnare sul versante della tutela dei diritti.

Il processo di miglioramento dei servizi della giustizia, infatti, esprime la tensione a garantire la qualità e l'effettività delle

tutele extragiudiziali. L'obiettivo ambizioso sollecita uno sforzo corale e continuativo, ideale e operativo, che si condensa nell'invito, che anche da queste pagine si rilancia, alla cooperazione per lo sviluppo condiviso delle attività di ricerca, formazione e gestione pratica dei conflitti, senza barriere né limitazioni.

ROMILDA TAFURI*

CONVEGNO INTERNAZIONALE**

QUALITÀ ED EFFETTIVITÀ NELLE TUTELE
EXTRAGIUDIZIALI DEI DIRITTI:
QUALI SCELTE CONDIVISE PER MIGLIORARE LA GIUSTIZIA?

Ho partecipato, a seguito dell'invito del prof. Carlo Pilia, al Convegno Internazionale, per vari motivi. Innanzitutto perché è uno dei miei primi interventi pubblici, in quanto ho assunto l'incarico in questa sede solo dalla fine del mese di luglio, ed iniziare il mio percorso in una occasione così importante mi sembrava di buon auspicio, dati il prestigio della sede prescelta, l'Aula Magna della Corte d'Appello e il rilievo degli organizzatori: l'Università degli Studi di Cagliari, l'autorevolezza dei relatori e una platea di numerose autorità e tanti studenti.

Nel mio percorso professionale ho sempre instaurato rapporti di ottima collaborazione con gli Atenei. Ritengo che l'interlocuzione debba essere costante, perché sono tanti i temi che ci vedono uniti sullo stesso fronte ai fini di uno scambio virtuoso di conoscenze ed esperienze, che rappresentano un arricchimento reciproco. Insomma, l'Università è un punto di riferimento prezioso per il territorio e, a sua volta, le varie istituzioni del territorio arrecano all'Università esperienze e problematiche di grande stimolo per lo studio e gli approfondimenti accademici. In particolare condivido in pieno l'intento perseguito con questa iniziativa, di avvicinare i rappresentanti delle Istituzioni agli studenti, aprire un dialogo è sicuramente proficuo in quanto stimola la partecipazione degli studenti che, come ho già avuto modo di riscontrare, è sempre responsabile, matura e piena di entusiasmo.

* Prefetto di Cagliari.

** Aula Magna della Corte d'Appello di Cagliari- Giovedì 27 settembre 2018.

Addentrandomi nel merito del Convegno, il tema portante “mediazione mediterranea come tutela extragiudiziale” è di grande suggestione perché definire Cagliari capitale della Mediazione Mediterranea ritengo sia di tutta evidenza e di grandissima attualità. Innanzitutto desidero precisare che limiterò la mia breve riflessione all’ambito interno (non rientra nei miei compiti l’aspetto internazionale) ed ovviamente a quello pubblico. È opportuno iniziare il mio discorso dalla finalità del concetto di mediazione, anzi della cultura della mediazione, ossia prevenire e ridurre le conflittualità e garantire la coesione sociale, l’armonico svolgimento della vita di una comunità, in sintesi garantire le condizioni della pace sociale.

In quest’ottica parlare di mediazione significa parlare del ruolo del Prefetto, poiché con le funzioni attribuitegli persegue, con il concorso di tutti gli attori istituzionali e della società civile, questo intento.

Un breve accenno alla nuova fisionomia del Prefetto nello Stato delle Autonomie, policentrico, con la presenza di molteplici livelli di governo e di tante istituzioni aventi pari dignità che compongono la Repubblica. In tale nuovo assetto istituzionale, lo Stato si è dovuto riposizionare sul territorio, ricollocando il Prefetto, accentuando la sua funzione di rappresentante generale del Governo, ed assegnandogli compiti di coordinamento, raccordo, supporto e collaborazione con le Autorità Locali e la società civile.

Quindi il Prefetto, non è solo rappresentante dello Stato apparato ma anche dello Stato comunità, facendo riferimento al rapporto con i cittadini: la comunità porta le sue aspettative al Prefetto affinché se ne faccia garante e le rappresenti ai vari livelli istituzionali a vario titolo competenti. In questa sua nuova veste si colloca la funzione di mediatore territoriale, quando promuove e favorisce il dialogo e la coesione fra i soggetti istituzionali presenti sul territorio. La Prefettura rappresenta la sede privilegiata di mediazione, una sorta di stanza di compensazione dei conflitti a livello locale. Questo in virtù della terzietà, neutralità ed indipendenza del mediatore che deve ricercare soluzioni finalizzate a contemperare diversi e spesso confliggenti interessi coinvolti, tutto ciò avendo come punto di riferimento la legalità e l’interesse generale sui particolarismi. Per svolgere

questo compito deve far leva sulla capacità manageriale di fare squadra.

Il ruolo del mediatore si esplica su vari fronti, mondo del lavoro, politiche sociali, disagio socio-economico, vertenze sindacali, immigrazione e comprende vari interlocutori, non solo le istituzioni del territorio ma anche i rappresentanti del mondo del lavoro, dell'impresa e della società civile. Tale attività è strettamente connessa alla sua funzione di autorità provinciale di pubblica sicurezza, con il suo compito storico di tutelare l'ordine e la sicurezza pubblica.

Come è noto, la salvaguardia dell'ordine pubblico va oltre l'attività di tipo repressivo e ricomprende interventi capaci di prevenire l'insorgenza dei conflitti ed il loro degenerare in episodi di turbativa. La funzione di mediatore attribuita al Prefetto è connaturata a quella di garanzia e alle sue responsabilità: dovere morale di fornire risposte immediate, senza invadenza e senza chiudersi nella logica delle competenze attribuite o negate. Dando massimo rilievo alla prevenzione, l'attività del Prefetto è rivolta a prestare costante attenzione ad intercettare tensioni emergenti e prevenire che si trasformino in turbative dell'ordine pubblico.

Evidenzio che, mentre per i servizi pubblici essenziali è la legge che assegna tale funzione al Prefetto con la procedura c.d. di "raffreddamento" al fine di evitare l'intervento autoritario della precettazione, nella pratica l'azione di mediazione del Prefetto è *extra ordinem*, non regolamentata, e molto più ampia, sicché, di fatto, qualsiasi vertenza di rilievo, anche se non riguarda servizi pubblici essenziali, approda in ultima istanza sul tavolo del Prefetto. Trattasi di interventi finalizzati a rimuovere e superare momenti di tensione, manifestazioni di protesta, situazioni di disagio, difficoltà nell'erogazione dei servizi essenziali, improvvise emergenze che incidono sull'ordine pubblico del territorio. In tali situazioni il suo approccio è negoziale e consiste nel trovare in modo creativo e con la dote dell'equilibrio e del buon senso, una soluzione che sia accettata dalle parti e corrisponda all'interesse generale della collettività.

Evidenzio la tenuità dei mezzi di intervento del Prefetto anche quando affronta problematiche che investono settori complessi e momenti delicati della vita sociale: intervento persuasi-

R. Tafuri

vo e non unilaterale. La forza gli deriva dalla sua autorevolezza istituzionale e ancor di più personale, dalla credibilità e fiducia conquistate sul campo, dallo spirito di servizio di chi è consapevole ed orgoglioso di essere servitore dello Stato, aderendo ai valori alti della nostra Costituzione e della sua identità storica.

MARIA MARGHERITA CHIARINI*

LE TUTELE GIUDIZIALI E LE ADR IN MATERIA DI ACQUE PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. I Tribunali Regionali (T.R.A.P.) e il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (T.S.A.P.). - 2. Il rito dinanzi al T.R.A.P. e al T.S.A.P. (artt. 147-208 T.U. n. 1775/1993). - 3. L'applicabilità delle tecniche di risoluzione alternative o complementari alla giurisdizione specializzata ordinaria e amministrativa (al T.R.A.P. e al T.S.A.P.).

1. *Il Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche (T.R.A.P.) e il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (T.S.A.P.).* – Il Tribunale delle Acque Pubbliche fu istituito dall'art. 34 del d.lgs. n. 1664/1916¹ e completato da due successivi regolamenti approvati con d.lgs. n. 85/1917² con l'intento di stabilire una speciale magistratura in materia di acque pubbliche. Le acque pubbliche sono state definite dapprima nel r.d.l. n. 2161/1919³, poi nel r.d. n. 1775/1933⁴ che le ha differenziate da quelle private [*"Sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, consi-*

* Presidente del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

¹ Decreto Luogotenenziale del 20 novembre 1916, n. 1664 (in *Gazz. Uff.*, 9 dicembre, n. 289) "*concernente le derivazioni delle acque pubbliche*".

² Decreto Luogotenenziale del 24 gennaio 1917, n. 85 (in *Gazz. Uff.*, 27 gennaio, n. 22) "*che approva il regolamento tecnico-amministrativo per la esecuzione del decreto Luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664 e il regolamento di procedura dinanzi al Tribunale delle Acque pubbliche*".

³ Regio Decreto Legge del 9 ottobre 1919, n. 2161 (in *Gazz. Uff.*, 3 dicembre, n. 285) "*Disposizioni sulle derivazioni ed utilizzazioni di acque pubbliche, stabilendo altresì le norme di giurisdizione e di procedure del contenzioso sulle acque pubbliche*".

⁴ Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 (in *Gazz. Uff.*, 8 gennaio, n. 5) "*Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*".

derate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano o acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse": art. 1, primo comma], indi nella legge n. 36/1994⁵ ["Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà": art. 1, norma programmatica di vigilanza e controllo nell'intento di salvaguardare l'acqua come risorsa da utilizzare secondo criteri di solidarietà: Corte Costituzionale n. 259 del 1996]⁶ ed infine nel d.lgs. n. 152/2006⁷ che ne ha stabilito (art. 144) l'appartenenza al Demanio dello Stato (art. 822, primo comma, cod. civ.). La speciale magistratura è stata composta di giuristi e tecnici, con competenza a risolvere le questioni giuridiche in sede contenziosa con larghezza di vedute e con speciale competenza, per la tutela di diritti ed interessi legittimi, avente sede a Roma e operante per tutto il Regno.

Qualche anno dopo fu avvertita l'esigenza di scindere la tutela dei diritti da quella degli interessi e a tal fine furono istituiti i Tribunali Regionali delle Acque Pubbliche (art. 65 del r.d.l. n. 2161/1919, trasfuso nell'art. 138 del precitato r.d. n. 1775/1933, presso otto Corti di Appello: Torino per le circoscrizioni di Torino e Genova; Milano per le circoscrizioni di Milano e Brescia; Venezia per le circoscrizioni di Venezia e Trieste; Firenze per le circoscrizioni di Firenze e Bologna; Roma per le circoscrizioni di Roma, L'Aquila e Ancona; Napoli per le circoscrizioni di Napoli, Bari e Catanzaro; Palermo per le circoscrizioni di Palermo, Catania e Messina; Cagliari per la circoscrizione di Cagliari), aventi cognizione nelle controversie (art. 140) sulla demanialità delle acque, lett. a), sui limiti dei corsi o bacini, loro alveo e sponde, lett. b), dovuti alla modificazione dei corsi d'acqua per fenomeni naturali o per opere antropiche in relazione al diritto

⁵ Legge 5 gennaio 1994, n. 36 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff., 19 gennaio, n. 14) "Disposizioni in materia di risorse idriche".

⁶ Corte Costituzionale 19.07.1996 n. 259, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2319.

⁷ Decreto Legislativo del 3 aprile 2006, n. 152 (in Suppl. ordinario n. 96 alla Gazz. Uff., 14 aprile, n. 88) "Norme in materia ambientale" (Codice dell'ambiente).

di proprietà dei beni latitanti; sui diritti relativi a derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica (lett. c), sulle indennità e sui risarcimenti per espropriazione o occupazione, permanente o temporanea, di fondi (art. 46 della l. n. 2359/1865⁸ e successivamente d.p.r. n. 327/2001)⁹ per l'esecuzione e manutenzione di opere idrauliche da parte della pubblica amministrazione, di bonifica, di derivazione e utilizzazione di acque o per limitazioni alla proprietà o risarcimenti dipendenti da opere eseguite dalla P.A., provvedimenti amministrativi e vincoli idraulici a termini dell'art. 2 del T.U. n. 523/1904¹⁰, lett. d) ed e), e in materia possessoria sull'appello contro le sentenze riguardanti le acque pubbliche (art. 141).

Con il medesimo d.l. n. 2161/1919 fu istituito il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (T.S.A.P.) – art. 66, trasfuso nell'art. 139 del precitato T.U. n. 1775/1933 – organo giurisdizionale di appello per la tutela dei diritti (art. 142), composto dal Presidente, che ha le funzioni di Presidente di Sezione di Cassazione, da due Consiglieri di Cassazione, da un Consigliere di Stato e da un esperto tecnico (ingegnere idraulico) designato dal Consiglio dell'Ordine, ed in unico grado per la tutela degli interessi – in questo caso con l'aggiunta di due Consiglieri di Stato per raggiungere la rappresentanza paritaria delle due magistrature superiori – secondo la normativa dell'epoca che non prevedeva un doppio grado per la tutela di questi ultimi, demandata in via generale al Consiglio di Stato.

In particolare il T.S.A.P. ha giurisdizione amministrativa, con carattere di specialità in ragione della competenza sulla materia trattata (Corte Costituzionale n. 118/1993)¹¹, per la tutela di inte-

⁸ Legge 25 giugno 1865, n. 2359 (in *Gazz. Uff.*, 8 luglio 1865, n. 158) "*Espropriazioni per causa di utilità pubblica*".

⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (in *Suppl. ordinario* n. 211 alla *Gazz. Uff.*, 16 agosto, n. 189) "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità (Testo A)*" (T.U. Espropriazione per pubblica utilità).

¹⁰ Regio Decreto 25 luglio 1904, n. 523 (in *Gazz. Uff.*, 7 ottobre, n. 234) "*Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie*".

¹¹ Corte Costituzionale 26.03.1993 n. 118, in *Giur. cost.*, 1993, p. 995.

ressi avverso provvedimenti dell'autorità amministrativa (a prescindere dalla loro definitività: Corte Costituzionale n. 42/1991)¹² in materia di concessioni di derivazioni di acque pubbliche (a fini di produzione di energia elettrica, di alimentazione dei canali consortili di irrigazione, acquedotti e rete idrica, di destinazione al consumo umano) o che riguardino l'utilizzazione del demanio idrico e incidano in maniera diretta e immediata sul regime delle acque (Corte Costituzionale n. 101/2006)¹³ per vizi di legittimità – art. 143 – (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) e anche di merito per i provvedimenti dell'autorità amministrativa adottati ai sensi degli artt. 217 – escavazioni e costruzioni – e 221 del T.U. n. 1775/1993, nonché ai sensi dell'art. 2 del T.U. delle leggi sulle opere idrauliche approvato con r.d. n. 523/1904¹⁴ e successive modifiche, in materia di lavori pubblici (legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F)¹⁵, ai sensi degli artt. 23, 24, 26 e 28 del T.U. delle leggi sulla pesca, approvato con r.d. n. 1604/1931¹⁶ e per connessione alle questioni di cui all'art. 140, se la risoluzione è necessaria per la decisione del ricorso (art. 197).

Il criterio discretivo della competenza tra T.R.A.P. e del T.S.A.P. è dato dall'oggetto della controversia e dalla qualità pubblica o privata delle parti. Appartiene perciò alla competenza del T.R.A.P. la controversia che involga questioni sulla demanialità delle acque pubbliche o sul contenuto o i limiti di una concessione di utenza, o sul diritto nei confronti dell'amministrazione alla derivazione o alla utilizzazione delle acque, o che incida comunque, direttamente o indirettamente, sugli interessi pubblici connessi al regime delle acque. Rientra, invece, nella competenza degli organi ordinari dell'autorità giudiziaria

¹² Corte Costituzionale 31.01.1991 n. 41, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2353.

¹³ Corte Costituzionale 10.03.2006 n. 101, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1.

¹⁴ Regio Decreto 25 luglio 1904, n. 523 (in *Gazz. Uff.*, 7 ottobre, n. 234) "Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie".

¹⁵ Legge 20 marzo 1865, n. 2248 (in *Gazz. Uff.*, 27 aprile 1865) "Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia".

¹⁶ Regio Decreto 8 ottobre 1931, n. 1604 (in *Gazz. Uff.*, 23 gennaio 1932, n. 18) "Approvazione del testo unico delle leggi sulla pesca".

la controversia tra privati che – pur ricollegandosi al presupposto della sussistenza, a favore di una o di entrambe le parti contendenti, di una concessione di acqua pubblica – non investano la legittimità o la portata di quest'ultima e non tocchino, quindi, l'interesse della P.A., ma riflettano esclusivamente le modalità di attuazione e di esercizio dei diritti di uso delle acque, da osservarsi nei rapporti interni tra le parti, nonché gli obblighi reciproci che ne derivano, di modo che non sia necessaria un'indagine sul contenuto e sui limiti della concessione al fine di individuarne la portata e gli effetti e di stabilire se essa abbia o meno l'attitudine ad incidere, modificandoli, su rapporti preesistenti tra le parti.

Quanto poi alle azioni risarcitorie, la competenza del T.R.A.P. si profila solo quando la domanda riconduce i danni alla esecuzione, manutenzione, funzionamento dell'opera idraulica, mentre debbono essere riservate alla cognizione del giudice in sede ordinaria le controversie aventi per oggetto pretese che si ricollegano solo indirettamente e occasionalmente alle vicende relative al governo delle acque. E ciò in quanto la competenza del giudice specializzato si giustifica in presenza di comportamenti, commissivi o omissivi, che implicino apprezzamenti circa la deliberazione, la progettazione e l'attuazione di opere idrauliche o comunque scelte della P.A. dirette alla tutela di interessi generali correlati al regime delle acque pubbliche. Pertanto, allorché venga dedotto che un'opera idraulica non sia stata tenuta in efficienza (o sia stata mal costruita), questa deduzione implica la valutazione di apprezzamenti o di scelte della P.A. in relazione alla suindicata tutela degli interessi generali collegati al regime delle acque pubbliche, sicché la domanda di risarcimento dei danni fondata sulla mancata deliberazione e attuazione delle necessarie opere di manutenzione deve essere devoluta alla cognizione del T.R.A.P. competente per territorio (Cass. civ., Sez. Un., n. 1066/2006¹⁷; Cass. civ., sez. VI, n. 2656/2012)¹⁸.

¹⁷ Cassazione civile, Sez. Un., 20.01.2006 n. 1066, in *Guida al diritto*, 2006, pp. 14, 77.

¹⁸ Cassazione civile, sez. VI, 22.02.2012, n.2656, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, pp. 2, 198.

La giurisdizione in unico grado del T.S.A.P. sussiste quando i provvedimenti amministrativi impugnati sono caratterizzati da incidenza diretta sulla materia delle acque pubbliche e sugli interessi dei privati (nel senso che concorrono, in concreto, a disciplinare la gestione o l'esercizio delle opere idrauliche ovvero i rapporti con i concessionari, o a determinare i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio ed alla realizzazione delle opere stesse, o a stabilire o modificare la localizzazione di esse, o ad influire sulla loro realizzazione mediante sospensione o revoca dei relativi provvedimenti), mentre restano fuori da tale competenza giurisdizionale tutte le controversie che solo in via riflessa, o indirettamente, abbiano una siffatta incidenza.

A decorrere dalla normativa introdotta con il d.lgs. n. 80/1998¹⁹ (artt. 33-35), recepita dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000²⁰, in attuazione della delega contenuta nell'art. 11, comma 4, lett. g), della l. n. 59 del 1997²¹, che aveva previsto l'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di interessi alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, mantenuta la separazione di competenze tra il T.A.R. e il Consiglio di Stato da un lato ed il T.S.A.P. dall'altro (dapprima dall'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998 e ora dall'art. 133 comma 1, lett. b) ed f), del d.lgs. n. 104/2010)²², allorché ricorra taluna delle ipotesi previste dal richiamato art.143 del T.U. n. 933/1775 in tema di tutela giurisdizionale di interesse legittimo intesa a far valere la responsabilità

¹⁹ Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (in Suppl. ordinario n. 65 alla Gazz. Uff., 8 aprile, n. 82) *"Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59"*.

²⁰ Legge 21 luglio 2000, n. 205 (in Gazz. Uff., 26 luglio, n. 173) *"Disposizioni in materia di giustizia amministrativa"*.

²¹ Legge 15 marzo 1997, n. 59 (in Suppl. ordinario n. 56, alla Gazz. Uff. 17 marzo, n. 63) *"Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa"* (Bassanini).

²² Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (in Suppl. ordinario n. 148 alla Gazz. Uff., 7 luglio, n. 156) *"Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo"* (Codice del processo amministrativo).

della P.A. da attività provvedimentale illegittima, la giurisdizione spetta al T.S.A.P. E tanto non solo se il privato invochi la tutela di annullamento, ma anche se chieda la tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione.

Pertanto, esclusa la necessaria dipendenza del risarcimento del danno dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso – cd. pregiudiziale amministrativa – al T.S.A.P. può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completiva, o anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento del provvedimento amministrativo.

Tale unicità ed unitarietà della tutela degli interessi legittimi, ed in materia di giurisdizione esclusiva anche dei diritti soggettivi – tutela ribadita dall'art. 7, 5° e 7° comma del d.lgs. n. 104/2010 – costituisce ormai un principio generale della giurisdizione di ogni giudice amministrativo (speciale e non) e quindi anche del T.S.A.P., il quale – in mancanza di una diversa disposizione espressa di legge – conosce pure delle domande di risarcimento del danno. È infatti ormai pacifico che il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, e affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost. che, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che anche il T.S.A.P. sia munito del relativo adeguato potere (Cass. civ., Sez. Un., n. 10148/2012²³ e n. 9534/2013)²⁴.

Ne consegue che, se i provvedimenti della P.A. non incidono sul regime o sulla tutela delle acque pubbliche, bensì su altri

²³ Cassazione civile, Sez. Un., 20.06.2012, n.10148 in *Giust. civ. Mass.*, 2012, pp. 6, 818.

²⁴ Cassazione civile, Sez. Un., 19.04.2013, n. 9534 in *Foro it.*, 2014, 1, I, c. 220.

interessi pubblici, quale ad esempio l'osservanza delle norme procedurali di concorrenza o evidenza pubblica preordinati alla concessione in appalto di opere idrauliche (Cass. civ., Sez. Un., n. 14195/2005²⁵, n. 337/2003²⁶ e n. 10934/1997²⁷; Cass. civ. n. 10826/1993²⁸ e n. 9424/1987)²⁹, non sussiste la giurisdizione di legittimità del T.S.A.P.

2. *Il rito applicabile dinanzi al T.R.A.P. e al T.S.A.P. (artt. 147-208 T.U. n. 1775/1933).* – Alcune norme di procedura contenute nel T.U. n. 1775/1933 (applicabili anche per il giudizio di appello dinanzi al T.S.A.P. per effetto dell'espresso rinvio contenuto nell'art. 190) sono indici della volontà del legislatore di disciplinare un procedimento snello e celere.

Il riferimento è, in particolare alla previsione dell'oralità per proposizione di istanze, difese, interrogatori, deduzione di prova testimoniale (artt. 158, 163 e 165); della dimidiazione dei termini di impugnazione (artt. 189 e 202 per le sentenze del T.S.A.P. dinanzi alle Sezioni Unite), decorrenti dalla notifica del dispositivo integrale da parte della cancelleria (art. 183, quarto comma); della mancanza di preclusioni e decadenze per le attività di trattazione dinanzi al giudice delegato a norma dell'art. 157 (*"Nello speciale rito previsto dal r.d. n. 1775 del 1933 davanti al Tribunale delle acque, in primo e secondo grado di merito, è da considerarsi legittima, in forza dell'espressa disciplina derogatoria del codice di procedura civile, la tendenziale libera modificabilità delle domande o dei motivi già proposti o la proposizione di domande o motivi nuovi fino alla precisazione delle conclusioni dinanzi al giudice delegato (e, quindi, non anche con le comparse conclu-*

²⁵ Cassazione civile, Sez. Un., 06.07.2005, n.14195 in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6.

²⁶ Cassazione civile, Sez. Un., 13.01.2003, n.337 in *Foro it.*, 2003, I, c. 1513.

²⁷ Cassazione civile, Sez. Un., 07.11.1997, n.10934 in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 2096.

²⁸ Cassazione civile, Sez. Un., 03.11.1993, n.10826 in *Giust. civ. Mass.*, 1993, fasc. 11.

²⁹ Cassazione civile, Sez. Un., 18.12.1987, n. 9424 in *Giust. civ. Mass.*, 1987, fasc. 12.

sionali) e, a maggior ragione, la produzione di documenti, salvo – a tutela dell’effettività del diritto di difesa – il diritto della controparte di porre in essere l’adeguata attività processuale (da intendersi, di replica e probatoria) conseguente”: Cass. civ., Sez. Un., n. 15279/2017 e della possibilità del giudice “in qualunque momento del processo” – a differenza del rito civile ordinario che prevede tale possibilità necessariamente nella prima udienza (art. 183 cod. proc. civ.) – di “ordinare la comparizione personale delle parti” – che possono farsi rappresentare da un procuratore sostanziale – ai fini di conciliare o transigere la lite (art. 172).

In mancanza di disposizioni del richiamato T.U., per effetto della clausola generale di chiusura in esso contenuta (art. 208) – “*Si osservano le norme del codice di procedura civile, dell’ordinamento e del regolamento giudiziario, approvati con R.d. 6 dicembre 1865, n. 26261 e 14 dicembre 1865, n. 2641, e delle successive leggi modificatrici e integratrici, in quanto siano applicabili nonché, pei ricorsi previsti nell’art. 143, le norme del Titolo III, Capo II T.U. 26 giugno 1924, n. 1054, delle leggi sul Consiglio di Stato*” – la disciplina applicabile è quella contenuta nel codice di rito, ordinario e amministrativo, vigente al momento dello svolgimento della procedura stessa (rinvio formale o non recettizio, secondo orientamento di legittimità costante a decorrere dai primi anni ’80, che ha superato il diverso precedente orientamento secondo cui il rinvio era da ritenere, per il rito civile, al codice del 1865 vigente all’epoca dell’emanazione del T.U., salve le modificazioni determinate dall’entrata in vigore della Costituzione).

3. *L’applicabilità delle tecniche di risoluzione delle controversie alternative o complementari alla giurisdizione specializzata ordinaria e amministrativa (al T.R.A.P. e al T.S.A.P.).* – Del ricorso alla mediazione nelle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. n. 28/2010³⁰ quale metodo alternativo volontario alla giurisdizione per la risoluzione dei conflitti (A.D.R.) [che l’art. 1,

³⁰ Decreto Legislativo 4 marzo 2010 n. 28 (in *Gazz. Uff.*, 5 marzo, n. 53) “*Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*”.

comma 1, lett. a), definisce come *“attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione della controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”* e che, ai sensi dell’art. 14, secondo comma, è *“conforme alle norme imperative e all’ordine pubblico”*] tra privati e Pubblica Amministrazione se ne è espressamente occupata la Presidenza del Consiglio dei Ministri nella circolare del 10 agosto 2012 n. 9 *“Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali”*.

Nelle linee guida della circolare si afferma infatti che, pur non rinvenendosi disposizioni che escludono la Pubblica Amministrazione dall’ambito di applicazione della disciplina – ed infatti l’art. 2, comma 1 dispone che *“chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili”* (in linea con la delega contenuta nella l. n. 69/2009³¹, art. 60 comma 3, lett. a), e con la normativa comunitaria art. 1, comma 2 della Direttiva 21 maggio 2008 n. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio di Europa)³² *“secondo le disposizioni del presente decreto”*. Tuttavia l’art. 1, comma 2 della precitata Direttiva del 2008/52/CE esclude l’applicabilità della normativa *“alla materia fiscale, doganale e amministrativa nonché alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell’esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)”*, con il logico corollario di limitare l’applicabilità del d.lgs. su richiamato alle controversie che implicino la responsabilità della pubblica amministrazione per atti di natura non autoritativa.

Pertanto, per le controversie in materia di Acque Pubbliche *de iure condito* è demandato al giudice delegato, per effetto del su richiamato art. 172 del T.U. n. 1775/1993 [ovvero dell’art. 185-*bis* cod. proc. civ., applicabile per rinvio formale al codice di pro-

³¹ Legge 18 giugno 2009, n. 69 (in Suppl. ordinario n. 95 alla Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140) *“Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile”*.

³² 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”*.

cedura civile vigente a norma dell'art. 208 del medesimo T.U., per i giudizi dinanzi al T.R.A.P. aventi ad oggetto le indennità e i risarcimenti per espropriazione o occupazione, permanente o temporanea, di fondi – art. 46 della l. n. n. 2359/1865 e, successivamente, d.p.r. n. 327/2001 – o dipendenti da qualunque opera della P.A. o provvedimento dalla stessa emesso a termini dell'art. 2 T.U. n. 1904/523: art. 140, lett. d) ed e), T.U.] – di interporre i suoi uffici per la conciliazione (ad esempio in controversie aventi ad oggetto una domanda di condanna al pagamento di una somma di danaro talvolta emerge una pregressa trattativa tra le parti o con il garante della responsabilità di una di una delle parti).

Inoltre, poiché la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., Sez. Un., n. 1879/1983³³ e n. 3611/1992)³⁴ è pacifica nel ritenere che le parti dinanzi al T.R.A.P. – e al T.S.A.P. in sede di appello per il rinvio di cui all'art. 190 T.U. n. 1775/1933 – possono, per effetto dell'art. 208 del r.d. n. 1775/1933, richiedere l'A.T.P. preventivo (art. 696 cod. proc. civ.), è da ritenere che le parti possano richiedere anche la C.T.U. preventiva ai fini della conciliazione della lite – art. 696-*bis* cod. proc. civ. – la cui specialità della materia potrebbe agevolare l'individuazione della regola del rapporto, e, per effetto del predetto rinvio formale, ricorrere all'arbitrato rituale di diritto per controversie su diritti soggettivi dinanzi al T.S.A.P. in sede di legittimità (art. 12 del d.lgs. n. 104/2010).

L'interpositio legislatoris è invece necessaria sia per sottoporre a mediazione obbligatoria o delegata controversie in determinate materie o su diritti e beni disponibili in cui vi siano atti amministrativi presupposti – così come espressamente prevede l'art. 63, comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di controversie di lavoro con la P.A. – o per disporre l'obbligatorietà di un accertamento tecnico preventivo su aspetti tecnico – scientifici in caso di controversie – ad esempio su concessioni di derivazione e utilizzazione di acqua pubblica nella fase di esecu-

³³ Cassazione civile, Sez. Un., 14.03.1983, n.1879 in *Giust. civ. Mass.*, 1983, fasc. 3.

³⁴ Cassazione civile, Sez. Un., 06.04.1991, n. 3611 in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 4.

zione – o per una richiesta di parere sulla soluzione della controversia che tenga luogo del giudizio di primo grado nelle materie di cui agli artt. 119 comma 1, lett. a), e 120 del d.lgs. n. 104/2010, sia come risoluzione alternativa, e sia come risoluzione integrata delle controversie, da attuare in parte con un provvedimento giudiziario sulle questioni giuridiche ed in parte con un accordo conciliativo.

Infine, la Commissione Alpa nominata dall'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia per la riforma degli strumenti A.D.R. contiene molteplici proposte volte ad estendere l'ambito della giurisdizione condizionata e dei rimedi ad essa alternativi (transazione, accordo bonario, arbitrato – già previsti dagli artt. 239, 240 e 241 del d.lgs. n. 163/2006³⁵, contenente il codice degli appalti, abrogato dal d.lgs. n. 50/2016³⁶, codice dei contratti pubblici – collegio consultivo obbligatorio, parere precontenzioso dell'ANAC [artt. 205 – 211], convenzione di negoziazione: art. 2, comma 1-*bis* della l. n. 162/2014)³⁷.

³⁵ Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n.163 (in Suppl. ordinario n. 107 alla Gazz.Uff., 2 maggio, n. 100) *“Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”* (Codice degli appalti).

³⁶ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (in Suppl. ordinario n. 10 alla Gazz. Uff., 19 aprile 2016, n. 91) *“Codice dei contratti pubblici”* (Codice degli appalti).

³⁷ Legge 10 novembre 2014 n.162 (in Suppl. ordinario n. 84 alla Gazz. Uff., 10 novembre 2014, n. 261) *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, recante misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”*.

YANN FAVIER*

LA MÉDIATION NOTARIALE: MÉDIATION PARTICULIÈRE?

SOMMARIO: 1. Introduction. - 2. Compatibilité entre profession notariale et médiation. - 3. Statut et obligation du notaire médiateur. - 4. Domaines concernés. - 5. Médiation et accord en vue de la médiation. - 6. Débat sur le caractère exécutoire. - 7. Conclusion.

1. *Introduction.* – La profession notariale recouvre deux formes principales: une régulation dans l'exercice de la profession et la relation client d'une part; une offre de service spécifique, distincte de l'exercice de la profession notariale, extérieure au dossier et qui implique que la médiation ne puisse être proposée dans un dossier déjà traité par le même notaire. Si la première forme est largement diffusée, notamment en France, la seconde peine encore à se mettre en œuvre dans tous les Pays de droit latin partageant la même tradition notariale. Alors que la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Ana Ionita c/Roumanie* le 21 mars 2017¹ a expressément qualifié le notaire de «magistrat de l'amiable», il convient d'en tirer toutes les conclusions sur l'avenir de la médiation par acte notarié qui pourrait constituer un puissant outil de diffusion de ce mode de résolution amiable des litiges. La mobilisation du notariat européen sur cette matière est remarquable même si elle n'a apporté que peu de réalisations concrètes à ce jour². Pour qu'il en aille différemment, encore faut-

* Professeur de droit privé et directeur du Diplôme Supérieur de Notariat à la faculté de droit de Chambéry-USMB (Université Savoie Mont-Blanc), France.

¹ CEDH, 21 mars 2017, n. 30655/09, *Ana Ionita c/Roumanie*. V. aussi: J.P. MARGUÉNAUD, C. DAUCHEZ, B. DAUCHEZ, *Le notaire, «magistrat de l'amiable» au regard du juge européen des droits de l'Homme*, in «*La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*», n. 36, 2017, p. 1257.

² V. toutefois, sur la récente mise en place d'un guide pratique de la médiation notariale transfrontalière, dans le cadre du projet «La Médiation pour les

il que les professionnels soient certains de savoir en quoi l'activité notariale est compatible avec cette activité singulière et ce que le notariat peut apporter de différent par rapport à tous les professionnels, juristes et non juristes, appelés à exercer la profession et la mission de médiateur ou de médiatrice.

2. *Compatibilité entre profession notariale et médiation.* – La profession notariale est non seulement pleinement compatible avec l'exercice de la conciliation et de la médiation mais comme le précise le Code européen de déontologie notariale révisé en 2009: «(...) En cas de différends entre les parties, le notaire cherche toujours à les concilier. Il se doit de les informer de l'existence, des modalités et des avantages des modes de règlements dit alternatifs, notamment la médiation». Toutefois, un obstacle à la mise en œuvre de la médiation peut être la confusion entretenue souvent entre la conciliation, office naturel du notaire, de la médiation. En droit français, la confusion est favorisée par le code de procédure civile selon lequel, «la médiation et la conciliation conventionnelles (...) s'entendent (...), de tout processus structure?, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité»³. Pour autant, le conciliateur peut proposer un accord sans pouvoir l'imposer là où le médiateur aide les parties à trouver elles-mêmes un accord.

3. *Statut et obligation du notaire médiateur.* – Sur le plan de leur statut et obligations, l'activité de médiateur est normalement rémunérée selon une convention d'honoraires écrite avec les parties, alors que le conciliateur est bénévole. Il est vrai qu'en rai-

Notaires – Les Notaires pour la Médiation», coordonné par le CNUE et cofinancé par la commission européenne, pour développer un cadre commun pour la pratique de la médiation notariale transfrontalière: <http://www.notaries-of-europe.eu/files/training/guide-médiation-fr-min.pdf>: Notaires d'Europe, CNUE, act. 9 et 11 oct. 2018.

³ CPC, art. 1530.

son de leur statut d'officier public et ministériel, les notaires sont soumis à des obligations professionnelles et déontologiques de probité, d'intégrité ils sont tenus au secret professionnel et doivent être neutres et impartiaux. De surcroît ils sont assurés au titre de leur responsabilité financière ou professionnelle.

En France, l'article 3.2.1 du règlement national élaboré par le conseil supérieur du notariat, rappelle que «le notaire doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, *l'impartialité, la probité et l'information la plus complète*». Ainsi l'impartialité du notaire, la recherche de l'équilibre et l'équité de la convention dans l'intérêt de toutes les parties se prêtent parfaitement bien à l'activité de médiation. Le secret professionnel qui couvre tout ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession et son statut d'officier public, sorte de délégation par l'État d'une parcelle de la puissance publique qui se manifeste par le pouvoir de conférer l'authenticité le conduit à accomplir sa mission avec loyauté et probité. En comparaison, le cadre fixé en droit interne français par l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive européenne «médiation» et son décret d'application du 20 janvier 2012 est plus modeste. Des principes de médiation sont déjà énoncés à l'article 21-2 de la loi du 8 février 1995: impartialité, compétence, diligence et confidentialité. Sur la confidentialité, des précisions ont été apportées en droit français au travers de l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, issu de l'ordonnance du 16 novembre 2011 transposant la directive européenne sur la médiation, qui dispose que: «sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties». Ce principe est accompagné d'exceptions: «en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ou «lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exception». Quant au Code national de déontologie du médiateur de 2009 ou au Code de conduite européen

pour les médiateurs de 2004, ils restent l'un comme l'autre dépourvus de force contraignante.

4. *Domaines concernés.* – Le mouvement de déjudiciarisation constaté partout en Europe ouvre un champ d'activité pour le notariat, notamment en droit de la famille mais pas seulement. Ainsi, au-delà du domaine familial (divorces, successions, changements de régimes matrimoniaux, conventions matrimoniales, liquidations des communautés, d'indivision), différents aspects civils (conflits de voisinage, surendettement), commercial (baux commerciaux, expertises immobilières, garantie et contentieux hypothécaire, conflits d'associés, liquidation de sociétés, les relations entre les banques et commerçants, les problèmes entre clients et fournisseurs), rural (baux ruraux, conflits liés à des sociétés agricoles), domaine de l'urbanisme et des collectivités locales (conflits liés aux permis de construire, règles d'urbanisme, servitudes...) sont concernés. Le recours à ces modes alternatifs est limité aux litiges portant sur les droits patrimoniaux disponible, une notion en constante redéfinition en droit mais qui affecte peu les domaines concernés. A cette réserve près, toutes les matières peuvent donner lieu à une médiation mais avec quelles conséquences et sous quelles formes?

5. *Médiation et accord en vue de la médiation.* – Il convient à ce titre de distinguer l'accord en vue de médiation de l'accord issu de la médiation. Pour le premier, les centres de médiation notariale, comme il en existe en France depuis peu, conseillent aux notaires de faire signer aux parties un accord décrivant le processus de médiation qui sera signé par les parties et le médiateur. La convention déterminera les règles à observer par chacune des parties et par le médiateur tout au long du processus et bien entendu son coût⁴.

⁴ Les coûts sont de l'ordre de 150 € en frais administratifs et 250 € HT en coût horaire. Une durée de 3 à 6 heures est consacrée en moyenne pour procéder à une médiation. Les statistiques indiquent que près de 70 % des médiations notariales aboutissent à un résultat positif. V.J.C. JACOB, *Le notaire médiateur et la place du notariat dans la médiation*, in «*La semaine juridique édition notariale*», 2016, p. 1164.

Si la médiation est exécutée en application d'une clause contractuelle imposée par les parties comme voie préalable à tout recours, son utilisation a pour effet de neutraliser toute procédure et elle doit suspendre le cours des prescriptions. Dans cette dernière hypothèse, il faut observer que les avocats sont ou non présents selon les souhaits exprimés par les parties.

Dans le cas où la médiation prend forme par convention, celle-ci précisera le rôle du médiateur et l'engagement réel des parties à la médiation à mener la médiation dans le respect et l'écoute de chacun.

6. *Débat sur le caractère exécutoire.* – Quand le médiateur est un notaire, peut-il conférer à l'acte à la fois une authenticité et une force exécutoire? A première vue, le rôle d'authentificateur du notaire serait incompatible avec celui de médiateur. Dès lors cette fonction d'authentification serait contraire à l'obligation de neutralité du médiateur. A notre sens, le fait que le notaire opère un contrôle sur l'accord et délivre un titre permettant de recourir à l'exécution forcée ne remet pas en question la nécessaire extériorité et neutralité, bien au contraire. Ce n'est que lorsque le notaire doit signer les actes d'un accord de médiation auquel il participe en qualité de médiateur que la question de son impartialité se pose. Un travail de fond sur les particularités de la médiation notariale pourrait aboutir à une redéfinition des caractéristiques propres à la médiation, qui rigidifiée dans une notion mal comprise de l'impartialité, se retourne non seulement contre le dispositif amiable qu'elle est supposé mettre en place... mais aussi contre les intérêts des médiés eux-mêmes ! Demander au juge d'homologuer un accord de médiation matérialisé par un acte notarié nous semble une perte d'efficacité peu justifiable au regard des intérêts en cause.

7. *Conclusion.* – A l'heure où la Cour européenne des droits de l'homme consacre un statut européen du notaire défini comme «magistrat de l'amiable», la singularité de cette profession peut conduire à ouvrir des perspectives nouvelles en matière de médiation. En premier lieu, la médiation notariale doit être pour

cela mieux distinguée de la conciliation qui peut s'exercer dans le cadre habituel de l'office du notaire. En second lieu, la médiation exige une certaine extériorité qui ne doit pas être assimilée à l'impartialité. Ainsi, la conclusion d'un accord par acte notarié, dressé dans un dossier traité par un confrère ne remettrait pas en cause l'impartialité du premier dans des rapports. Il suffirait de mettre les deux notaires en rapport, déterminer au préalable le financement de la mission de médiation et conférer à l'accord de médiation la même valeur exécutoire qu'un acte notarié pour peu que cela soit nécessaire. En effet si l'accord de médiation aboutit et qu'il rend nécessaire pour son exécution la mise en œuvre d'un acte notarié spécifique telle qu'une vente, une liquidation ou un partage, l'accord des médiés sera simplement constaté dans l'acte authentique pour la réalisation duquel la médiation a été entreprise. L'accord de médiation par acte notarié – et non l'accord en vue de la médiation – pourrait en revanche prendre la forme d'un acte notarié toutes les fois qu'il ne prendrait pas appui sur un acte notarié spécifique à réaliser en vertu de l'accord de médiation. C'est donc un cadre spécifique de la médiation notariale qu'il est nécessaire de créer pour donner à ce mode alternatif de résolution toute la place qu'il mérite.

CARMINE VOLPE*

MEDIAZIONE E GIUDIZIO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il codice del processo amministrativo (c.p.a.). - 3. L'esistenza di funzioni giustiziali nella pubblica amministrazione. - 4. L'introduzione di strumenti di composizione delle liti alternativi alla giurisdizione. - 5. La normativa europea. - 6. La normativa interna. - 7. Problemi conseguenti. - 8. La legge francese 18 novembre 2016, n. 1547 e le proposte dell'UNAA (Unione nazionale avvocati amministrativisti). - 9. Considerazioni finali.

1. *Introduzione.* – Quando si parla di metodi alternativi di risoluzione delle controversie o anche di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) il pensiero va subito alla mediazione, la quale, tuttavia, non ne esaurisce il fenomeno anche se ne rappresenta una delle maggiori figure.

L'alternatività è con il processo instaurato innanzi a un giudice.

Ebbene la mediazione, come anche i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio amministrativo, costituiscono oggetto pressoché sconosciuto al nostro ordinamento; che è tutto incentrato nel demandare al giudice amministrativo la risoluzione dei conflitti¹.

Per cui trattare dell'effettività e della qualità delle tutele consensuali extragiudiziali in ambito amministrativo sarebbe quasi come trattare del nulla.

Accade comunque, sempre più frequentemente, che i conflitti insorgono non più solo tra pubblica amministrazione, che esercita il potere, e soggetti privati destinatari dello stesso – sia

* Presidente del TAR del Lazio.

¹ Sul tema, e tra gli scritti più recenti: V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in *Giust. amm.*, n. 11-2017; F. MARTINES, *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2017.

nel caso in cui ci si opponga all'esercizio del potere che nell'ipotesi in cui si pretenda qualcosa dall'amministrazione (interessi, rispettivamente, di tipo oppositivo e pretensivo) – ma anche tra pubbliche amministrazioni stesse, nei diversi livelli di interessi pubblici devoluti alla cura delle stesse.

Si pensi a quello che è successo recentemente in ambito di gasdotto TAP e di Ilva, dove si sono verificati dei conflitti tra Regione Puglia e lo Stato portati innanzi al giudice amministrativo, oppure nel contenzioso instaurato da un comune che contestava la legittimità dei provvedimenti del commissario straordinario del Governo che aveva disposto l'eradicazione delle piante sane esistenti entro un dato raggio dalle piante infette dal batterio della xylella fastidiosa; comune, il quale si faceva portatore dell'interesse della collettività a tutelare la bellezza esteriore del paesaggio locale di cui gli ulivi erano diventati un simbolo.

La diffusione dei conflitti tra pubbliche amministrazioni rende oltremodo evidente l'esigenza di meccanismi di soluzione delle controversie preventivi e alternativi al giudice amministrativo, che possano allo stesso modo rappresentarne anche stanza di compensazione.

L'ostacolo alla previsione della mediazione come misura alternativa al giudizio amministrativo viene tutto incentrato sull'indisponibilità dell'interesse legittimo. Il giudice amministrativo, infatti, conosce dei diritti soggettivi solo in determinate materie indicate dalla legge (giurisdizione esclusiva), mentre tutela in via generale le posizioni di interesse legittimo (giurisdizione generale di legittimità).

Gli interessi legittimi esistono come contraltare all'esercizio, o anche al non esercizio, del potere. E il potere, che in base al principio di legalità deve essere previsto da una legge, non è nella disponibilità del soggetto pubblico che ne è titolare. Se le situazioni soggettive sono indisponibili, esse teoricamente non possono essere oggetto di strumenti di tipo transattivo.

Ma l'indisponibilità dell'interesse legittimo costituisce un dogma proprio perché la legge ormai da tempo consente gli accordi modificativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi. Ciò ai sensi dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, la l. n. 241 del 1990, che codifica i principi e le regole dell'attività della pubblica amministrazione.

Infatti, ai sensi del comma 1 del citato art. 11, dal titolo “*Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*”, “...l’amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”. E questo sin dal 1990, anche se fino all’emanazione della l. n. 15/2005 la conclusione degli accordi sostitutivi non era consentita sempre ma solo nei casi previsti dalla legge.

Una volta che si consente l’accordo tra le parti nell’esercizio del potere, le relative situazioni soggettive sottostanti (di interesse legittimo) non possono ritenersi più indisponibili.

Allo stesso modo non ne costituisce ostacolo la cosiddetta sovraordinazione della pubblica amministrazione. Tra le parti – pubblica e privata – non vi è un rapporto di gerarchia e il concetto indica soltanto una delle tipicità della titolarità e dell’esercizio del potere, ossia quella di incidere direttamente sulle posizioni giuridiche dei destinatari del potere o comunque dei soggetti interessati dallo stesso. Tanto è vero che nel processo amministrativo le parti devono essere poste in situazione di parità, vigendo l’ulteriore principio (costituzionale) della parità delle armi.

2. *Il codice del processo amministrativo (c.p.a.)*. – Il codice del processo amministrativo (c.p.a.), ovvero il d.lgs. n. 104/2010, non tratta di metodi alternativi di risoluzione delle controversie, disciplinando solo il processo. Non vi è alcun cenno alla mediazione, né essa trova disciplina in interventi normativi sul giudizio amministrativo.

Eppure, il c.p.a. dà attuazione ai principi costituzionali di effettività, giusto processo e ragionevole durata (artt. 24, 111 e 113 Cost.), indicandoli, agli artt. 1, 2 e 3, come principi generali della giurisdizione amministrativa, insieme al dovere di motivazione e a quello di sinteticità degli atti.

Il principio di effettività affermato nell’art. 1 del c.p.a. – secondo cui “*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*” – lo si ritrova anche nel successivo art. 7, comma 7: “*Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione*

davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”.

Gli stessi principi di effettività e tempestività, ossia di ragionevole durata – da quest’ultimo, in particolare, deriva l’*aforisma “giustizia ritardata è giustizia denegata”* – dovrebbero incentivare anche la ricerca di rimedi alternativi al giudice amministrativo. Ciò al fine di risolvere, a monte del processo e a prescindere dallo stesso, diversi problemi; quali, soprattutto, l’ingiustizia della pubblica amministrazione e l’inefficacia della sentenza amministrativa che consegue al ritardo nella sua emanazione.

3. *L’esistenza di funzioni giustiziali nella pubblica amministrazione.* – Funzioni giustiziali nella pubblica amministrazione esistono da tempo.

Ne sono esempio i ricorsi amministrativi e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (D.P.R. n. 1199/1971).

I ricorsi amministrativi, sin dalla l. n. 1034/1971 con cui vennero istituiti i Tribunali amministrativi regionali (TAR), non rappresentano più rimedi preventivi necessari al ricorso giurisdizionale, che può essere proposto indipendentemente dalla previa presentazione di un ricorso amministrativo.

Il sistema dei ricorsi amministrativi, come rimedio giustiziale demandato alla pubblica amministrazione, è sostanzialmente fallito per varie ragioni. I ricorsi amministrativi accolti hanno rappresentato eventi rari, la devoluzione della risoluzione dei conflitti alla stessa pubblica amministrazione non dà alcuna garanzia di terzietà e di obiettività, il ricorrente non ha lo stesso strumentario di azioni e di tutele che l’ordinamento gli concede innanzi al giudice amministrativo; così che si preferisce adire direttamente il giudice senza perdere tempo ulteriore.

Il discorso è diverso per quanto riguarda il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, rimedio di origini antiche.

Esso, a seguito di recenti interventi normativi e dell’evoluzione giurisprudenziale della Corte Costituzionale, della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato, è diventato uno strumento alternativo al ricorso al giudice amministrativo nell’ambito del sistema di giustizia amministrativa. Il ricorso straordinario è sta-

to ormai “giurisdizionalizzato”, così che non può essere più visto come rimedio giustiziale all’interno della pubblica amministrazione.

4. *L’introduzione di strumenti di composizione delle liti alternativi alla giurisdizione.* – L’introduzione di strumenti di composizione delle liti alternativi alla giurisdizione è tema ormai avvertito da tempo e di estrema attualità anche nel contenzioso amministrativo.

L’esigenza è non più solo quella di deflazionare il contenzioso, ma anche di ricercare la migliore (per le parti e per l’ordinamento) soluzione dei conflitti e una maggiore rapidità nella risoluzione delle liti.

Il sistema giustizia è in crisi. I fattori sono molteplici, ma alcuni risultano all’evidenza:

- a) elevato costo sociale del servizio;
- b) lunghezza e imprevedibilità della via giurisdizionale;
- c) scarsità della risorsa “*giurisdizione*”; nel senso di limitata e preziosa. Il suo utilizzo deve essere razionale ed efficiente. Essa, infatti, non è effettiva se non è messa nelle condizioni di avvalersi di risorse idonee e adeguate a soddisfare la domanda di giustizia;
- d) costante aumento dei costi della giustizia (nel giudizio amministrativo ne è esempio il contributo unificato).

Le forme di ADR possono essere le più varie. Diverse sono le tipologie che si riscontrano soprattutto negli ordinamenti dei paesi anglosassoni. In estrema sintesi se ne possono enucleare le seguenti:

- a) transazione;
- b) conciliazione (il terzo conciliatore tende a far raggiungere alle parti un accordo transattivo);
- c) mediazione (il mediatore ha un ruolo più ampio perché, a conclusione del procedimento, deve formulare una proposta di soluzione della controversia);
- d) mini *trials* (negli ordinamenti di *common law*; una prima fase di matrice conciliativa che tende a far giungere le parti a una

composizione bonaria e una seconda che prevede la formalizzazione di una proposta dinanzi a un mediatore).

Le ADR possono essere endoprocessuali ed extraprocessuali, a seconda che il procedimento nasca all'interno di un processo già pendente o al di fuori di esso. Si distinguono, inoltre, ADR amministrative e libere (si veda nel nostro ordinamento l'arbitrato, rituale e libero).

Non vi sono limiti al legislatore nella previsione di ADR, a eccezione del rispetto dell'art. 24 della Costituzione, in base al quale deve essere comunque garantito il diritto di promuovere l'azione dinanzi al giudice naturale precostituito per legge. Così che strumenti facoltativi o obbligatori di ADR non possono essere fini a se stessi, non potendo impedire l'accesso al giudice.

5. *La normativa europea.* – La normativa europea spinge verso la mediazione.

L'art. 1 della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2008/52/CE, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, dal titolo *“Obiettivo e ambito di applicazione”*, così dispone al comma 1: *“La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario”*.

Il comma 2 però prevede che *“La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)”*.

Nello stesso senso va la legge delega di cui all'art. 60 l. n. 69/2009, attuata dal d.lgs. n. 28/2010.

Il percorso verso la mediazione, anche se con alcune eccezioni, è seguito dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004

e la direttiva 2009/22/CE (sull'ADR per i consumatori). L'art. 2, comma 2, lett. c), della direttiva specifica che essa non si applica ai servizi non economici d'interesse generale.

Le direttive non impediscono però ai singoli Stati membri dell'Unione europea di operare altrimenti, anche incrementando le ipotesi di mediazione utilizzabili nei confronti della pubblica amministrazione.

Di recente la Francia ha approvato la legge 18 novembre 2016, n. 1547 che consente in generale la mediazione in materia di diritto amministrativo senza limitazione alcuna, sia pure attraverso particolari procedure (la legge ha avuto una prima attuazione attraverso il decreto 16 febbraio 2018, n. 2018-101, che ha introdotto una fase sperimentale).

6. *La normativa interna.* – Con riguardo alla normativa interna, l'art. 12 del c.p.a., e il precedente art. 6, comma 2, della l. n. 205/2000 (abrogato dal c.p.a.), hanno consentito l'arbitrato rituale di diritto, ai sensi degli artt. 806 e seguenti del c.p.c., nelle controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il nostro ordinamento già conosce alcune ipotesi di ADR in settori speciali affidati alla vigilanza e alla garanzia di autorità indipendenti [Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) e Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA)]. Soprattutto al fine di risolvere preventivamente controversie tra gli utenti e i soggetti gestori.

In ambito di contratti pubblici, nei criteri di delega indicati all'art. 1 della l. n. 11/2016 (legge delega del d.lgs. n. 50/2016 approvativo del codice dei contratti pubblici), troviamo al comma 1, lett. aaa): *razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.*

Nei contratti pubblici si distingue la fase della scelta del contraente da quella dell'esecuzione contrattuale. Nella prima, di tipo procedimentale e caratterizzata dall'esercizio del potere, vi sono situazioni d'interesse legittimo; mentre nella seconda, successiva alla stipula del contratto, si rinvengono tendenzialmente, anche se non esclusivamente, posizioni di diritto soggettivo.

Il codice dei contratti pubblici dedica nella parte VI un Titolo I al "Contenzioso", articolato in due capi: il primo sui "Ricorsi giurisdizionali" (art. 204); il secondo, sui "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale". In questi ultimi sono ricompresi: a) l'accordo bonario; b) la transazione; c) l'arbitrato; d) i pareri di pre-contenzioso dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac).

Mentre i primi tre rimedi, intervenendo nella fase dell'esecuzione, interessano situazioni di diritto soggettivo, il quarto e ultimo rimedio riguarda questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara e quindi situazioni di interesse legittimo.

Esso si regge sulla libera iniziativa di una delle parti in contesa (stazione appaltante e soggetti partecipanti) e obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto stabilito nel parere reso dall'Anac; il quale ha carattere vincolante ed è impugnabile innanzi al giudice amministrativo secondo procedure accelerate.

Di rilievo, infine, il D.M. del Ministero della giustizia n. 34/2017, dal titolo "Regolamento sulle modalità di costituzione delle camere arbitrali, di conciliazione e degli organismi di risoluzione alternativa delle controversie di cui agli articoli 1, comma 3, e 29, comma 1, lettera n), della legge 31 dicembre 2012, n. 247".

In esso, in attuazione della legge professionale forense, si prevede l'istituzione – non obbligatoria – presso i Consigli dell'Ordine, di Camere di conciliazione, arbitrali e anche di ADR che espressamente possono decidere pure controversie in materia di diritto amministrativo.

Il punto di arrivo segnato dal regolamento ministeriale è certamente rilevante, ma non è sufficiente a consentire l'avvio di un'attività conciliativa o giustiziale nelle controversie nelle quali sia proponibile un ricorso al giudice amministrativo. Per cui sono necessari interventi legislativi che promuovano, sia fuori che dentro il processo, aspetti dell'esercizio garantito di funzione giustiziale.

7. *Problemi conseguenti.* – Ritenuto necessario l'intervento legislativo, quali potrebbero essere i problemi conseguenti alla previsione di strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie innanzi il giudice amministrativo?

Non certo, come si è visto, l'esistenza degli interessi legittimi né la sovraordinazione della pubblica amministrazione.

Innanzitutto, il termine per impugnare, che andrebbe sospeso nel periodo di tempo necessario per cercare di addivenire a una soluzione extragiudiziale.

Poi l'individuazione del soggetto cui affidare il ruolo di terzo facilitatore del percorso di risoluzione della controversia. Il quale dovrebbe avere alcune caratteristiche imprescindibili, tra cui, in particolare, la terzietà e l'indipendenza rispetto alle parti oltre che l'autorevolezza e la necessaria cognizione tecnica.

Ostacoli pratici alla mediazione si manifestano anche nel rischio di danno erariale e di sospetti di corruzione. E nel nostro ordinamento si sa come l'attività della pubblica amministrazione, ma soprattutto la discrezionalità amministrativa e le scelte conseguenti, spesso sono "intimidite" dal controllo della Corte dei conti, dell'Anac e delle Procure della Repubblica.

Si tratta, comunque, di problemi di per sé superabili.

8. *La legge francese 18 novembre 2016, n. 1547 e le proposte dell'UNAA (Unione nazionale avvocati amministrativisti).* – Nella legge francese 18 novembre 2016, n. 1547 l'intervento del mediatore finisce per collocarsi al di fuori del giudizio, o meglio da "*qualsiasi procedura giurisdizionale*", perché le parti hanno assunto l'iniziativa conciliativa senza incardinare il giudizio secondo le previsioni della sezione II del nuovo capitolo III del codice della giustizia amministrativa francese.

Sul piano soggettivo, uno o più mediatori possono essere scelti dalle parti d'accordo, oppure, su loro istanza, dal presidente del Tribunale amministrativo o della Corte amministrativa d'appello.

Viceversa, la mediazione disciplinata dalla sezione III, quella "*ad iniziativa del giudice*", presuppone ordinariamente l'accordo delle parti, già in giudizio, acquisito il quale il giudice "*ordina*" la mediazione attingendo per la nomina all'elenco predisposto dalla Corte amministrativa di appello competente per territorio.

L'UNAA (Unione nazionale avvocati amministrativisti) ha elaborato due proposte.

Una prima riguarda l'introduzione della mediazione a 360 gradi.

È stato predisposto un disegno di legge delega volto a introdurre la mediazione amministrativa anche per le controversie in cui è parte una pubblica amministrazione, avanti ogni giurisdizione, in particolare avanti la giurisdizione amministrativa.

Si prevedono due ipotesi di mediazione: la prima modellata sull'istituto della mediazione nel giudizio tributario, e cioè che presuppone l'intervenuta notificazione del ricorso, la seconda, invece, che prescinde dal medesimo.

La seconda proposta di legge ha ad oggetto la soluzione alternativa alle controversie in materia di appalti, avente le seguenti finalità:

- a) evitare e/o comunque ridurre il pagamento del contributo unificato nella materia in questione;
- b) ridurre o quantomeno offrire un'alternativa al rimedio previsto dal codice dei contratti pubblici (art. 211) di ricorrere, quale ADR, ai pareri di precontenzioso espressi dall'Anac;
- c) snellire il procedimento, riducendo i tempi di decisione, anche omettendo un grado di giudizio pur nel rispetto delle prerogative costituzionali.

Nel caso di provvedimento di ammissione, esclusione o aggiudicazione di un appalto, il soggetto legittimato può proporre ricorso al TAR o, in alternativa, presentare un'istanza di parere entro il termine perentorio di 15 giorni dalla comunicazione dei predetti provvedimenti.

La richiesta di parere dovrà essere trasmessa via pec al TAR competente per territorio ove si trova un apposito albo approvato dal Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (C.P.G.A.) contenente i nominativi dei giudici che hanno dato la propria disponibilità a svolgere il compito di rendere il parere.

È prevista una procedura con termini perentori per la presentazione dell'istanza, per la presentazione di memorie, per la fissazione dell'incontro tra le parti, per la comunicazione del parere e per l'accettazione o meno dello stesso (circa 70 giorni), anche mediante silenzio assenso. Se la stazione appaltante non accetta il parere oppure nell'eventualità che il parere sia di sen-

so contrario alle ragioni del privato richiedente il parere, egli potrà comunque impugnare i provvedimenti emessi dalla stazione appaltante dinnanzi il Consiglio di Stato.

La soluzione elaborata dall'UNAA è una misura alternativa alla tradizionale impugnazione dei provvedimenti dinnanzi il giudice amministrativo, così che il concorrente che ritenga di aver subito una lesione potrà alternativamente ricorrere al TAR oppure alla procedura di ADR descritta nella proposta di legge.

Una volta presentata l'istanza di parere, la stazione appaltante e le parti vi devono obbligatoriamente partecipare; il che costituisce condizione fondamentale perché la procedura abbia senso.

Sia nel caso che la stazione appaltante decida di non condividere il parere reso, sia nel caso che lo condivida, essa emetterà un provvedimento che potrà essere impugnato, insieme a quello originario, dinnanzi il Consiglio di Stato dal soggetto che ha proposto l'istanza o dai controinteressati.

9. Considerazioni finali. – È ormai arrivato il tempo di pensare seriamente alla previsione di efficaci strumenti di risoluzione dei conflitti alternativi al giudice amministrativo.

Si pensi innanzitutto all'esigenza di riduzione dei tempi e di deflazionare il contenzioso, alleggerendo il giudice amministrativo del numero dei ricorsi portati al suo esame. La situazione dei vuoti di organico della giustizia amministrativa va avanti da anni e non ha ancora trovato soluzione; tra l'altro, in un organico di diritto nettamente inferiore a quello di altri Paesi europei (Francia e Germania su di tutti), mentre è necessario assicurare un servizio di giustizia efficace, efficiente e tempestivo. La giustizia amministrativa, infatti, è un servizio pubblico reso alla collettività.

Solo qualche numero a titolo indicativo.

I ricorsi presentati innanzi al Consiglio di Stato nel 2017 sono stati 9.343; i ricorsi presentati innanzi ai TAR nello stesso anno sono stati 48.555, di cui 13.407 solo innanzi al TAR del Lazio.

Alla data del 31 dicembre 2017 i ricorsi pendenti al Consiglio di Stato erano 26.015, quelli innanzi ai TAR 184.410, di cui 54.659 al TAR del Lazio. Ma va anche sottolineato che i ricorsi pendenti al TAR del Lazio nel 2005 erano 165.639.

È evidente il ruolo che potrebbe essere demandato a un serio sistema di ADR in ambito pubblicistico, da collocarsi temporalmente, ma non necessariamente, tra il procedimento amministrativo e il processo. Ruolo che sarebbe quanto più efficace tanto più se lo si riuscisse a scollegare dall'obbligatorietà del rimedio, concentrandosi invece sulla volontarietà di un accordo preventivo tra le parti e sugli effetti premiali conseguenti.

È noto il fallimento di sistemi obbligatori di tentativi di conciliazione, che sono stati frequentemente visti come un'inutile e defatigante fase preliminare alla ineliminabile fase contenziosa innanzi al giudice.

Accanto al modello di giustizia informale precontenziosa, si potrebbe prospettare anche la possibilità che nel corso del processo amministrativo si inserisca una parentesi destinata al tentativo di conciliazione della controversia prima che si giunga alla sua decisione. In tal modo attribuendo un ruolo attivo al giudice, che potrebbe anche essere monocratico (e non necessariamente collegiale).

L'utilità della mediazione non è di per sé contestabile.

Soprattutto, ma non solo, in un'amministrazione concepita da tempo per consenso (art. 11 della l. n. 241/1990), anche se, nella pratica, fa fatica a procedere per strumenti consensuali. Un'amministrazione per consenso dovrebbe di per sé solo incentivare sistemi di mediazione.

In tale ambito il dirigente competente deve trovare, senza timori che non hanno base normativa, le ragioni di una sua iniziativa tendente all'estinzione del contenzioso per transazione della lite o per l'intervento del mediatore, che potrebbe anche ottenere l'approvazione-omologazione del giudice amministrativo (competente nel caso in cui fosse stato proposto ricorso giurisdizionale).

La soluzione dei conflitti tra le parti non può essere rimessa sempre e comunque al giudice. L'effettività della tutela non si persegue solo nell'ambito del processo ma, a maggiore ragione, al di fuori dello stesso, se si riesce ad evitare il processo.

Si pensi, come già detto in precedenza, alla risoluzione dei conflitti tra pubbliche amministrazioni. Il legislatore potrebbe, proprio in questi casi, prevedere – per fattispecie determinate – il tentativo di accordo tra l'ufficio amministrativo e il destinata-

rio dell'esercizio della sua attività (involgente interessi legittimi o diritti soggettivi).

Senza parlare poi delle controversie di modico valore o di facile soluzione, proprio per questo ipotesi tipiche in cui la mediazione amministrativa si può esprimere al meglio.

Non si pretende introdurre la mediazione in ogni ipotesi di controversie conoscibili dal giudice amministrativo.

Si comprende come essa in alcuni casi possa non avere senso, non riuscendo appieno a svolgere la sua funzione. Come nelle controversie avverso provvedimenti che scaturiscono da procedimenti amministrativi di tipo para contenzioso (si pensi ai procedimenti innanzi all'AGCM in caso di comportamenti anticoncorrenziali, abuso di posizione dominante o pratiche commerciali scorrette). Ma la mediazione non può più continuare a essere un oggetto sconosciuto al processo amministrativo.

Nell'ambito di iniziative di riforma della giustizia amministrativa le tutele extragiudiziali dovranno avere rilievo centrale.

Allo stato, nella materia manca una cultura della mediazione, che va invece ricercata e perseguita. E ora, più che mai, sulla spinta della normativa europea e dei principi costituzionali, i tempi sembrano maturi perché anche la mediazione trovi spazio adeguato nelle controversie devolute al giudice amministrativo.

LUIGI FOLLIERI

GLI ACCORDI DI MEDIAZIONE CHE ACCERTANO L'USUCAPIONE

SOMMARIO: 1. Inventario delle questioni. - 2. L'effettivo contenuto dell'accordo di cui all'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. - 3. Ragioni della collocazione topografica e natura dell'acquisto per usucapione. - 4. Sulla trascrivibilità di un accordo di accertamento dell'usucapione non concluso nell'ambito della procedura di mediazione. - 5. Chiosa conclusiva.

1. *Inventario delle questioni.* – Nell'estate del 2013, il legislatore italiano – con l'art. 84-*bis* decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98¹ – ha novellato il codice civile, introducendo il n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c., ai sensi del quale sono suscettibili di trascrizione «gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato»².

¹ La disposizione è stata inserita nell'ambito di un provvedimento legislativo contenente varie norme «urgenti per il rilancio dell'economia», anche noto come il c.d. «decreto del fare».

² Sui contributi succedutisi alla novella del 2013: M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 718-2013/C, Approvato dall'Area Scientifica – Studi Civilistici il 24 ottobre 2013. Approvato dal CNN il 31 gennaio 2014, pubblicato in www.consiglionotariato.it (da cui le successive citazioni); e in *Riv. not.*, 2014, pp. 137 ss.; ID., *La trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2016, pp. 499 ss.; G. FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex artt. 11, comma 3°, d.lgs. n. 28/10 e 2643, n. 12-bis, c.c.*, cit., pp. 1022 ss.; G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1369 ss.; ID., *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643, n. 12-bis*; *considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva* (nota a Trib. Macerata, 28 agosto 2015), in *Riv. not.*, 2016, pp. 295 ss.; A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di*

Da una superficiale lettura della disposizione, si ricava come le aree tematiche interessate dalla nuova ipotesi normativa siano

accertamento dell'usucapione, in *Vita not.*, 2014, pp. 123 ss.; R. CASTRONUOVO, *Brevi note in tema di usucapione e trascrizione dopo il decreto del fare*, in *Vita not.*, 2014, pp. 1261 ss.; A. FERRARI, *La trascrizione dell'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2014, pp. 1269 ss.; G. MINNITI, *Prime riflessioni sulla trascrivibilità dell'accertamento negoziale dell'usucapione*, in *Quaestiones*, 2014, pp. 39 ss.; B. TROISI, *La trascrivibilità dell'accordo di mediazione in tema di usucapione dopo la conversione in legge del decreto "del fare" 69/2013 (L. 9 agosto 2013, n. 98)*, in *Riv. giur. Sarda*, 2014, pp. 107 ss.; ID., *La trascrivibilità dell'accordo di mediazione in tema di usucapione*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, a cura di E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma e S. Polidori, II, Napoli, 2017, pp. 2247 ss.; L. MORETTI, *Opponibilità al creditore ipotecario di un accordo di mediazione non trascritto accertante l'intervenuta usucapione, ai sensi dell'art. 2643, co. 1, n. 12-bis, c.c., nell'espropriazione forzata immobiliare* (nota a Trib. Terni, ord. 28 maggio 2014), in *Avvocati a Terni*, n. 1, 2015; M. SARACENO, *La trascrizione dei negozi di accertamento dell'usucapione nell'ambito del procedimento di mediazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 217 ss.; P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, in *Riv. not.*, 2015, pp. 1355 ss.; e in *Vita not.*, 2016, pp. 405 ss.; C.M. BIANCA, *La trascrizione del verbale dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2016, pp. 119 ss.; V. BRIZZOLARI, *La trascrizione del verbale di conciliazione relativo all'accertamento dell'acquisto per usucapione* (nota a Trib. Lecce, decr. 08 gennaio 2016), in *Contratti*, 2017, pp. 71 ss.; M. ADORNO, *La trascrizione dell'accordo di conciliazione in materia di usucapione*, in *Giusto processo civ.*, 2017, pp. 309 ss.; A. VIANA, *La pubblicità nella vendita immobiliare*, Napoli, 2017, pp. 109 ss.; A. SPATUZZI, *La disponibilità dei beni usucapiti, tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, in *Contratti*, 2017, pp. 601 ss., spec., pp. 606 ss.; M. SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, Studio n. 4-2017/C, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 14 giugno 2017, pubblicato in www.consiglionotariato.it; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018.

Riferimenti – sebbene con gradi di approfondimento di diversa ampiezza a seconda degli autori – anche in C. CICERO, *La transazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, 9, Torino, 2014, pp. 50-52; R. TRIOLA, *Commento all'art. 2643 cod. civ.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della tutela dei diritti*, Artt. 2643-2783-ter, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Torino, 2015, p. 71; F. CRISTIANI, *Il problema della c.d. retroattività dell'usucapione*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2014, pp. 1313 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, 2^a ed., Milano, 2017, pp. 643 s.; C. ABATANGELO, *Il possesso derivato. Situazioni possessorie e loro circolazione negoziale*, Napoli, 2016, pp. 217 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, in L. RUGGERI e E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, IV, 34,

da individuare nel tradizionale istituto dell'usucapione e nell'altrettanto risalente figura del negozio di accertamento (*Feststellungsgeschäft*)³, categoria dogmatica che si deve alla Pandettistica tedesca, che l'ha introdotta nella seconda metà del 1800⁴.

A dispetto di nozioni consolidate con il trascorrere del tempo, la nuova previsione normativa ha avuto un impatto deflagrante; ed ha proposto seri problemi a livello sistematico, con ricadute pratiche di non poco momento.

Basti pensare alle dinamiche acquisitive del diritto reale e, in particolare, alla tradizionale concezione dell'usucapione come modalità di acquisto a titolo originario: concezione che potrebbe essere revocata in dubbio a cagion del fatto che la novella colloca l'accordo accertativo dell'intervenuta usucapione tra gli atti di acquisto a titolo derivativo soggetti a trascrizione.

Né possono essere taciute le questioni in materia pubblicitaria riguardanti la natura della trascrizione di cui all'art. 2643, n. 12-bis, c.c., con il conseguente, ineludibile, interrogativo se si tratti di pubblicità dichiarativa, notizia o di una sorta di pubblicità costitutiva *sui generis*⁵.

E non meno problematico si pone il risvolto in tema di opponibilità, relativamente alla prevalenza o meno dell'acquisto per usucapione, accertato contrattualmente e trascritto ai sensi della recente disposizione di legge, rispetto alle trascrizioni o iscrizioni precedentemente eseguite sullo stesso bene.

Napoli, 2016 [opera recensita da F. LA FATA, in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 744 ss.], pp. 252-255; Id., *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, pp. 252-255 (lo scritto può leggersi anche in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, II, cit., pp. 1303 ss.); R. TRIOLA e M. VARCACCIO GAROFALO, *La trascrizione. Tra vecchi e nuovi problemi*, Torino, 2017, pp. 153 ss.; E. INDRACCOLO, *I negozi diretti a comporre o prevenire le liti*, Napoli, 2017, pp. 192 ss.; M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, pp. 191-193; U. CARNEVALI, *Novelle legislative e principi giuridici*, in *Contratti*, 2018, pp. 517 s.

³ La parola tedesca *feststellen* significa «accertare» o, meglio, «fissare».

⁴ Ai *Feststellungsverträge* (contratti di accertamento) si attribuiva efficacia in un certo senso dichiarativa: su tutti, K. LARENZ e C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2, München, 1994, p. 31 («*Gemeinsam ist ihnen, daß in ihnen die Schuld als bestehend vorausgesetzt wird und sie in diesem Sinne "deklaratorischen" Charakter haben*»).

⁵ Per l'approfondimento di tale aspetto, cfr. L. FOLLIERI, *op. cit.*, pp. 210 ss.

Da quest'ultimo angolo di osservazione, è possibile notare come la giurisprudenza, muovendo dalla retroattività reale dell'acquisto per usucapione (che, benché priva di testuale fondamento normativo, viene considerata caratteristica connaturata all'istituto ed alla sua stessa funzione), afferma la prevalenza di tale acquisto su tutti gli atti trascritti ed iscritti contro il precedente proprietario (usucapito) a prescindere dal tempo in cui questi siano stati resi pubblici: una volta che il possesso si sia protratto sino al termine stabilito dalla legge, è come se – attraverso una sorta di *fictio iuris* – l'usucapiente fosse titolare del diritto reale sin dal primo momento in cui ha iniziato a possedere⁶. E ciò indipendentemente dalla trascrizione della sentenza che accerta l'usucapione e dal momento in cui tale formalità pubblicitaria venga compiuta.

Il tutto è riconducibile ad una precisa *ratio*: i principî di priorità e di continuità delle trascrizioni risolvono conflitti tra più acquisti a titolo derivativo (dal medesimo dante causa); non fra titoli di acquisto confliggenti che abbiano, rispettivamente, natura derivativa e natura originaria.

Di conseguenza, se si presta ossequio al dato normativo ed alla sua collocazione topografica e si attribuisce funzione di pubblicità dichiarativa alla nuova disposizione inserita nell'art. 2643 c.c., occorre spiegare il perché della scelta legislativa che, quanto meno *prima facie*, sembra contraddire la natura dell'usucapione quale vicenda acquisitiva originaria.

Per di più, un'esegesi della novella che si consideri vincolata al dato testuale ed al contesto topografico non può non interrogarsi sul perché venga prevista una pubblicità dichiarativa per l'accertamento convenzionale dell'intervenuta usucapione, in luogo di quella meramente notiziale disposta (ai sensi dell'art. 2651 c.c.)⁷ in relazione all'accertamento compiuto in sede giurisdizionale⁸.

⁶ Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, in *Corr. giur.*, 2001, pp. 520 ss. (con nota di V. SEVERI, *Sulla retroattività dell'acquisto effettuato per usucapione*); in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 1325 ss.; e in *Vita not.*, 2000, pp. 1607 ss., in cui – a dimostrazione del risalente orientamento – si richiamano Cass. 15 maggio 1925 e Cass. 17 novembre 1973, n. 3082.

⁷ Nel testo del codice civile del 1865, mancava una norma corrispondente all'attuale art. 2651 c.c. Il legislatore del 1865 dettò, peraltro, l'art. 1935, norma di contenuto identico a quello dell'attuale art. 2657. Fu con il Testo

I ristretti limiti dimensionali del presente contributo non consentono una trattazione delle diverse problematiche sollevate dalla novella legislativa del 2013.

Va tuttavia evidenziato come, per tentare di dissipare (alcuni di) questi dubbi interpretativi, non possa che risalirsi all'effettivo contenuto di tali accordi e, per così dire, guardare dentro l'atto di autonomia privata tenuto presente dal legislatore.

Si proverà, quindi, ad esporre brutalmente l'idea che sembra risultare idonea a decifrare l'*ubi consistam* dell'atto di autonomia privata cui si riferisce il n. 12-bis dell'art. 2643 c.c., tralasciando il percorso argomentativo che giustifica la ricostruzione proposta⁹ ed abbozzando a taluni dei suoi corollari applicativi.

2. *L'effettivo contenuto dell'accordo di cui all'art. 2643, n. 12-bis, c.c.* Muovendo in tale direzione, si può osservare che gli accordi di mediazione considerati dall'art. 2643, n. 12-bis, c.c. descrivono una vicenda così rappresentabile: la parte istante afferma il proprio diritto (reale) sul bene; l'altra – c.d. parte invitata nel procedimento conciliativo – non si oppone e riconosce la fondatezza dell'altrui pretesa.

Dietro questa situazione si cela un effetto dispositivo: nel concreto, infatti, vi è come un'implicita volontà dismissiva dell'uno in favore dell'altro soggetto, atteso che il titolare attuale

Unico sulle tasse ipotecarie (r.d. 30 dicembre 1923, n. 3272) che si introdusse l'obbligo di trascrizione delle sentenze che accertavano l'avvenuto acquisto della proprietà di un bene a titolo originario.

⁸ Non sembra oggetto di discussione la natura di pubblicità notizia della trascrizione di cui all'art. 2651 c.c. Cfr. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 104; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, vol. I, tomo II, Torino, 2012, pp. 442 ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, IX, 2^a ed., Torino, 2004, p. 159; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005, pp. 135-137; G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla «tassatività» alla «tipicità»*, Napoli, 2009, pp. 414 ss.

⁹ Per l'iter argomentativo e ricostruttivo che porta all'individuazione del contenuto proprio dell'accordo di cui all'art. 2643, n. 12-bis), c.c. e per la trattazione delle questioni connesse, sia consentito rinviare a L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., part., pp. 203 ss.

del diritto reale rinuncia a far valere difese ed eccezioni di fronte alla pretesa della parte che asserisce di aver usucapito.

Dunque, è come se l'acquisto si fondasse su di una volontà «dispositiva» del titolare formale, così da essere conseguentemente trattato alla stregua di un acquisto a titolo derivativo.

Per altro verso, l'accordo concluso in sede di mediazione non contiene, in fondo, un effettivo accertamento.

Anzi, volendo dirla tutta, l'atto che interviene in sede di composizione amichevole della lite – e che è preso in considerazione dal legislatore del 2013 – prescinde da qualsiasi accertamento dei fatti costitutivi dell'acquisto per usucapione.

Le parti simulano un accertamento in ordine alla sussistenza di un possesso pacifico ed ininterrotto per un determinato periodo di tempo; ma, in realtà, il contenuto del negozio è implicitamente dispositivo, in quanto si determina – sostanzialmente e quale conseguenza della rinuncia all'esercizio di qualsiasi difesa ed eccezione da parte dell'usucapito – l'attribuzione del diritto reale in favore di chi risulta usucapiente in base all'accordo¹⁰.

Un po' quello che avveniva – con le dovute proporzioni che il paragone comporta – con la *in iure cessio* del diritto romano: istituto che indicava, com'è noto, un «finto» processo con il quale si attuava, nell'accordo delle parti, il trasferimento della proprietà di una *res* (*mancipi* o *nec mancipi*). Accadeva, infatti, che, di fronte al magistrato, le due parti fingevano di contestare la proprietà di una cosa determinata oggetto di vendita: l'acquirente rivendicava il bene come proprio pronunciando la formula solenne della *vindicatio*; l'alienante – che pure era il titolare del bene – rinunciava a pronunciare la formula della *contravindicatio* (anzi, interrogato dal pretore, rispondeva negativamente), per cui il pretore dava la causa vinta all'acquirente e assegnava la *res* a chi aveva parlato per primo.

3. Ragioni della collocazione topografica e natura dell'acquisto per usucapione. – Tra i corollarî che possono discendere da questo

¹⁰ Significative, in tale prospettiva, le parole di A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1388: «una preclusione a contestare che il diritto sia acquisito alla controparte equivale ad una trasmissione del diritto a lei».

modo di intendere gli accordi cui si fa riferimento nell'art. 2643, n. 12-bis, c.c., può senz'altro annoverarsi il perché della collocazione topografica di quest'ultima previsione normativa.

L'assenza di un effettivo accertamento dei fatti costitutivi di un acquisto per usucapione¹¹ e l'implicita efficacia dispositiva insita nel negozio in questione consentono infatti di comprendere la scelta legislativa di inserire la nuova disposizione nell'ambito degli atti – a titolo derivativo – soggetti alla pubblicità dichiarativa.

Collocazione che induce ad affermare l'applicabilità, all'accordo tenuto presente dal legislatore della novella del 2013,

¹¹ Tra le opere dedicate all'usucapione, cfr. M. LUPO, voce *Usucapione*, in *Enc. forense*, VII, Milano, 1962, pp. 871 ss.; A. MONTEL e M. SERTORIO, voce *Usucapione (diritto vigente)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, pp. 294 ss.; S. RUPERTO, voce *Usucapione b) Diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, pp. 1022 ss. (riprodotta anche in *Id.*, *L'usucapione*, Milano, 1992); L. MOCCIA, *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare*, Milano, 1993; M. COMPORI, voce *Usucapione I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; R. SACCO, voce *Usucapione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, pp. 561 ss.; R. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001; C. CICERO, *L'usucapione*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, *I possessori*, Napoli, 2005, pp. 164 ss.; A.G. DIANA, *L'usucapione*, in *Id.*, *La proprietà immobiliare urbana*, IV, Milano, 2006; P. VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, II, pp. 3 ss.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, II, Milano, 2006, pp. 789 ss.; V. CANALE, voce *Usucapione I) Diritto civile*, Postilla di Aggiornamento, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 2007; E. GUERINONI, *L'usucapione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, pp. 869 ss.; P. LORO, *L'usucapione*, in *La proprietà e i diritti reali minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, a cura di R. Conti, Milano, 2009, pp. 821 ss.; P. POLA, *L'usucapione*, 4^a ed., Padova, 2011; A. DI BIASE, *Usucapione pubblica e vicende dei beni occupati*, Napoli, 2012; M. DE GIORGI, *L'usucapione: aspetti sostanziali e profili processuali controversi*, Milano, 2012; A. GALATI, *Dell'usucapione*, in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, continuato da F.D. Busnelli, Artt. 1158-1167, Milano, 2013; L. BOZZI, *Commento agli artt. 1158 ss. codice civile*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della proprietà*, Artt. 1100-1172, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, Torino, 2013, pp. 649 ss.; T. DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, I, 2, *I beni e la proprietà*, Padova, 2013, pp. 1433 ss.; K. MASCIA, *L'usucapione*, Matelica, 2013; R. MAZZON, *Usucapione di beni mobili e immobili: requisiti per l'acquisto e strategie di difesa*, Rimini, 2013; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, 2^a ed., Milano, 2017, pp. 615-645.

delle regole di circolazione proprie della pubblicità immobiliare; e, su tutte, del principio di priorità, che non può invece regolare il conflitto tra acquirente a titolo originario (per usucapione) e acquirente a titolo derivativo¹².

Il negozio indagato è dunque trattato dal legislatore come atto a titolo derivativo e soggetto a pubblicità dichiarativa a tutela dei terzi.

Tanto perché l'accordo in esame non ha un concreto contenuto accertativo dei fatti costitutivi di un acquisto per usucapione, per cui la sua opponibilità è regolata dal regime pubblicitario della trascrizione con funzione dichiarativa.

Pertanto, al netto di quanto sinora esposto, l'usucapione costituisce soltanto – con terminologia processuale – la *causa pendenti* della domanda dell'istante in mediazione, che asserisce di essere titolare del diritto reale per averlo acquistato con il compiersi dell'usucapione e chiede, appunto, accertarsi un acquisto a tale titolo.

In questa prospettiva, il *focus* dell'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. è sul contesto in cui avviene l'accertamento dell'usucapione per via alternativa a quella giudiziale; non sull'accertamento in sé.

L'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. non può quindi avere ricadute sistematiche sull'inquadramento dell'usucapione, non rappresentando una peculiare ipotesi di usucapione a titolo derivativo.

¹² Cfr. Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Giur. it.*, 2005, pp. 2276 ss., con nota di R. PERATONER, *Usucapione e trascrizione*, cit.; in *Riv. not.*, 2006, pp. 208 ss., con nota di S. METALLO, *Conflitti giuridici e trascrizione: la pubblicità dichiarativa e non costitutiva*; e in *Riv. giur. Edil.*, 2006, pp. 349 ss., con nota di E. VARANO, *Conflitto tra acquirente per usucapione ed avente causa dall'usucapito nel sistema della trascrizione immobiliare*; Cass., 6 dicembre 2000, n. 15503, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 5 gennaio 2000, n. 27, in *Giur. it.*, 2000, pp. 1141 ss.; Cass., 28 gennaio 1985, n. 443, in *Mass. Giur. it.*, 1985; Trib. Catania, 10 maggio 2004, in *Giur. Aetnea*, 2005, n. 1, p. 7.

È opportuno, a tal riguardo, ricordare come, proprio sul piano regolativo dei conflitti, si *misuri* la rilevanza della fondamentale distinzione in tema di acquisti: il conflitto tra acquirente a titolo originario ed acquirente a titolo derivativo si risolve in favore del primo, senza che si applichi la disciplina sulla trascrizione; al contrario, per decidere chi prevalga tra due acquirenti che vantino titoli derivativi fra loro incompatibili, dovrà ricorrersi alle regole sulla pubblicità dichiarativa. L'originarietà dell'acquisto rappresenterà l'inizio di una nuova catena di titoli derivativi, per cui viene respinto nell'ambito dell'inopponibilità tutto ciò che sta prima dell'acquisto; il quale, appunto, si origina da sé.

Di conseguenza, non può essere la novella legislativa del 2013 a far cadere il dogma¹³ dell'usucapione quale modalità acquisitiva del diritto dalla *connaturata* originarietà.

4. *Sulla trascrivibilità di un accordo di accertamento dell'usucapione non concluso nell'ambito della procedura di mediazione.* – V'è poi da osservare che la previsione introdotta dalla novella del 2013 non legittima la trascrivibilità del negozio di accertamento dei diritti reali *tout court*.

Non consentendo le dimensioni quantitative del presente scritto di dilungarsi sui diversi aspetti che il problema involge, ci si limita a sottolineare come risulti difficilmente sostenibile la trascrivibilità di un accordo accertativo di un acquisto per usucapione ai sensi degli artt. 2645 e 2643, n. 12-*bis*, c.c., a prescindere dall'ambito e dalla procedura in cui l'accordo venga concluso¹⁴.

In primo luogo, non è infatti predicabile l'ampliamento della sfera di applicazione oggettiva di una norma attraverso un'altra norma.

Nello specifico, si avrebbe l'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. – ricomprendendosi in esso anche l'accordo di accertamento dell'usucapione non concluso nella procedura conciliativa – mediante l'art. 2645 c.c. (che si limita ad affermare la trascrivibilità di altri atti – diversi da quelli di cui all'art. 2643 c.c. – che producano «taluni degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643»).

¹³ Sui dogmi nell'ordinamento giuridico, di recente, F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010; ID., *I dogmi nel diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, pp. 905 ss.

¹⁴ Cfr., già ante novella, G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, cit., pp. 348 ss. Dopo l'introduzione del n. 12-*bis*), art. 2643 c.c., M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, cit., pp. 1, 15 e 17; M. SARACENO, *op. cit.*, p. 238; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 255; ID., *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, cit., p. 255; M. SANNINO, *op. cit.*, pp. 7 s., che, peraltro, finisce per osservare come «occorre, purtroppo, scontrarsi contro la prassi degli uffici dei RR.II. notoriamente restii ad accettare di trascrivere atti per i quali non sia prevista espressamente la trascrizione».

Inoltre, il disposto dell'art. 2645 c.c. può, senza dubbio, essere letto (anche) nel senso di escludere la trascrivibilità di altri contratti che non siano quelli indicati nell'art. 2643 c.c.: in quest'ottica, la norma di cui all'art. 2645 c.c. si riferisce ad altri atti o provvedimenti diversi – per struttura (atti negoziali unilaterali invece di contratti) o per particolari caratteristiche (nel caso di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali) – da quelli menzionati nell'art. 2643 c.c.

Di conseguenza, se ciò corrispondesse al vero, sarebbe altresì difficile pensare di applicare la nuova disposizione di cui al n. 12-*bis* dell'art. 2643 c.c. – tramite il filtro dell'art. 2645 c.c. – anche all'accordo accertativo dell'usucapione concluso al di fuori della procedura conciliativa: si renderebbe infatti trascrivibile un altro contratto che non sia atto (unilaterale) o provvedimento differente dai contratti indicati nell'art. 2643 c.c.

Diviene, pertanto, plausibile la soluzione che nega un'interpretazione ampia della previsione sulla pubblicità dell'accordo accertativo dell'usucapione e, segnatamente, esclude l'applicabilità dell'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. al negozio di accertamento dell'usucapione, per così dire, puro e semplice.

Un tale esito interpretativo si regge su di un preciso postulato: la disposizione pubblicitaria introdotta dalla novella legislativa del 2013 si caratterizza, eccezionalmente, per l'indispensabilità della mediazione¹⁵.

¹⁵ G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, p. 1396; ID., *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643, n. 12-bis*; *considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva*, cit., pp. 301 s. (dove si legge che l'accertamento ex art. 2643, n. 12-*bis*, c.c. è eccezionale, perché «*si qualifica per la natura necessariamente mediatoria: in un certo senso, il procedimento mediatorio "simula" un accertamento potenzialmente contenzioso che viene risolto, però, pacificamente con le forme complesse della mediazione, cui segue una trascrizione correlata agli acquisti a titolo derivativo. Questa procedura configura un meccanismo retto da attenzioni e cautele per la ragione fondante che sostanzialmente "sostituisce" un acquisto a titolo originario cui si correla la perdita della proprietà; a ciò si aggiunga anche la funzione "premiante" che il legislatore vuole assegnare alla procedura mediatoria*», per cui «*non sarà trascrivibile – pur essendo valida ed efficace tra le parti – una convenzione semplicemente ricevuta dal notaio che accerti l'avvenuta usucapione*»).

Ricostruito in questi termini, il problema si riduce, allora, nel rilievo che assume la mediazione ai fini della trascrizione del negozio accertativo.

Detto altrimenti, si tratta di comprendere fino a che punto il procedimento diretto alla conciliazione rappresenti elemento essenziale della previsione pubblicitaria in esame.

Sotto il profilo sostanziale, la mediazione, *rectius*, il processo verbale di mediazione veste l'accordo, il cui contenuto ripete quello proprio di un qualsiasi contratto (sia esso tipico o atipico).

Di conseguenza, dal punto di vista *sostanziale*, l'accordo di accertamento di un acquisto per usucapione deve intendersi, a tutti gli effetti, un contratto, ancorché concluso nell'ambito di una procedura mediatoria.

Viceversa, è forse sotto l'aspetto *procedimentale* che può cogliersi il *proprium* dell'accordo considerato.

Il titolo per la trascrizione è rappresentato dal processo verbale di conciliazione (al quale viene allegato il testo dell'accordo, se non trasfuso nel verbale), sottoscritto dalle parti e dal mediatore ed autenticato da un pubblico ufficiale¹⁶: dunque, un titolo formato in sede mediatoria e poi autenticato nelle sottoscrizioni dal notaio¹⁷.

È pertanto il *contesto* in cui l'accordo si perfeziona che assume rilievo.

Soltanto se il contratto – con cui si accerta l'usucapione – si conclude nell'ambito del procedimento di mediazione e con le formalità proprie della procedura conciliativa potrà applicarsi la previsione normativa che ne dispone la trascrivibilità.

¹⁶ Diversamente, M. SANNINO, *op. cit.*, pp. 6 e 8, per il quale l'atto soggetto a trascrizione sarebbe soltanto l'accordo che accerta l'usucapione e non anche il verbale di mediazione.

Peraltro, sotto un ulteriore aspetto, va detto che il titolo che si forma in sede mediatoria può dirsi un *quid* di diverso rispetto ai titoli idonei alla trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.: il processo verbale di mediazione successivamente autenticato dal notaio non sembra, infatti, assimilabile né all'atto pubblico, né alla scrittura privata con sottoscrizione autenticata, distinguendosi per un «*rafforzamento*» della forma.

¹⁷ Va segnalata l'astratta possibilità che l'accordo di mediazione, con il verbale, preveda esclusivamente l'obbligo di dare corso al successivo atto notarile di adempimento.

L'accordo «di mediazione» è tale solo perché raggiunto nel luogo deputato alla conciliazione delle controversie e attraverso le regole formali che disciplinano lo svolgimento della procedura di risoluzione alternativa della lite.

Ne discende l'impossibilità di ampliare la sfera di applicazione oggettiva dell'art. 2643, n. 12-*bis*, c.c.; nonché l'intrascrivibilità di un negozio accertativo dell'acquisto per usucapione decontestualizzato dal procedimento di mediazione.

È dunque la mediazione che caratterizza necessariamente la disposizione normativa considerata; e che assurge a requisito indispensabile per la successiva pubblicità del negozio di accertamento.

Il legislatore ha offerto alle parti la possibilità di accertare l'usucapione senza ricorrere al giudice, ma ha circoscritto l'accertamento di natura convenzionale nel perimetro della procedura conciliativa¹⁸.

5. *Chiosa conclusiva.* – L'ipotesi normativa considerata deve dunque essere letta alla luce del contesto e, quindi, circoscritta al procedimento di mediazione.

In questa prospettiva, assume particolare rilievo lo strumento della media-conciliazione, che esplica le sue potenzialità e si candida a divenire via privilegiata – ancorché differente, sotto significativi profili, rispetto al canale accertativo di tipo giudiziale – per ovviare alle lungaggini e diseconomie della procedura giurisdizionale di accertamento dell'usucapione.

Ma con un *caveat*: occorre arginare l'uso improprio del meccanismo esaminato, che, purtroppo, si presta a favorire intenti frodatori.

¹⁸ È altresì da escludere la trascrivibilità di un accordo concluso in sede di negoziazione assistita: cfr. A. GENTILI, *op. ult. cit.*, p. 1397 [che ritiene inapplicabile l'art. 2643, n. 12-*bis*), c.c. agli «*analoghi patti concordati in sede di negoziazione assistita*», escludendo «*che la trascrivibilità degli accertamenti convenuti in mediazione sia un argomento per la trascrivibilità degli altri*»].

GIOVANNI TRUGLIO

LA PROIEZIONE INTERNAZIONALE DELL'ARMA
DEI CARABINIERI PER IL RAFFORZAMENTO
DELLE CAPACITÀ DELLE POLIZIE AFRICANE

La parola mediazione, contenuta nel titolo di questo convegno, viene naturalmente ricollegata al concetto di conflittualità e di risoluzione, appunto, dei conflitti. Se guardiamo al bacino del Mediterraneo e a tutta l'area circostante, possiamo osservare come molti siano i conflitti in corso e le situazioni di crisi, nel senso più ampio, che si manifestano e che, di norma, tendono a riversare i propri effetti ben oltre i confini degli Stati in cui hanno origine. In questa regione, in cui l'Italia riveste un ruolo geopolitico importante per effetto della sua stessa collocazione geografica, si conferma dunque la tendenza, da parte della Comunità Internazionale, a un approccio alla gestione delle crisi ispirato a nuovi e più articolati modelli, in linea con l'evoluzione in senso estensivo del concetto di Sicurezza, in base al quale i singoli Stati assumono le proprie decisioni con riguardo alle predette crisi internazionali.

La progressiva globalizzazione di scambi, comunicazioni e movimenti, infatti, fa sì che le crisi che si manifestano in una regione del mondo, se non tempestivamente e adeguatamente affrontate, possono trasmettersi ad altre aree o divenire addirittura globali, venendo così percepite – contestualmente – come una minaccia per la sicurezza di più Stati.

Infine, nell'ambito della Comunità Internazionale si è da tempo radicata l'idea che fenomeni pervasivi come la criminalità organizzata, il terrorismo, i grandi flussi migratori, le emergenze ambientali, il cyber-crime, non possono più essere ricondotti a un semplicistico concetto di competenza territoriale o di giurisdizione domestica.

È evidente dunque che si pone la necessità di una ampia cooperazione internazionale volta anche alle esigenze di sicurezza e

di difesa, ma che in ogni caso deve caratterizzarsi per la multidisciplinarietà e il pragmatismo delle iniziative. La diplomazia, ad esempio, ha un ruolo centrale nella fase pre-conflitto, mentre l'intervento militare può risultare cruciale durante la fase più acuta e in quella immediatamente successiva. La stabilizzazione, infatti, rappresenta la base su cui poggia il successivo processo di *nation building* che, favorito dalle organizzazioni internazionali, si estrinseca in una serie di iniziative volte a promuovere una efficace *governance* locale, obiettivo finale della gestione della crisi. Una volta che lo scenario sia stato stabilizzato, le iniziative dovrebbero essere focalizzate sulla ricostruzione, con il necessario consenso da parte della popolazione locale.

Già nella fase di stabilizzazione, tuttavia, è necessario il coinvolgimento di tutti gli attori in grado di sostenere e di favorire il ritorno alla normalità della vita sociale, aspetto fondamentale della gestione della crisi.

Infatti, fermare le violenze non è di per sé un'azione sufficiente a garantire il cosiddetto *safe and secure environment*, specialmente quando le strutture e le istituzioni locali non siano più esistenti o in grado di svolgere le loro funzioni; è cruciale, in questa fase, ripristinare le condizioni di pacifica convivenza sociale, dal momento che il deficit di legalità crea un clima di impunità e incoraggia ulteriormente le violenze e la criminalità.

Sarà pertanto necessario, da subito, che sia garantita la pubblica sicurezza e che la criminalità sia efficacemente perseguita, che sia salvaguardata l'applicazione delle leggi fondamentali e sia garantito il controllo delle frontiere; più oltre, che si instauri un clima di fiducia e di rinnovata coesione nel tessuto sociale.

È necessario dunque ripristinare quanto prima le funzioni di polizia, intese come garanzia della pacifica convivenza sociale in un quadro di efficacia ed effettività di un sistema giuridico in grado di assicurare il rispetto della legge anche intervenendo in presenza di infrazioni.

In questo quadro, l'Arma dei Carabinieri partecipa alla gestione delle crisi internazionali operando in seno alla Difesa, nel solco degli indirizzi di politica militare e di sicurezza tracciati dal Dicastero, e fornisce, con le proprie peculiarità e la propria storia, un modello istituzionale ai diversi Paesi interessati.

Nei Teatri operativi l'Arma svolge attività di polizia sostitutiva, supplendo ai compiti di forze di polizia collassate o comunque non in grado di fare fronte al proprio mandato, ovvero di polizia di rafforzamento, per la ricostituzione delle istituzioni locali, attraverso strutturate attività di addestramento, *mentoring*, monitoraggio, assistenza e consulenza.

Ai tradizionali impegni di natura squisitamente operativa si sono affiancate nel tempo, quale parte integrante della strategia per "proiettare stabilità", sempre più numerose le iniziative di cooperazione bilaterale con finalità di *capacity* e *institution building*.

Tra le iniziative di *capacity building* che l'Italia ha avviato nel Corno d'Africa, particolare menzione meritano le missioni bilaterali di *mentoring*, *advising* e *assisting*, denominate Missioni Addestrative Italiane – acronimo MIADIT – in favore della Polizia Somalia e della Gendarmeria di Gibuti, che fanno parte di un più ampio progetto formativo teso a fornire un contributo alle Autorità del Governo somalo e gibutiano, il cui scopo fondamentale è:

- a. promuovere un approccio sistemico nel corno d'Africa con particolare riferimento alla Somalia e a Gibuti;
- b. concorrere alla creazione delle condizioni per la stabilizzazione della Somalia mediante l'accrescimento delle capacità operative delle Forze di Polizia;
- c. incrementare la presenza e l'influenza nazionale nell'area sul piano bilaterale e delle principali organizzazioni internazionali di riferimento presenti nell'area.

Il totale degli addestrati nelle 9 edizioni – mentre è già in corso la 10^a – è pari a 3807 un. (di cui 1685 un. della Polizia somala, 531 un. della Polizia Nazionale gibutiana e 1591 un. della Gendarmeria Nazionale gibutiana).

L'addestramento mira inoltre a creare tra le fila dei discenti istruttori qualificati in grado di proseguire l'attività nel tempo. Il cosiddetto modello "*train the trainer*" punta al raggiungimento della sostenibilità e dell'autosufficienza. A supporto delle attività formative vi sono inoltre progetti finalizzati a fornire equipaggiamenti, veicoli e materiali di vario genere.

In questi giorni, dopo un periodo di stallo, ha avuto inizio l'operazione "*Misin*" in Niger che vede i Carabinieri, al fianco di

Esercito ed Aeronautica, impegnati nell'addestramento delle forze di sicurezza nigerine (forze armate, gendarmeria, guardia nazionale e forze speciali nigerine). Il focus della missione è proprio il rafforzamento delle capacità delle forze locali tramite attività di addestramento, consulenza e assistenza (*Training, Advising & Assisting*) per metterle nelle condizioni di contrastare i trafficanti di esseri umani che operano nel territorio subsahariano, riducendo così i flussi di migranti che da quelle zone si muovono per raggiungere la Libia e quindi i porti italiani.

In tale ambito un Ufficiale superiore dei Carabinieri è stato distaccato quale "Advisor" dei Comandanti della Gendarmeria e della Guardia Nazionale con il compito di valutare i *gap* capacitivi delle Forze di Sicurezza nigerine e predisporre i programmi addestrativi.

Un ulteriore significativo ambito d'intervento è costituito dai progetti diretti e finanziati dall'Unione Europea, coerentemente con il crescente impegno dell'UE nei settori del *capacity building* nel continente Africano.

Le iniziative progettuali a cui l'Arma partecipa mirano a perseguire modelli del tipo "Train and Equip" in favore delle Forze di polizia dei paesi in via di stabilizzazione, finanziando formazione ma anche l'approvvigionamento di equipaggiamenti e la realizzazione di infrastrutture. È il caso del progetto GAR-SI Sahel (*Group d'Action Rapide, Surveillance et Intervention*), che vede la partecipazione di Carabinieri, Gendarmeria francese, Guardia Civil spagnola e Guardia Nazionale Repubblicana portoghese, che prevede l'addestramento e l'equipaggiamento di sei compagnie d'intervento operativo per il contrasto alla tratta di esseri umani nei cinque Paesi del Sahel (Mali, Ciad, Burkina Faso, Mauritania e Niger) e in Senegal.

Proprio in Mali inoltre, è attiva la missione delle Nazioni Unite MINUSMA (*United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali*), nata a seguito della Risoluzione 2100 del 25 aprile 2013 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, al fine di sostenere il processo politico di transizione e aiutare la stabilizzazione del Mali. Nel 2014, inoltre il Consiglio dell'Unione Europea ha lanciato la missione civile *Common Security and Defence Policy (CSDP) European Union Capacity Building Mission in Mali* (EUCAP SAHEL MALI) per supportare stabi-

lità, riforma istituzionale e ristrutturazione del Paese. Le missioni si propongono l'obiettivo di:

- garantire la sicurezza, la stabilizzazione e la protezione dei civili;
- sostenere il dialogo politico e la riconciliazione nazionale;
- assistere la riaffermazione dell'autorità statale, la ricostruzione del settore della sicurezza e la promozione e protezione dei diritti umani nel paese.
- fornire consulenza strategica e formazione per le tre forze di sicurezza del Mali (*la Polizia, la Gendarmeria e la Guardia Nazionale*), sotto la supervisione e il coordinamento dei Partner internazionali.

Sempre sotto l'egida dell'Unione Europea, dal 2011 al 2014, l'Arma ha inoltre diretto, a livello europeo, il ciclo di esercitazioni *European Union Services Training (EUPST)*, finanziato dall'Unione; si tratta di sessioni addestrative, condotte anche in Africa, che hanno consentito l'addestramento di oltre 2500 operatori provenienti da 45 Forze di Polizia di tutti i continenti e a cui l'Arma sta continuando a contribuire anche nel periodo 2016-2018.

L'Arma mantiene molteplici ulteriori attività di cooperazione strutturata che contribuiscono a promuovere, in maniera assolutamente originale, il modello organizzativo e operativo istituzionale presso le Forze di Polizia dei Paesi beneficiari.

Si tratta di una *military diplomacy* con cui l'Arma concorre al perseguimento degli obiettivi diplomatici di stabilizzazione di lungo termine delle aree di crisi e di diffusione degli standard internazionali relativi al rispetto dei Diritti Umani.

Il pilastro di tale strategia è costituito dagli accordi di cooperazione con i Vertici delle forze di polizia straniera, nel quadro delle iniziative che il Comandante Generale dell'Arma può assumere con i paritetici organismi esteri nei settori organizzativo, addestrativo, tecnico-scientifico e logistico.

In tale contesto sono stati conclusi accordi con l'Uganda, il Ruanda, la Namibia, l'Algeria, la Somalia, Gibuti, la Moldavia, la Polizia di Abu Dhabi, il Qatar, il Messico, l'Autorità Nazionale Palestinese e con Organizzazioni Internazionali, quali l'*East*

Africa Police Chiefs Cooperation Organization, che riunisce i capi delle Polizie dell’Africa Orientale¹.

Talune di queste intese consentono il distacco di Ufficiali dei Carabinieri con funzioni di *advisor* in favore dei rispettivi Comandanti realizzando un *network* preziosissimo, specie in un continente, come l’Africa, in continua crescita.

In conclusione, nel quadro d’insieme delle altre iniziative dell’Italia volte alla gestione delle crisi nella regione mediterranea, l’Arma dei Carabinieri offre il proprio rilevante contributo nel settore di primaria importanza del *RULE of LAW*, cioè in tutte quelle attività volte a ripristinare le condizioni di pacifica convivenza sociale basate sull’effettività del diritto garantita da una efficace funzione di polizia. L’Arma offre se stessa come modello e ha intessuto una fitta rete di relazioni con omologhe strutture dei paesi della regione mediterranea a tutto beneficio della cooperazione in materia di sicurezza e della stabilità dell’area.

¹ Burundi, Gibuti, Eritrea, Etiopia, Kenya, Ruanda, Seychelles, Somalia, South Sudan, Sudan, Tanzania, Uganda.

MASSIMO IDEO

STORIA E FUNZIONAMENTO DEGLI SCHEMI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE NEL REGNO UNITO

SOMMARIO: 1. Cenni storici ed evoluzione legislativa e giurisprudenziale. - 2. Le A.D.R. nella prassi britannica. - 3. Le A.D.R. del consumo nel Regno Unito. - 4. Attuazione dei principi di cui agli artt. 7,8 e 11 Dir. 2013/11/UE. - 5. Considerazioni finali.

1. *Cenni storici ed evoluzione legislativa e giurisprudenziale.* – Al fine di inquadrare in modo completo ed esaustivo il funzionamento della mediazione nel Regno Unito, appare opportuno ripercorrerne la storia recente e le tappe che hanno portato alle attuali tecniche di risoluzione alternativa delle controversie.

Nella realtà giuridica britannica, gli schemi di A.D.R. sono uno strumento che ha conosciuto successo e sviluppo pratico e normativo già nel XX secolo.

A tale proposito merita una particolare menzione l'attività svolta dall'organismo C.I.A.R.B.¹, dal 1915, anno di sua fondazione, per tutta la durata del secolo. Il C.I.A.R.B. ha provveduto a disporre e gestire un'enorme varietà di schemi di arbitrato in un altrettanto vasta tipologia di settori della vita privata: dall'energia elettrica al campo dei viaggi e dei trasporti fino ad arrivare alla copertura sanitaria privata.

Sono i primi anni duemila a segnare una svolta sotto il profilo propriamente istituzionale in ambito A.D.R., tramite l'introduzione nel 1999 di un nuovo – ed innovativo – codice di rito civile dotato di numerose regole volte ad incoraggiare l'utilizzo di strumenti conciliativi e stragiudiziali per la risoluzione delle controversie² e

¹ Acronimo per *Chartered Institute of Arbitrators*.

² Si veda *Civil Procedure Rules*, part 1.4, lett. e ed f che impone al giudice che gestisce la controversia di incoraggiarne la risoluzione mediante strumenti stragiudiziali.

tramite l'istituzione nel 2000 del *Financial Ombudsman Service*, un difensore civico operante nell'ambito finanziario, costituito dall'unione di vari organismi preesistenti e di vari schemi forniti dal C.I.A.B.R., considerabile come il più grande organismo A.D.R. esistente al mondo.

Basandosi l'ordinamento britannico su una sistematica di *common law*, che concepisce le pronunce giurisdizionali come fonti del diritto pienamente valide ed efficaci, non poteva mancare il fondamentale contributo delle Corti nella definizione e nell'affermazione dei principi riguardanti le A.D.R.

A questo proposito, una importanza fondamentale hanno rivestito una storica sentenza della *Court of Appeal* del 2004³ e la relazione del 2010 redatta dal *Lord Justice* Rupert Jackson, nell'affermazione del principio per il quale se da un lato è dovere del giudice che gestisce la controversia l'incoraggiamento delle parti a ricorrere agli schemi di A.D.R., le stesse non possono essere costrette a mediare, potendosi al massimo spingere l'incentivo alla mediazione fino all'obbligo di giustificazione del rifiuto a mediare⁴.

L'esigenza comunitaria di armonizzazione normativa fra gli ordinamenti degli Stati membri, incarnata nel testo dell'art. 114 del T.F.U.E.⁵, ha portato all'emanazione della Direttiva 2013/11/UE⁶ sulle A.D.R. e del complementare Regolamento 524/2013⁷ sulle O.D.R.⁸, che, in sinergia con la Direttiva 2008/52/CE⁹ sul-

³ *Hasley v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576.

⁴ L'applicazione del suddetto principio è divenuta poi prassi giurisprudenziale come dimostrano le numerose pronunce che vi hanno fatto riferimento: si veda ad esempio *Bradley v Helsin* [2014] EWHC 3267.

⁵ Intitolato al "ravvicinamento delle legislazioni".

⁶ Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

⁷ Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE.

⁸ Acronimo per *Online dispute resolution*.

⁹ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinato aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

la mediazione civile e commerciale, hanno posto un'uniforme normativa europea di principio in materia di risoluzione alternativa delle controversie.

L'intervento dell'Unione Europea ha generato nel Regno Unito una serie di conseguenze, fra loro concatenate; infatti all'introduzione della normativa comunitaria, sono seguiti gli interventi attuativi del Legislatore da una parte e della giurisprudenza dall'altra. L'effetto determinato dalla modernizzazione in chiave comunitaria delle norme ordinamentali interne in materia di A.D.R. è stato quello di incoraggiare ulteriormente il ricorso agli schemi di A.D.R. e di registrarne un corposo aumento nella prassi giudiziale britannica, a partire dal 2013.

Più specificamente gli interventi interni cui si fa riferimento sono stati la pubblicazione nell'aprile del 2013 del *The Jackson A.D.R. Handbook* e l'emanazione del Regolamento 2015 n. 542¹⁰ e del *Consumer Right Act 2015*.

Il *The Jackson A.D.R. Handbook*, redatto da un comitato presieduto da Lord David Neuberger¹¹ può essere definito come un manuale sui principi e sul funzionamento delle A.D.R. alla luce della normativa comunitaria, del quale il *Judicial College*¹² si è premurato di fornire una copia a tutti i giudici civili dello Stato. Tale testo pretorio ha introdotto per primo, in maniera formale, la regola delle penalizzazione, sotto il profilo pecuniario, delle parti processuali che irragionevolmente si rifiutino di instaurare un procedimento mediatorio¹³.

Il Regolamento 2015 n. 542, strutturato in 5 *parts* ed 8 *schedules*, in attuazione della normativa di principio di cui alla Direttiva 2013/11/UE, ha provveduto a precisare il significato delle termi-

¹⁰ Regulations 2015 n. 542, Consumer protection, The Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (Competent Authorities and Information) Regulations 2015.

¹¹ Presidente della *Supreme Court of United Kingdom* dal 2012 al 2017.

¹² Principale organo amministrativo e di formazione della magistratura britannica.

¹³ Più specificamente le Corti UK hanno instaurato una prassi applicativa, poi trasposta nel C.P.R., per la quale se è la parte vincente in giudizio ad essersi irragionevolmente rifiutata di mediare, vedrà ridursi l'indennizzo o risarcimento dovuto, se è invece la parte perdente in giudizio ad operare il rifiuto ingiustificato, vedrà aumentare l'indennizzo o risarcimento da versare.

nologia tecnica tipica della materia A.D.R., ad esempio definendo cosa intendasi per *consumer* e *trader*, ad individuare il soggetto delegato allo svolgimento delle funzioni statuali in materia di A.D.R., il *Chartered Trading Standards Institute* ed a disegnare il procedimento A.D.R. in ogni sua fase e sotto ogni profilo, dai requisiti di accesso alla procedura, alla lingua di svolgimento della stessa, fino alle norme sulle modalità di notifica degli atti.

Il *Consumer Right Act 2015*, nell'ambito della più generale operazione di svecchiamento della disciplina in materia di tutela del consumatore nei suoi acquisti sia online che offline, detta delle norme in materia di A.D.R. che ineriscono alle controversie nascenti fra consumatore e professionista.

2. *Le A.D.R. nella prassi britannica.* – Gli interventi normativi, sia comunitari che di diritto interno, hanno messo in luce, in un contesto in cui il ricorso agli schemi di A.D.R. era già diffuso, una serie di elementi e caratteristiche degli stessi che ne hanno ulteriormente incentivato la volontà di utilizzo delle parti da un lato e degli operatori del diritto dall'altro.

Si fa riferimento in particolare all'elasticità, alla rapidità di svolgimento ed alla *cheapness* delle procedure di A.D.R.

Sintomi di flessibilità sono la consensualità delle procedure e del loro avvio, la non vincolatività in negativo delle stesse circa la possibilità, in qualunque momento, di fare ricorso all'autorità giudiziaria e soprattutto la possibilità per le parti di regolare i propri interessi sulla base di soluzioni non raggiungibili in sede di contenzioso.

La velocità e l'economicità, sono caratteristiche la cui portata si comprende intuitivamente, soprattutto in raffronto alle lungaggini dei processi giurisdizionali ed alle enormi spese che la giustizia ordinaria richiede, atteso che un procedimento di mediazione spesso non richiede, per la sua conclusione, più di un giorno dal suo avvio¹⁴.

Quelli appena elencati ed analizzati sono elementi caratterizzanti tutti gli schemi di A.D.R. utilizzati nel Regno Unito, concet-

¹⁴ H. LOVELLS, *Alternative Dispute Resolution in England and Wales*, in www.hoganlovells.com, n. 1, 2016.

tualmente suddivisibili in due macro categorie: le procedure negoziate, finalizzate al raggiungimento di un accordo fra le parti con l'ausilio di un soggetto terzo e neutrale, e gli arbitrati, caratterizzati dall'emissione di una decisione vincolante da parte di un soggetto neutrale, il cd. arbitro o *Ombdusman*. Elemento comune fra le due categorie sono la volontarietà, la presenza di un soggetto terzo e neutrale e la possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria, in caso di stallo della procedura o di insoddisfazione di una delle parti.

Più nel dettaglio, nella prima categoria sono comprese tre tipologie di procedure A.D.R.: la *mediation*, la *conciliation* e l'*adjudication*.

La *mediation*, disciplinata dal Regolamento 2011 n. 1133¹⁵, è caratterizzata dall'attivabilità su istanza volontaria delle parti, anche in pendenza di procedimento giurisdizionale, e dalla gestione da parte di un soggetto terzo e imparziale che, in presenza simultanea di tutte le parti, le assiste nel dialogo e nella ricerca di un accordo.

La *conciliation* ricalca le medesime caratteristiche della mediazione, differenziandosene per la circostanza che il conciliatore, diversamente dal mediatore, assiste le parti nella ricerca di un accordo, incontrandole separatamente.

L'*adjudication* presenta come carattere peculiare la tecnicità ed infatti l'accesso alla procedura e la presenza di un soggetto terzo e imparziale è determinata proprio dalla necessità di addivenire alla risoluzione di una controversia di natura tecnica. Ne conseguono, nella prassi, una maggiore incidenza di ricorso alla procedura nei settori, come quello ingegneristico-edile, in cui possono verificarsi delle situazioni di stallo in relazione a problematiche tecniche ed un elevato grado di competenza dei soggetti che gestiscono imparzialmente la procedura¹⁶.

La seconda categoria è descrivibile facendo riferimento, in via generale, alla nozione di *arbitration*, definibile come una procedura, dotata di un carattere di maggiore formalità rispetto alle procedure negoziate, nella quale le parti scelgono un soggetto

¹⁵ *The cross border mediation regulations* 2011, n. 1133.

¹⁶ B. HUGES, S. HOARA, *Reviewing the benefits of and option for Alternative Dispute Resolution in regulated sectors*, in «UKRN», n. 7, 2014.

terzo ed imparziale, competente nel campo in cui è sorta la controversia, deputato ad emettere, ascoltate le parti, un lodo vincolante per le stesse¹⁷, impugnabile davanti all'autorità giudiziaria per irragionevolezza o per conflitto di interesse.

3. *Le A.D.R. del consumo nel Regno Unito.* – Con particolare riferimento alle A.D.R. in materia di consumo, lo schema che ha riscosso il maggiore credito fra gli utenti è quello del *private Ombdusman*¹⁸.

Nella suddetta procedura al difensore civico, retribuito dalle imprese che operano nel settore, è attribuita una duplice funzione: non solo quella di risolvere le controversie fra imprese e consumatori tramite l'emissione di una decisione vincolante ma anche una funzione consultiva per le parti.

Questa bivalenza delle funzioni dell'*Ombdusman* si riverbera anche nella struttura della procedura di A.D.R. da questi gestita, appunto articolata in due fasi.

Nella prima fase, la cd. fase di *triage*, viene operato un "filtraggio" di tutte le controversie, per le quali è stato presentato reclamo, non risolvibili mediante tale procedura, mentre per le controversie idonee sono preliminarmente predisposte delle raccomandazioni, vincolanti per il commerciante ma non per il consumatore, alla cui volontà è rimesso lo svolgersi della seconda fase della procedura: infatti se questo accetta la raccomandazione, si chiude la procedura, in caso contrario interviene la decisione dell'*Ombdusman*.

Sulla base dei principi di cui alla Direttiva 2013/11/UE, le procedure A.D.R. del consumo, pur restando solida la base strutturale della procedura davanti al difensore civico privato, sono divise in due tipologie: gli schemi previsti per i settori regolamentati e quelle previste per i settori non regolamentati.

Si intende con settore regolamentato, quel campo del mercato e del commercio nel quale è una legge o una fonte ad essa equi-

¹⁷ B. ZUFFI, *L'arbitro nel diritto inglese. Studio comparatistico sulla natura dell'arbitrato e sull'imparzialità dell'arbitro in Inghilterra*, Torino, 2008.

¹⁸ M. MOFFITT, *Three things to be against (Settlement not included)*, In «*Fordham Law Review*», n. 78 del 2009.

parabile a prevedere l'obbligo, per le imprese di avere uno schema A.D.R. di riferimento e di farne utilizzo, in prima battuta, al sorgere di una controversia consumeristica, oltre al relativo obbligo di dotarsi di un'autorità competente¹⁹.

Una simile imposizione legislativa è indicativa dell'importanza che i settori regolamentati rivestono nell'economia e della delicatezza che ne caratterizza le controversie con gli utenti ed infatti la regolamentazione in tema di A.D.R. opera nei confronti delle imprese operanti, ad esempio, nei settori finanziario, energetico, previdenziale, della comunicazione telematica e dei trasporti²⁰.

Nei settori non regolamentati che, come è intuitivo, sono quelli non vincolati da alcuna fonte ordinamentale a dotarsi di uno schema A.D.R. di riferimento, possono essere le associazioni dei professionisti operanti nel settore a prevedere, nei loro statuti, un simile obbligo ed a stabilirne le regole.

L'autorità competente alla gestione ed alla vigilanza sull'operato degli organismi A.D.R. nei settori non regolamentati è, su delega del *Secretary of State*, Il C.T.S.I., il quale si occupa, mediante un soggetto detto *auditor*, dell'inserimento degli organismi che ne fanno richiesta, nel circuito operativo, tramite una procedura divisa in due fasi: la prima, che precede un'eventuale approvazione, consiste nell'*audition* dei rappresentanti degli aspiranti organismi A.D.R. del consumo, al fine di valutarne l'idoneità dei requisiti di certificazione; la seconda, detta *process audit*, eventuale e condizionata all'approvazione, è caratterizzata da una duplice attività di assistenza e controllo triennale svolta dal C.T.S.I.

4. *Attuazione dei principi di cui agli artt. 7,8 e 11 Dir. 2013/11/UE.*
– Per comprendere in modo più concreto ed approfondito come l'intervento comunitario abbia inciso sulla cultura A.D.R. del Regno Unito è utile individuare ed analizzare le modalità se-

¹⁹ Ad esempio la *Civil Aviation Authority* per il settore dei trasporti aerei privati, l'*Office of Communications* per le telecomunicazioni e la *Gabbling Commission* per il gioco d'azzardo.

²⁰ G. HOWWELS, S. WEATHERILL, *Consumer protection law, Second edition, Ashgate*, n. 6, 2005.

condo cui sono stati nell'ordinamento interno recepiti ed attuati i principi di *trasparency*, *efficiency* e *legality* di cui agli artt. 7, 8 ed 11 della Direttiva A.D.R. sul consumo dell'Unione Europea.

Il principio di trasparenza esprime l'esigenza che gli organismi mettano a disposizione del consumatore una nutrita serie di dati ed informazioni inerenti alle proprie competenze, al campo di operatività, ai contatti, alle modalità di svolgimento delle procedure ed ai relativi costi.

Nell'ordinamento britannico, secondo quanto disposto dalle norme di cui al Regolamento 2015 n. 542 e dalla prassi instauratasi successivamente alla sua emanazione, il suddetto principio è stato attuato in modo ancor più incisivo rispetto alle regole comunitarie; infatti, specialmente nei settori regolamentati, gli organismi A.D.R., mediante un sistema avanzato di informatizzazione dei dati e delle comunicazioni fra utenti ed organismi, vengono pubblicate online le informazioni concernenti sia le *domestic disputes* sia le controversie transfrontaliere. Importante garanzia della qualità dell'informazione è l'opera di vigilanza continua, svolta da parte delle autorità di riferimento dei settori regolamentati, come la *Civil Aviation Authority* nel settore dei trasporti aerei, e del C.T.S.I., sulla veridicità e sulla frequenza di aggiornamento delle informazioni fornite.

Proprio in relazione alle modalità di attuazione del principio di *trasparency*, è nato un contrasto sia fra gli operatori A.D.R. sia in seno alla dottrina civilista inglese sull'opportunità di pubblicare gli esiti ed i dettagli di svolgimento delle controversie fra professionisti e consumatori, risoltesi mediante procedura di A.D.R. Il dissidio nasce intorno al conflitto che si verrebbe a creare, conseguentemente all'adozione di una prassi di pubblicazione delle decisioni, fra due opposte esigenze: da un lato il diritto alla riservatezza dei soggetti coinvolti nella controversia, dall'altro il diritto all'informazione, di particolare portata in relazione ad un soggetto debole del mercato quale è il consumatore, e l'opportunità di creare anche in relazione alle A.D.R. una "giurisprudenza" che agevoli le imprese ed i consumatori nelle loro determinazioni²¹.

²¹ C. HODGES, I. BENHOR, N. CREUTZFELDT-BANDA, *Consumer ADR in Europe, Civil Justice Systems*, 2012.

Il principio di *efficiency* inerisce alla rapidità e semplicità di accesso, svolgimento e soddisfacente conclusione della procedura.

Le principali problematiche sorte come ostacolo all'attuazione del suddetto principio hanno riguardato l'utilizzo infruttuoso del tempo operato dagli organismi A.D.R., a causa della ricezione e dello studio di reclami spesso non rientranti nella loro giurisdizione e come tali appartenenti a controversie da questi non trattabili.

La soluzione prospettata dalla dottrina in relazione alla suddetta problematica è stata quella di concepire il principio di efficienza come sinergicamente legato nel suo agire a quello di trasparenza: mediante la pubblicazione di informazioni precise ed inequivocabili da parte dell'organismo A.D.R. circa il proprio ambito di operatività e quindi di giurisdizione, verrebbero ad essere soddisfatti entrambi i principi di cui agli artt. 7 e 8 Dir. 2013/11/UE²².

L'analisi del principio di *legality* risulta interessante, alla luce delle diverse sfumature che assume la nozione di legalità in un sistema giuridico di *common law* rispetto ad un sistema, come quello italiano, che dà della legge parlamentare un ruolo di assoluta centralità nel novero delle fonti del diritto.

Come intuibile dalla premessa, anche in materia di A.D.R., la traduzione del principio di legalità di cui all'art. 11 della Direttiva, da parte del relativo Regolamento UK di attuazione, avviene in modo elastico: infatti la *schedule* 3 del Regolamento 2015 n. 542 prevede la censurabilità dell'operato di un organismo A.D.R. per violazione del principio di *legality* soltanto qualora questa sia configurabile come grave.

È inoltre da segnalare che le fonti attuative della disciplina comunitaria del 2013 non prevedono alcun rimedio in caso di violazione da parte di un organismo A.D.R. dell'art. 11, c. 1, lett. b Dir. 2013/11/UE, che disciplina il principio di legalità nei procedimenti A.D.R. transfrontalieri.

La dottrina e la giurisprudenza britanniche sono giunte alla soluzione che, in mancanza di una norma di riferimento più recente, sia necessario ricorrere per l'ipotesi in esame, alla disciplina di cui all'*Arbitration Act 1996* che, nella sua sezione 69, dispone l'appellabilità presso una il tribunale dei lodi arbitrali

²² C. HODGES, I. BENHOR, N. CREUTZFELDT-BANDA, *op. ult. cit.*

che, decidendo su controversie transfrontaliere, abbiano leso i diritti riconosciuti dalla legge britannica ai propri cittadini.

5. *Considerazioni finali* . – È sicuramente un momento storico non semplice per ragionare sugli istituti tipici del diritto civile nel Regno Unito, ancor di più con riferimento ad una disciplina che, come quella relativa alle A.D.R. sul consumo, ha subito un'importante riforma da parte del Legislatore comunitario pochi anni prima del referendum che ha decretato l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

Un'indagine giuridica è stata possibile e concretamente realizzabile soltanto in virtù della secolare tradizione giuridica britannica in materia di mediazione, che ha consentito la costruzione ed il successivo sviluppo di principi talmente saldi da non essere travolti né da un intervento riformatore comunitario né, presumibilmente, da un fenomeno politicamente sensazionale come la *Brexit*.

Ovviamente intorno alla sorte della disciplina A.D.R. in conseguenza della *Brexit* si assiste a grande preoccupazione da parte di tutti gli operatori del diritto britannici, atteso che la mediazione ha consentito una risoluzione rapida di tantissime controversie, una deflazione esorbitante del carico giudiziario ed un risparmio per le casse pubbliche di quasi 3 miliardi di euro.

La preoccupazione maggiore si ha in relazione ad un eventuale disincentivo al commercio con le imprese britanniche da parte dei consumatori europei, dettato dal timore di una minore tutela della propria posizione giuridica.

La soluzione prospettata, secondo buon senso, dalla dottrina è stata quella di prevedere, nei regolamenti dell'ordinamento interno, delle clausole che impongano agli organismi A.D.R. che si occupino della risoluzione stragiudiziale delle controversie transfrontaliere di operare un trattamento nei confronti del cittadino straniero, che tenga conto della disciplina vigente in materia nel suo Stato di appartenenza e che, nel rispetto dei principi UK in materia di A.D.R., gli appresti un livello di tutela non inferiore²³.

²³ P. CAUSTON, *The A.D.R. directive: what impact has it had so far and how would the A.D.R. market be affected by a Brexit?*, in www.disputeresolutionblog.com.

ANDREA NERVI

LA TRASCRIVIBILITÀ DELL'ACCORDO CONCILIATIVO SULL'USUCAPIONE

Il mio intervento ruota attorno alla norma contenuta all'art. 2643 c.c., lett. 12-*bis*), così formulata: *“Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: [...] 12-bis) gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato”*.

La norma è stata introdotta dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 98, innovando così la formulazione originaria del codice civile. Per comprenderne il significato, credo sia utile una breve sintesi storica. Nel 2010, il nostro legislatore ha introdotto la regola dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità di una serie di controversie civili; tra queste, anche le controversie in materia di diritti reali e, dunque, anche quelle in tema di usucapione.

In punto di fatto accadde che alcuni consociati, nell'avviare una lite in tema di usucapione, esperimento il tentativo, il quale si concluse con esiti positivi; formalizzarono pertanto l'accordo con il quale riconoscevano l'intervenuta usucapione di un diritto reale e si presentarono innanzi al conservatore dei registri immobiliari per chiederne la trascrizione; all'atto pratico, ciò significava – per fare l'esempio più semplice – far constare dal pubblico registro che la proprietà del fondo Rosso era stata usucapita dal sig. Tizio a scapito del sig. Caio.

Le istanze di trascrizione vennero tuttavia respinte¹, sulla base di varie motivazioni, tutte riconducibili al principio di tas-

¹ Ad es. Trib. Roma (decr.), 8 febbraio 2012, nonché Trib. Roma (decr.), 22 luglio 2011, entrambi in *www.dejure.it*. Cfr. anche Si veda Trib. Catania, 24

satività degli atti trascrivibili; in buona sostanza, l'atto di cui si richiedeva la trascrizione non rientrava nella casistica espressamente prevista dal legislatore all'art. 2643 c.c. Si badi che la norma contemplava già, al punto 13, la trascrivibilità delle transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti, ossia – appunto – diritti reali².

Avvertito del problema, il legislatore del 2013 è dunque intervenuto con la norma sopra citata, al preciso scopo di eliminare un ostacolo che avrebbe potuto pregiudicare la sorte della mediazione nelle controversie relative all'usucapione. Precedentemente all'entrata in vigore della norma, infatti, alcuni giudici, invocando la tesi dell'interpretazione costituzionalmente orientata, avevano affermato che, in materia di usucapione, il ricorso al tentativo di mediazione non poteva ritenersi obbligatorio, proprio perché tale tentativo non consentiva di addivenire

febbraio 2012, in *Guida al diritto*, 2012, Dossier 7, 30 (nota di: Marinaro), così massimata: *“L'accordo amichevole raggiunto nel procedimento di mediazione avente ad oggetto l'accertamento dell'intervenuta usucapione, stante la sua natura di negozio di mero accertamento, non costituisce – nel vigente sistema di diritto privato – titolo idoneo alla trascrizione. In materia di mediazione obbligatoria, il verbale di conciliazione contenente l'accertamento della intervenuta usucapione è inidoneo alla trascrizione poiché, in base all'art. 11, comma 3, d.lgs. 28/2010, possono essere trascritti solo gli atti e i contratti previsti dall'art. 2643 c.c. laddove il verbale di conciliazione accertativo dell'usucapione, non realizzando alcun effetto costitutivo, traslativo o modificativo ma assumendo il valore di negozio di mero accertamento, non è in alcun modo riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 2643 c.c. La trascrivibilità del verbale di accordo amichevole contenente l'accertamento dell'intervenuta usucapione non può nemmeno ammettersi per il tramite dell'art. 2651 c.c., dal momento che tale norma prevede la trascrizione solo della sentenza accertativa dell'usucapione”*.

² Spunti in Trib. Como, 2 febbraio 2012, in *Guida al diritto* 2012, Dossier 7, 24 (nota di: Marinaro), così massimata: *“Quando l'accordo di mediazione riguarda l'accertamento dell'intervenuta usucapione, questo avrà ad oggetto il diritto reale, ma non il fatto attributivo di esso, ossia l'avvenuta usucapione. La parte che si vedrà trasferito il bene lo acquisterà a titolo derivativo in quanto lo strumento utilizzato per la traslazione è il verbale di mediazione e non a titolo originario come invece nel caso di accertata usucapione mediante sentenza. Pertanto l'accordo di mediazione con cui si attribuisce un diritto reale è trascrivibile, non ai sensi dell'art. 2651 c.c., bensì ai sensi dell'art. 2643 n. 13, c.c. in relazione all'art. 11 d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, perché in esso non vi è altro che una transazione”*.

ad un risultato equiparabile a quello che scaturisce dal normale corso della lite giudiziaria, ossia la sentenza del Giudice che accerta l'intervenuta usucapione di un bene³.

La norma, dunque, risponde ad una chiara logica di politica legislativa, vale a dire aprire il campo, o – se vogliamo – rimuovere un ostacolo, alla diffusione del procedimento di mediazione in relazione ad un determinato ambito di controversie, quali appunto quelle concernenti l'usucapione⁴.

Meno chiare sono le ricadute della norma sul piano tecnico, su cui continuano a discutere sia i teorici sia i pratici (laddove per pratici intendo non solo i giudici e gli avvocati, ma anche i notai, che naturalmente sono molto attenti a tutto ciò che attiene ai trasferimenti immobiliari). A monte del dibattito si collocano le difficoltà, tuttora assai vive, che caratterizzano l'istituto dell'usucapione, non tanto nella sua configurazione teorica (a tutti nota), quanto soprattutto nelle sue applicazioni pratiche. Per usare un'immagine forte, ma – spero – efficace – l'usucapione opera come un vero e proprio “asso di briscola”, nel senso che essa esplica un effetto travolgente su ogni altro trasferimento e/o diritto reale che sia con essa incompatibile.

³ Cfr. Trib. Varese (est. Buffone), 20 novembre 2011, in *Guida al diritto*, 10 marzo 2012; *contra* Trib. Palermo-sez. dist. Bagheria, 30 dicembre 2011, *ibidem*. Si veda anche Trib. Castrovillari, 29 maggio 2012, in *Corti calabresi*, 2012, p. 735, così massimata: “È inutile la media-conciliazione nel caso di usucapione immobiliare in quanto l'eventuale accordo raggiunto in tale sede, non genera un titolo idoneo alla trascrizione”.

⁴ Dal punto di vista sistematico, la disposizione ha suscitato un certo interesse, in quanto – almeno apparentemente – sembrerebbe aprire la porta alla trascrivibilità di negozi di accertamento in materia di diritti reali. In proposito, infatti, giova ricordare che l'atteggiamento abituale della giurisprudenza è sempre stato quello di considerare il negozio di accertamento come negozio di secondo grado; da ciò consegue che «per la regolamentazione della relativa situazione giuridica controversa, deve farsi capo, in ogni caso, alla fonte precettiva originaria, che ne costituisce il fondamento»; così Cass. 19 marzo 1999, n. 2526.

La questione è discussa in L. Bozzi, *Dell'usucapione*, in A. JANNARELLI-F. MACARIO (cur.), *Della proprietà*, in *Commentario del Codice civile* dir. da E. Gabrielli, Milano, 2013, p. 733; nonché E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Riv. not.*, 2016, p. 241. Si veda anche lo Studio n. 4-2017/C del Consiglio Nazionale del Notariato, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*.

Semplificando, l'usucapione è un modo di acquisto a titolo originario e, come tale, essa prevale sugli acquisti a titolo derivativo che siano con essa incompatibili. Inoltre, essa opera prima ed a prescindere dal suo accertamento in sede giudiziale e dalla relativa trascrizione, la quale – come ben noto – rientra nello schema della pubblicità-notizia ex art. 2651 c.c. Da tale trascrizione, inoltre, consegue l'efficacia *erga omnes* dell'accertamento ivi contenuto, che è consacrato dal ruolo dell'autorità giudiziaria.

Ciò detto, la trascrizione dell'accordo raggiunto in sede di mediazione può conseguire gli stessi risultati⁵? È senz'altro possibile che, nella mente del legislatore del 2013, vi fosse l'idea di dar vita ad uno strumento idoneo a competere – per così dire – con il normale corso del procedimento giudiziario, culminante nella sentenza del Giudice. Se questo era l'obiettivo, occorre tuttavia riconoscere che esso non è stato raggiunto. Alcune tesi tacciano la norma di incostituzionalità per manifesta irragionevolezza⁶.

Secondo l'opinione prevalente – sia in giurisprudenza⁷ sia nella dottrina anche notarile⁸ – la trascrizione in discorso è da

⁵ Interessante analisi sul punto in Trib. Torino, 9 giugno 2016, n. 3276, in *www.dejure.it*.

⁶ F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* dir. da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, t. 1, Torino, 2012, pp. 458 ss. Da segnalare anche l'opinione di G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.l. 4 marzo 2010, n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, p. 565, secondo il quale pare preferibile adottare un'interpretazione restrittiva (o autentica) della norma, nel senso di escludere l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione in caso di insorgenza di controversie *iure* definibili solo con atti giudiziali di carattere dichiarativo.

⁷ App. Reggio Calabria, 12 novembre 2015, in *Riv. not.*, 2015, II, p. 1313; Trib. Macerata, 28 agosto 2015, in *Riv. not.*, 2016, p. 293, con nota G. BARALIS, *Brevi note in tema di pubblicità ex art. 2643, n. 12-bis; considerazioni sui rapporti fra il sistema della pubblicità immobiliare "1942" e la novellazione successiva*.

⁸ C. ABATANGELO, *Il possesso derivato*, Napoli, 2016, p. 228; A. GALATI, *Del'usucapione - Artt. 1158-1167*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, dir. da F.D. Busnelli, Milano, 2013, p. 133; G. FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex artt. 11, comma 3°, d.lgs. n. 28/2010 e 2643, n. 12-bis*, c.c., in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1022; M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, Studio n. 718-2013/C del Consiglio Nazionale del Notariato, 4; P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, in *Riv. not.*, 2015, p. 1360.

inquadrare nel sistema di pubblicità costitutiva, ed è dunque soggetta al principio di continuità delle trascrizioni ex art. 2644 e 2650 c.c. Da ciò conseguono due corollari pratici di non poco conto:

- i) guardando al problema con gli occhi dell'usucapente (i.e., del soggetto che ambisce ad usucapire), la trascrizione dell'accordo produce effetti sostanziali nella misura in cui essa si aggancia alla trascrizione dell'atto da cui deriva il diritto dell'usucapito, che è la controparte dell'accordo stesso;
- ii) la trascrizione dell'accordo in questione si innesta in una catena di trasferimenti a titolo derivativo-costitutivo⁹. Essa risulta quindi recessiva di fronte ad atto di acquisto a titolo originario che, una volta trascritto, travolge la predetta catena di acquisti, come precedentemente ricordato.

Non vado oltre nel tecnicismo, anche perché in questa sede siamo invitati a concentrarci sulle problematiche della mediazione più che non su quelle dei trasferimenti immobiliari.

Volendo cercare di attribuire una logica alla disposizione ora in discorso, ritengo che essa debba essere cercata all'interno e nell'ambito della dimensione negoziale e bilaterale all'interno della quale è stata concepita¹⁰, mentre mi parrebbe fuori luogo alimentare un dualismo con la sentenza accertativa dell'intervenuta usucapione. Penso, molto semplicemente, al caso in cui Tizio abbia usucapito un bene precedentemente di proprietà di Caio e, senza aver ottenuto l'accertamento giudiziale dell'intervenuta usucapione, abbia intenzione di rivenderlo a Sempronio. In questo scenario, la norma consente la creazione della catena di acquisti a titolo derivativo senza attendere i tempi del contenzioso ordinario e, dunque, favorisce la celerità della circolazione immobiliare¹¹. In

⁹ Così C. ABATANGELO, *Il possesso derivato*, cit., p. 226.

¹⁰ Cfr. soprattutto M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, cit., p. 10.

¹¹ È la prospettiva tratteggiata da G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione "riformata": il senso della trascrizione e problemi connessi*, in http://elearning.fondazione-notariato.it/user/aggiornamenti/documenti/Relazione_20140515.pdf.

una certa misura ne favorisce anche la sicurezza nel senso che, se ci poniamo nei panni dell'ultimo acquirente, questi vede regolarizzata la trascrizione del titolo del proprio dante causa; resta ovviamente fermo il rischio che un terzo ottenga una sentenza accertativa del proprio precedente acquisto a titolo originario, innestando così una diversa catena di titoli trascritti, destinata a porsi in contrasto con quella ora ipotizzata, ed eventualmente anche a prevalere, se ne sussistono i presupposti¹².

Chiudo quindi con questa riflessione: la mediazione è sì uno strumento alternativo per dirimere le controversie e contribuire alla pace sociale ed al benessere della collettività, ma non è in grado di rimpiazzare – in tutto e per tutto – la funzionalità della giustizia ordinaria, quella che viene abitualmente designata con l'aggettivo di "togata".

In particolare, le controversie in materia di diritti reali hanno una proiezione esterna che trascende la dimensione del confronto bilaterale tra i contendenti. Da ciò consegue che anche la soluzione della controversia deve poter avere questa proiezione esterna, ovvero deve potersi innestare su un apparato che ne irradia gli effetti anche verso i terzi¹³. Ad oggi ciò è possibile per le sentenze rese dai giudici togati, non ancora per gli accordi raggiunti in sede di mediazione. Su questo bisognerà dunque ancora lavorare.

¹² Cfr. L. Bozzi, *Dell'usucapione*, cit., pp. 689 s.

¹³ Osserva giustamente P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 1364, che «[l]a trascrizione pubblica il diritto sostanziale, con presunzione assoluta di conoscenza per i terzi del trasferimento, ma certamente non crea la titolarità di un diritto laddove il diritto non esiste o non è stato trasferito».

GUIDO PALA*

LA MEDIAZIONE MINORILE

SOMMARIO: 1. Gli interventi del Tribunale nei confronti dei minori. - 2. La mediazione familiare. - 3. La mediazione penale.

1. *Gli interventi del Tribunale nei confronti dei minori.* – Ho accettato con grande piacere l'invito a partecipare a questa importante e altamente qualificata occasione di confronto fra esperienze diverse in tema di mediazione perché sono sempre stato convinto che l'argomento sia sempre stato di primaria importanza per l'attività del Tribunale per i Minorenni.

Attività che, come è ben noto, trova la sua ragion d'essere nell'intervenire in situazioni che possono costituire motivo di pregiudizio per l'adeguato sviluppo psicofisico di un soggetto minore d'età, e che possono derivare dalle cause più varie, quali l'esercizio non congruo della responsabilità genitoriale da parte dei genitori (o di chi tale responsabilità esercita in loro vece) o comportamenti a rischio che, più o meno consapevolmente, lo stesso minore attui.

In presenza di situazioni del genere il Tribunale interviene, con procedimenti, secondo i casi civili o penali, cercando di individuare gli interventi idonei a superare le criticità, in un'ottica che, in senso ampio, è sempre di tutela del soggetto minorenni.

Si tratta di interventi di varia natura, che comportano frequentemente il ricorso a strutture quali Servizi Sociali, Servizi di Neuropsichiatria, Consultori Familiari, Ser.D, Centri di Salute Mentale ed altri ancora, strutture con le quali il Tribunale collabora costantemente.

Fra tali interventi ha sempre avuto un ruolo di primo piano la mediazione, risorsa preziosa, che, sia in campo civile sia in

* Presidente del Tribunale per i Minorenni Cagliari.

campo penale, è stata frequentemente e proficuamente utilizzata dal Tribunale, che se ne è anzi fatto direttamente promotore, d'intesa con organi quali, l'USSM (servizio sociale minorile, facente capo al Ministero della Giustizia), l'ASL, la Provincia, la Regione, ora la Città Metropolitana.

Si è trattato di una promozione costante, che ha consentito, fin dagli anni novanta del secolo scorso, la formazione di protocolli d'intesa utili per individuare le migliori prassi da seguire, diversificate secondo il genere di procedimento, e che ha permesso nel tempo la realizzazione di un numero veramente notevole di interventi (ad oggi ben oltre 1.300, complessivamente), con una elevata percentuale di casi risolti positivamente.

L'ultimo protocollo in materia è stato stipulato di recente, all'inizio dell'anno in corso, e ha coinvolto fra gli altri, oltre al Tribunale, la Regione e la Città Metropolitana, impegnando tutti i soggetti coinvolti a potenziare le occasioni di ricorso alla mediazione.

Passando ora a delineare più nello specifico i caratteri dell'attività del Tribunale in materia, mi pare opportuno sottolineare un elemento che credo sia fondamentale e specifico dell'attività medesima.

L'intervento di mediazione non è mai preso in considerazione dal Tribunale come intervento isolato, ma è piuttosto valutato attentamente, quanto a modalità e tempi di attuazione ed è preso in considerazione nel quadro di un più ampio progetto di sostegno del singolo minore coinvolto in un dato procedimento.

Capita, infatti, sovente che la condizione di pregiudizio del minore non sia definibile solo in termini di una relazione conflittuale da risolvere, appunto, con la mediazione, ma sia di più ampia portata, perché originata da difficoltà diverse e più profonde, che possono riguardare anche altri componenti del suo nucleo familiare: si pensi ad es. al caso, piuttosto frequente, di un componente della famiglia del minore che abbia problemi di carattere psichico o derivanti da abuso di sostanze stupefacenti o di alcolici e che per tale motivo entri in contrasto con gli altri familiari; è chiaro che in situazioni del genere occorrerà di norma concentrarsi, inizialmente, non sul contrasto, ma sul disagio che sta alla base di esso, che andrà direttamente affrontato, mentre l'intervento mediativo potrà essere proposto in un momento successivo.

2. *La mediazione familiare.* – Accennando ora, sia pure in breve, alle diverse aree di attività per le quali è più frequente il ricorso alla mediazione da parte del Tribunale, devo anzitutto ricordare che nel settore civile sono venuti meno gli interventi relativi alle controversie circa le condizioni di affidamento di figli di genitori non coniugati, controversie trasferite alcuni anni addietro, come è noto, alla competenza del Tribunale Ordinario e che ben si prestavano a essere risolte tramite la mediazione, dato che spesso il conflitto fra i genitori riguardava solo singoli aspetti dell'affidamento (ad es. quelli economici) e non derivava da problematiche più complesse quali quelle prima menzionate.

Attualmente, un settore nel quale si registra un discreto numero di interventi di mediazione è quello dei procedimenti (in costante aumento) previsti dall'art. 317-*bis* cod. civ. (nuovo testo), avviati su ricorso dei nonni di un minore i quali lamentano di avere difficoltà a mantenere un adeguato rapporto di frequentazione col nipote (in genere a causa di incomprensioni fra loro e i genitori del minore) e chiedano perciò l'intervento del Tribunale.

Altro settore in cui vi è una discreta quantità di invii è quello di procedimenti (sia civili che penali) relativi a contrasti avvenuti, spesso in ambito scolastico, fra minorenni. Si tratta di casi piuttosto frequenti, sovente originati da segnalazioni delle scuole (si pensi ad es. a un violento litigio accaduto fra compagni di classe) e non sempre di facile composizione, specie quando, come capita spesso, ciascun minore coinvolto venga spalleggiato dai propri familiari, con la conseguenza che il contrasto iniziale fra minori si estende anche agli adulti, inevitabilmente aggravandosi e rendendo più difficoltosa la sua risoluzione.

È evidente che in casi del genere l'intervento di mediazione dovrà prendere in considerazione non solo i minori ma anche i rispettivi genitori.

Ancora, vi sono stati vari avvii alla mediazione in procedimenti civili riguardanti contrasti sorti fra componenti di uno stesso nucleo familiare, che hanno beneficiato dell'intervento disposto dal Tribunale (a volte unitamente ad un'attività di sostegno psicologico).

In un caso trattato di recente, ad es., un adolescente si era "schierato" contro la madre, spalleggiando la sorella, maggiorenni, la quale aveva un forte conflitto con la donna (unico ge-

nitore presente in casa) e si era rivolta al Tribunale chiedendo il suo allontanamento dall'abitazione, assumendo che tenesse una condotta pregiudizievole per il minore: l'attività mediativa svolta ha contribuito decisamente, se non a risolvere, certo ad attenuare fortemente i contrasti e ad evitare l'adozione di provvedimenti giudiziari più drastici.

È stato utile, ancora, ricorrere alla mediazione (in genere accompagnata o preceduta da interventi di sostegno) in casi di affidamento di un bambino a terze persone (familiari, quali zii o nonni, o anche estranei), non potendo i genitori, per varie ragioni, occuparsene.

Si tratta di situazioni piuttosto frequenti, che spesso determinano procedimenti civili lunghi e complessi, occasioni inevitabili di incomprensioni e contrasti fra i genitori, che si sentono privati del loro ruolo, e gli affidatari: in tali situazioni una mediazione paziente e ben condotta si è rivelata utilissima per superare un conflitto che può essere assai dannoso per il minore, a rischio di essere pesantemente coinvolto in esso.

3. *La mediazione penale.* – Passando ora, più specificamente, al settore penale, devo dire anzitutto che l'attività di mediazione fra autore del reato e persona offesa (che spesso è un altro minore) sta assumendo negli ultimi tempi particolare rilievo e che il ricorso ad essa è sempre più frequente.

Penso che ciò sia senz'altro un dato positivo e perfettamente in linea con l'evoluzione della normativa di riferimento, che registra una chiara tendenza orientata all'arricchimento degli istituti di mediazione penale e alla valorizzazione della posizione della persona offesa.

Mi riferisco in particolare alla Direttiva comunitaria n. 29/2012, che istituisce norme minime in materia di assistenza e protezione delle vittime, recepita con d.lgs. 15.12.2015 n. 212 (in vigore dal 5.1.2016), che ha introdotto varie modifiche nel codice di procedura penale, fra l'altro facendo menzione espressa, all'art. 90-*bis*, della possibilità di definizione del procedimento "attraverso la mediazione".

Le esigenze in tal modo emergenti sono di notevole significato nel settore penale minorile, nel quale tradizionalmente non

sono stati valorizzati la presenza e il ruolo della persona offesa (è indicativo al riguardo che non sia ammessa, come è noto, la costituzione di parte civile), essendo piuttosto il procedimento penale incentrato sul minore imputato e sull'attività idonea al suo "recupero".

Ma devo comunque sottolineare sul punto che nel suo operato il Tribunale di Cagliari ha da tempo cercato di tener presenti le esigenze suddette, sia promuovendo i protocolli cui ho accennato all'inizio (utilizzati anche nei procedimenti penali) sia prendendo in considerazione la condizione delle persone offese, soprattutto nel predisporre i progetti delle messe alla prova, come a breve dirò.

I reati per i quali sono più frequenti gli interventi di mediazione sono quelli procedibili a querela di parte, quelli contro il patrimonio (furti, rapine, estorsioni ecc.) e quelli contro la persona (lesioni, fatti di violenza ecc.).

La mediazione è proposta in genere in occasione dell'udienza preliminare, che può essere la prima occasione di un confronto fra imputato e persona offesa, e spesso è prevista nell'ambito di una messa alla prova, strumento che è sempre stato molto utilizzato presso il Tribunale: col quale si può chiedere all'imputato, oltre all'assunzione di altri impegni, anche quello (se egli è disponibile) di incontrare la vittima (se anche lei sarà disponibile) per tentare una riappacificazione.

Si tratta di uno strumento la cui valenza riparativa ed educativa, a maggior ragione essendo coinvolti minorenni, è del tutto evidente e a cui, come ho detto, il Tribunale ha sempre fatto ampio ricorso.

Devo segnalare che può a volte succedere che la persona offesa rifiuti (per ragioni varie) di incontrare l'imputato. In tali casi, il tentativo di mediazione non realizza il suo scopo, ma la sua valenza rimane comunque altamente positiva: invero, la circostanza che l'imputato si sia detto pronto a incontrare la vittima può significare che egli ha ben colto la valenza rieducativa della proposta fattagli dal Tribunale (tanto che è accaduto sovente che egli, di fronte al rifiuto all'incontro da parte della persona offesa, si sia determinato a inviarle una lettera, chiedendo scusa per la condotta tenuta o auspicando un incontro in futuro).

Naturalmente, il comportamento disponibile tenuto dall'imputato medesimo è favorevolmente considerato, unitamente all'adempimento degli altri impegni, ai fini della riuscita della messa alla prova, cui consegue la dichiarazione di estinzione del reato.

Segnalo anche che ove dal reato sia scaturito un danno patrimoniale, *benché*, come ho prima ricordato, presso il Tribunale non abbiano ingresso richieste risarcitorie, spesso nel corso di una mediazione i genitori dei minori coinvolti si accordano per la sua rifusione.

Naturalmente, la mediazione, così come la messa alla prova, ben può essere proposta, o riproposta, anche nel corso del dibattimento, se vi sia stato il rinvio a giudizio, con le modalità e le caratteristiche già delineate.

Spero di essere riuscito con questa esposizione, necessariamente sintetica, a fornire un quadro chiaro dell'attività complessiva del Tribunale e soprattutto a rendere evidente come il ricorso alla mediazione sia veramente centrale in tutte le materie di sua competenza, e vi ringrazio per l'attenzione prestata.

MARTA GONZALO QUIROGA¹

MEDIACIÓN, DEMOCRATIZACIÓN Y DESCONGESTIÓN
DE LA JUSTICIA EN EL MARCO DE LA OEA.
ADR/MASC EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ²

SUMARIO: 1. Panorámica general de los MARC en América Latina aterrizando en Panamá. - 2. ADR/MASC en Panamá. - 3. Personal especializado que interviene en los MASC. - 4. Conclusiones y propuestas.

1. *Panorámica general de los MARC en América Latina aterrizando en Panamá.* – Desde la década de los noventa la finalidad de procurar la transición de un sistema de justicia adversarial a un

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 del Título Propio de “Experto en Mediación” URJC (*titulopropio.info@urjc.es*). 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. Ponente, formadora y conferencista habitual en diferentes foros internacionales, universidades, escuelas de negocios, colegios de abogados y cámaras de comercio en Iberoamérica, Europa, Estados Unidos, Turquía y Reino Unido. Autora de siete monografías y de 127 trabajos doctrinales. Mediadora. Árbitro. Correo: *marta.gonzalo@urjc.es*.

² El presente artículo es el resultado de sendas colaboraciones con el Profesor Carlo Pilia. La primera, tras la participación de la autora en el curso sobre ADR/ODR del grado magistral en derecho de la Universidad de Cagliari, celebrado de marzo a abril de 2018, a distancia, con el tema titulado: “La mediación y las ADR y ODR en Panamá”. Y, la segunda, fruto de su colaboración posterior en el Congreso Internacional – *Percorsi Mediterranei di Mediazione per la Pace* – Convegno Internazionale in ricordo del mediatore ogliastrino Vittorio Aresu: “Qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali dei diritti: quali scelte condivisi per migliorare la giustizia?”, celebrado en Cagliari del 27 al 29 de septiembre de 2018, con la ponencia titulada: “La mediazione in America Latina”, el viernes 28 de septiembre de 2018.

sistema conciliatorio, a través de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC) y, en particular, a través de la mediación, ha sido una preocupación constante para la Organización de los Estados Americanos (OEA). A lo largo de este periodo fueron varias las propuestas tanto políticas, gubernamentales, como legislativas y académicas tendentes a elevar los métodos alternos de gestión de conflictos a nivel jurisdiccional, dotando de legitimación a los acuerdos suscritos por las partes y, por ende, seguridad jurídica al sistema de justicia. Todo ello en el marco de cumplimiento y garantía del Derecho fundamental a la Tutela Judicial efectiva. Derecho reconocido en los principales convenios internacionales de derechos humanos y en las Constituciones y Cartas Magnas de todo el mundo³. Por supuesto, también de la OEA, que erigieron a los MARC como instrumento indispensable para la democratización de la Justicia, en el sentido de garantizar el acceso a la misma no sólo por las vías tradicionales sino también, y al mismo nivel que aquellas, a través de las vías alternativas de acceso. Esto es, mediante los métodos extrajudiciales de gestión de conflictos, con carácter general, los *Alternative Dispute Resolution* -ADR-: arbitraje, mediación y conciliación o, en su acrónimo latino: MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), o MARC, como especifica la propia OEA⁴.

³ En Europa, como es sabido, el acceso a la justicia es un Derecho Fundamental consagrado por el artículo seis del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Derecho elevado a principio general de Derecho comunitario por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas del mundo. En España, en el art. 24 de la Constitución de 1978. Así, el Derecho a la justicia es una exigencia a la que todos los Estados deberían responder garantizando, no solo su acceso como tal, sino también su aplicación práctica, en particular mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales accesibles a todos los ciudadanos rápidos y poco costosos. De ahí la urgencia de introducir, fomentar y garantizar las vías alternativas o extrajudiciales de acceso a la justicia que respondan de mejor modo y manera a las demandas de la sociedad actual, *vid.*, M. GONZALO QUIROGA, *Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general*, en la obra dirigida por la autora: *Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 25-31.

⁴ De las diferentes acepciones y denominaciones de los ADRs en Iberoamérica, *vid.*, M. GONZALO QUIROGA, *Mediación en la esfera internacional: ac-*

En este contexto, y al mismo tiempo que ocurría a escala internacional, urgía la descongestión de los sistemas judiciales de los Estados soberanos Iberoamericanos asfixiados por el aumento de la población y sus conflictos, muchos de ellos internacionalizados debido a la globalización y al incremento de conflictos individuales y sociales, internos e internacionales, generadores de un innegable desgaste en las distintas Administraciones de Justicia a nivel internacional y, en particular, en los países de la OEA. La sobrecarga laboral en los juzgados y tribunales de todo el mundo, ahogados por las controversias que entraban al torrente de los sistemas judiciales nacionales, ya de por sí desgastados, hacía difícil garantizar un servicio capaz de solucionar los litigios con un resultado satisfactorio para las partes y obtener una justicia pronta y expedita, tal y como exige la garantía a la Tutela Judicial Efectiva. De este modo, el principal propósito que perseguía la OEA al incorporar a los MARC en los sistemas judiciales de sus Estados Miembros, como finalidad de democratizar la justicia en el sentido de acceso a la misma, se vio superado por otro objetivo, el propiamente descongestionador. Propósitos que, tal y como señala la propia OEA, se deben leer como complementarios y en ningún caso como opuestos.

Descongestionar la Justicia a través de la incorporación de los MARC, modernizando así el sistema judicial, es perfectamente compatible con la garantía del Derecho fundamental de acceso a la justicia a través de los MARC y la democratización de todo el

tualidad y retos transfronterizos, en la obra dirigida por P. Chico de la Cámara; *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en el ordenamiento jurídico*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2018, *en prensa*. Según se trate de un país u otro, la denominación y las características que definen específicamente a cada modalidad de tratamiento y resolución de conflictos es doctrinaria y, a veces, legalmente diferente. De ahí que, en la necesidad de homogeneizar y facilitar su comprensión y utilización posteriores, se consideraron como MARC al género de los métodos, medios y modalidades de resolución de conflictos, contiendas y disputas de entre los cuales se identificaban principalmente como tales a la Conciliación, la Mediación y el Arbitraje. En varios países se hace también comprensible este término a prácticas culturales o comunitarias (pueblos indígenas y comunidades campesinas) llamados “sistemas espontáneos o tradicionales” de resolución de conflictos, *vid. Infra*.

sistema judicial como tal⁵. Más aún, cuando todavía en la actualidad parece que no estamos avanzando nada en este sentido y, lejos de cumplir con una justicia social, con acceso real garantizado y garantías para todos, estamos asistiendo a todo lo opuesto: a la “judicialización de la sociedad”. La confrontación legal y judicial en la que estamos instalados está lejos de ser la mejor vía para la resolución de conflictos. Sólo favoreciendo la negociación, la mediación, la conciliación o el arbitraje, y en general todos los medios alternativos que buscan una solución colaborativa, ajena al desgaste emocional y económico que implican los procesos judiciales, nos llevaran a una mejor justicia, aunque ésta sea, para aquellas causas que así lo requieran, una “Justicia sin jueces”⁶.

⁵ Así reflejado en el Gráfico número 1 del Documento OEA denominado: *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos*, Edición del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Grupo Especial encargado de dar cumplimiento a las Recomendaciones de las Reuniones de Ministros de Justicia o de Ministros o Procuradores Generales de las Américas, OEA/Ser.GE/REMJA/doc.77/01, 3 diciembre 2001, original en español. En él se refleja que al revisar los fundamentos y propósitos tenidos en cuenta para la incorporación en los sistemas de justicia de los MARC en los diferentes Estados de la OEA estos fueron incorporados por los diferentes países en el marco de los esfuerzos y programas oficiales de modernización de la justicia: “descongestión”. Así, los objetivos directos más expuestos entre los argumentos gubernamentales americanos fueron la necesaria descongestión de los tribunales, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas y el necesario mejoramiento del acceso a la justicia para las poblaciones. Propósito totalmente compatible con el preferente en el ámbito de las organizaciones no gubernamentales (Universidades, Centros de Estudios Especializados, Organizaciones de Desarrollo, Organizaciones Asistenciales, Fundaciones) en las que el propósito principal expuesto fue el de mejorar el acceso a la Justicia y contribuir al mayor protagonismo ciudadano y a los esfuerzos de democratización, *id. cit.*, Documento OEA/Ser.GE/REMJA/doc.77/01, 2001.

⁶ En palabras del Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona D. Pascual Ortuño Muñoz, quién tras largos años de experiencia como Juez nos constata que: «*Presentar una demanda en el juzgado es una declaración formal de guerra [...] y las consecuencias de la victoria son mucho peor, incluso para quien la obtiene, que los desastres de la batalla*». A través de casos reales que parecían irresolubles mediante el diálogo y la concordia, nos demuestra que puede haber una «justicia sin jueces», entendiendo que hay mecanismos de resolución de conflictos que son menos agresivos o litigantes, y que se basan en la cordialidad y el respeto, actitudes aconsejables si realmente se está dispuesto a negociar; *vid.*, *Justicia sin jueces – Métodos al-*

En este panorama general Panamá no fue una excepción. Coincidiendo con las recomendaciones y propuestas de la OEA y gracias a la cooperación internacional entre el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio y Agricultura de la República canalera, se establecieron las bases para introducir los MARC en Panamá a finales del milenio. Ello un año antes de que la Asamblea General de Naciones Unidas proclamase al año 2000 el “Año Internacional de la Cultura de la Paz”⁷ y la OEA adoptara el compromiso de mejorar el acceso a la justicia de los habitantes de los Estados Miembros de la Organización a través de la promoción y el uso de métodos alternativos de solución de conflictos⁸. Se comenzaba así a dar seguimiento al tema de la resolución alternativa de conflictos en el marco de la OEA, a fin de seguir fomentando el intercambio de experiencias y la cooperación entre los Estados Miembros, permitiendo así un desarrollo real de los MARC o MASC en Iberoamérica. A ello hay que sumar el proyecto “Fortalecimiento de los Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos en América Latina” de EUROsociAL⁹ surgido tras la reunión celebrada en San José de Costa Rica el 12 de abril de 2013, donde las Cortes Supremas de Justicia de América Latina junto con los Ministerios de Justicia de la región participaron de la elaboración del – *Mapa Latinoamericano de Resolución Alternativa de Disputas* – con el

ternativos a la justicia tradicional –, editorial Ariel, Barcelona, 2018, pp. 368 y las conclusiones del II Congreso Atlántico Tricontinental de Mediación: “Juzgar no es la única forma de resolver conflictos”, celebrado del 25 al 28 de octubre de 2018, <https://mediacionesjusticia.com/2018/10/29/>.

⁷ Resolución 52/15.

⁸ En el Trigésimo Período Ordinario de Sesiones de la Organización de Estados Americanos celebrado en Windsor, Canadá, del 4 al 6 de junio de 2000.

⁹ EUROsociAL es un programa para la cohesión social de la Unión Europea que nació de un mandato expreso de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y América Latina y el Caribe reunidos en mayo de 2004 en Guadalajara, México. Su objetivo es consolidar un espacio de diálogo euro-latinoamericano de políticas públicas en torno a la cohesión social. Asimismo, participa en la ejecución del programa la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países de Iberoamérica (COMJIB) y el Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ).

objetivo de difundir y compartir información sobre la implementación y desarrollo de vías alternativas de acceso a justicia¹⁰.

Así, como veremos a continuación, en la República de Panamá, el establecimiento de los ADR/MASC, en general, y de la mediación, en particular, se originó inicialmente por la necesidad de utilizar otros métodos alternos en la solución de los conflictos en el País para agilizar la justicia. MARC y mediación como instrumento descongestionador a la vez que democratizador de la justicia en garantía del Derecho a la Tutela judicial efectiva.

2. *ADR/MASC en Panamá.* – Los ADRs, MASC o MARC, como prefiere la OEA, surgen en la República de Panamá en el año 1999 con el Decreto Ley 5 de 8 de julio por el cual se establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación¹¹. Las materias que pueden ser sometidas a conciliación y mediación son aquellas susceptibles de transacción, desistimiento y negociación. El establecimiento de los MASC obedece a la necesidad antedicha de utilizar otros métodos alternos en la solución de los conflictos en el país para agilizar la justicia¹². Ello en la tónica habitual de muchos países Iberoamericanos, antes descrita, donde los MASC, en general, y la mediación, en particular, han sido integrados en sus sistemas judiciales y jurídicos, más que por lo que son: – métodos extrajudiciales de solución de conflictos, alternativos al sistema judicial que por sus especiales ventajas y características (rapidez, economía, especialización, confidencialidad, ausencia de riesgo reputacional,

¹⁰ Integraron el proyecto las Cortes Supremas de Justicia, las Cortes de Justicia provinciales y los Ministerios de Justicia o equivalentes de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Honduras, Paraguay, Perú y Uruguay. Posteriormente se han incorporado Nicaragua, Bolivia y Panamá *vid.* los MASCS en los diferentes países y ámbitos de modo práctico y detallado en: <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/>.

¹¹ Publicado en la Gaceta Oficial 23,837 de 10 de julio de 1999.

¹² Sobre otro ADR, el arbitraje, y su papel en América Latina, *vid.*, M. GONZALO QUIROGA, A. SÁNCHEZ GARCÍA, *La evolución del arbitraje en América Latina*; H. DE LEÓN, J. PRADO, *Modernización de la Justicia desde la perspectiva panameña y mexicana*, ed. Crapal, 2013, pp. 377-418.

solución adaptada a la situación y al caso, mejora de relaciones futuras para los implicados, etc.) funcionan mejor y son más aconsejables en determinados casos y conflictos –, para solucionar los problemas de saturación del poder judicial. En efecto, han sido implementados como meros mecanismos “descongestionadores” del poder judicial y, por tanto, no en el mismo plano de igualdad al de la justicia tradicional, con el correspondiente perjuicio para la institución de la justicia alternativa en general. De ahí que para garantizar el acceso a la Justicia como Derecho fundamental hay que garantizar el acceso a ella por las dos vías posibles existentes en la actualidad: las tradicionales o judiciales y las extrajudiciales o alternativas, situando a ambas en el mismo nivel de igualdad y dotando a los MASC de la entidad, profesionalidad y autonomía que se merecen.

No obstante, en la práctica estamos todavía muy alejados de este deber gubernamental. A ello ha contribuido la falta de correspondencia, que todavía existe en gran parte de los países de la OEA, entre MASC y el órgano judicial; la falta de consideración de que los ADR son “otra forma de justicia” de igual identidad que la justicia tradicional; el escaso conocimiento de la misma por parte de la sociedad y la percepción, por ésta misma, de que son mecanismos “menores” de justicia en comparación con el sistema judicial tradicional¹³.

De todos los ADR/MASC en la República de Panamá, el único que ha recibido un reconocimiento legislativo expreso y diferenciado ha sido el arbitraje. Tras el Decreto de 1999, que contemplaba a todos los MASC en general, el 31 de diciembre de 2013 se aprobó la nueva Ley de Arbitraje que regula estrictamente el arbitraje nacional e internacional en Panamá. Ello en respuesta a una necesidad de seguridad jurídica. Reclamada ésta especialmente por las empresas que suscribían acuerdos con el Estado Panameño, la mayoría de ellas en aspectos relacionados con la inversión extranjera y también obedeciendo a la necesidad de resolver satisfactoriamente las controversias

¹³ Crítica evidenciada por M. GONZALO QUIROGA, *Apuntes de actualidad jurídica, social y política sobre la mediación en América Latina y el Caribe – Propuestas y Alternativas: Aproximación al Caso Cubano*, in *Quaderni di Conciliazione*, a cura de Carlo Pilia, Cagliari, 2017, vol. 6, pp. 219-235.

que se pudieran plantear entre aquellas empresas extranjeras o empresas mixtas con contratos en el Canal de Panamá. De hecho, Panamá había sido pionera en procesos relacionados con el arbitraje. No hay que olvidar que fue aquí donde en 1975 se firmó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, más conocida como la Convención de Panamá. Norma que permitió renovar el Convenio de Nueva York que era el que hasta la fecha había regulado el arbitraje comercial internacional en el continente. Indudablemente, Panamá, por su propia situación y amplia relación comercial, sobre todo a través del Canal, es uno de los países de América Latina más avanzados en materia arbitral, aunque tampoco debemos descuidar los fallidos intentos de arbitraje en materia de consumidores y usuarios a través de los ODR. El arbitraje desarrollado por el Canal de Panamá es autónomo. No obstante, el arbitraje de consumo, a cargo de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, a pesar de estar contemplado en la Ley, no se ha desarrollado aún en la República.

Debido a la propia idiosincrasia del País destaca la Ley 19 de 11 de junio de 1997 por la cual se establecía la Ley Orgánica del Canal de Panamá. Norma que, siguiendo el *modus operandi* y administrativo norteamericano para la resolución de conflictos, preveía ya el arbitraje y la negociación basada en intereses, la mediación y cualquier otro método establecido en la Ley o en las convenciones colectivas de trabajo. A ello, por supuesto, hay que sumar los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) para los Estados y empresas Estatales que comercien con Panamá y el papel predominante del Convenio de Washington, en el que se enmarca el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (ICSID-CIADI), para la resolución de controversias planteadas en relación con el Canal, la mayoría de ellas obligadas a arbitraje del CIADI.

La mediación en Panamá no tiene un marco legal autónomo. Se regula todavía, junto al resto de ADR, a través del referido Decreto Ley ADR de 1999. Norma, además, que adolecía de ciertas patologías de base. De hecho, ésta fue objeto de gran polémica así como de varias demandas de inconstitucionalidad que generaron que se declararan como inconstitucionales parte de los artículos 7 y 17 y el artículo 36 de dicho texto. Con pos-

terioridad, la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprobó el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración, regulando el procedimiento general y dictando disposiciones especiales¹⁴, dispuso en su artículo 9 que la Procuraduría promoverá y fortalecerá la mediación como medio alternativo para la solución de conflictos que puedan surgir en el ámbito administrativo, con el propósito de reducir la litigiosidad¹⁵.

Sin embargo, no fue hasta el año 2001 cuando el Órgano Judicial de Panamá inició la prestación del Servicio de Mediación en los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial ubicados en el país, bajo el programa de mejoramiento de la Administración de Justicia financiado por el Banco interamericano de Desarrollo y el Estado panameño. Aquí fue el momento en que la ley 23 de 2001 modificó y adicionó artículos al Código Judicial y dictó disposiciones urgentes para agilizar y mejorar la eficacia de la justicia¹⁶. En concreto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictó el Acuerdo No. 294 de 6 de septiembre de 2001, por medio del cual se creó el primer Centro de Mediación en el Órgano Judicial panameño, de importancia esencial para comenzar la derivación de mediaciones intrajudiciales y, sobre todo, para formar en mediación a los magistrados y personal en los juzgados panameños.

En la actualidad, hay un total de trece Centros, repartidos entre las diez provincias por todo el País más tres de ellos en ciudad de Panamá. La mediación ofrecida por dichos Centros es de carácter público y voluntaria. Estos atienden mediaciones extrajudiciales y judiciales en distintas áreas o ámbitos de media-

¹⁴ [Http://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2015/03/Ley38_mod.pdf](http://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2015/03/Ley38_mod.pdf).

¹⁵ Para un mayor abundamiento de la mediación y sus características aquí, *vid.*, R. SOLER MENDIZÁBAL, "La mediación en Panamá", Capítulo 23 de la obra colectiva dirigida por F.J. GORJÓN GÓMEZ y J.E. VARGAS VIANCOS, *Arbitraje y Mediación en las Américas*, ed. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas: Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2005, pp. 359-374.

¹⁶ Ley 23 de 2001 que modifica y adiciona artículos al Código Judicial y dicta disposiciones urgentes, para agilizar y mejorar la eficacia de la justicia, dictada por la Asamblea Legislativa el 01-06-2001, publicada en la Gaceta Oficial 24316, el 05-06-2001: <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/23-de-2001-jun-5-2001.pdf>.

ción¹⁷. ¿Quiere decir ello que la mediación existente en Panamá es exclusivamente pública y ofrecida de forma gratuita por el Órgano Judicial? No, también existen mediaciones privadas y así está reconocido en el artículo 54 del Decreto Ley 5/1999. De hecho, en el mismo año que se crearon los citados Centros de Mediación pública en el Órgano Judicial panameño, se crearon dos centros para albergar mediaciones privadas. Uno, el Centro de la Cámara de Comercio (CECAP). Y, otro, el Centro de Solución de Conflictos de la Construcción (CESCON), que coadyuva en la solución de conflictos y se constituyó como organismo líder en la administración de justicia privada en Panamá a través de la propulsión y el trabajo en mediación, conciliación y arbitraje.

No obstante, de entre los ADR/MASC observamos que sólo el arbitraje funciona realmente en el ámbito privado en la práctica. No obstante, en materia de mediación no encontramos otros Centros privados de mediación ni tampoco mediadores profesionales o despachos de mediación privados que realmente operen como tal. Queda, pues, mucho por hacer en Panamá para la auténtica profesionalización del mediador y su capacidad para trabajar como profesional cualificado en el ámbito privado y, desde aquí, propugnamos para que se haga una realidad más pronto que tarde¹⁸.

Por el momento, la mediación mayoritaria y prácticamente la única que existe en Panamá es aquella ofrecida en los Centros de Mediación del Órgano Judicial con carácter público y voluntario. Estos atienden mediaciones extrajudiciales y judiciales (derivadas por los jueces de diferentes jurisdicciones), en las siguientes áreas¹⁹:

¹⁷ La mayoría de ellos señalados en el epígrafe posterior, *vid. infra*: “Tipos de mediación”.

¹⁸ Aspecto éste, el de la necesidad de profesionalizar al mediador/a panameño/a y establecer la figura de la mediación también desde el ámbito privado y profesional independiente y autónoma del Órgano Judicial, *vid.*, mi trabajo en el *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, editorial Reus, 2018, en vías de publicación.

¹⁹ Diferentes materias y áreas detalladas todas ellas con mayor extensión en: <http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=pa>.

- Familia: por lo general, en casos relativos a pensiones alimenticias, régimen de comunicación y reglamentación de visitas, custodia provisional, guarda crianza y educación, ayuda prenatal, separación de bienes conyugales, interdicción y cuidados de adultos mayores, entre otros.
- Civil: incumplimiento de contratos, deudas civiles, división del bien común, alquileres, daños y perjuicios por accidentes de tránsito, compra y venta de bienes muebles e inmuebles y sucesiones, entre otras.
- Libre competencias y asuntos del consumidor: en casos de incumplimientos de contratos, marcas de fábrica, protección al consumidor y derecho de autor, entre otros.
- Agraria: por conflictos de prescripción adquisitiva de dominio, deslinde y amojonamiento, expropiación de bienes, servidumbre agraria, oposición y adjudicación de terrenos estatales y edificación en terreno ajeno e indemnización por daños y perjuicios agrarios, entre otros.
- Comunitarias: mediaciones en servidumbres, ruidos y escándalos, animales domésticos y problemas vecinales de todo tipo.
- Penales: aquí se dan las mediaciones mayoritarias junto a las civiles. Tratan de casos de homicidio culposo, lesiones personales y lesiones culposas. Hurto, apropiación indebida, estafa y otros fraudes, usurpación, daños y delitos cometidos con cheque; incumplimiento de deberes familiares y actos libidinosos cuando la víctima sea mayor de edad; evasión de cuotas o retención indebida, siempre que no afecten bienes del Estado; delitos contra la propiedad intelectual que no causen peligro a la salud pública; calumnias e injurias; inviolabilidad del domicilio e inviolabilidad del secreto y falsificación de documentos en perjuicio de particulares, etc.²⁰.

Además de su regulación general en el Decreto de 1999, es en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta las normas

²⁰ Un estudio reciente que refleja la mediación penal en Panamá nos lo ofrece R. SOLER MENDIZÁBAL, *Procedimientos Alternos de Solución de Conflictos – en la Justicia Penal Acusatoria –*, ed. Barrios & Barrios, Ciudad de Panamá, 2017, p. 374.

sobre protección al consumidor y defensa de la competencia, donde específicamente se establece la solución de controversias entre proveedores y consumidores por medio de la conciliación. Se trata de la clásica conciliación donde el conciliador analizará el caso e informará a las partes lo que la ley dispone al efecto, intentando avenirlas a fin de propiciar un arreglo amigable entre las partes. No se trata de un procedimiento de mediación estructurado por lo que no hay lugar a la confusión terminológica clásica entre mediar y conciliar²¹. Ahora bien, en cuanto a la eficacia del acuerdo conseguido en los casos en que las partes alcanzaran avenimiento, es de destacar que el acta de conciliación, debidamente autenticada por la Autoridad, prestará mérito ejecutivo.

En varios Países de América Latina los ADR/MASC normativizados, reglados y reconocidos legalmente se integran con otras formas tradicionales de solución de conflictos. Obedecen éstas a ancestrales prácticas culturales o comunitarias de los pueblos Indígenas y de las comunidades campesinas. Sus herramientas y métodos empleados son llamados, principalmente, "*Sistemas espontáneos o tradicionales de resolución de conflictos*". Según se trate de un país u otro, la denominación y las características que definen específicamente a cada modalidad de tratamiento y resolución de conflictos es legalmente diferente. En otras ocasiones, la mayoría, no existe una legalidad como tal sino el respeto a estas normas de solución de conflictos consuetudinarias, parte del *ius commune*.

Panamá es uno de los países más ricos en diversidad, cultura y población indígena de América Latina. En la República de Panamá existen diez provincias en las que habitan una población que está en torno a 4 millones de habitantes²². La población indí-

²¹ Una explicación de la terminología, a veces confusa, en América Latina entre conciliación y mediación, nos la da B. BERNAL MESA y F. RESTREPO SERRANO, *¿Por qué en Colombia se habla de conciliación y no de mediación?*, Capítulo 8 de la obra colectiva dirigida por F.J. Gorjón Gómez y J.E. Vargas Viancos: *Arbitraje y Mediación en las Américas*, ed. Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2005, pp. 127-141.

²² 4.148.388 habitantes a 30/10/18, fuente: Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas.

gena está en torno a las 500.000 personas y representan el 10% de la población nacional, repartida en siete pueblos indígenas: Kuna, Emberá, Wounaan, Naso o Teribe, Ngobe, Buglé y Bribris. Los territorios indígenas son conocidos como – Comarcas –, tres de las cuales tienen categoría de provincias (Kuna Yala, Emberá Wounaan, Ngäbe Buglé) y concentran al 63% de la población indígena; otras dos, más pequeñas, tienen categoría de corregimientos (Kuna de Madugandí y Kuna de Wargandí). El modelo de Comarcas Indígenas proporciona un alto nivel de institucionalidad y representación, y constituye una experiencia pionera de territorialidad indígena en América Latina²³.

Su forma de resolución de conflictos, internamente, es muy parecida a la antecesora de la mediación o la conciliación donde la figura del mediador está representada en las figuras más longevas, respetadas y representativas de la Comunidad. No obstante, en relación con los conflictos externos, el Viceministerio de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Gobierno Panameño, señala su falta de respuestas ante numerosas cuestiones delicadas y controvertidas que se plantean entre distintos organismos y la exclusión y pobreza a las que se condena a las comunidades indígenas, faltas de aspectos básicos en cuestiones de sanidad y educación. Se recibe y escucha a los representantes de las comarcas y corregimientos indígenas pero estos no obtienen respuestas y pasan los años con los mismos problemas y necesidades, que cada vez se van incrementando y escalando más, sin dejar posibilidades a la mediación ni al diálogo. Son varias voces las que piden la necesidad de mediaciones estructuradas y urgentes en este sentido²⁴.

A través de un Programa impulsado por la OEA a finales de los noventa surge en América Latina el Servicio de Facilitadores

²³ También, fuera de las comarcas, en las provincias, habita población indígena, en las denominadas Tierras Colectivas, cuya propiedad está reconocida mediante la Ley 411 de 2008. Tal es el caso de 40 comunidades Emberá-Wounaan que se encontraban fuera de la Comarca del mismo nombre; y que constituyeron un Congreso General de Tierras Comunales con una organización representativa tradicional, *vid.*, al respecto el Documento CEPAL: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3533/1/S2005021_es.pdf.

²⁴ Voces que se escucharon en el II Congreso Internacional de Mediación y Cultura de Paz, celebrado en Panamá del 29 y 30 de noviembre de 2018.

Judiciales (FJ) como apoyo a los jueces locales en comunidades aisladas. Al convertirse en metodología eficaz y demostrar a la población que el facilitador judicial era un puente entre la comunidad y el Poder Judicial, este programa se implementó progresivamente en comunidades, aldeas y barrios urbanos de las ciudades, de ahí que se les pasó a llamar Facilitadores Judiciales Comunitarios (FJC). Estos contribuyen a la gobernabilidad democrática, la defensa de los derechos humanos, la reducción de la conflictividad y la seguridad de la población, en particular aquella en condiciones de vulnerabilidad, mejorando los niveles de acceso a la justicia. Los mediadores aquí son líderes comunitarios que ejercen sus labores de manera totalmente voluntaria y apoyan a las autoridades operadoras de justicia en una serie de trámites. Son seleccionados por la comunidad, nombrados por el juez local y capacitados – en general, mediante la superación de cursos en mediación y en MASC –, supervisados y alentados por los jueces y con el apoyo de otros operadores de justicia. Desde 2007, con el apoyo de la OEA, se ha desarrollado la experiencia de facilitadores judiciales en varios países de Latinoamérica. En la actualidad, existen más de siete mil facilitadores en siete países de la Región (en la Provincia de Corrientes, Argentina; Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Paraguay)²⁵.

En Panamá se introdujo en el País en el 2008. Año en el que la Corte Suprema de Justicia crea, a través del Acuerdo 723 del 21 de noviembre de 2008, el Sistema Nacional de Facilitadores Comunitarios (SNFC). Su objetivo es hacer frente, mitigar y superar las barreras administrativas y legales que han obstaculizado el efectivo acceso a la justicia por parte de los usuarios en condiciones de vulnerabilidad, y poner en práctica acciones combinadas con el apoyo de las comunidades que contribuyan a hacer realidad una política institucional de servicio a la sociedad y de justicia preventiva. Estos facilitadores son elegidos por la comunidad y de manera gratuita y voluntaria colaboran con la primera instancia jurisdiccional del órgano judicial. Son ca-

²⁵ Para mayor información de los “Facilitadores Comunitarios” en América Latina, *vid.*, el documento OEA: http://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2014/04/Programa-Regional-de-Programadores-Judiciales.pdf.

pacitados por los jueces municipales y los centros de mediación en leyes que tengan que ver con la problemática cotidiana y el interés en las comunidades. En Panamá han de cursar un curso de 40 horas de mediación comunitaria. El beneficio que este programa desarrolla en la comunidad consiste fundamentalmente en que la culturización jurídica que los FJC realizan contribuye a la prevención del delito, brinda asesorías a los pobladores sobre distintos temas administrativos y jurídicos y además realiza mediaciones comunitarias en aquellas faltas y delitos menores de conformidad, evitando así la escalada del conflicto y eludiendo que estos casos lleguen al torrente judicial. Con ello se reduce la conflictividad y el índice de delitos menores, permitiendo una mejor convivencia en la comunidad y que el Poder Judicial pueda invertir mayor tiempo en casos de relevancia; ahorrando tiempo y dinero en juicios que se pudieron evitar gracias a la intervención del facilitador comunitario²⁶.

3. *Personal especializado que interviene en los MASC.* – A los profesionales que intervienen en los MASC en Panamá se les denomina mediadores, conciliadores y árbitros. Los facilitadores no entran directamente en esta categoría, ya que estos, más que intervenir o ser parte de los MASC, configuran una especie de apoyo o asistencia a aquellos y al órgano judicial. Son los mediadores los que forman parte del órgano judicial al pertenecer estos a la carrera administrativa judicial. En este sentido, mantenemos una posición crítica que trata de desvincular al mediador/a del órgano judicial. Sólo cuando la mediación encuentre su espacio y su autonomía, legislativa, judicial y jurídica, la profesión de mediador/a será equiparada a la de cual-

²⁶ Actualmente hay 1.247 facilitadores judiciales, de los cuales el 56% son mujeres. El modelo ha sido implementado en casi todos los distritos del país, excepto en los más apartados de la provincia de Darién y la comarca Guna Yala. En Panamá, *vid.*, el Proyecto de ampliación del sistema nacional de – Facilitadores Judiciales Comunitarios –, de febrero 2017 en: http://siproy.mef.gob.pa/tab/26393_2017_9503_Perfil%20Ampliaci%C3%B3n%20del%20Sistema%20Nac%20Facilitadores%20Judiciales_correcci%C3%B3n.pdf, 2018.

quier otro profesional de la Justicia (juez, abogado o fiscal) y en este sentido es en el que debemos de trabajar. En Panamá, para ser mediador o conciliador no se necesita profesión en particular. Sólo se requiere ser profesional en grado de licenciatura de cualquier disciplina y poseer idoneidad para mediar o conciliar debidamente expedida por el Ministerio de Gobierno. Para la figura de facilitador se precisan 40 horas de formación acreditada en métodos de resolución de conflictos. Para ser árbitro no se requiere una capacitación específica ni especial.

Por lo que se refiere al perfil, competencias, capacidades y aptitudes que debe tener un profesional para poder ser mediador, importa tener conocimientos en técnicas sobre la negociación y manejo de conflictos, organización judicial y administrativa de la institución, prácticas y procedimientos aplicados en la mediación, manejo de Leyes, códigos y otras disposiciones legales; capacidad para analizar y elaborar informes concernientes a la especialidad y manejo de equipo informático, etc., pero no se requiere una capacitación específica. Sobre sus condiciones personales (capacidades y aptitudes) estos tienen orientación hacia la calidad, planificación y organización, toma de decisiones, expresarse con facilidad, en forma clara y precisa oralmente y por escrito, capacidad para seguir instrucciones, discreción y confidencialidad en el manejo de la información, habilidad para establecer y mantener relaciones efectivas y cordiales, con servidores judiciales distintos niveles y público en general, etc., pero tampoco se requiere nada específico. Si bien, en el Sistema judicial se planifica la capacitación especializada a los mediadores anualmente y durante todo el año pueden participar de los seminarios y capacitaciones que brinda el Instituto Superior de la Judicatura.

Según los datos suministrados por el Ministerio de Gobierno²⁷, que lleva el registro de mediadores y conciliadores del País, el número de mediadores y conciliadores existentes en Panamá es de 336 mediadores y conciliadores comunitarios y 1311 mediadores y conciliadores profesionales (para todas las demás materias). Número que todavía no se ha determinado si es sufi-

²⁷ Todas las informaciones aquí señaladas han sido facilitadas por el Ministerio de Gobierno a través de la Dirección de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos: <http://www.organojudicial.gob.pa/programas-desarrollados/metodos-alternos-de-resolucion-de-conflictos>.

ciente para cubrir la demanda de los MASC en el País pero que, por ahora, parece que sí, según la experiencia demostrada en los últimos años y el escaso conocimiento de la mediación por parte del pueblo panameño y, en consecuencia, de su, todavía hoy, escasa utilización.

4. *Conclusiones y propuestas.* – Un indicador importante para concretar cómo ha operado en la práctica la implementación de los ADR y ODR en un País es contrastar los resultados, en la Justicia y en la ciudadanía, antes y después de estos. En Panamá, todavía no hay resultados medibles y evaluables para precisar si ha existido una mejora en la justicia panameña y cuáles son los resultados antes y después de los MASC en general. Tampoco hay índices que permitan concretar su cumplimiento e incumplimiento de acuerdo a cada materia, ni su impacto en la ciudadanía. Sí existen estadísticas y datos particulares de los MASC en Panamá elaborados por la Dirección Nacional de Métodos Alternos pero estos se centran exclusivamente en la mediación²⁸. En este sentido, podemos observar el incremento de la misma a través de su evolución en la década comprendida desde el año 2006 hasta el 2016, hasta la actualidad (finales de 2018)²⁹, y su mejoría en cuanto al funcionamiento práctico de los ADR en Panamá. De ahí que podamos afirmar que la mejora en el acceso a la justicia es uno de los beneficios que se han obtenido a partir de la implementación de los MASC. Y, como señalábamos al comienzo, y a pesar de nuestra crítica, obviamente los MASC coadyuvan a la descon-

²⁸ Si bien los datos oficiales de los que disponemos se centran en la década del 2006 al 2016, gracias a la ayuda de Dña. Zionet Silva, Directora nacional de la Dirección de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos (DMARC) de Panamá, a quién agradecemos expresamente por los materiales e información facilitados para la realización de este artículo, hemos podido recabar la información más actualizada hasta junio de 2018.

²⁹ A través de estos datos y estadísticas se observa como la evolución descrita tiene un patrón similar en el progreso y desarrollo de los MASC en Panamá a lo largo de los últimos años y ello ha de ser aplaudido. Sin embargo, en el caso de la mediación ésta no llega a despegar en el ámbito privado y profesional al encontrarse encorsetada en la Administración Pública de Justicia. Sobre el particular, *vid.*, M. GONZALO QUIROGA, *El Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, editorial Reus, 2018, en *vías de publicación*.

gestión judicial siendo esto compatible con la democratización de la Justicia respondiendo así al cumplimiento y garantía del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial efectiva.

Hay también que señalar que la impartición, administración y observancia de los derechos humanos de los panameños se ha visto favorecida desde la incorporación de los MASC. Hasta tal punto que en temas en que, hoy por hoy, Panamá no da cumplimiento a los últimos fallos del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, como ha ocurrido recientemente con su desobediencia a incorporar el matrimonio homosexual, la mediación se revela, no sólo como la mejor opción o forma de justicia, sino, en caso de ser necesaria, como la única vía de hacer justicia que existe³⁰.

Entre los distintos tipos de MASC existentes en Panamá, los que han resultado más usados y eficaces son los arbitrales para las controversias surgidas en torno al Canal en materia de inversión y en el ámbito comercial. En cuanto a los ámbitos aplicables en materia de mediación, los más exitosos han sido los penales y los civiles, y dentro de estos últimos, aquellas mediaciones de familia. Así, judicialmente el sistema penal acusatorio presenta un 58 por ciento de casos y extrajudicialmente los casos de familia con un 60 por ciento.

Al igual que en resto del Derecho comparado y del análisis internacional que explica el éxito o fracaso de los MASC en cada país, son varios factores que tenemos que observar para hablar de si su implementación en la justicia es adecuado. La legislación, dotarles de un marco legislativo adecuado; la difusión en la sociedad para que los conozcan y, por tanto los usen y el presupuesto destinado a introducir los mismos en los sistemas judiciales.

En el primero de los casos, el único MASC que en Panamá tiene un tratamiento legislativo adecuado es el arbitraje con la Ley de Arbitraje interno e internacional de 2013. La mediación y la conciliación carecen de una legislación adecuada, autóno-

³⁰ Al respecto, *vid.* M. GONZALO QUIROGA, *La mediación de conflictos en familias LGBTI con trascendencia internacional: análisis práctico de un caso real*, ref. Libro: *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, directores, A. Sánchez García y P. López Peláez, editorial Thomson Reuters, 2018, en prensa.

ma y completa. En el caso de la mediación, la legislación general actual ni siquiera contempla la mediación internacional, por lo que se aboga por una reforma normativa para la mediación y la conciliación en Panamá. En segundo lugar, la difusión de los MASC en Panamá deja también mucho que desear. En el año 2018 ha habido campañas de difusión, a través de cuñas y programas de radio, pero centradas éstas en los facilitadores judiciales, sin que exista, hoy por hoy, un conocimiento generalizado de los MASC en la sociedad panameña. Se ha de difundir más para que ésta sepa de su existencia y de sus ventajas y, por tanto, los utilicen. En cuanto al presupuesto, desconocemos, de forma oficial, si el presupuesto destinado para el correcto funcionamiento de las áreas especializadas en la atención de los MASC, así como para la terminación de los mismos (servicios profesionales, materiales y suministros, infraestructura, difusión, capacitación, etc.) es suficiente ni adecuado. Si bien, a través de distintas entrevistas realizadas a diversos trabajadores, mediadores y funcionarios de justicia en Panamá, nos dejan entrever que las partidas presupuestarias destinadas a los MASC dejan mucho que desear y todavía queda mucho por hacer en este sentido. La existencia de programas de MASC focalizados a ciertas poblaciones vulnerables, como es el caso de los facilitadores judiciales y de las mediaciones gratuitas para personas en condiciones de pobreza, es otro de los aspectos destacables y claramente positivos de los MASC en la república canalera.

Sólo incentivando la negociación, la mediación, la conciliación o el arbitraje, y en general todos los medios alternativos que buscan una solución colaborativa, sin el desgaste emocional y económico que implican los procesos judiciales, nos llevarán a una mejor justicia. Justicia con jueces o, en palabras de D. Pascual Ortuno, "Justicia sin jueces", pero Justicia. A través de árbitros, conciliadores, facilitadores, mediadores, profesionales dedicados a los ADR/MASC que, con carácter autónomo y profesional, hagan del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva una realidad garantizada también desde su acceso extrajudicial. No sólo en Panamá, ni en los países de la OEA, sino en un ámbito universal. Para la democratización de la Justicia y contribuir a una descongestión judicial, es fundamental incorporar los MASC favoreciendo la comunicación, el entendimiento, el diálogo y, con ello, una cultura de paz.

SVETLANA ZAGAYNOVA*, EKATERINA IVANOVA**,
GALINA SHEREMETOVA***

RUSSIAN EXPERIENCE IN IMPLEMENTATION MEDIATION IN THE REGIONS

SOMMARIO: 1. History of mediation development in the Russian Federation. - 2. The main directions of mediation development in the Russian Federation. - 3. Legal experiments in Russia. - 4. Directions of the experiment. - 5. Scientific activity.

Center for Mediation of the Ural State Law University was created in 2009 created as the first department in the higher educational institution in Russia that deals with problems of mediation from the standpoint of legal science and practice. It performs several main directions. First, it is development and implementation of educational programs on mediation as well as training professional mediators. Secondly, it is practical mediation. Thirdly, scientific research on alternative methods of dispute resolution. Finally, it is organization and conduct of legal experiments on the implementation of mediation in civil proceedings.

In 2011, the Law on mediation came into the force. The reason to adopt this law was not to solve such problems as decreasing a duration of the litigation or high costs (they are not critical in Russia), but partly to decrease a caseload in courts. Every year Russian courts decide about 15 million civil cases. This is a big problem because it affects quality of judicial procedure and

* Doctor of Laws (habilitated degree), director of Center for Mediation of the Ural State Law University, civil procedure professor in the Ural State Law University, international expert.

** PhD in Laws, LLM (USA), analyst of Center for mediation of the Ural State Law University, assistant professor in the Ural State Law University.

*** PhD in Laws, leading expert of Center for mediation of the Ural State Law University, associate professor in the Ural State Law University.

obstruct the access to justice. Therefore, development of ADR in Russia are issues of modernization of legal system.

1. *History of mediation development in the Russian Federation.* – At the end of the XX century and the beginning of the XXI century, numerous scientific researches were carried out actively in the area of alternative methods of dispute resolution. Russian legal researchers analyzed foreign experience, and presented new studies at Conferences and Seminars.

In 2003-2010, the legislation body of the Russian Federation drafted a bill on mediation. It was based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation of the United Nation Commission on International Trade Law (November 19, 2002).

In 2007-2012, the Grant Program for the Development of the Russian Judicial System provided the possibility for the implementation of conciliation procedures (restorative justice), as well as extrajudicial and pre-trial ways of dispute resolution in different cases including administrative cases, and, of course, mediation proceedings in the legal practice.

In 2008-2010, the Center for Mediation conducted Experiment of the Development of Mediation in the Ural Federal District; since 2013, the legal experiment is replicated in Lipetsk region, and since 2015 – in Perm region.

Thus, according to the current legislation, we articulated general characteristics of mediation in Russian Federation. We consider mediation as a procedure for resolving disagreements between the disputing parties with the assistance of an independent intermediary (mediator) who contributes toward reaching the agreement by the parties through negotiations.

According to our practice, we use problem-oriented mediation that is focused on the interests but not on the factual and legal narrative (positions) of the parties. Moreover, we distinguish the goals and the interests of the parties.

2. *The main directions of mediation development in the Russian Federation.* – The practice of mediation in Russia is just beginning to form.

The main places of practice are:

- Centers for Mediation at law academies, Universities in different cities as Yekaterinburg, St. Petersburg, Moscow, Krasnoyarsk, Voronezh, Lipetsk, Perm, Kazan, etc.;
- Chambers of Commerce and Industry;
- Mediation departments of legal companies.

Most of the disputes for mediation come from the courts. In the judicial system of Russia, courts of general jurisdiction are very active in the development of mediation.

In 2011, the first Russian legal experiment was organized on the territory of the Sverdlovsk region with the purpose of developing organizational forms of interaction between courts (judges) and mediators. Courts started to open reconciliation rooms for the citizens' convenience. Today this experience is applied in other regions of Russia.

Practical mediations were conducted in the following categories of civil cases:

- cases related to civil legal matters - 46%;
- cases related to family matters - 21%;
- cases related to housing matters - 18%;
- cases related to labor matters - 9%;
- cases related to land matters - 6%.

Russian legislation directly prohibits the use of mediation procedures in resolving collective labor disputes and disputes involving the public interest.

3. *Legal experiments in Russia.* – I. Ural district. It is understandable that only legislation is not enough to get the institution of mediation to work well. It is necessary to prepare the legal community for which an integrated approach is going to be used. The value of the approach was generated by the legal experiment, and then the results of the experiment were distributed to the other regions of Russia.

The name of the project was “Mediation in civil procedure: development, cooperation and integration mechanisms”. First, there were four participants from one part of the country: Sverdlovsk Regional Court, one of the district courts of Yekaterinburg,

Sverdlovsk Regional Division of the Judicial Department and Center for Mediation of the Ural State Law University. Later 20 district courts of Yekaterinburg and Sverdlovsk Region, Commercial Court of Sverdlovsk region and Commercial Court of Ural District joined us. The project started in 2011 and lasted 3 years.

4. *Directions of the experiment.* – The project was conducted in three directions. First, it was training for judges on the basics of mediation and development of the techniques of explaining mediation to the parties. Secondly, it was advanced training courses on mediation to judges. Finally, it was practical conducting mediation in civil cases and development of forms and mechanisms of interaction between a mediator and a court.

Since we began the project when the Law on Mediation just came into the force, for most of the judges it would have been easier to resolve the dispute *per se*, rather than to encourage the parties to apply mediation because the judges had to follow procedural deadlines. No one wanted to use mediation in their own disputes, and we could find several reasons for this, such as misunderstanding of the mediation as an ADR, low number of parties applied to mediators, and applying to mediation on non-mediabile disputes. These facts blocked the work of the Law on Mediation and the opportunity of exploiting mediation profits.

As the first stage of the project, the program of training judges on the basics of mediation was developed and the series of seminars “Mediation integration in civil procedure” were held. The aim of the seminars was to introduce mediation to legal community, especially:

- to form the comprehension of judges and assistant judges on mediation,
- to study the technology of explanation the mediation procedures to the parties,
- to study the criteria of the disputes mediability.

Thus, 102 judges and assistant judges have been trained under this program.

After learning this short educational material that was offered to judges, they began explaining to parties the right to apply to a

mediator in a special way, not officially and formally, and deeply in those cases that could be really resolved in mediation. Having heard from the judge about the advantages of the mediation procedure, parties addressed to a mediator to know more about it.

At the beginning, we admitted a problem that participants of the trial did not want to go far to speak to mediator, that is why we opened "The Reconciliation Room" in the district court. Then this practice was adopted by few other courts. In the Reconciliation Room, the consultations were given free of charge by mediators of our Center. At the later stages and now, consultations are held in the office of the Center for Mediation. However, at the first step, opening of this Room was a key for increasing number of consultations with mediator.

Consequently, we pass over to the next direction, exactly to the advanced training courses of mediation to judges. Before this step, we found out that the law put on a judge a duty to contribute reconciliation of parties, but there were no special resource to comply this duty. During the project, we created the program called "Mediation in the judiciary" that improved judges' professional skills. According to this program, 29 judges were trained for development of reconciliation skills. The goal of training was to study the way of using mediation techniques in litigation. We have made the analysis of the data on judges' activity before and after the training and get following results.

The first is that the percentage of cases dismissed by applying of reconciliatory technologies increases (a claimant abandons a claim, a defendant admits a claim, parties enter into an amicable settlement agreement or a claim is dismissed without a hearing on the merits). The second one is that the number of appeals on judicial acts reduced.

The third direction was conducting mediation in civil cases. We set ourselves the task to study in detail the work of the mediator to identify the model of legal mediation. Therefore, we explored three stages: preparing for mediation, conducting mediation and accompanying the execution of the agreement. One of the important achievements was the development of the model of the end of a trial after the mediation. Our legislation does not provide the way for a mediation agreement to end the litigation. We have different ways: approval of a mediation agreement as a settlement agreement, the rejection of the claim, and

acknowledgment of claim. In each of these cases, there are definite nuances according to national civil procedure.

Having examined the interaction between the court and mediators, the following scheme was developed. When a person has a legal problem, she goes to court because in Russia it tends to be cheap and fast. Then the judge explains to both parties the right to settle the dispute through mediation if she sees such a possibility in this case. Then a mediator holds a consultation. During this meeting, the parties and a mediator explore the situation for opportunity to start procedure of mediation. There are two ways. The first is to abandon the mediation and continue the proceedings in the court. Usually, in this situation, the case is considered on its merits and the adjudication is imposed. The second one gives the chance to take part in mediation. The procedure itself can also be successful and completed by the conclusion of a mediation agreement. Otherwise, at any time the parties might finish the procedure and restart litigation again. If the parties have reached mediation agreement, the litigation can be finished by different ways we have shortly described above.

During the legal experiment, specialists of Center for mediation found several difficulties. First, parties in civil proceedings are poorly informed what mediation is, what the role of the mediator in conducting the procedure is, what the differences (especially benefits) of this procedure compared to the trial are. In addition, representatives of the parties prevent the participation in mediation especially at the first stages and recommend their clients to resolve the dispute in court. This happens often due to the erroneous knowledge about the core of the mediation, as well as misunderstanding their role in mediation. Moreover, unfortunately, right now mediation is inconsistent with legal procedures in several aspects.

However, a considerable success was achieved through special activities held by participants. Judges conducting civil cases performed a qualified explanation of the right to resolve the dispute during the mediation proceedings. Mediators held informational meetings with parties directly in the courthouse in reconciliation rooms. Professional level of mediators' qualification was increased during this time. Holding free of charges mediation sessions for participants of the civil proceedings also were beneficial for citizens.

Russian Experience in Implementation Mediation in the Regions

№ COURTS OF LIPETSK REGION		Mediation - 3-quarters of 2018 (Lipetsk Region)												Trial results					Remarks						
		Consultation with a mediator						Mediation results						Adjudication											
		Agree to have consultation			From them			Mediation agreement			Without mediation agreement			in the usual way											
		Total	in the usual way	defendant admits a claim	claimant abandons a claim	amicable settlement	claim is dismissed without a hearing on the merits	Agreement to mediate	Total	On case agreement	On some aspects of case	claimant abandons a claim	claim is dismissed without a hearing on the merits	claimant abandons a claim	initiative of the party	initiative of the mediator	defendant admits a claim	amicable settlement		claimant abandons a claim	claim is dismissed without a hearing on the merits				
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23			
DISTRICT COURTS																									
1	142	120	17	5	12	23	3	85	53	47	0	4	1	1	7	0	2	4	0	1	0				
2	202	187	41	6	9	20	17	66	81	69	5	1	5	1	10	0	0	5	0	4	1				
3	165	165	22	5	11	16	14	100	83	40	3	7	25	8	21	0	1	8	5	4	3				
4																									
in total:	509	472	80	16	32	59	34	251	217	156	8	12	31	10	38	0	3	17	5	9	4				
JUSTICES OF THE PEACE																									
1	192	166	39	8	38	13	11	57	50	24	1	22	1	1	4	0	2	2	0	0	0				
2	177	110	53	16	20	11	6	55	49	34	1	10	1	1	9	0	1	4	1	3	0				
3	113	171	47	6	13	8	5	41	35	22	1	12	1	2	7	0	0	4	0	2	1				
4																									
in total:	482	447	139	30	71	32	22	153	134	80	3	44	3	4	20	0	3	10	1	5	1				
in total (Lipetsk Region)	991	919	219	46	103	91	56	404	351	236	11	56	34	14	58	0	6	27	6	14	5				

II. Lipetsk region. Since 2013, we collaborate with the Lipetsk Regional Court and coordinate a similar project on the territory of Lipetsk Region.

To describe results that were achieved in this region, we would like to show the chart that was created by Lipetsk judges for accumulating statistics on mediation in civil cases. This chart has been published on website of Lipetsk Regional Court and contains actual data.

In this chart, you can see results of applying mediation in civil cases during three quarters of this year. In 991 cases after judges' explaining the right to mediation parties said that they agreed to have a consultation with mediator. Such consultations took place in 919 cases. In 72 cases parties did not come to mediator, we cannot say why; but I think that it is small percent from whole number.

You can see that different forms of reconciliation took place in different stages of civil procedure. Moreover, after a consultation with mediator parties concluded an agreement to mediate in 44% of cases. In 13 % of cases after the consultation, parties decided to continue the trial. In addition, at the end of the trial they had adjudication made in usual way.

The similar situation happens with results of mediation. Only in 58 cases, parties did not reach mediation agreement. Nevertheless, in the next column we can see that judge decided only 27 of them in usual way.

Thus, from 404 cases where parties worked with mediator only in 27 cases (6,6 %) litigation ended with adjudication in usual way. Other cases were ended with some forms of reconciliation.

Hence, we think that it is a specific feature of the Russian mediation model in which we used to take into account different forms of reconciliation in civil cases.

Lipetsk is one of the regions in Russia, which attempts to develop mediation and integrate it in legal society and legal culture.

5. *Scientific activity.* – We were observing positive results after legal experiments on mediation. However, for development media-

tion practice in Russia in all complex it was not enough. So we began discuss what else we can do. In 2012, the Center for Mediation of the USLU established the International Research and Practice Conference “The Practice of Mediation in Russia: Problems, Challenges, Solutions” with judges, notaries, mediators, lawyers of private practice as participants. Since then this highly qualified professional community has been discussing current issues of mediation practice.

Since 2012, we organize conference once a year and it took place in different regions of Russia (three times in Yekaterinburg, and also in Lipetsk, Simferopol, and Perm). The result of the Conferences is the active development of mediation in different regions of Russia.

III. Perm region. In 2015, we started to work actively in Perm Region. Now, we are working closely with Perm Regional Court. We taught mediators and judges and discussed how to coordinate their work with each other. Nowadays we have good results in this region, too. As we mentioned, we had the sixth Conference in Perm. Traditionally there were many representatives of judiciary as well as advocates, notaries, bailiffs and other interested specialists.

We noticed the increasing interest of the legal community after our scientific events such as conference, seminars, round tables, and courses held on mediation.

Additionally, because of our work during the projects with different courts, we can see that information stands, booklets and other materials are created by judiciary and are located in courthouses. Some courts demonstrate films or cartoons about mediation in halls on TV-screens. Parties can watch these (usually) short movies, while they wait the beginning of the trial.

To implement the mediation in the Russian legal life to the full extent, many efforts of many agencies have been applied. Thus, the Supreme Court of the Russian Federation published an annual compilation of jurisprudence on the application of the Law on Mediation. On July 2014, Resolution of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation n. 50 “On the reconciliation of the parties in the arbitration process”

was adopted. Although the Supreme Commercial Court does not exist now, its explanations are still actual for commercial courts in Russia.

The notary community in Russia pays attention to the need to implement conciliation procedures in notary's activities. Consequently, in 2009 the Federal Chamber of Notaries included a special program "Mediation in notaries' activities" into the programs of professional development. Issues dedicated to implementation of conciliation in notaries activities are discussed in the draft of the Federal law "On notary and notaries activities in the Russian Federation".

The Federal Bailiffs Service conducted round tables and courses for its representatives.

To summarize, we note the final optimal mechanism of coordinating mediation with jurisdictional procedures. The legal experiment elaborated and approved methods that judges should use to explain the right to have a dispute resolved by mediation, determined successful mechanism of interaction between mediators and the court, and agreed upon procedural forms of referring a dispute to mediation, which enabled to sum up the practice of civil dispute parties' applying for mediation. The experiment showed that because of a mediation agreement, civil cases are dismissed; the final judicial act terminating the proceedings is not appealed in higher courts; further claims and counterclaims are not filed; execution proceedings are not initiated since the parties voluntarily perform their obligations.

The survey of the mediation participants' opinions revealed that they preferred this way of dispute resolution to trial because the decision made in mediation corresponds to their interests more than a court decision. Among the factors, which make parties resort to mediation, we can mention the following:

- highly professional clarification made by judges to the parties that they have the right to have their dispute resolved by mediation;
- meetings of the mediator and the parties to provide the necessary information held inside the court house;
- high professional qualification of mediators;
- free of charge mediation for the participants of civil procedure.

Therefore, Center for mediation created a comprehensive approach for the introduction of mediation in civil proceedings in Russia. There are three main components: creating a pool of mediators as outsourcers, explaining the essence of mediation and its advantages to different jurisdictions and elaborating optimal mechanisms of coordinating mediation with jurisdictional procedures.

The main trend in implementing a comprehensive approach in the development of mediation in Russia has been determined, and now the Russian legal community has to take gradual steps in this direction.

CLAUDIA TROISI

LE CONSUMER ADR

SOMMARIO: 1. La direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori. - 2. Il d.lgs. 130/2015 attuativo della direttiva in Italia. - 3. Definizione dell'ambito applicativo. Profili ermeneutici. - 4. La complessa armonizzazione con il d.lgs. 28/2010. Rilievi critici. - 5. La sentenza C-75/16 della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Aspetti problematici.

1. *La direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.* – La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e il Trattato sul funzionamento dell'U.E.¹ impongono all'Unione di contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori. La Commissione europea ha più volte dimostrato di considerare le tecniche alternative di risoluzione dei conflitti validi strumenti di tutela degli interessi della persona² e, dunque, anche della persona-consumatore.

È opportuno che i consumatori traggano vantaggio dall'accesso a mezzi semplici, efficaci, rapidi ed economici per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di fornitura di servizi, in modo da rafforzare la loro fiducia nel mercato³; in quest'ottica, i rimedi stragiudiziali, c.d. alternativi, offrono una soluzione semplice e rapida

¹ L'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000) e l'articolo 169, paragrafo 2, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE, 2008).

² Cfr. Libro Verde del 19.04.2002, COM(2002) 196 relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale; 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. Il Consiglio d'Europa è intervenuto a sostegno dell'ADR con ben nove raccomandazioni tra il 1981 ed il 2002.

³ *Considerando* 4 della direttiva 2013/11/UE.

ai conflitti tra consumatori e professionisti, nonostante l'assenza di una coerente e sufficiente diffusione degli stessi nei diversi Paesi europei, che costituisce una barriera al mercato interno e rappresenta una delle ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri e temono che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo rapido ed economico⁴.

Lo sviluppo, all'interno dell'Unione, di un sistema alternativo di regolazione delle dispute (ADR) che funzioni correttamente è, pertanto, necessario per rafforzare la fiducia dei consumatori nel mercato interno, anche nel settore del commercio elettronico, nonché per sfruttare le potenzialità e le opportunità offerte dal commercio transfrontaliero e *online*⁵.

I recenti interventi comunitari in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (c.d. *Consumer ADR*) mostrano la chiara esigenza di coniugare la valorizzazione e la diffusione, nei diversi Paesi dell'Unione, di tali strumenti con il rispetto dei principi fondamentali in tema di accesso alla tutela giurisdizionale.

La direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013 – al dichiarato scopo di conseguire un elevato livello di protezione del consumatore offrendo procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie senza limitare l'accesso dei consumatori agli organi giurisdizionali – stabilisce alcune rilevanti direttrici al fine di ottenere soluzioni equilibrate.

La finalità della direttiva è, dunque, quella di offrire, ai consumatori, strumenti di risoluzione non giurisdizionale delle controversie nei confronti dei professionisti, costituiti da reclami, presentati ad organismi abilitati a compiere una tale attività; il considerando 15 riconosce che la diffusione dell'ADR può anche avere un effetto deflattivo sul carico giudiziario, ma non finalizza in alcuno modo la direttiva a tale conseguenza pratica⁶.

⁴ Considerando 5.

⁵ Considerando 15.

⁶ F.P. Luiso, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, pp. 1299 ss.

La direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di fornitura di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione, nelle quali l'intervento di un organismo ADR propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole (art. 2).

La disposizione richiama indubbiamente sia un meccanismo eteronomo (quando usa il termine "impone") sia un meccanismo autonomo (quando usa il termine "propone", nel senso che riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole)⁷.

È chiaro, infatti, che la proposta dell'organismo, per concretare la soluzione della controversia, dovrà essere accettata da tutte le parti: per cui, si formerà un contratto finalizzato alla risoluzione della controversia, rispetto al quale la proposta svolge il ruolo di testo contrattuale, recepito dalle parti con la propria volontà negoziale⁸.

La direttiva chiarisce (art. 1) che essa non intende pregiudicare la legislazione nazionale che preveda l'obbligatorietà di procedure di ADR nelle controversie che coinvolgano i consumatori, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario.

Appare, pertanto, confermata la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alla scelta in merito alla obbligatorietà o meno del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori.

La direttiva riconosce, altresì, agli Stati membri la facoltà di stabilire se gli organismi di ADR istituiti nei rispettivi territori possano avere, oppure no, la facoltà di imporre una soluzione.

Le parti vanno, però, informate del fatto che l'organismo può imporre tali soluzioni e che necessita il loro esplicito assenso, a meno che lo Stato non preveda che quel tipo di soluzione sia vincolante per il professionista, e in tal caso non è necessaria una sua espressa accettazione. La soluzione imposta non può però essere in conflitto con norme inderogabili dello Stato del consumatore.

⁷ F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE*, cit., pp. 1299 ss.

⁸ F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE*, cit., pp. 1299 ss.

In presenza di un organismo che può proporre una soluzione, le parti devono poi avere la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura stessa, e devono essere informate di questo diritto (art. 9, comma 2, lett. a).

Devono essere altresì informate della possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario e degli effetti giuridici che conseguono all'accettazione o meno della soluzione proposta.

L'art. 10 della direttiva prevede che l'accordo tra un consumatore e un professionista, finalizzato a far risolvere la controversia da un organismo di ADR che imponga alle parti una soluzione, non è vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia.

Si prevede, inoltre, che la soluzione possa essere vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state previamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificamente dato il loro assenso.

Le parti devono avere accesso alla procedura di ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale, fermo restando il loro diritto di essere rappresentate o assistite in qualsiasi fase della procedura⁹, e sottolinea che la procedura di ADR deve essere gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori (art. 8, lett. c) e deve concludersi nel termine di 90 giorni, prorogabile di ulteriori 90 giorni soltanto nell'ipotesi di controversie particolarmente complesse.

L'inoltro della domanda da parte del consumatore è su base volontaria, ma può essere anche obbligatoria, purché non si precluda l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Resta in tal modo ribadita, come si è detto, l'assenza di una posizione netta dell'ordinamento comunitario rispetto all'opzione della obbligatorietà o meno del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori, opzione

⁹ Previsione in antitesi con la recente tendenza del legislatore italiano che ha previsto, nella legge 98/2013, l'assistenza legale obbligatoria durante il procedimento di mediazione. Sul punto vedi *amplius* paragrafo 8.

che è consentita ai singoli legislatori nazionali, purché non risulti impeditiva dell'accesso alla giurisdizione¹⁰.

2. *Il d.lgs. 130/2015 attuativo della direttiva in Italia.* – La direttiva 2013/11/UE è stata attuata in Italia con il d.lgs. n. 130 del 19 agosto 2015. L'attuazione della direttiva, incidendo profondamente sulla regolamentazione delle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie tra consumatori e professionisti, ha reso necessario un rilevante intervento di riforma sul codice del consumo, sede naturale della disciplina della composizione delle controversie in materia di consumo.

Attraverso l'articolo 1 del d.lgs. 130/2015 rubricato "Modifiche al Codice del consumo in attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori", il legislatore italiano ha sostituito il precedente art. 141 cod. cons. introducendone uno nuovo rubricato "Disposizioni generali: definizioni ed ambito di applicazione", che recepisce in sostanza gli artt. 2,3 e 4 della direttiva; è stato inoltre aggiunto alla Parte V del codice del consumo il Titolo II-*bis* rubricato "Risoluzione extragiudiziale delle controversie", contenente dieci nuovi articoli, dal 141-*bis* al 141-*decies*.

Vengono aggiunte, inoltre, all'art. 33 comma 2, dopo la lett. v), altre previsioni di clausole abusive: in particolare, secondo le lett. v-*bis*) e v-*ter*), si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto – o per effetto – di imporre al consumatore che voglia accedere a 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, oppure di rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal Titolo II-*bis* della parte V.

A seguito di questa modifica si potranno, dunque, sanzionare con la presunzione di vessatorietà tutte quelle clausole che risulteranno in concreto limitative di quelle esigenze di traspa-

¹⁰ T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *Judicium*, 2015, pp. 1 ss.

renza e facilità di accesso alle ADR, che sono, invece, gli aspetti fisiologici e connaturali di queste procedure, che lo stesso d.lgs. 130 del 2015 in tutto il suo articolato ha inteso salvaguardare e garantire¹¹.

Complessivamente, il nuovo articolato normativo costituisce una sorta di trasposizione letterale dei contenuti della direttiva 2013/11/UE, esclusi quei profili in relazione ai quali agli Stati membri è stato attribuito potere discrezionale (per esempio: in relazione all'estensione o meno delle regole previste per le procedure ADR a quelle che sfociano in un esito vincolante; in relazione alle procedure c.d. paritetiche) o che richiedono norme di specificazione che rientrano nella sfera di competenza dei legislatori nazionali (ad es. con riguardo all'individuazione delle autorità competenti)¹².

3. *Definizione dell'ambito applicativo. Profili ermeneutici.* – L'ottavo comma dell'art. 141 prevede una serie di fattispecie escluse dall'applicazione della nuova disciplina, richiamando l'art. 2 della direttiva, ad eccezione della lett. a), dal momento che la normativa italiana ha esteso l'ambito di applicazione anche alle negoziazioni paritetiche (art. 141-ter).

Restano, dunque, escluse dall'ambito di applicazione del nuovo titolo II-bis cod. cons. le procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista, nell'ottica di garantire l'indipendenza ed imparzialità degli organismi ADR che sarebbero messe a rischio nel caso in cui i soggetti incaricati della risoluzione della controversia fossero appartenenti ad un sistema di gestione unilaterale¹³.

¹¹ 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.*, 2016, n. 1, pp. 118 ss.

¹² A.M. MANCALEONI, *Le ADR dei consumatori dopo l'attuazione della direttiva 2013/11/UE*, in M.L. CHIARELLA, *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, 2016, pp. 188 ss.

¹³ Cfr. *Considerando* 33 dir.

In secondo luogo, sono escluse dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni alcune tipologie di controversie in ragione del loro specifico contenuto; si tratta, in particolare, dei servizi non economici d'interesse generale: dei servizi di assistenza sanitaria, prestati da professionisti sanitari a pazienti al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute (compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici), delle controversie riguardanti organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua.

Infine, restano escluse dall'applicabilità del nuovo titolo II-*bis* cod. cons. le controversie fra professionisti, la negoziazione diretta tra consumatore e professionista, i tentativi di conciliazione giudiziale per la composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa, le procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore. La direttiva si applica, dunque, alle sole procedure avviate su iniziativa del consumatore (art. 2 dir., par. 2, lett. g).

L'ultimo comma dell'art. 141, riproduttivo del comma 5 del previgente art. 141, prevede che il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

Tale previsione, in relazione al previgente comma 5, fu già oggetto di critica da parte della dottrina¹⁴, che accusava di ambiguità la scelta del legislatore che, da un lato, sembra promuovere il ricorso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e, dall'altro, introduce una disposizione forte, come quella del precedente comma 5 (attuale comma 10), che fa salvo il diritto del consumatore di adire il giudice a prescindere dall'esito della procedura ADR¹⁵.

¹⁴ T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in *Arbitrati*, Sezione IV, Cap. I, a cura di G. ALPA, V. VIGORITI, Milano, 2012, pp. 92 ss.

¹⁵ Vale a dire sia in caso di esito negativo, cioè di conclusione della procedura ADR con un mancato accordo, sia in caso di esito positivo, ovvero nel caso in cui dalla procedura ADR scaturisca un accordo risolutivo della controversia.

Inoltre, stando al tenore letterale della disposizione, ne discende che nel caso in cui le parti, nell'ambito di un procedimento di mediazione, siano pervenute a un accordo, il consumatore – e solo lui – possa ugualmente «*adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale*» per far venire meno il contenuto negoziale oggetto dell'accordo sottoscritto con il professionista. In tale ipotesi, trattandosi di una procedura "volontaria", potrebbe verificarsi che il professionista non sia incentivato a prendere parte ad un procedimento finalizzato al raggiungimento di un accordo che, in realtà, potrebbe non concludere definitivamente una controversia.

Mancando, inoltre, l'indicazione di un termine finale entro cui il consumatore possa esercitare questo ipotetico diritto di ripensamento¹⁶ la sorte del rapporto contrattuale rimarrebbe sospesa¹⁷.

Nella Relazione al d.lgs. 130/15 sul punto, si sottolinea che, affermando il diritto intangibile del consumatore ad adire l'autorità giudiziaria, il legislatore abbia dato attuazione al dettato dell'art. 10, par. 1, della direttiva sull'ADR¹⁸, nonché al contenuto del *considerando* 45 della medesima, secondo il quale, nei casi in cui una controversia non possa essere risolta secondo una determinata procedura ADR il cui esito non sia vincolante, è auspicabile che alle parti non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale controversia¹⁹.

Il chiarimento contenuto nella Relazione non sembra, però, dirimente, poiché né l'art. 10, par. 1 né il *considerando* 45 della

¹⁶ Sullo *ius poenitendi* del consumatore cfr. M.L. CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, in M.L. CHIARELLA, *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, 2016, *passim*.

¹⁷ A.M. MANCALEONI, *Le ADR dei consumatori*, *cit.*, pp. 192 ss.

¹⁸ Art. 10, par. 1, direttiva ADR: «*Gli Stati membri provvedono affinché un accordo tra un consumatore e un professionista riguardo alla presentazione di reclami presso un organismo ADR non sia vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia*».

¹⁹ P. PORRECA, *Commento all'art. 141 cod. cons.*, *cit.*, p. 1005.

direttiva fanno esplicito riferimento all'ipotesi in cui la procedura ADR si sia conclusa con un accordo di risoluzione amichevole.

In particolare, il riferimento al considerando 45 appare inconferente, poiché si riferisce all'ipotesi in cui "una controversia non possa essere risolta secondo una determinata procedura ADR il cui esito non sia vincolante", non già quando la procedura sia conclusa positivamente con un accordo. Né appare appropriato il riferimento all'art. 10, par. 1, che si limita a sancire la non vincolatività degli accordi conclusi al fine di prevenire l'insorgere della controversia che privino il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale.

Non è da escludere, tuttavia, l'idea che il legislatore, attraverso l'ultimo comma dell'art. 141, abbia voluto introdurre una norma di *favor* nei confronti del consumatore, tesa a rinforzare ulteriormente la posizione dello stesso, predisponendo una sorta di potere di recesso dall'accordo conciliativo (*ius poenitendi*). Detta soluzione seguirebbe, dunque, la stessa *ratio* che ha spinto il legislatore a introdurre nel codice del consumo (art. 64, 67-*duodecies*, 73) il diritto di recesso a favore del consumatore.

La *ratio* della diversa disciplina del diritto di recesso, detto di "protezione"²⁰, risiederebbe, appunto, nell'esigenza di tutelare il consumatore, quale parte debole del rapporto, nella opportunità cioè di riequilibrare la posizione contrattuale delle parti, posto che "il fondamento teleologico che accomuna le diverse ipotesi di ripensamento si rinviene nella necessità di contemperare le esigenze di celerità e sicurezza degli scambi con la libertà contrattuale in senso stretto del consumatore"²¹.

Una diversa lettura condurrebbe a considerare la norma come la conseguenza di una svista del legislatore, e si risolverebbe in una interpretazione abrogante alla luce dei principi e del sistema della legge in questione: vale a dire, considerare la possibilità di rivolgersi al giudice solo in caso di accordo non vincolante, come suggerisce la lettura delle disposizioni contenute nella direttiva 2013/11/UE. Tesi, quest'ultima, da respingere con decisione, in considerazione del fatto che, sul piano del

²⁰ L. AMBROSINI, *Il recesso del turista*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2014, pp. 249 ss.

²¹ V. CUFFARO, *Codice del Consumo e leggi collegate*, Milano, 2016, p. 331.

metodo, tra le possibili ipotesi ricostruttive deve essere preferita quella che risulti compatibile con la previsione normativa. Riteniamo che questo sia il metodo più idoneo a governare l'attività ermeneutica, non certo quello che prima porta a scegliere la qualificazione da assegnare alla fattispecie e poi, in caso d'incompatibilità della stessa col dato positivo, finisce con l'affermare l'esistenza di un errore o superficialità da parte del legislatore²².

L'impostazione metodologica più corretta, dunque, è quella che muove non già dalla qualificazione degli istituti per giungere alla loro disciplina, quanto piuttosto quella che prende le mosse dall'individuazione dell'intenzione del legislatore, sì che tra le possibili opzioni interpretative deve essere privilegiata quella che risulti compatibile con il dettato normativo²³.

4. *La complessa armonizzazione con il d.lgs. 28/2010. Rilievi critici.* – Il comma 6 dell'art. 141 introduce una clausola di salvaguardia in riferimento alle disposizioni normative vigenti che prevedono l'obbligatorietà delle procedure ADR.

Viene richiamato, innanzitutto, l'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riguardo alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali²⁴.

²² Vedi sul punto, incisivamente, B. TROISI, Voce *I diritti edificatori*, *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2014, p. 228, il quale, precisamente, afferma che «se è vero che la funzione dell'interprete è quella di tentare di dare, per quanto possibile, un senso alle norme, di tentare cioè di interpretarle in modo che abbiano un senso e non in modo che di senso non ne abbiano alcuno, allora, prima ancora delle norme, occorrerebbe mettere in discussione il metodo ricostruttivo e i risultati dell'interpretazione».

²³ B. TROISI, Voce *I diritti edificatori*, *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2014, p. 228.

²⁴ Poi si richiama l'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche; nonché l'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e le cui modalità di svolgimento sono regolate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico con propri provvedimenti.

Premesso che il considerando 19 nonché l'art. 3 della direttiva prevedono che, siccome alcuni atti giuridici dell'Unione in vigore già contengono disposizioni relative all'ADR, per garantire la certezza giuridica si prevede che, in caso di conflitto, prevalga la direttiva 2013/11/UE.

Si prevede, altresì, che la direttiva 2013/11/UE non debba pregiudicare la 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. Di conseguenza, si ritiene che il recepimento della direttiva 2013/11/UE non dovrebbe avere alcuna influenza sul d.lgs. 28/2010, in quanto diretta derivazione della direttiva 2008/52/CE, fatta espressamente salva; si ritiene, inoltre, che i due ambiti di applicazione continuino a rimanere distinti.

Si è, infatti, in presenza di due normative diverse (il d.lgs. n. 130/2015 e il d.lgs. n. 28/2010) che disciplinano entrambe strumenti ADR e nelle quali sussiste – almeno in parte – una coincidenza di materia (quella consumeristica); inoltre, tali normative riguardano – sempre in parte – anche gli stessi soggetti della controversia: il “consumatore” e il “professionista”.

In presenza di normative nelle quali si riscontra una sovrapposizione di strumenti, di materie e di soggetti, si pone quindi il problema di individuare, in caso di controversia, quale sia la disciplina applicabile.

Il chiarimento fornito dalla Relazione di accompagnamento e, in particolare, l'affermazione secondo cui «*i due ambiti di applicazione continueranno a rimanere distinti*», appare utile per poter sostenere che il legislatore abbia voluto delineare due strumenti paralleli; si tratta, ora, di individuare quali siano gli elementi che differenziano il campo di applicazione delle due procedure.

Avviando una riflessione da tali previsioni, sembra possibile ritenere che il confine di applicazione delle due normative (il d.lgs. 130/2015 e il d.lgs. 28/2010), possa essere individuato nella “volontarietà” od “obbligatorietà” della procedura. Ne consegue che una controversia tra un consumatore e un professionista in una delle materie per le quali è prevista l'obbligatorietà della mediazione quale condizione di procedibilità (tra le quali rientrano anche i contratti bancari e finanziari di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010) sarà disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

Nel caso, invece, di controversia tra le stesse parti ma su altre materie, la disciplina applicabile è il d.lgs. n. 130/2015, in quanto la procedura è caratterizzata dalla “volontà” – e non dall’“obbligo” – di una parte di dare avvio al procedimento.

Più complessa appare l’ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad una controversia tra consumatore e professionista su una materia per la quale sussiste l’obbligo di esperire la mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010, ma una parte voglia comunque attivare una procedura “volontaria” ai sensi del d.lgs. 130/2015.

La soluzione più ragionevole sarebbe quella di non poter escludere *a priori* la scelta del soggetto di attivare la procedura volontaria, ma tale procedimento (in caso di mancato accordo) non potrà, ragionevolmente, assolvere la “condizione di procedibilità” di cui al d.lgs. 28/2010 e la parte che volesse andare in giudizio dovrà, inevitabilmente, presentare una domanda di mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010.

Indubbiamente, aver prodotto due discipline parallele sulle procedure ADR (una basata sulla “volontarietà” e l’altra sulla “obbligatorietà”) non semplifica l’attività dell’operatore chiamato ad applicare due normative che hanno svariati punti di contatto tra loro.

È opportuno sottolineare, peraltro, che la disciplina del d.lgs. 130/2015 che – nelle intenzioni del legislatore – dovrebbe essere di favore per il consumatore, in realtà non ha previsto i benefici fiscali stabiliti nell’art. 17 del d.lgs. 28/2010 (esenzione dall’imposta di bollo e da spese, tasse o diritti, nonché dall’imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro), benefici che, conseguentemente, potranno essere applicati alle parti solo nel caso in cui si scelga la procedura “obbligatoria” di cui al d.lgs. 28/2010²⁵.

Con una recente ed interessante ordinanza in materia di controversie tra consumatori e banche, il Tribunale di Verona²⁶ ha

²⁵ A. MEI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie regolate dal nuovo codice del consumo alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. 130/15: riflessioni*, in *La Nuova Procedura Civile*, n. 3, 2015, pp. 11 ss.

²⁶ Trib. Verona, sez. III civile, ordinanza 28/01/2016. Per un breve riferimento cfr. P.F. CUZZOLA, *Mediazione civile: il tribunale di Verona sulla incompatibilità tra sistema ADR e mediazione domanda alla Corte di giustizia europea*, 9 febbraio 2016, www.personaedanno.it, *passim*.

rinvio gli atti alla Corte di Giustizia Europea sollevando una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione Europea circa la compatibilità tra la normativa ADR per i consumatori (Direttiva 2013/11) e la normativa prevista dal d.lgs. 28/2010, c.d. mediazione obbligatoria²⁷.

Della risoluzione alternativa delle liti relative a contratti bancari, infatti, se ne occupano tanto l'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010, che introduce la mediazione obbligatoria, quanto il d.lgs. n. 130/2015, che ha previsto una speciale procedura di ADR all'interno del codice del consumo.

In particolare, il giudice ha chiesto alla Corte di esprimersi sulla possibilità del singolo Stato, in applicazione della direttiva ADR, di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole materie che non ricadono nell'ambito di applicazione della stessa direttiva (cioè per le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di fornitura di servizi oltre a quelle che non riguardano i consumatori), e, in secondo luogo, sulla compatibilità tra la normativa ADR europea dei consumatori, fondata sulla volontarietà e l'assenza dell'obbligo di assistenza legale, e la mediazione obbligatoria ex art. d.lgs. 28/2010, connotata dall'obbligatorio esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale e della presenza obbligatoria dell'avvocato.

Pertanto, rispetto alle controversie di consumo, vi è un concorso tra l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 (mediazione obbligatoria) e l'art. 141, comma 4, cod. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), novellato dal d.lgs. 130/2015 (ADR, di natura volontaria, per i consumatori).

Detto concorso andrebbe risolto a favore della mediazione, in virtù del disposto dell'art. 141, comma 6, d.lgs. 130/2015, che fa espressamente salve alcune disposizioni nazionali che prevedono l'obbligatorietà della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra le quali l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010.

Da ciò consegue, secondo il Tribunale di Verona, la necessità di un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia sul punto (Cau-

²⁷ Sul punto vedi *amplius* paragrafo 8, in cui si da conto della decisione della Corte europea.

sa C-75/16), anche perché la relazione ministeriale al d.lgs. 130/2015 non risulta al riguardo utile, in quanto, pur dando atto del contrasto tra i due commi dell'art. 3, non spiega con chiarezza perché esso debba essere risolto nei termini sopra esposti²⁸.

5. *La sentenza C-75/16 della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Aspetti problematici.* – La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza C-75/16 del 14 giugno 2017 ha, infatti, ritenuto che l'adozione da parte degli Stati membri di una normativa interna che preveda, nelle controversie *Business to Consumer*, il ricorso alla mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale possa ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione Europea soltanto a condizione che non venga imposta l'assistenza necessaria di un legale e il consumatore possa ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento, senza dover dare alcuna giustificazione a fondamento della propria scelta.

Per quanto riguarda la questione pregiudiziale relativa alla presunta incompatibilità tra la normativa ADR europea dei consumatori, fondata sulla volontarietà, e la mediazione obbligatoria ex art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010, connotata dall'obbligatorio esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la Corte parte dal ragionamento per cui: pur se l'articolo 1, primo periodo, della direttiva 2013/11 utilizza l'espressione "su base volontaria", si deve rilevare che il secondo periodo di detto articolo prevede espressamente la possibilità, per gli Stati membri, di rendere obbligatoria la partecipazione alle procedure ADR, a condizione che una tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario.

Come si evince dal considerando 13 della direttiva 2008/52, il carattere volontario della mediazione consiste, pertanto, non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, bensì nel fatto che «le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento».

²⁸ Sulle soluzioni contenute nella sentenza C-75/16 della Corte europea vedi paragrafo 8.

Assume, quindi, rilevanza non il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di impulso alla mediazione, ma il fatto che il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato.

Pertanto, precisa la Corte, il fatto che una normativa nazionale come quella italiana abbia non solo introdotto una procedura di mediazione extragiudiziale, ma abbia, in aggiunta, reso obbligatorio il ricorso a quest'ultima prima di adire un organo giurisdizionale non è tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo della direttiva 2013/11²⁹.

In secondo luogo, viene evidenziata l'incompatibilità tra la normativa italiana dettata dagli articoli 5, comma 1-*bis* e 8, comma 1, del decreto legislativo n. 28/2010 – che prevedono in via generale l'assistenza obbligatoria da parte di un avvocato nel corso del procedimento di mediazione – e l'articolo 8, lettera b) della direttiva 2013/11/UE, che esclude invece espressamente che gli Stati possano obbligare le parti a farsi assistere da un avvocato nel corso di una mediazione di una lite, quando questa sia insorta tra un professionista e un consumatore.

La risposta a tale questione emerge dalla formulazione dell'articolo 8, lettera b), della direttiva 2013/11. Tale articolo, infatti, relativo all'efficacia della procedura, stabilisce che gli Stati membri garantiscono che le parti abbiano accesso alla procedura ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale.

Inoltre, l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della suddetta direttiva dispone che le parti siano, appunto, informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale. Pertanto, una normativa nazionale non può imporre al consumatore che prende parte a una procedura ADR di essere assistito da un avvocato.

Cosa che invece accade nel nostro ordinamento, attraverso la previsione, peraltro di successiva introduzione³⁰, contenuta negli artt. 5, comma 1-*bis* e 8, comma 1, del d.lgs. 28/2010.

²⁹ Analogamente cfr. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea Alassini, del 18 marzo 2010, C-317/08.

³⁰ La previsione della presenza obbligatoria dell'avvocato alla procedura di mediazione è stata introdotta dalla l. 98/2013.

Alla base della scelta sta probabilmente anche la considerazione che la procedura di mediazione civile e commerciale, seppur extragiudiziale, si pone comunque nell'ambito del meccanismo di tutela dei diritti e degli interessi dei consociati nell'ordinamento giuridico³¹ e come tale riferibile al disposto dell'art. 24 della Costituzione³² e, pertanto, la difesa tecnica sarebbe imprescindibile per consentire al soggetto che domandi tutela di esercitare al meglio tale fondamentale diritto³³.

Presumibilmente si avrà la dissonante situazione per cui, se il consumatore dovrà procedere all'esperienza della procedura di mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010, sarà tenuto, nell'ambito della stessa, all'assistenza di un avvocato; qualora la materia oggetto della controversia non rientri invece nell'ambito dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010 e si applicherà, dunque, la disciplina contenuta nel d.lgs. 130/2015, il consumatore non sarà, invece, obbligato a farsi assistere da un legale, rappresentando, la scelta eventuale di avvalersene, una mera facoltà non già un dovere.

Piuttosto, dal momento che la direttiva 2013/11 (del 21 maggio 2013) ha preceduto la riforma attuata dal legislatore italiano del 2013 (del 21 giugno 2013, n. 69), potrebbe ritenersi violato il vincolo di *standstill*, cioè l'obbligo di uno Stato di astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere il risultato prescritto dalla direttiva³⁴.

In ultimo, si sottolinea che l'articolo 8, comma 4-*bis* del decreto legislativo n. 28/2010, nella parte in cui esso non consente, se non in presenza di giustificato motivo, alla parte di non partecipare al procedimento di mediazione senza subirne conseguenze sfavorevoli nell'ambito del successivo procedimento giudiziario, contrasti con l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) della direttiva 2013/11/UE, che sancisce invece la libertà del consumatore di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento.

³¹ I. VIRTUOSO, *Il ruolo dell'Avvocato nella mediazione civile e commerciale in Italia e in Spagna*, in *Camminodiritto*, 2017, pp. 3 ss.

³² F. DANОВI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, pp. 223 ss.

³³ N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti*, cit., pp. 36 ss.

³⁴ G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2013, p. 164.

In relazione a quest'ultimo aspetto, tuttavia, la Corte precisa che, purché il consumatore possa ritirarsi successivamente al primo incontro con il mediatore, il diritto nazionale può legittimamente prevedere sanzioni in caso di immotivata mancata partecipazione delle parti alla procedura di mediazione, vale a dire nel senso, appunto, in cui si esprime il citato art. 8, comma 4-*bis* del decreto legislativo n. 28/2010. Sarà compito del giudice nazionale verificare, pertanto, l'effettivo rispetto del principio comunitario, sopra citato, nelle ipotesi concrete³⁵.

La disciplina del art. 8, comma 4-*bis* del d.lgs. 28/2010 prevede, difatti, che dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Si prevede, inoltre, che il giudice condanni la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio³⁶. Tale norma ha il chiaro scopo di incentivare l'effettiva partecipazione agli incontri di mediazione scoraggiando la inutile e controproducente prassi di eludere la procedura di mediazione obbligatoria non presentandosi alle sedute di mediazione pur avendo formalmente aderito alla procedura.

Pertanto, dal contenuto della Sentenza della Corte europea si evince che una tale disposizione non sia in contrasto con la previsione dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) della direttiva 2013/11/UE, che sancisce invece la libertà del consumatore di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento. Ciò perché un conto è incentivare la partecipazione ai primi incontri di mediazione al fine di consentire alle parti in conflitto di vagliare concretamente la possibilità di trovare soluzioni concordate, altra questione è garantire la possibilità in ogni momento alle parti di

³⁵ F. VALERINI, *Nelle controversie di consumo, l'obbligo dell'assistenza dell'avvocato in mediazione è contrario al diritto comunitario (ma, forse, non sempre)*, in *Diritto e giustizia*, fasc. 102, 2017, pp. 9 ss.

³⁶ Comma inserito dall'art. 84, co. 1, lett. i), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

C. Troisi

ritirarsi dalla procedura qualora le stesse ritengano di non riuscire, attraverso lo strumento conciliativo, a trovare tra loro un accordo.

ASUNCIÓN MARÍN VELARDE*

LA MEDIACIÓN CIVIL EN ESPAÑA: ÁMPLIO ÁMBITO PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

SOMMARIO: 1. Marco legislativo de la mediación en España. - 2. El principio de autonomía de la voluntad. - 3. La mediación civil intrajudicial. - 4. Las amplias posibilidades objetivas de la mediación civil: vehículo idóneo para la paz social. - 5. Realidad de la mediación civil en España. - 6. Alguna propuesta para incentivar la mediación civil.

1. *Marco legislativo de la mediación en España.* – El ordenamiento jurídico español tardó en hacerse eco del interés de la Unión Europea¹ por fomentar la implantación de la mediación en los Estados miembros². La UE considera la mediación, y el resto de los sistemas alternativos a la resolución de conflictos, los llamados internacionalmente ADR³, como una respuesta válida con la que hacer frente a las dificultades de acceso a la justicia, una alternativa real y efectiva a la justicia ordinaria⁴.

La Constitución española de 1978⁵, en su artículo 24 establece que «*Todas las personas tienen derecho a obtener la justicia efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*». Es deber fundamental de los jueces y tribunales garantizar la tutela efectiva de los derechos e intereses

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Sevilla.

¹ En adelante UE.

² L. GARCIA VILLALUENGA, *La mediación familiar en España*, www.mediación-ucm.es, pp. 7-8.

³ *Alternative Dispute Resolution Systems*.

⁴ Libro Verde sobre la modalidad de alternativas de solución de conflictos en el Derecho Civil y Mercantil, 2002.

⁵ En adelante CE.

legítimos de los ciudadanos, deber que no se reduce al marco del proceso judicial⁶.

De forma más directa y contundente el art. 15 de la Carta Magna de los Jueces Europeos⁷, establece que: «*El juez debe actuar para asegurar la consecución de una solución rápida, eficaz y a un coste razonable de los litigios; debe contribuir a la promoción de métodos alternativos de resolución de conflictos*»⁸.

En España la Ley 5/2012, de 6 de julio⁹, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, incorpora con cierto retraso al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, reguladora de mediación transfronteriza en asuntos civiles y mercantiles. La LM articula un marco general para el ejercicio de la mediación en el Derecho privado español, que es completado por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley, y que se ha dado en llamar el Estatuto del Mediador¹⁰, así como por la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo¹¹, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre.

Pero al ocuparnos del marco legislativo de la mediación en España, hemos de tener presente su realidad territorial: la CE organiza territorialmente el Estado en 17 Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas, y en cada una de ellas existe

⁶ R. ALASTRUEY GRACIA, *Argumentario sobre la búsqueda de soluciones negociadas en el proceso civil*, www.poderjudicial.es, 12/05/2015, p. 3.

⁷ Proclamada el 17 de noviembre de 2010 en el “*Palais de l’Europe*”, sede del Consejo de Europa en Estrasburgo, durante la ceremonia de conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, con ocasión de la celebración de su undécima reunión plenaria.

⁸ Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, 2016, p. 11.

⁹ En adelante LM.

¹⁰ E. CARRETERO MORALES, *El estatuto del mediador civil y mercantil*, in *Revista de Mediación*, 2014, n. 7.1, pp. 10-23.

¹¹ La Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, desarrolla los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre por la que se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación.

un poder legislativo y un poder ejecutivo propio. Por ello, en España la legislación estatal en materia de mediación coexiste con la legislación autonómica, que en muchas ocasiones es previa a la estatal en materia de mediación familiar¹², e incluso, en alguna comunidad autónoma la norma extiende su regulación a otras materias de Derecho privado¹³. Además en el ámbito de la legislación autonómica debe destacarse la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria que regula la mediación con carácter integral¹⁴.

A su vez, creo de interés reseñar que el Tribunal Supremo Español se ha pronunciado sobre la mediación, destacando sus bondades a la hora de resolver determinados conflictos. Así, entre otras resoluciones, puede destacarse la sentencia de 19 de

¹² Andalucía: Ley 1/2009, de 27 febrero, De Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía Decreto 37/2012, de 21 febrero. Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- Aragón: Ley 9/2011, de 24 marzo, De Mediación Familiar de Aragón.
- Canarias: Ley 15/2003, de 8 abril, De Mediación Familiar de Canarias.
- Cantabria: Ley 1/2011, de 28 marzo, De Mediación de Cantabria.
- Cataluña: Ley 15/2009, de 22 julio, Mediación en el ámbito del derecho privado en Cataluña.
- Castilla-La Mancha: Ley 1/2015 de 12 de febrero, del Servicio Regional de mediación social y familiar de Castilla La Mancha.
- Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 abril, De Mediación Familiar de Castilla y León.
- Comunidad de Madrid: Ley 1/2007, de 21 febrero, De Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.
- Comunidad Valenciana: Ley 7/2001, de 26 noviembre, De Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Galicia: Ley 4/2001, de 31 mayo, De Mediación Familiar de Galicia.
- Islas Baleares: Ley 14/2010, de 9 diciembre, De Mediación Familiar de Illes Balears.
- País Vasco: Ley 1/2008, de 8 febrero. De Mediación Familiar del País Vasco
- Principado de Asturias: Ley 3/2007, de 23 marzo, De Mediación Familiar del Principado de Asturias.

¹³ Ley 15/2009, de 22 julio, Mediación en el ámbito del Derecho Privado en Cataluña.

¹⁴ L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, in *Política y Sociedad*, 2013, núm. 1, pp. 75 -76.

enero de 2.012¹⁵, en la que se afirma que *«la mediación, como modalidad alternativa de solución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos, tanto más si son familiares, tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación»*.

La mediación en España es una realidad legal en importantes sectores de nuestro Derecho además del marco civil y mercantil, así, el laboral¹⁶, el penal¹⁷ o el contencioso-administrativo¹⁸ atribu-

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2012, de la que fue Ponente Xavier O' Callaghan. En la misma línea la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2.010, considera que *«En todo este conflicto se plantea una solución que difícilmente podrá contentar a ambas partes. En el proceso judicial, se estimará o no la demanda y se ejecutará lo resuelto. Otra cosa sería si hubiera habido acuerdo o se hubiera llegado a una mediación, como procedimiento alternativo de carácter extrajudicial como propone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 que, aunque se aplica a la mediación en litigios transfronterizos, nada impide – como dice en su considerando (8) – que los Estados miembros lo apliquen a la mediación de carácter nacional. Ya las sentencias de esta Sala 2 de julio de 2009 y 3 de julio de 2009 dijeron que podría una mediación llegar a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo a que se podría llegar siempre sería menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica, basada en los hechos que se han declarado probados»*.

¹⁶ La ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, posibilita en el marco de la jurisdicción Social el instrumento de la mediación, tanto para evitar el proceso, en el Libro I, Título V, «De la evitación del proceso», en su Capítulo I «De la Conciliación o mediación previas y de los laudos arbitrales», como dentro del proceso laboral, al otorgar un relevante protagonismo los mecanismos conciliatorios en cualquier momento del proceso.

¹⁷ El Código penal, tras las reformas de 2015 establece en su art. 84.1 *«que el juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación»*. Posteriormente la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, también regula la mediación penal, estableciendo los requisitos para acceder a la misma.

¹⁸ En ámbito contencioso-administrativo es posible la mediación intrajudicial amparada por el art. 77 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Ley 29/1998, de 13 de julio, y las mediaciones extraprocesales, arts. 74 y 75 de la

yen a la mediación un papel que va cobrando una progresiva relevancia. Pero, sin duda, es en el marco jurídico privado, donde este mecanismo de resolución de conflictos adquiere y, a mi juicio, está llamado a adquirir, un mayor protagonismo, al cual, sin duda, ha contribuido el impulso legislativo que ha provocado la LM.

En el conjunto de instituciones y figuras que integran el Derecho Civil, la mediación adquiere protagonismo como vehículo idóneo para la resolución de conflictos, no únicamente en el campo infrajudicial, de gran importancia, sino también, y de forma especial, en el extrajudicial. En este último campo no se precisa reforma legislativa alguna para que la mediación, al margen del proceso, resuelva por voluntad de las partes, muchos y diferentes conflictos de intereses que diariamente se suscitan y que, en tantas ocasiones colapsan los Tribunales de Justicia¹⁹. Seguidamente me detendré de forma sucinta en la relevancia del principio de la autonomía privada, columna vertebral de la mediación, y posteriormente, me referiré a la importancia de mediación civil dentro del proceso, para a continuación centrarme en las amplias posibilidades objetivas de la mediación civil en la actualidad, vehículo, sin duda, favorecedor de la paz y el bienestar social.

2. El principio de autonomía de la voluntad. – Entre las características delimitadoras de este recurso tan óptimo para la resolución de conflictos (a saber: la voluntariedad y rogación de las partes en conflicto, la flexibilidad, el antiformalismo, la inmediatez, la rapidez, el bajo coste en relación con la justicia ordinaria, el carácter personalísimo, la confidencialidad y el secreto profesional, la imparcialidad y neutralidad del mediador), la

referida norma. A su vez, hallamos dos normas que conectan con la mediación de ámbito estatal en materia de educación, la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y de la cultura de la paz y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Desde una perspectiva más genérica la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común, posibilita la terminación convencional de proceso.

¹⁹ Según el *Portal europeo de e-justicia-mediación* en España se viene experimentando en las últimas décadas un importante aumento de la litigiosidad (hasta 9 millones de asuntos nuevos por año) que incide en el normal funcionamiento de la Administración de Justicia.

voluntariedad adquiere un mayor protagonismo, dado que, por una parte se requiere en un estadio previo al procedimiento de mediación, y, por otra, la voluntariedad está presente durante todas las fases del mismo²⁰.

Los sujetos protagonistas del problema acuden libremente a este instrumento autocompositivo de resolución de conflictos, que tanto favorece la cooperación de las partes, bien en previsión de un futuro conflicto, pactando en su relación jurídica la cláusula de mediación, o bien, en el momento en el cual entre ellas acaece una situación conflictiva.

El legislador español finalmente optó, en el art. 6 de la LM²¹, por establecer el carácter voluntario de la mediación²². Por ello son las partes quienes libremente deciden, dentro del ámbito de su autonomía privada – principio general del Derecho consagrado en el art. 1255 del Código Civil –, acudir a la mediación para intentar solventar el conflicto intereses existente entre ellas.

Cuando en previsión de un futuro conflicto las partes de una relación jurídica, a través de las llamadas cláusulas de mediación, se comprometen a someter a mediación las eventuales controversias que puedan surgir en el marco de dicha relación jurídica, ese “pacto sobre mediación”²³ que nace directamente de la voluntad de las partes, a lo único que las compromete es a intentar la mediación. Pues, la voluntariedad en la mediación

²⁰ L. GARCÍA VILLALUENGA, *op. cit.*, pp. 17-18.

²¹ El art. 6 de la LM bajo la rúbrica *Voluntariedad y libre disposición*, establece: «1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo».

²² Por el contrario, el Proyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de abril de 2011 contemplaba la mediación obligatoria como requisito para la procedibilidad de los juicios verbales por reclamaciones de cantidad de hasta 6.000 euros.

²³ M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS, J. TARABAL BOSCH, *La obligatoriedad de la mediación derivada de la voluntad de las partes: las cláusulas de mediación*, in *Dret Revista para el Análisis del Derecho*, octubre 2013, pp. 4-5.

es una nota que, a diferencia de otros mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje, está presente durante todo el procedimiento de mediación. El referido art. 6 de la LM, bajo la rúbrica *Voluntariedad y libre disposición*, dispone en su apartado 3 que «*Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*». La LM española otorga a la voluntariedad un papel esencial: está presente tanto en la fase previa del procedimiento como a lo largo del mismo, al poder decidir cualquiera de las partes o ambas apartarse del procedimiento en las diferentes fases del mismo.

3. *La mediación civil intrajudicial*. – Pero la mediación, claro exponente del principio de autonomía de la voluntad, tiene, obviamente sus límites de actuación, no todo conflicto es mediable, pues por imperativo legal nos hallamos, desde el punto de vista del objeto de la mediación, en el ámbito, ciertamente amplio, de los conflictos que versen sobre materias de libre disposición para las partes. En palabras de la Exposición de Motivos de la LM la mediación resulta procedente en la medida en que el conflicto jurídico afecte a «*derechos subjetivos de carácter disponible*»²⁴.

Por ello en atención a lo establecido en los art. 2.1 de la LM²⁵, y el art. 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁶, deberá

²⁴ La Exposición de Motivos de la LM precisa que la mediación es «*un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. Como institución ordenada a la paz jurídica, contribuye a concebir a los tribunales de justicia en este sector del ordenamiento jurídico como un último remedio, en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, y puede ser un hábil coadyuvante para la reducción de la carga de trabajo de aquéllos, reduciendo su intervención a aquellos casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia*».

²⁵ El art. 2.1 de la LM establece que: «*Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable*».

²⁶ En adelante LEC, cuyo art 19 dispone bajo la «*rúbrica Derecho de disposición de los litigantes. Transacción y suspensión. 1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del jui-*

considerarse conflicto susceptible de solventarse en mediación todo aquél que concierna al exclusivo interés de las partes, de modo que aquellas cuestiones que trasciendan el límite de los intereses particulares, al afectar al interés público o a terceros ajenos al conflicto, tendrán carácter de indisponible, piénsese, por ejemplo, en cuestiones relativas al estado civil de la persona, alimentos futuros, menores, entre otras²⁷.

La LM con la finalidad de posibilitar la mediación dentro del proceso civil, modificó la LEC; por un lado, facultando a las partes para disponer del objeto del juicio, al poder solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, y, por otro, viabilizando que el Juez invite e informe a las partes sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo a través de la mediación²⁸. A su vez, también se reforma la LEC al prever la acción declinatoria como remedio frente al incumplimiento de las cláusulas de mediación o pactos de sometimiento a mediación, o frente a la presentación de una demanda estando en curso el procedimiento de mediación²⁹.

Debe constatarse que otros artículos de la LEC, aunque no modificados por LM, fueron con anterioridad reformados a través de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2005, de 8 de

cio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. 2. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin. 3. Los actos a que se refieren los apartados anteriores podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia. 4. Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días».

²⁷ E. M. ATARÉS GARCÍA, *Mediación Intrajudicial Civil*, p. 8.

²⁸ R. ALASTRUEY GRACIA, *op. cit.*, pp. 15-16.

²⁹ Se modifican los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, Disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

julio – por la que se modifican el Código Civil y la LEC en materia de separación y divorcio –, evidenciando esta reforma la opción del legislador por este vehículo autocompositivo de resolución de conflictos. Así, el art. 770.5ª de la LEC³⁰, al regular el procedimiento de separación y divorcio permite que, en cualquier momento del proceso, las partes puedan acudir a la mediación tanto en los supuestos de separación o divorcio contencioso como de mutuo acuerdo³¹; y el art. 771.2 LEC, relativo a las medidas provisionales, que establece el deber del Juez de intentar que las partes lleguen a un acuerdo.

El art. 16.3 de la LM establece que *«Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal. A su vez, el art. 19.4 de la LEC, dispone que ...las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días»*.

Pero no debe perderse de vista que en el ámbito de la mediación intrajudicial, el proceso de mediación debe llevarse a efecto de forma que no vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamada por el art. 24 de la CE. Así, se debe estar atento a que la derivación a la mediación dentro del procedimiento, no sea un recurso para dilaciones innecesarias del proceso judicial, es decir, debe procurarse que las partes no utilicen la mediación como medida dilatadora del litigio³². Esta mala práctica del recurso a la mediación aparece como un inconveniente que enturbia sus bondades y suele argüirse en foros remisos a este método de resolución de conflictos.

³⁰ El art. 770. 5ª de la LEC dispone que: *«En cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo»*.

³¹ El art. 770.7ª dispone que: *«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación»*.

³² A. TORRES GÁMEZ, *Mediación intrajudicial civil. Reflejo jurisprudencial*, in *Revista Aranzadi Doctrina*, 2015, n. 3, pp. 243 ss.

4. *Las amplias posibilidades objetivas de la mediación civil: vehículo idóneo para la paz social.* – Dentro del marco de la autonomía de la voluntad la mediación en el ámbito civil ofrece muchísimas posibilidades de contribuir a la paz social y dentro de ella, a la paz familiar de tantísima importancia socio-jurídica. La mediación implica el protagonismo de los sujetos en la resolución del conflicto, al ser ellos quienes adquieren la capacidad de solventarlo. Piénsese que cuando se trate de una mediación familiar se busca atender los intereses de toda la familia y, en particular, los de los menores, promoviendo un espíritu de corresponsabilidad, dado que al protagonizar los sujetos del conflicto la salida a esa realidad, con gran probabilidad, será considerada por ellos como justa. Desde diferentes ópticas clasificadoras pueden aglutinarse las posibilidades objetivas de resolución de conflictos que la mediación civil ofrece. Sin intención de exhaustividad seguidamente apunto las que considero más relevantes:

a) Papel muy válido y especialmente notable está llamado a cumplir este instrumento en los conflictos que se generan en las situaciones de crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Pensemos, dentro de la mediación intrajudicial, en el papel que puede desarrollar en el marco del convenio regulador, en aspectos como: custodia, atribución de vivienda, pensión de alimentos, y pensión compensatoria, entre otros. También dentro del ámbito familiar puede mediar en conflictos que se susciten en particiones hereditarias, testamentos, alimentos entre parientes, gestión de empresas familiares u organismos tutelares. Creo interesante destacar dentro del entorno familiar la función que está llamada a cumplir la mediación en el ámbito de la sustracción internacional de menores³³.

³³ El art. 2.1 de la LM establece: «1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. 2. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español». Entre los instrumentos internacionales de carácter específico debe reseñarse: el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (CLH), el

- b) La mediación presenta un peculiar perfil a la hora de solventar los problemas suscitados en el ámbito de las relaciones jurídicas que se prolongan en el tiempo. En estas relaciones duraderas la solución que decidan los protagonistas del conflicto, muy probablemente evitará futuros problemas entre ellos. Piénsese, entre otras, en las materias de: propiedad horizontal, relaciones de vecindad, medianería, servidumbres, cotitularidad o división de bienes comunes.
- c) En otro tipo de conflictos recurrir para su resolución a la mediación despeja la incertidumbre relativa al resultado económico del pleito, así, entre otras materias, en la responsabilidad civil extracontractual, en la responsabilidad civil médica y responsabilidad civil profesional en general, en el sector asegurador y en las reclamaciones por incumplimiento o cumplimiento defectuoso e un contrato.
- d) La mediación en el ámbito del consumo. Desde la entrada en vigor de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, en España se puede mediar en materia de consumo, pues la Disposición Final Séptima de dicha ley suprime el párrafo d) del apdo. 2 del art. 2 de la LM que excluía la mediación en materia de consumo. Era incom-

Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (BOE 2 de diciembre de 2010. En vigor el 1 de enero de 2011), el Convenio Europeo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia (Convenio de Luxemburgo), el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que contiene disposiciones que completan el Convenio de La Haya de 1980, en particular su artículo 114, que se conoce en la práctica como Reglamento "Bruselas II-bis", y el Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Mediación, secuestro internacional de menores y ODR*, pp. 161 ss., e E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Estudios sobre justicia online*, (Dir), Granada, 2012.

previsible que estuviera excluida la materia de consumo y constituía una de las peticiones que han reclamado desde hace tiempo los operadores de la mediación³⁴.

- e) Finalmente entiendo que la propiedad intelectual presenta un interesante campo para la mediación, estando llamadas las entidades de gestión – en atención a su protagonismo en la gestión de los intereses de los autores y de los otros titulares de la propiedad intelectual –, a ofrecer la mediación como vehículo especialmente útil para resolver los conflictos que se suscitan a diario en el marco de la utilización de las creaciones literarias, artísticas y científicas³⁵.

5. *Realidad de la mediación civil en España.* – La mediación no ha calado aún en la sociedad española, cuando el ciudadano tiene un problema que no puede solucionar por sí mismo, normalmente, no suele pensar en la mediación como instrumento solventador del conflicto, por el contrario, se plantea la solución jurisdiccional del mismo³⁶. Por ello, la mediación sigue siendo una asignatura pendiente de la justicia española, los poderes públicos tienen la responsabilidad de informar a la sociedad de que la vía judicial deberá ser, en gran cantidad de conflictos, el último recurso al que se acuda cuando el acuerdo no sea posible³⁷. Cier-

³⁴ J.C. FUENTES GÓMEZ, *La mediación en materia de consumo*, Diario a Ley n. 9104, 2017.

³⁵ El centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, www.wipo.int/portal/es, ofrece una descripción detallada de su experiencia con ejemplos en materia de arbitraje y mediación.

³⁶ U. RONDÓN PEREIRA, M.P. GARCÍA-LONGORIA, *El estado de la mediación en España*, (coord. por U. Rondón Pereira), abril 2018, www.fapromed.es, p. 4, afirma que «*La mediación no se ha consolidado dentro de las más importantes reformas del Estado y ni siquiera dentro del sistema de administración de justicia moviéndose aún en una especie de marginalidad y solución de segunda calidad y con resultados limitados dado su desconocimiento y limitaciones de acceso, lo que sigue convirtiéndola en un tema de futuro, en una promesa*».

³⁷ L.A. GONZÁLEZ MARTÍN, *La mediación como obligación legal en el espacio de la Unión europea*, *Revista de Mediación*, primer semestre 2012, Año 5, n. 9, pp. 7-9.

tamente hay muchos mediadores³⁸ y poca mediación, se precisa que la demande el ciudadano y para ello necesita conocerla.

Debe reconocerse que son muchas instituciones y organizaciones desde las que se trabaja en pro de la mediación; así, se han llevado a cabo considerables iniciativas desde las Comunidades Autónomas que, con regulación específica anterior a la ley estatal, han impulsado la mediación. Debe tenerse presente los admirables esfuerzos de colectivos y asociaciones de Mediadores, Universidades, Colegios de Abogados o Jueces, estos últimos han accedido a implantar proyectos de mediación en algunos juzgados.

El Consejo General del Poder Judicial³⁹, órgano de Gobierno de los Jueces en España, ha manifestado⁴⁰ que desde el ámbito de servicio público, no pueden quedarse impasibles ante lo que demanda la ciudadanía: la solución de sus problemas, más allá de la respuesta encorsetada de leyes que a menudo no comprenden y que ni les consuelan, ni alivian su dolor, ni su preocupación. Y, por ello, apoya de forma decisiva la mediación, si bien su esfuerzo se dirige sobre todo a la mediación intrajudicial, al ser su ámbito propio de actuación, en la convicción de que, como en otros países de nuestro entorno, la mediación intrajudicial sirva de motor de arrastre de esa otra forma de justicia, es decir, de la mediación tanto intrajudicial como extrajudicial.

Ciertamente el número anual de mediaciones intrajudiciales tramitadas aumenta, pero no acaba de crecer significativamente. Según los datos ofrecidos por el CGPJ en relación con el resultado de las mediaciones civiles efectuadas en 2015, sólo 111 juzgados civiles en España derivaron en 2015 asuntos a mediación. El total de las derivaciones efectuadas por esos 111 juzgados fue de 567. De esas 567 derivaciones sólo se efectuaron 104 mediaciones, de las cuales el 46,15% concluyó con acuerdo⁴¹. Si com-

³⁸ U. RONDÓN PEREIRA, M.P. GARCÍA-LONGORIA, *op. cit.*, p. 4 afirman que tras la aprobación de la LM de 2012 en menos de un año se especializaron más de 14.000 profesionales de la mediación.

³⁹ En adelante CGPJ.

⁴⁰ www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Presentación/.

⁴¹ www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediación/Datos-mediacion-intrajudicial/.

paramos estos datos con los ofrecidos por el CGPJ en el año 2014, vemos que ha aumentado significativamente el número de juzgados que han derivado a mediación en materia civil: se ha pasado de 78 a 111 y que el número de derivaciones se ha incrementado ligeramente, de 540 a 561. De estos datos cabe destacar la diferencia existente entre las derivaciones y los asuntos que, efectivamente, llegan a la primera sesión informativa: el 72% de los conflictos derivados a mediación no llegan a la primera sesión informativa. Este dato plantea la duda de si alguna de las partes acepta la derivación a la mediación como medida dilatoria del proceso judicial. Pero también debe resaltarse que el número de acuerdos de mediación logrados en 2015 alcanza el 46,15% frente al 31,09% del año 2014. Es de interés resaltar que esos datos ofrecidos por el CGPJ están extraídos de la mediación intrajudicial, y, normalmente, se acude a la vía jurisdiccional cuando las partes ya han decidido abandonar la vía del diálogo.

6. *Alguna propuesta para incentivar la mediación civil.* – Desde el convencimiento de la necesidad de fomentar la aún escasa cultura de mediación en España⁴², seguidamente apunto dos líneas de actuación para incentivarla:

a) En primer lugar, debe desarrollarse una intensa labor de divulgación pública de las ventajas de la mediación, para conseguir que la sociedad la interiorice como vehículo óptimo para la resolución de conflictos⁴³. Es necesario que la sociedad sea permeable a la mediación. Corresponde al gobierno

⁴² Disposición Adicional segunda de la LM bajo la rúbrica *Impulso a la mediación*, establece que: «1. Las Administraciones públicas competentes para la provisión de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia proveerán la puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales y del público de información sobre la mediación como alternativa al proceso judicial. 2. Las Administraciones públicas competentes procurarán incluir la mediación dentro del asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso, previstos en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero (RCL 1996, 89), de Asistencia Jurídica Gratuita, en la medida que permita reducir tanto la litigiosidad como sus costes».

⁴³ A. TORRES GÁMEZ, *op. cit.*, p. 17.

llevar a cabo eficaces campañas de divulgación que presenten la mediación como institución ordenada a la paz jurídica y social.

- b) En segundo lugar, debe incentivarse la colaboración de los operadores jurídicos, especialmente de los abogados. La práctica nos enseña que cuando una persona tiene un conflicto que no consigue solucionar por si misma, busca la intervención de un abogado, por ello, en la mediación el abogado juega un papel determinante. Pero, muchos letrados siguen recelando de la mediación⁴⁴, posiblemente por el desconocimiento de su importante papel en todas las fases del proceso de mediación como asesores de las partes. Así, su función es fundamental a la hora de asesorar e informar a su cliente sobre el mecanismo de la mediación, ofreciéndola como una alternativa más y previa a la vía judicial, que le puede permitir resolver el problema en un periodo de tiempo menor. A su vez, el papel del abogado es importante al aportar seguridad al proceso, ya que la persona continúa con su asesor, y en muchas ocasiones la intervención de los letrados provoca que las partes perciban un mayor nivel de protección. Puede afirmarse que los abogados encuentran en la mediación un extraordinario recurso para la resolución de las controversias contribuyendo a la consecución de la paz jurídica y social.

⁴⁴ B. RABASA SANCHIS, *El papel del abogado en la mediación*, www.fiscal.es, pp. 3-8; P. ORTOÑO, *El papel del abogado en la mediación*, *Abogados* 57, pp. 30-33.

MIRIAM ZULLI

LA PRESENZA DELLA PARTE E IL RUOLO DELL'AVVOCATO NELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

L'argomento che tratto in questa sede riguarda l'obbligatorietà della presenza della parte e il ruolo dell'avvocato nelle ipotesi di mediazione obbligatoria, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, previste dall'art. 5, comma 1-*bis* e comma 2, del d.lgs. 28/2010. Sotto il profilo del ruolo dell'avvocato in sede di mediazione, il mio intervento si focalizza principalmente sulle sue funzioni di assistenza e di rappresentanza.

Il problema si pone perché, nelle ipotesi di mediazione a cui partecipa l'avvocato in rappresentanza della parte, i giudici di merito si dividono. Infatti, al verificarsi di tale ipotesi, mentre una parte della giurisprudenza di merito non ritiene avverata la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, l'altra parte dà atto dell'avveramento della condizione¹.

Il primo filone giurisprudenziale, per la verità maggioritario, ha preso le mosse dalle ordinanze del Tribunale di Firenze del 2014² e si è sviluppato nel corso degli anni. Esso si basa sul presente assunto: la mediazione non ha ragion d'essere senza la presenza della parte. In sede di mediazione, infatti, il mediatore è chiamato ad indagare le emozioni delle parti, i loro interessi, al fine di creare con loro un rapporto empatico e portarle a recuperare un dialogo interrotto. Tale concezione della mediazione permette di affermare che le parti hanno raggiunto una nuova centralità nella gestione del conflitto all'interno di tale procedimento ed è in linea con le indicazioni del legislatore euro-

¹ Sentenza del Tribunale di Verona, 28 settembre 2016; Ordinanza del Tribunale di Verona, 11 maggio 2017.

² Ordinanza del Tribunale di Firenze, 17 marzo 2014; Ordinanza del Tribunale di Firenze, 19 marzo 2014.

peo³. A questo proposito, occorre rilevare che a livello europeo la norma fondamentale in materia di mediazione è la direttiva n. 52/2008, che, al considerando 13, mette in evidenza il fatto che una conciliazione raggiunta in sede di mediazione è più solida di un accordo raggiunto in altra sede. Inoltre, l'art. 3 della medesima direttiva definisce la mediazione come un procedimento sulla base del quale le parti trovano personalmente un accordo, su base volontaria.

In quest'ottica è chiaro che in sede di mediazione l'avvocato svolge un ruolo di assistenza, ma non anche di rappresentanza. A ben vedere, infatti, in mediazione il legale fornisce consigli alla parte e la indirizza su decisioni non contrastanti con gli interessi di quest'ultima. Durante lo svolgimento della mediazione l'assistito può chiedere di conferire da solo con il proprio legale per ottenere alcuni chiarimenti e suggerimenti. In altre parole, in mediazione l'avvocato sembra avere un ruolo nuovo e più completo, perché è tenuto ad ascoltare in modo attivo la parte e a comprendere, anche attraverso l'esame del linguaggio corporeo, la sfera emotiva del proprio assistito, nonché gli interessi che si celano dietro al conflitto⁴.

I sostenitori della tesi sopra descritta basano il loro convincimento non soltanto sull'art. 5 del d.lgs. 28/2010, che sembra prevedere – non senza ambiguità – l'obbligatorietà della presenza della parte con l'assistenza dell'avvocato in mediazione, ma anche sull'art. 8 del medesimo decreto. Questa norma, infatti, sancisce l'obbligo per il mediatore di illustrare al primo incontro lo scopo e i modi di svolgimento della mediazione. Ebbene, qualora il primo incontro debba intendersi riservato soltanto ai legali delle parti, tale obbligo non avrebbe ragion d'essere, perché gli avvocati sono anch'essi gravati dall'onere di informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi dello strumento della mediazione all'atto di conferimento dell'incarico a norma dell'art. 4 del decreto in esame; inoltre, essi sono definiti quali "mediatori di diritto" all'art. 16 del medesimo decreto⁵. Pertanto risulta evi-

³ Sentenza del Tribunale di Ferrara, 28 luglio 2016; Sentenza del Tribunale di Reggio Emilia, 26 giugno 2017.

⁴ Ordinanza del Tribunale di Vasto, 9 aprile 2018.

⁵ Cfr. Ordinanza del Tribunale di Firenze del 19 marzo 2014.

dente che l'informativa del mediatore non sia destinata agli avvocati, bensì alle parti.

La tesi contraria alla obbligatorietà della presenza della parte in mediazione, si basa sugli assunti che qui di seguito sono descritti.

In primo luogo, ad avviso dei sostenitori di questo secondo filone giurisprudenziale, il d.lgs. 28/2010 non prevede alcun divieto esplicito per la parte di conferire ad un altro soggetto la delega a partecipare alla mediazione in sua vece. Inoltre, il decreto in materia di mediazione non prevede alcun divieto per la parte di farsi rappresentare dal proprio avvocato in sede di mediazione. Pertanto, secondo i sostenitori di tale tesi, se la parte è rappresentata dal proprio avvocato in mediazione, la condizione di procedibilità della domanda giudiziale può considerarsi avverata.

Tale filone giurisprudenziale si focalizza anche sullo sbilanciamento sanzionatorio che colpisce la parte che ha interesse alla prosecuzione del giudizio, in caso di presenza del solo avvocato in mediazione. La declaratoria di improcedibilità è una misura di grande impatto e, soprattutto, è sbilanciata rispetto a quella prevista per la mancata partecipazione all'incontro di mediazione sia della parte sia del proprio legale. Invero, come previsto dall'art. 8, comma 4-*bis*, del d.lgs. 28/2010, in tale seconda ipotesi è prevista la sanzione meno grave del pagamento del contributo unificato e della possibilità per il giudice di trarre elementi di prova dal comportamento della parte ex art. 116 c.p.c., sebbene l'ipotesi in esame integri una condotta più grave della mancata partecipazione personale della parte⁶.

In attesa che il legislatore risolva il conflitto giurisprudenziale, che è certamente frutto delle ambiguità contenute nel d.lgs. 28/2010, una possibile soluzione alla questione potrebbe essere tratta dalla sentenza del Tribunale di Vasto del 9 marzo 2015⁷. Nell'indagare il ruolo del mediatore, il giudice di merito ha ravvisato un onere del mediatore stesso, in qualità di garante della regolarità della procedura, di fare quanto necessario al fine di garantire la presenza personale delle parti. Tale impegno po-

⁶ Cfr. Sentenza del Tribunale di Verona del 28 settembre 2016.

⁷ Sentenza del Tribunale di Vasto del 9 marzo 2015.

trebbe anche consistere nel disporre un rinvio del primo incontro e, nel contempo, sollecitare il difensore a far comparire personalmente la parte. Tuttavia, se la parte assente è quella che ha interesse a coltivare il giudizio, essa è tenuta a comparire personalmente sin dal primo incontro e ad avere un ruolo attivo nel procedimento. Segnatamente il suo ruolo può consistere nel chiedere al mediatore di attivarsi al fine di insistere nell'ottenere la presenza personale della controparte, nonché nel dare atto nel verbale di mediazione dell'impossibilità di proseguire nel procedimento a causa dell'assenza ingiustificata della controparte, nonostante i numerosi tentativi di coinvolgimento, in modo da far sì che la condizione di procedibilità si consideri comunque avverata.

L'applicazione della soluzione sopra descritta porterebbe ad una gestione bilanciata del meccanismo sanzionatorio dell'improcedibilità della domanda giudiziale, perché, mediante l'adozione delle cautele sopra delineate, la declaratoria di improcedibilità non andrebbe a vantaggio della parte che non ha interesse alla prosecuzione del giudizio.

MARÍA CRISTINA DI PIETRO
PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO¹

LA MEDIACIÓN EN ARGENTINA. CALIDAD Y EFICACIA EN LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LOS DERECHOS: ¿QUÉ OPCIONES COMPARTIDAS PARA MEJORAR LA JUSTICIA?

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Acerca del paradigma. - 3. Acerca de la justicia y la equidad. - 4. Acerca de las formas de hacer justicia. - 5. Los sistemas de mediación en la República Argentina para el abordaje de conflictos jurídico-judiciales. La administración de los conflictos por parte del Estado. - 6. El impacto de los acuerdos provenientes de mediaciones en los ámbitos extrajudicial y judicial. - 7. El papel del abogado en las audiencias de mediación. ¿Acuerdos con finalidad de cumplimiento? - 8. Para concluir...

1. *Introducción.* – Tratar la protección de los derechos en el ámbito judicial o extrajudicial remite a profundas reflexiones acerca del paradigma en que nos posicionaremos, de la concepción de justicia y equidad, del reconocimiento de la evolución de las formas jurídicas. Implica replantear el enfoque de abordaje y conducción de los procesos de solución de conflictos – esto es pacificar – comenzando a descentralizar el reparto de poder para conseguir el objetivo: el Estado devuelve poder a los involucrados en un conflicto hasta que lo solucionen o admitan el fracaso para hacerlo.

2. *Acerca del paradigma.* – Ante los cambios en el devenir incierto y la constante evolución social, el esfuerzo del sistema

¹ Dra. María Cristina Di Pietro. Doctora en Derecho y Cs. Sociales. Prof. Teorías del Conflicto y de la Decisión. Fac. Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Univ. Católica de Córdoba. Mediadora Judicial. Directora de la Asociación Mediario. Argentina. E-mail: mediario@hotmail.com. www.mediacionmediario.com.

Ab. Paula Guillamondegui Tribaudino, Abogada, Adscripta de la Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial y de Teorías del Conflicto y de la decisión. Fac. Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. E-mail: paulaguillamondegui@gmail.com.

jurídico-judicial debe ir acompañado del esfuerzo del ciudadano requirente del servicio; por ser él, el involucrado en el conflicto judicializado. Por ende, participar en el esfuerzo de solucionarlo es parte de su propia carga ciudadana, de la que no le corresponde desligarse transfiriendo el problema y su solución a la sociedad en su conjunto. Que, si bien como conjunto delegó otrora esa función en el Poder Judicial, no implica ello haber resignado *in limine* la obligación individual de hallar las soluciones desde aquellos mismos que generaron el costo del conflicto – en lugar de cargárselo al conjunto –.

Estimamos que el cambio emerge en claroscuros. Por lo que, en el ámbito judicial, no siempre resulta de los pleitos la pérdida o la ganancia absoluta. Los tribunales argentinos vienen adaptando su quehacer a nuevos modelos de acceso a la justicia y con ello se mitigó en las tres décadas anteriores, la intervención judicial sin matices². Es decir, el final del siglo XX ya nos encontró instalados en una justicia diferente.

En los procesos del Derecho Civil, Comercial y de Familia, se advierte con mayor énfasis este cambio paradigmático. Estas variables, junto al impulso doctrinario en el reclamo, dan cuenta de una visión diferente acerca del ejercicio de las facultades judiciales, de la idea moral en el proceso civil, las que se extienden a la incorporación legislativa y aceptación social, de métodos en los que el ciudadano puede y debe participar en la concreción de la justicia que reclama.

Luego de varios años de investigaciones en el campo sociojurídico con foco en soluciones autocompositivas³, nos enrolamos en lo que denominamos paradigma emergente, que conduce a verdades abiertas⁴ abandonando al positivismo monista para entender al mundo, siempre, en permanente construcción.

² A.M. MORELLO, *Un nuevo modelo de justicia*, LL. T. 1986 -C- Secc. Doctrina, Buenos Aires, Argentina.

³ M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, 1ª y 2da Edición, Editorial Alveroni, Córdoba, Ediciones 2011, 2017; *La realidad de la mediación judicial en Córdoba*, en *Revista de la Facultad*, Universidad Nacional de Córdoba, LL. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. II, N° 1, Nueva serie II.

⁴ El paradigma emergente se nutre entre otros, del pensamiento similar al de sociedad abierta de Carl Popper; es sistémico. Mira al conflicto desde la evo-

Promueve así la interdisciplina, como cruce de disciplinas para sumar. No es una mezcla de tendencias, sino una síntesis capaz de mejorar las generalizaciones al incluirles los hechos que necesitan cambios.

Se funda en la teoría general de los sistemas⁵ retomando a Pascal en su postulado: *el todo es más que la suma de las partes*. Trabaja entonces con conjunciones “y” en lugar que con disyunciones “o”; sintetizando sumatorias en lugar de exclusiones.

Es por lo tanto historicista, no abandona ni desconoce el pasado, sus métodos y antecedentes. Focaliza en el hombre; en el grupo y en la sociedad. Prioriza la comunicación⁶: el lenguaje y las redes sociales.

Este paradigma incorpora una nueva visión del abogado al que transmite a la par de mayor proactividad, una visión totalizadora en la solución de casos, por cuanto no es ya operativo para la sociedad, la mera terminación de un conflicto sino que se requiere que en ella también impacte esa solución y al menor costo posible.

3. *Acerca de la Justicia y la Equidad*. – A efectos del evento que nos ocupa – calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: opciones compartidas para mejorar la justicia – no menos importante resultan los conceptos de justicia⁷ y de equidad a los que adherir, como desde qué perspectiva se refiere el sujeto a lo justo o injusto.

lución y consecuencia positiva -Coser-. Véase en F. MARTÍNEZ PAZ, *La política educacional en una sociedad democrática*, Ediciones Mateo García, 1989, 1a. reimp. 1996; R.O. PAEZ, *Seminario Fundamentos de la Interdisciplinariedad en las Ciencias Humanas, Sociales y Jurídicas*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales -CIJS- Facultad de Derecho y Cs. Sociales. UNC. Córdoba, Argentina, 2010.

⁵ L. VON BERTALANFFI, *Teoría General de los Sistemas*. Traducción de Juan Almela, Ed. Fondo de cultura económica, Séptima reimpresión, México, 1989.

⁶ P. WASTZLAWICK, *¿Es Real la Realidad?*, Ed. Herde, Barcelona, 1994, pp. 181 ss.

⁷ M. VELASCO, *Qué es la justicia? Argumentos filosóficos sobre lo justo y lo injusto. Discusión sobre los cupos de raza y género*, Colección Ciencia Joven, n° 39, ed. Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1° ed. 2011.

Algunas reflexiones, por lo tanto, nos parecen adecuadas para dar marco al tema.

Lo justo o injusto puede referirse a las acciones (decisiones) de las personas o a las normas. En un primer estadio, se toman las normas como dadas y la justicia está sujeta a que las acciones se ajusten o no a esas normas. En el segundo, se plantea la justicia de las propias normas⁸.

Así, desde el primer enfoque una persona es justa cuando sus acciones lo sean. Ante ello complementa Aristóteles: “justicia es igualdad”. *Ser justos es tratar igualmente a los iguales*.

Desde el segundo estadio, para Bobbio – entre otros –, ser justo es aplicar la norma o ley adecuada.

En suma, la acción será justa cuando se trate de igual forma a todos los destinatarios de la norma y cuando se aplique la norma correcta a la situación.

Como el tema que nos ocupa se refiere a los métodos de solución de conflictos, tomaremos como perspectiva la del sujeto que opera como tercero, especialmente al tercero coadyuvante. Por tanto, los conceptos de justicia y de equidad serán vistos con la perspectiva de la imparcialidad y de la neutralidad, entendiendo por tal al punto de vista impersonal desde el que se analiza o se juzga sobre lo que es justo o injusto⁹. Es decir, desde una perspectiva que va más allá de lo personal; conteniendo a lo justo o equitativo desde un punto en el que todos estén de acuerdo.

Porque, puede que una persona sea justa al dirimir un litigio, al emitir un juicio, pero puede verse injusta al descartar otros aspectos de importancia para los sujetos interesados. Es por ello mismo que hay distintas concepciones de justicia, que muchas veces pugnan en direcciones opuestas. Aquí uno de los puntos nodales que nos convoca como mediadores: Negociar lo justo, injusto y/o equitativo, inequitativo para los involucrados en un diferendo.

Tomaremos aquí cuatro miradas doctrinarias acerca de qué considerar como justo.

⁸ M. VELASCO, *¿Qué es la justicia? Argumentos filosóficos sobre lo justo y lo injusto. Discusión sobre los cupos de raza y género*, cit., p. 24.

⁹ M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, cit.

Dar: - A cada uno lo mismo. - A cada uno según el trabajo realizado. - A cada uno según su mérito. - A cada uno según sus necesidades.

Todas tienen en común la expresión “a cada uno”, porque cada vez que se habla de justicia, hay un grupo de personas involucradas¹⁰. Por ello resumimos en la elaboración de Perelman (1964) al formal del concepto de justicia según el cual los “*seres que forman parte de la misma categoría deben ser tratados de la misma manera*”. Esta es la idea común de todas las concepciones de justicia que se expusieron.

Si se logra un acuerdo respecto a la definición de las fórmulas¹¹, es probable que la decisión final, sea tomada como justa por la sociedad. Esto es porque cuando las personas no están de acuerdo con lo que es justo, puede que esa discordancia no se produzca respecto al concepto de justicia, sino a las concepciones de justicia¹².

La equidad es considerada a su vez una suerte de “muleta” de la justicia, que acude en su auxilio cuando dos concepciones de la justicia chocan entre sí. Para Aristóteles, la equidad también era un complemento de la justicia.

La equidad tiende entonces a reducir la desigualdad: “*Con la equidad ocurre una adaptación de las normas a un caso específico que no estaba previsto en aquellas. Permite corregir una desigualdad que resultaría de la aplicación rígida de una norma general sin tener en cuenta otras normas posiblemente aplicables*”¹³.

4. *Acerca de las formas de hacer justicia.* – Desde un paradigma abierto, compartiendo una concepción de justicia y de equidad, la formalización de la justicia puede avizorarse tanto a partir del estado-poder legislativo (leyes) y poder judicial – sentencias – como partiendo de la comunidad (convenciones, acuerdos).

¹⁰ M. VELASCO, *ob. cit.*, p. 28.

¹¹ Cada fórmula (lo que los agrupa) es una concepción diferente de la justicia.

¹² Esta diferenciación también fue realizada por JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised Edition, Cambridge, Mas: Harvard University, 1999.

¹³ M. VELASCO, *ob. cit.*

En este último caso operan los métodos de avenimiento, sobre todo negociación y mediación. Y en la mediación opera ese tercero neutral con visión de equidad para lograr la *“adaptación de las normas a un caso específico que no estaba previsto en aquellas, permitiendo corregir desigualdades que resultaría de la aplicación rígida de una norma general sin tener en cuenta otras normas posiblemente aplicables”*.

Interviene el mediador en situaciones de conductas permitidas vs. conductas no permitidas. Donde los contendientes no han transgredido norma alguna; tienen derechos o creen tenerlos de buena fe.

Lo hace a través de formas procesales: el proceso de mediación cuyo objetivo es la terminación del conflicto, formalizando esa culminación en un acuerdo con forma estructural de ley para las partes. Si esa autocomposición no se lograra, será el juez quien, a través de otra forma procesal, el juicio, finalice el diferendo imponiendo la solución con forma de sentencia.

Al realizar esta comparación, destacamos el común denominador que muestre y aporte confianza al justiciable, traducéndose en seguridad que además pueda considerarse seguridad jurídica, si la forma de consumarse la solución es eficaz, válida y legítima desde el parámetro legal. Ello así, sea la mediación extrajudicial o judicial; porque entendemos que esa seguridad jurídica, esa confianza del justiciable o de quien busca o requiere una solución a sus conflictos, será la que revierta la hiperjudicialización a la que hoy asistimos.

El giro copernicano se logrará así a través del cambio de mentalidades de juristas y justiciables que se atrevan a resignar la mentalidad suma cero¹⁴; de la legitimación de los terceros neutrales, la idoneidad, formación y solvencia del mediador y, el control de legalidad para custodia de los derechos de las contrapartes, debidos procesos, técnica e idóneamente desarrollados, con intervención o monitoreo de abogados de los involucrados expertos en negociación.

¹⁴ Siempre ganaré aunque no tenga fundamentos. Y si pierdo que lo diga otro: el juez, que seguramente, se habrá equivocado. El Derecho es como yo lo entiendo en cada caso, nunca como la contraparte lo invoca.

5. *Los sistemas de mediación en la República Argentina para el abordaje de conflictos jurídico-judiciales. La administración de los conflictos por parte del Estado.*

a) Los posibles caminos de solución de los conflictos tienen dos vías de canalización desde la mirada de la mediación¹⁵, una a través de la extrajudicial, que es aquella mediación realizada en ámbitos que están fuera del sistema judicial. En estas mediaciones los involucrados no tienen interés en una solución con basamento legal. Su realización puede ser tanto en instituciones públicas como privadas sin la necesidad o la intervención de un mediador abogado, por ejemplo, las realizadas en centros comunitarios, vecinales, en ámbitos escolares, etc.

Por otro lado, las mediaciones jurídicas son aquellas en las cuales las partes tienen una pretensión con fundamento o base en el derecho y por esto quieren una solución con parámetro jurídico, es decir que los involucrados provocan una solución con encuadre legal para sus pretensiones.

La mediación judicial es siempre jurídica.

La mediación extrajudicial para tener validez en el ámbito judicial, debe contener todos los requisitos de aquella – ej. abogados de parte y por lo menos un mediador abogado –. Si no los tuviera, será igualmente válida entre las partes sirviendo el acuerdo así surgido como medio de prueba, pero carecerá de ejecutabilidad.

b) Los sistemas de mediación para el abordaje de los conflictos jurídico-judiciales tomados como referentes de gestión en Argentina, responden a cuatro formas diferentes de implementar la mediación en el sector justicia: a.- sistema *conectado* con el tribunal (Ej. Leyes Nacional, Prov. de Córdoba); b.- Sistema *anexo* al tribunal (Ej. Ley Prov. Río Negro); c.- sistema *“relacionado con el tribunal”* (Su validez es reconocida en general por la legislación argentina); d.- sistemas mixtos.

¹⁵ Recordamos que la mediación es siempre voluntaria, ya sea mediación en ámbitos extrajudiciales como en ámbitos judiciales, sean éstos de instancia obligatoria y de instancia voluntaria. M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, 1ª y 2da Edición, Editorial Alveroni, Córdoba, Ediciones 2011, 2017.

- a.- Por mediación “*conectada con los tribunales*” se entiende el sistema en el que el Poder Judicial participa, pero no administra. Pero sí, responde en forma conjunta con el ente administrador en lo que respecta a la calidad del servicio ya que ésta es una nueva función de la administración de justicia.
- b.- Se define como mediación “*anexa al tribunal*”, al sistema que es administrado por el Poder Judicial y por lo tanto éste es el órgano responsable de la capacitación de los mediadores, la calidad de servicio de mediación, el monitoreo, y finalmente la evaluación del programa.
- c.- La mediación “*relacionada con el tribunal*”, se refiere a que la misma connota y denota a la mediación administrada por las partes y cuyos efectos, a pedido de partes, son reconocidos judicialmente. Es decir, no transita en contextos jurisdiccionales, pero lo resuelto por los involucrados en el tema es acogido por las autoridades públicas – administrativas y judiciales –.
- d.- Entendemos por sistema mixto a aquel que combina por ej. el modelo descrito en a) – conectado – con el señalado en c) – relacionado –, que es el de mayor adhesión en nuestro País, ya que permite la coexistencia de la mediación judicial – estilo evaluativo – con los procesos de avenimiento extrajurídicos-judiciales que se realizan en diversas instituciones sociales públicas y privadas, y que luego en su caso, pueden tomarse como antecedente por el juez.

Ello así, cuando hablamos de mediación previa, tenemos a su vez que diferenciar si nos referiremos a la prejudicial, ya que se considerará previo también, todo proceso de mediación ocurrido sin ingresar a tribunales y sin intención de hacerlo (sistema mixto: mediación conectada y mediación relacionada).

Esta diferencia no es menor: cuando se tenga por válida la mediación realizada antes de la presentación de la demanda – declaración en el formulario de admisibilidad – deberá consignarse, a esos efectos, si las partes fueron en su caso, asistidas por abogados y si intervino un mediador también abogado, habida cuenta las garantías que requiere la protección de los derechos de los justiciables; todo ello hará en tribunales a la eva-

luación jurídica de la exigencia de cumplimiento, no solo de lo acordado, sino de los requisitos formales previstos justamente en la ley¹⁶, por cuanto el acceso a la justicia se produce a partir de la instancia de mediación.

Una breve observación más en este punto: suelen usarse indistintamente los términos sistema, modelo, mediación, estilo, para referirse a los sistemas descriptos. Consideramos más adecuado el término sistema, por cuanto la mediación como proceso, vendrá a integrarlo. Y reservamos el vocablo modelo, para describir las tendencias doctrinarias y el uso de herramientas típicas de cada corriente. Así por ejemplo, Modelo Harvard: los 7 pasos de proceso de negociación hacia un acuerdo seguro. Narrativo basado en la historia narrada por las partes y la búsqueda de una historia alternativa – muy usado por sicoterapeutas –). Transformativo que conduce a que cada participante redescubra su potencial – empoderamiento – con el fin de transformar las conductas y relaciones – elegido por mediadores en el ámbito social, educativo, penal, carcelario. Estos *modelos* pueden responder a su vez a estilos, que referencian el perfil elegido por el mediador para realizar su trabajo; los más conocidos: evaluativo, que tiende a dirigir sostenida y enérgicamente el proceso de mediación sin perjuicio de las técnicas usadas – a éste modelo tiende el mediador jurídico y el judicial, máxime si es abogado –, Facilitativo, que permite el manejo del proceso a las partes y en el que el mediador interviene limitadamente – responde a éste el modelo transformativo –. Y, tengamos en cuenta que nada tiene que ver el *modelo* y *estilo* a que el mediador adhiera con el *sistema* que la ley establezca.

c) El reenvío a mediación.

Sin perjuicio de instalarse a la mediación como etapa previa consideramos beneficioso conservar el sistema intraprocesal, que Córdoba prohibió con la ley 8858 del año 2000 que, aunque no óptimo, es uno de los pocos que arroja resultados significativamente positivos.

Ello así, debiera preverse la posibilidad del nuevo envío a mediación de oficio o a pedido de parte cuando se hubiera tra-

¹⁶ Deberían evitarse las críticas y oposiciones bajo argumento de la vulneración de los derechos de las personas y la afectación de la debida defensa.

bado la Litis o en cualquier momento del litigio¹⁷, cuanto más si se realizó como previa una mediación extrajudicial.

d) Los conflictos y el sistema de mediación como marco de contención y de solución.

Como consecuencia de lo dicho, y a efectos del contenido de una ley de mediación, se deberían contemplar y que surjan claros, dos planos o tipos de conflictos:

Tipo 1.- Extrajurídicos. Todos aquellos que no sean planteados con perspectiva jurídica y judicial (sociales, educativos, religiosos, de vecindad y todo aquel en que las partes no reclamen la vía jurisdiccional aun pudiendo hacerlo), ya que se esgrimen intereses sin perjuicio de la subyacencia de derechos.

Tipo 2.- Jurídicos. Todos aquellos en cuyo planteo se invoquen derechos y perspectiva jurídica, en los que se advierta la intensión de reclamo jurisdiccional, sin perjuicio de la subyacencia de intereses.

Si tenemos en claro esta clasificación, el sistema al que adherirá la ley (o un proyecto regional) también surgirá claro, por cuanto si se opta por un sistema mixto – como el actual en Argentina, sin perjuicio que la mediación sea de instancia previa o intra proceso judicial –, quedarán fuera de la incumbencia de los tribunales y bajo la órbita de atención de otros poderes públicos – por ej. ministerios, municipios, organismos públicos – los conflictos del tipo 1, reservándose al Poder Judicial el segmento del tipo 2 en los que la Administración no puede tener incumbencia coactiva.

Con ello se pondrá de manifiesto si la ley aborda todos los conflictos – conforme lo dicho – o se direcciona la norma sólo con mirada jurídico-judicial. (Actualmente, hay una confusión quizá de hecho, acerca del tratamiento por igual de todos los tipos de conflicto, lo que desencadena la confusión de incumbencias profesionales así como de autoridades de aplicación).

Comprender esta cuestión, produce un efecto cascada respecto al planteo de otras, en las que, desde nuestro punto de vista, se debate vanamente.

¹⁷ La ley Nacional 26.589, sigue ese lineamiento.

6. *El impacto de los acuerdos provenientes de mediaciones en los ámbitos extrajudicial y judicial.* – Las mediaciones, tanto las celebradas en ámbitos extrajudiciales como judiciales, como se dijo, concluirán con acuerdos válidos entre los involucrados, sean éstos provenientes de ámbitos extrajudiciales como judiciales.

Una ley de mediación con un sistema mixto, como se dijo supra, generará una mirada de apertura hacia los distintos tipos de conflictos, no sólo enmarcados en los que las partes tienen la voluntad de volcarlos en el ámbito judicial.

Esos acuerdos válidos para las partes, pero sin posibilidad de ejecución por sí mismos podrán ser libremente homologados, tal como lo establecen las distintas leyes de mediación. El Estado confiere a los jueces a posibilidad para enmarcar dichos acuerdos en el sistema jurídico¹⁸. El procedimiento está regulado por las leyes de mediación para que en un eventual incumplimiento los involucrados puedan concurrir a los fines de su ejecución, pero sólo ingresándolos al sistema judicial, con las normas y reglas preestablecidas por el ordenamiento jurídico, en el cual el juez analizará su sujeción al mismo¹⁹.

7. *El papel del abogado en las audiencias de mediación. ¿Acuerdos con finalidad de cumplimiento?.* – En su tarea, el abogado al servicio de su cliente requiere desde nuestro punto de vista una visión amplia del conflicto y por ende de sus posibles formas de solución del mismo²⁰; lo expresado no significa que el

¹⁸ C. PILIA, *L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione*, en *Quaderni di Conciliazione*, n. 7, Edizioni AV, Cagliari, 2017, pp. 138/145.

¹⁹ Véase Arts. 43/45 de homologación de acuerdos provenientes de mediaciones extrajudiciales, Ley de Mediación de la Provincia de Córdoba 10.543, de reciente aprobación.

²⁰ M.C. DI PIETRO, *La Mediación Jurídica-Judicial (En los procesos de negociación y de mediación confluyen conflicto y comunicación)*, Ponencia XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL "El conflicto jurídico y sus soluciones en el Siglo XXI" Termas de Río Hondo-Santiago del Estero-Argentina 14, 15 y 16 de septiembre de 2017 Comisión 4. Conflicto y Comunicación Derecho Procesal Civil. Tema: La comunicación en la negociación y en la mediación.

ejercicio de la profesión deje de serlo por el hecho de no tener una mentalidad pleitista. Es que el abogado que asiste a la parte en un litigio, debe ser un abogado capaz de comprender y analizar cada caso en concreto buscando la mejor solución para ello y para el interés de su cliente: aunque el conflicto ya se haya judicializado, si el conflicto se puede mediar, debe poner al servicio de su cliente su pericia para negociar; porque el abogado haciendo un análisis desde su praxis puede visualizar un camino, una salida que puede ser más propicia desde los costos y los tiempos.

El abogado de parte que ingresa a las audiencias de mediación debe estar preparado desde la teoría y la práctica para iniciar y mantener negociaciones que sean propicias en dichos ámbitos.

En caso de mediaciones que concluyan con acuerdos asesorados por letrados, la finalidad, será entonces el cumplimiento del acuerdo y no la mera utilización de la instancia como técnica procesal de dilación en los casos de mediaciones judiciales con instancias obligatorias.

El papel de abogado implica compromiso y estrategia. Por ello decimos que es necesario formar operadores jurídicos con habilidades de negociación para ámbitos tanto judiciales como extrajudiciales porque estamos convencidos que el cambio y el abandono de la mentalidad suma cero, se generan también desde este sector del Derecho.

El abogado conoce, más que su cliente, la viabilidad de los acuerdos y más aún debe fomentar la concreción de los mismos, esto es, que sean sustentables, susceptibles de cumplimiento efectivo, esa es otra tarea en la que los operadores jurídicos deben colaborar para el cambio de mentalidades.

En los últimos tiempos, con la incorporación de materias obligatorias en los programas universitarios de las Facultades de Derecho del País, de materias relacionadas con los métodos RAC, se puede decir que el paradigma del conflicto ha tomado

Disponible en <http://congresoderechoprocesal2017.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/Tema-4-Mar%C3%ADa-Cristina-Di-Pietro-La-comunicaci%C3%B3n-en-la-negociaci%C3%B3n-y-en-la-mediaci%C3%B3n.pdf>.

otro rumbo, el profesional de Derecho no sólo conoce los métodos, sino que tiende al análisis *prima facie* del conflicto y busca estratégicamente brindar la solución más eficaz, que con los tiempos que corren ya no será únicamente el juicio. Aquellas soluciones acercan la herramienta a los involucrados, que en definitiva terminarían solucionando sus conflictos sin tener que recurrir al Estado en busca de esa solución y, por ende, será en cada caso concreto, al menos una solución más equitativa.

8. *Para concluir... –:*

- a) Ante los cambios en el devenir incierto y la constante evolución social, el esfuerzo del sistema jurídico-judicial debe ir acompañado del esfuerzo del ciudadano requirente del servicio.
- b) El giro copernicano se logrará así a través del cambio de mentalidades.
- c) Hay distintas concepciones de justicia, que muchas veces pugnan en direcciones opuestas. Aquí uno de los puntos nodales que nos convoca como mediadores: negociar lo justo, injusto y/o equitativo, inequitativo para los involucrados en un diferendo.
- d) En la mediación opera ese tercero neutral con visión de equidad para lograr la *“adaptación de las normas a un caso específico que no estaba previsto en aquellas, permitiendo corregir desigualdades que resultaría de la aplicación rígida de una norma general sin tener en cuenta otras normas posiblemente aplicables”*.
- e) Una ley de mediación con un sistema mixto (aquella que contempla los dos tipos de conflicto, tanto aquellos que invocan intereses, como aquellos que invocan derechos y que combina por ej. el modelo conectado a tribunales, con el relacionado a tribunales) – permite la coexistencia de la mediación judicial con los procesos de avenimiento extrajudiciales generará una mirada de apertura hacia los distintos tipos de conflictos y por ende su solución.
- f) El abogado de parte que ingresa a las audiencias de mediación debe estar preparado desde la teoría y la práctica para iniciar y mantener negociaciones que sean propicias en dichos ámbitos. Debe tender a fomentar la concreción de acuerdos, que sean sustentables, esto es, susceptibles de cumplimiento efectivo.

GIORGIO LATTI

LA PROPOSTA CONCILIATIVA: UN NUOVO MODELLO DI PROCESSO CIVILE?

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La proposta conciliativa e i suoi principi ispiratori - 3. La disciplina codicistica. - 4. La formulazione della proposta conciliativa.

1. *Premessa.* – Le motivazioni che hanno condotto all'introduzione dell'art. 185-bis c.p.c. sono facilmente riconducibili all'esigenza deflattiva che, unitamente alla qualità delle decisioni, rappresenta il tema principale che caratterizza tutte le discussioni sul processo in generale e su quello civile in particolare.

Nel nostro Paese sono pendenti, alla data del 31 dicembre 2017, 3.634.146 processi civili, al netto dell'attività di volontaria giurisdizione¹, con i conseguenti pregiudizi, in primo luogo, per le parti, ma, altresì, per il sistema economico e per l'amministrazione statale che è chiamata a risarcire ai sensi della l. 89/2001 (c.d. legge Pinto) la violazione del termine ragionevole di durata dei processi.

In difetto delle risorse necessarie al buon funzionamento del processo, è oltremodo necessaria una diversa impostazione culturale che, con il coinvolgimento di tutti gli interpreti – giudici, avvocati e dottrina – temperi l'eccessiva conflittualità e privilegi le soluzioni conciliative.

2. *La proposta conciliativa e i suoi principi ispiratori.* – Uno degli strumenti più efficaci che il codice pone a disposizione è

¹ <https://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2018-01-23/processi-civili-svolta-lenta-ma-significativa-224835.shtml?uuid=AEknaknD>.

rappresentato dalla proposta di conciliazione del giudice, disciplinata dall'art. 185-bis c.p.c., secondo il quale *"il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice"*.

L'articolo è stato aggiunto nel codice di rito dall'art. 76, comma 1, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

Il testo in vigore prima della conversione del suddetto d.l. n. 69/2013 prevedeva che il giudice dovesse formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa e che il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisse comportamento valutabile dal Giudice ai fini del giudizio; la legge di conversione ha, invece, reso discrezionale il ricorso allo strumento da parte del giudice e non prevede una specifica sanzione processuale nei confronti della parte che non aderisca all'eventuale proposta del Giudice; sebbene, sul punto, si debba richiamare l'art. 91 c.p.c. nella parte in cui stabilisce che il giudice, qualora accolga la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta.

Lo strumento conciliativo, tuttavia, non va applicato con modalità coercitive, contrarie alla sua stessa natura, bensì secondo un nuovo modo di concepire il processo, non più come mero esercizio di un potere autoritativo, ma come luogo in cui si ricerca la soluzione del caso concreto attraverso la collaborazione tra le parti e il giudice che dirige l'udienza, sottoponendosi, allo stesso tempo, anch'egli alla regola del dialogo anziché rimanere nella solitudine della fase decisoria.

Il tratto principale di questo cambiamento è rappresentato, infatti, dalla nuova attitudine del giudice a prospettare e argomentare progressivamente la propria valutazione sul materiale processuale, in modo costante sino alla fase finale della decisione, consentendo un reale scambio con i difensori e favorendo la

scelta della soluzione auspicabile del conflitto, che non necessariamente è rappresentata dalla sentenza².

Si è detto, correttamente, che una decisione che non preveda il coinvolgimento delle parti manifesta un “*deficit di democrazia*” perché frutto di un processo deliberativo del tutto unilaterale e non condiviso, quanto alla discussione e alla trattazione con le parti³.

Lo stesso secondo comma dell’art. 101 c.p.c., introdotto dall’art. 45, comma 13, della l. 18 giugno 2009, n. 69, impone al giudice di assegnare alle parti, a pena di nullità, un termine per memorie, qualora ritenga di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio⁴: una motivazione che prescindesse dalla preventiva discussione tra le parti si porrebbe, infatti, in termini di discontinuità ingiustificata con lo svolgersi del procedimento di cognizione e in contrasto con il principio di prevedibilità della decisione.

In conclusione, l’obiettivo del buon funzionamento del processo richiede un mutamento culturale per il quale non è sufficiente l’innovazione tecnologica, né, ancor meno, ulteriori modifiche delle norme processuali, bensì una valorizzazione del confronto tra il giudice e le parti nella definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*: in questi termini, deve essere recuperato il valore del contraddittorio, finalizzato alla ricerca dialettica condivisa attraverso la quale si forma il convincimento del giudice.

² In questo senso, cfr. Tribunale Roma, sez. XIII, 01/02/2016, secondo il quale “*la proposta del giudice ai sensi dell’art. 185-bis c.p.c. deve avvicinarsi quanto più possibile a quella che sarebbe una sentenza allo stato degli atti, variandone però l’esito con sapienti prudenti integrazioni e correttivi, ispirati dall’equità e all’obiettivo dell’accordo conseguibile solo attraverso la prospettazione, ad ognuna delle parti, di un possibile vantaggio ricavabile dall’accordo rispetto alla sentenza*”.

³ M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 2, 2012, p. 437

⁴ Per i recenti orientamenti di legittimità volti a circoscrivere gli effetti invalidanti della decisione assunta sulla base di una questione rilevabile d’ufficio, cfr. Cassazione civile, sez. I, 18/06/2018, n. 16049 e Cassazione civile, sez. I, 08/06/2018, n. 15037, nelle quali si distingue tra le questioni di puro diritto e quelle di fatto, ovvero miste di fatto e di diritto.

3. *La disciplina codicistica.* – La norma è applicabile ai processi pendenti alla data di entrata in vigore del Decreto Legge n. 69 del 2013, in applicazione del principio *tempus regit actum*: infatti, l'art. 77 del Decreto non contempla disposizioni transitorie e il suo regime di efficacia temporale discende dalla norma finale, art. 86, per cui il decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (21.6.2013)⁵.

La collocazione sistematica dell'art. 185-*bis* c.p.c. nel Libro secondo del codice di rito che disciplina i giudizi di cognizione ordinaria non preclude che la proposta conciliativa possa essere formulata anche nei procedimenti speciali, in quelli sommari di cognizione ovvero nei giudizi cautelari.

La giurisprudenza di merito ha poi giudicato applicabile l'art. 185-*bis* c.p.c. anche alle liti familiari, come strumento idoneo a proporre un assetto compositivo della lite, allo scopo di raggiungere un accordo omologabile dal giudice (v. art. 337-*octies* c.c.)⁶, che potrebbe tenere conto anche di altri giudizi tra le parti estranei al contenzioso pendente davanti a sé⁷.

L'art. 185-*bis* c.p.c. individua il momento nel quale il giudice deve formulare la proposta transattiva o conciliativa nella prima udienza, oppure fino a quando non sia conclusa la fase istruttoria; la norma sembra riferirsi all'ultimo atto istruttorio, escludendo l'udienza fissata per la precisazione delle conclusioni.

La scelta circa il momento in cui formulare la proposta va rimessa alla peculiarità del caso concreto: in alcune ipotesi, una proposta alla prima udienza può apparire prematura, in quanto l'istruttoria non è ancora iniziata e le ragioni di fatto e di diritto delle parti vengono ulteriormente chiarite con il deposito, quanto meno, della prima memoria ex art.183 comma 6 c.p.c.; per le cause di natura documentale, qualora i documenti siano già allegati agli atti introduttivi, potrebbero già sussistere elementi idonei per la formulazione di una soddisfacente proposta conciliativa.

⁵ Trib. Milano sez. IX civ., ord. del 4.7.2013; ord. del 26.6.2013; Trib. Roma Sez. XIII civ., ord. del 23.9.2013, ord. del 30.9.2013 e ord. del 4.11.2013.

⁶ Trib. Milano, sez. IX civ., decreto del 26 giugno 2013.

⁷ Trib. Milano, sez. IX civ., decreto del 14 novembre 2013.

Si è affermato che una proposta conciliativa formulata in sede di precisazione delle conclusioni non consentirebbe una apprezzabile economia sulla durata del processo ed, inoltre, porterebbe il giudice ad anticipare la sua probabile decisione finale, senza che possa sopraggiungere alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione⁸; tuttavia, è agevole replicare che, sebbene una proposta formulata in quella sede possa garantire un'economia più modesta (anche in termini di risparmio sulle spese processuali), per altro verso, l'accordo raggiunto consente di evitare ulteriori gradi di giudizio, con tempi spesso assai superiori a quelli del primo grado; mentre, con riguardo all'obiezione relativa all'anticipazione del giudizio contenuta in una proposta fatta ad istruttoria conclusa, si deve osservare come il giudice si pronunci spesso anticipatamente nel corso della causa anche sul merito, ammettendo le prove, concedendo la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, statuendo sull'emissione dell'ordinanza provvisoria di rilascio in materia di sfratti, pronunciando l'ordinanza presidenziale nei giudizi di separazione e divorzio, emettendo provvedimenti cautelari in corso di causa; ma, soprattutto, l'obiezione non tiene conto di quanto sopra premesso in ordine alla valorizzazione dell'attitudine del giudice a sottoporsi alla regola del dialogo, argomentando progressivamente le proprie valutazioni sul materiale probatorio che si forma nel corso del giudizio e mostrando la capacità di mutare il proprio convincimento a fronte delle difese delle parti.

Sebbene la norma non preveda che la proposta debba essere motivata, appare opportuno che contenga quanto meno alcune indicazioni che potrebbero aiutare le parti ad acquisire una maggiore consapevolezza sulla ragionevolezza della soluzione, anche eventualmente sviluppandola autonomamente⁹.

Né una proposta conciliativa formulata in modo informale o generica consentirebbe di valutare il rifiuto come ingiustificato, ai sensi dell'art. 91, comma 1, secondo periodo c.p.c., e conseguentemente porre le spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta a carico della parte che l'abbia ingiu-

⁸ Trib. Milano, ordinanza del 3.7.2013.

⁹ Trib. Roma, sez. XIII, ord. del 4/11/2013, in *Guida al diritto*, 2013, pp. 49-50.

stificatamente rifiutata, qualora la domanda venga accolta in misura non superiore.

A differenza del rito del lavoro, nel quale il giudice può formulare la proposta conciliativa alle parti, comparse personalmente in udienza, ai sensi dell'art. 420 c.p.c., la proposta ex art. 185-*bis* può essere formulata anche con un'ordinanza; sul punto, sebbene i difensori abbiano naturalmente l'obbligo di riferire alle parti la proposta conciliativa formulata dal giudice, in alcune ipotesi la presenza personale delle parti in udienza potrebbe consentire di cogliere le ragioni profonde del contrasto, attraverso un efficace impiego delle capacità comunicative del giudice.

Nei giudizi ordinari, a seguito dell'accettazione della proposta conciliativa, il processo può concludersi con una dichiarazione di estinzione ex art. 309 c.p.c. per inattività delle parti, con un verbale di conciliazione ex art. 185 c.p.c., o, infine, con una sentenza che prenda atto dell'accordo e dichiari la cessazione della materia del contendere oppure accolga le conclusioni congiunte delle parti.

Nei giudizi di separazione l'accoglimento della proposta conciliativa può condurre ad un mutamento della separazione giudiziale consensuale e, nei giudizi di divorzio, all'emissione di una sentenza che recepisca le condizioni dell'accordo raggiunto.

4. *La formulazione della proposta conciliativa.* – La formulazione della proposta conciliativa richiede al giudice una capacità di analisi differente rispetto alla mera redazione di una sentenza pronunciata all'esito di un processo privo di una interlocuzione con le parti.

Soprattutto quando venga disposta la comparizione personale delle parti, il giudice deve prestare particolare attenzione alla comunicazione con coloro che hanno difficoltà di approccio al linguaggio giuridico ed ai meccanismi processuali e deve, pertanto, utilizzare una comunicazione priva di tecnicismi e adeguata al livello culturale ed al profilo delle parti.

In ogni caso, anche qualora la proposta conciliativa maturi nell'ambito di una discussione con i procuratori, occorrerà chia-

rire come essa non sia vincolata strettamente ad una valutazione del merito della causa, bensì intesa a definire la causa con un risultato concreto, soddisfacente, conveniente e vantaggioso in tempi brevi e soprattutto più economici per entrambe le parti.

Per raggiungere tale scopo, è necessario comprendere le vere ragioni del contrasto, che può essere di carattere strettamente personale, magari a seguito di precedenti controversie insorte tra le stesse parti o tra le rispettive famiglie (nei rapporti di vicinato o nella materia successoria, ad esempio) ovvero economico, come la mancanza di liquidità della parte debitrice.

La piena conoscenza di queste reali ragioni del contrasto consentirà di calibrare al meglio la soluzione proposta e valorizzare i risultati conseguenti, che sono normalmente rappresentati dalla notevole riduzione dei tempi di attesa; dall'eliminazione del rischio nel caso in cui la decisione sia incerta; dall'eliminazione degli alti costi degli accertamenti tecnici; dalle opportunità favorite da una rapida definizione (ad esempio, una vendita immobiliare ostacolata dalla presenza della trascrizione della domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica di un preliminare); dalla ripresa di relazioni d'affari interrotte durante la pendenza delle lite o dal sopravvenuto disinteresse al mantenimento del rapporto con la conseguente necessità di una risoluzione consensuale (con un'equa compensazione pecuniaria ovvero con la restituzione dei beni oggetto dell'operazione commerciale); dalle difficoltà di un'azione esecutiva (che potrebbe portare a preferire un pagamento con dilazione); dalla volontà di evitare una condizione di stress emotivo a causa dell'exasperazione di rapporti interpersonali (in specie tra stretti congiunti o soggetti legati da relazioni di vicinato o societarie).

In conclusione, il giudice deve dimostrare una capacità di ascolto, agevolare il confronto, infondere fiducia alle parti con domande aperte, dirette a far emergere la genesi concreta del conflitto, le aspettative e le finalità perseguite, i timori e ciò che è effettivamente negoziabile in un percorso che conduce, gradualmente, alla condivisione degli obiettivi ed alla irragionevolezza di una diversa opzione.

Un ultimo interrogativo riguarda il raffronto tra lo sforzo del giudice (e dell'avvocato) per l'elaborazione e la realizzazione di una proposta conciliativa e l'impegno, a volte minore, che ri-

chiederebbe la redazione di una sentenza, magari con richiamo ai precedenti pacifici ovvero ai risultati di una consulenza tecnica d'ufficio condivisibile e non oggetto di rilievi specifici.

A tale dubbio si può replicare osservando come la soluzione conciliativa eviti eventuali richieste di misure cautelari ed anticipatorie in corso di causa, procedimenti esecutivi e relative opposizioni ex art. 615 e 617 c.p.c., ovvero le relative impugnazioni nei successivi gradi del giudizio; ma, soprattutto, la soluzione conciliativa rappresenta un momento alto di affermazione della giurisdizione, una sollecita e soddisfacente risposta di giustizia finalizzata a salvaguardare il tessuto sociale ed economico, senza le lacerazioni la pronuncia giudiziale inevitabilmente produce.

Nonostante un apparente sbilanciamento del rapporto immediato costi/benefici isolatamente considerato, la proposta conciliativa è una strada che merita, quindi, di essere percorsa.

ERIC BATTISTONI

RÉFLEXIONS POUR AMÉLIORER LA JUSTICE EN MÉDIATION: QUELLE GARANTIE DE JUSTICE POUR LES MODES EXTRAJUDICIAIRES DE RÈGLEMENTS DES CONFLITS?

SOMMAIRE: 1. Médiation: quelle est la difficulté juridique? - 2. Les visées programmatiques européens. - 3. Quelques pistes de réflexion en Belgique ou en France. - 4. Conclusion: quand comparaison fait raison.

1. *Médiation: quelle est la difficulté juridique?* – La garantie des droits en procédure extrajudiciaire de règlement des litiges, doit se problématiser comme suit: «L'intervenant dans un succédané de procès équitable (à savoir le règlement extrajudiciaire) doit-il offrir aux justiciables alternatifs, des garanties de justice similaires à celles offertes par un procès judiciaire?»; autrement dit, un substitut de procès équitable pourrait-il être lui-même inéquitable: formellement inéquitable? ou substantiellement inéquitable? La réponse à cette double question influera sur la déontologie et sur l'éthique du médiateur: comment satisfaire à une obligation professionnelle prescrivant d'être un «tiers de confiance»? La réponse à cette double question influera aussi sur l'étendue du contrôle judiciaire lors de l'homologation. Pour procéder réflexivement, nous suivrons quatre étapes, en focalisant notre attention sur les seuls «litiges» (conflits ayant accès aux tribunaux). Dans la seconde partie de ce premier chapitre, il s'agira de poser le problème en son degré le plus théorique, à la lumière de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: une pure liberté transactionnelle serait-elle intrinsèque au règlement amiable d'un litige? Y aurait-il des limites raisonnables ou légales, à cette liberté de négocier le règlement de ses litiges? Une place minimale serait-elle à réserver aux perceptions d'équité et de justice, en médiation? Si oui, laquelle? Dans un deuxième chapitre, nous noterons les évolutions récentes tracées par les acteurs supranationaux européens. Dans un troisième chapitre,

nous observerons la manière dont les jurisprudences et doctrines, belges et françaises, raisonnent l'homologation lorsqu'il s'agit de vérifier le respect en médiation, d'une garantie suffisante de justice. Dans le dernier chapitre, nous confronterons deux manières différentes de considérer les règlements amiables. Nous comparerons les enseignements avisés en deux arrêts de principe, l'un prononcé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, et l'autre par la Cour Suprême canadienne, jugeant les pratiques amiables de règlement de conflit. Dans sa représentation d'un procès équitable, la Convention Européenne des droits de l'homme («ConvEDH») consacre l'égalité, l'équilibre moral, l'esprit de justice, la loyauté, ou encore la rationalité au sens de raisonnable. Dans la ConvEDH, ces qualités sont assurées au moyen de l'octroi de droits et de libertés, formellement et substantiellement inaliénables. La Cour Européenne des Droits de l'Homme («CourEDH») juge que nos systèmes judiciaires doivent garantir le respect de ces droits et de ces libertés; c'est le prix démocratique pour recueillir la confiance des justiciables. Mais le «droit de réclamer ses libertés» va-t-il de pair avec le «droit de renoncer à ses libertés»? Autrement dit, pour aller en médiation, «peut-on renoncer à se prévaloir du droit à un examen de son litige par un tribunal?». En validant le recours au règlement extrajudiciaire des litiges, la CourEDH autorise une certaine renonciation à son juge étatique: «Dans le système juridique interne des États contractants pareille renonciation se rencontre fréquemment au civil, notamment sous la forme de clauses contractuelles d'arbitrage... Présentant pour les intéressés comme pour l'administration de la justice des avantages indéniables, elle ne se ne se heurte pas en principe à la Convention¹. Usant de sa liberté contractuelle, un justiciable a le droit de se soumettre à des modes alternatifs (notamment consensuels) de règlement des litiges. Mais derrière les droits nés de la ConvEDH, c'est la question de l'étendue de la liberté contractuelle qui émerge, même si cette dernière n'est pas garantie par la Convention européenne.

¹ P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés: la Convention Européenne des Droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, in *Bruylante*, n. 141, note 410, 2001.

Dans la foulée, il faut se demander: les justiciables peuvent-ils sans restriction souscrire des arrangements transactionnels de nature parajudiciaire? Comment éviter que la justice alternative ne serve au règlement expéditif des litiges accessibles à un tribunal, de manière peu respectueuse des droits humains des justiciables? Par exemple, l'extrajudiciarisation d'un litige suppose qu'il porte sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Dans cet esprit, ne devrait-on pas sanctuariser certains espaces de l'ordre public européen ou de l'ordre public national? Ne faudrait-il pas moduler la renonciation du droit à son tribunal légal «naturel» au sens de l'article 6 § 1 ConvEDH, sachant notamment que la CourEDH admet une renonciation à ses droits judiciaires, si la renonciation est temporaire, si l'on peut se rétracter à tout moment, et si un contrôle judiciaire est légalement prévu, fût-il sommaire. Même si la question se pose dans tous les domaines du règlement alternatif des litiges, les décisions les plus pertinentes de la CourEDH ont concerné l'arbitrage d'abord, et ensuite, les pratiques transactionnelles de règlement des conflits. Au-delà de leurs différences, ces deux institutions ont pour objet commun de mettre fin à un litige par une renonciation à la juridiction des tribunaux ordinaires, au profit d'une adjudication privée ou d'une voie consensuelle.

Par comparaison au droit humain à la justice qui prescrit des garanties procédurales (telles par exemple: le droit au contradictoire; le droit à la publicité de l'audience et du jugement; le droit à la présence d'un avocat; le droit à un juge indépendant, impartial et neutre; le droit au délai raisonnable; le droit à l'effectivité de sa décision judiciaire...) ne faudrait-il pas transposer au processus de règlement amiable, le même questionnement de protection? En distinguant la renonciation au droit et la renonciation à l'exercice du droit², on peut cerner les hypothèses justifiant de mieux encadrer les règlements amiables des conflits. Un justiciable alternatif aurait-il la liberté de renoncer à l'exercice de toutes ces garanties juridiques, sans restriction? La loi ou le juge ne devraient-ils pas moduler la renonciation à l'exercice des garanties prévues par l'article 6 § 1 ConvEDH? Ne faudrait-il pas aller plus avant dans les exigences de contrô-

² P. FRUMER, *op. cit.*, n. 801.

le institutionnel? En réponse, la CourEDH admet la renonciation à l'exercice de plusieurs parmi ces garanties procédurales, mais pas toutes. Si une médiation de qualité inclut le droit à la justice, faut-il une protection extrajudiciaire des droits? S'il estime que la confidentialité lui est bénéfique, un justiciable alternatif peut renoncer à la garantie de la publicité des débats ou de la solution décidée³. Ainsi également, le justiciable alternatif devrait pouvoir renoncer au conseil juridique d'un avocat ou à l'oralité de la négociation précédant la conclusion d'une transaction. En revanche, la CourEDH n'admet pas qu'on puisse renoncer à la qualité d'indépendance, ou d'impartialité, ou de neutralité de l'intervenant se substituant au juge. C'est vrai pour l'arbitre⁴; mais c'est vrai également pour le médiateur⁵ (Commission européenne – Code de conduite européen pour les médiateurs – Recommandation 2002/10 du Comité des Ministres aux Etats membres, sur la médiation en matière civile, du 18 septembre 2002). La CourEDH n'admet pas non plus qu'un justiciable alternatif renonce définitivement au contradictoire, ni qu'il renonce à l'égalité des armes ou au délai raisonnable.

2. *Les visées programmatiques européens.* – Prioritairement, la ConvEDH veut garantir un accès à la justice à tous ressortissants européens, justiciables potentiels. Cela suppose que les États de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe garantissent à chacun, le droit de saisir l'institution judiciaire ou, sous certaines conditions, le droit d'accéder à un organe de règlement extrajudiciaire des litiges. Chacun doit pouvoir dénoncer une violation de ses droits civils, pénaux ou politiques.

Dans ce but, tout «État de droit» doit créer un «droit levier» ouvrant un accès à la justice, universel. Ce droit primaire est très important puisque c'est lui qui aidera les personnes à faire valoir d'autres droits. L'accès à la justice comprend deux droits

³ P. FRUMER, *op.cit.*, n. 160, notes 464, 465.

⁴ P. FRUMER, *op. cit.*, n. 162.

⁵ Commission européenne (Code de conduite européen pour les médiateurs); Recommandation 2002/10 du Comité des Ministres aux États membres, sur la médiation en matière civile, du 18 septembre 2002.

humains fondamentaux: le droit à un procès équitable qui est garanti par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ConvEDH) et le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la CEDH et l'article 47 de la Charte. Complémentairement, ce droit universel à la justice est maintenant consolidé par l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne («la Charte» du 26 octobre 2012 - 2012/C 326/02) qui le consacre avec cinq autres droits fondamentaux: dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté, justice. Les dispositions de la ConvEDH et de la Charte, relatives à l'accès à la justice, font l'objet d'une importante jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) et d'une jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) dont le sens et la portée sont analogues, même si une protection plus étendue peut parfois être assurée par la première.

Si une médiation de qualité inclut le droit à la justice, faut-il une protection extrajudiciaire des droits? Tous les textes et les jurisprudences évoqués balisent le droit d'accès à la justice, et en déduisent en six droits dérivés: le droit d'accès effectif à un organe de règlement des litiges, le droit à des procédures équitables, le droit à la résolution en temps utile des litiges, le droit à une réparation adéquate, le droit à une application générale des principes d'efficacité et d'efficacités dans l'administration de la justice à laquelle l'accès lui est donné, partant, ce dernier droit donne naissance à un véritable «droit à un règlement amiable» des différends.

Promouvant ce droit au règlement amiable des différends, en son arrêt *Momcilovic c/Croatie* du 26 mars 2015, la CourEDH énonce que le droit à une administration de la justice efficiente et efficace pouvait se traduire autrement que par la fourniture d'un service judiciaire. La Cour explique qu'en instaurant le droit à un règlement amiable de ses différends, un État peut satisfaire à l'exigence d'une administration efficiente et efficace de la justice, sous certaines conditions. Par exemple, la CourEDH juge qu'une loi nationale reste conforme à l'article 6, § 1, de la ConvEDH, même si à peine d'irrecevabilité d'une demande en justice, elle impose l'obligation de recourir préalablement à un mode amiable de résolution du différend. Dans cet arrêt *Momcilovic c/Croatie*, la CourEDH justifie la restriction du droit d'accès direct au

tribunal, en solennisant le but légitime du législateur croate, qui visait à assurer des économies pour le service public de la justice et à ouvrir aux parties la possibilité de résoudre leurs différends sans l'intervention des tribunaux: «Selon le Gouvernement, l'obligation de mettre en place une procédure de règlement amiable avant de pouvoir engager une action en dommages-intérêts contre l'État devant les juridictions civiles compétentes, vise à permettre aux parties de régler leur différend sans la participation des tribunaux et vise à éviter de longues instances et des procédures judiciaires coûteuses, ayant pour effet de réduire le nombre d'affaires pendantes devant les tribunaux. Compte tenu de ces arguments, la Cour peut admettre que cette restriction à l'accès direct à un tribunal poursuivait l'objectif légitime de garantir l'économie de la justice et qu'elle donnait aux parties la possibilité de régler efficacement leurs demandes sans intervention des tribunaux et la Cour ne considère pas que le droit d'accès des requérants à un tribunal ait été restreint de manière, ou dans une mesure, telle que l'essence même du droit a été altérée.

Selon M.M. Chantal Arens et Natalie Fricero, les principes posés par cet arrêt consacrerait a priori le «droit à un règlement amiable» de ses différends. Pour elles, il s'agit bien d'un droit spécifique, issu du droit général d'accès à la justice⁶. Pour ces auteurs, un tel droit se fonderait également sur plusieurs instruments du Conseil de l'Europe, dont notamment: la Recommandation R (86)12 du 16 septembre 1986, encourageant les États membres du Conseil de l'Europe à réduire le flux excessif de demandes en justice, en stimulant les modes amiables; la Recommandation Rec (2001) du 5 septembre 2001 préconisant le recours aux modes amiables pour les litiges entre administrations et personnes privées; la Recommandation Rec (98) du 21 janvier 1998 sur la médiation familiale; la Recommandation Rec (2002)10 du 18 septembre 2002 sur la médiation en matière civile.

Cette idée qu'au-delà du droit à la justice judiciaire, il existerait un droit plus large d'accès à la justice, nous apparaît com-

⁶ C. ARENS, N. FRICERO, *Modes premiers du règlement des litiges*, D. n. 2015-282, 11 mars 2015.

me une idée réellement novatrice. En synthèse, le droit général d'accès à la justice comprendrait plusieurs droits spécifiques, dont notamment le droit à un règlement amiable de ses différends. En Belgique, le Code Judiciaire encourage les parties à faire usage de ce droit (articles 1724 à 1737 CJ), et le juge (article 731 CJ). En France, le Code de Procédure Civile y fait encore partiellement barrage (article 240: Le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties), tandis que depuis le 1er janvier 2017, le Code de Justice administrative a mis à jour son article R621-1 en offrant au juge la faculté de confier à l'expert «une mission de médiation. (L'expert) peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation».

Il importe de questionner ce droit au règlement amiable de ses différends: il faut se demander comment le «droit à un règlement amiable des différends» s'adapterait aux garanties vitales de justice et aussi à la garantie des droits individuels. En réponse à ce double impératif, les conditions générales d'accès à la justice, consacrées par la CourEDH et par la réglementation européenne, déploient ce droit à un règlement amiable de ses différends, en cinq exigences spécifiques que nous examinerons successivement, ci-après.

Le droit à un règlement amiable suppose un organe alternatif dédié au règlement des litiges: l'alternative vise évidemment le règlement extrajudiciaire en comparaison du règlement judiciaire des litiges. La faculté légale de recourir à organe dédié au règlement extrajudiciaire, contraint à rééquilibrer la relation entre médiation et procédure judiciaire. Peut-on tracer un ligne de crête commune aux exigences judiciaires et aux exigences alternatives? Pour la CourEDH, cet équilibre impose que les parties à un litige ne soient jamais privées de leur droit d'accès au système judiciaire classique, même s'ils ont recouru à l'organe «alternatif». De plus, la CourEDH requiert que tout organe «alternatif» garantisse avec certitude aux parties litigantes, des droits équivalents à une protection juridictionnelle.

Mais la Cour de Justice de l'Union européenne pose six conditions plus pointilleuses et plus explicites que celles qu'avait requis la CourEDH, à savoir: cette procédure alternative ne peut aboutir à une décision contraignante; elle ne peut entraîner aucun retard substantiel pour l'introduction d'un recours juri-

dictionnel; le délai de prescription des droits litigieux doit être suspendu pendant la procédure de conciliation; elle ne doit pas générer des frais (ou ne doit générer que des frais peu importants) pour les parties; la voie électronique ne peut constituer l'unique moyen d'accès à la procédure de conciliation; des mesures provisoires doivent être envisageables dans les cas exceptionnels.

Le droit à un règlement suppose un organe efficient et efficace: pour être légitime aux yeux de la CourEDH, l'organe «alternatif» doit assumer une mission de nature quasi-institutionnelle, et surtout, il doit remplir efficacement cette mission. Le champ opérationnel de pareille activité de nature administrative reste peu explicité puisqu'en effet la CourEDH ne précise pas les tâches concrètes d'exécution, qui devraient être assignées à cette mission. En revanche, la CourEDH circonscrit les objectifs fonctionnels de cette mission en leur affectant quatre buts concrets: améliorer l'efficacité de la justice, réduire la charge de travail des tribunaux, offrir aux personnes la possibilité de résoudre les litiges à moindre coût, s'avérer utiles aux personnes grâce à une limitation de la durée et du stress de la procédure.

La Directive 2008/52/CE (dite «Directive sur la médiation en matière civile et commerciale») du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 stipule en son article 4, que (qui s'intitule «Qualité de la médiation»): «les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes, par les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation, ainsi que d'autres mécanismes efficaces de contrôle de la qualité relatifs à la fourniture de services de médiation. Les États membres promeuvent la formation initiale et continue de médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties».

Le droit à un règlement amiable suppose un organe proactif: pour la CourEDH, il s'agit de garantir l'égalité des armes entre les parties et plus largement, la loyauté du processus. Un médiateur ne peut donc pas rester en permanence inactif et passif; il doit être proactif. L'égalité des armes consiste à s'assurer que les deux parties disposent d'une possibilité raisonnable de né-

gocier en présentant leurs arguments dans des conditions qui ne désavantagent aucune d'elles. Dans le cours d'une procédure de médiation, le droit à l'égalité des armes pourrait se traduire par le droit de prendre son temps pour s'expliquer, ou le droit de présenter des preuves à l'appui de ses dires. Par exemple, un médiateur ne pourrait pas contingenter les discussions d'une façon disproportionnée, ni d'initiative, faire obstacle aux investigations probatoires que propose une partie pour étayer sa négociation. La loyauté en médiation découle de prescriptions générales dans l'article 1104 du Code civil français (Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public») ou dans les articles 1134⁷ et 1135⁸ du Code civil belge. Ces prétentions à l'égalité des armes et à la loyauté se conçoivent aussi à partir des nouvelles exigences légales ou judiciaires: en France, on voit progresser les exigences de loyauté judiciaire comme principe directeur du procès civil; en Belgique, l'article 1699 du Code judiciaire conçoit une pro activité analogue, dans le chef de l'expert judiciaire: «Nonobstant toute convention contraire, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire. Le tribunal arbitral veille au respect de cette exigence ainsi qu'au respect de la loyauté des débats». Le droit à un règlement amiable suppose un organe compétent et de confiance: une compétence certaine du médiateur est clairement exigée par la Directive sur la médiation en matière civile et commerciale. Dans l'article 3 de la Directive, la médiation est définie comme «un processus structuré» dans lequel les parties à un litige tentent volontairement de parvenir à un accord avec l'aide d'un médiateur. Le même article 3 définit le «médiateur» comme «tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou

⁷ Art. 1134 Code Civil Belge: «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites... Elles doivent être exécutées de bonne foi».

⁸ Art. 1135 Code Civil Belge: «Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature».

la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener».

Certes, la Directive s'est elle-même restreinte aux litiges transfrontaliers relatifs à certains dossiers civils et commerciaux. Certes, elle ne s'applique pas aux matières fiscale, douanière ou administrative (le statut administratif notamment), ni aux litiges concernant la responsabilité de l'État. Certes, elle ne s'applique pas non plus aux domaines du droit du travail ou de la famille dans lesquels les parties ne sont pas libres de disposer par elles-mêmes des droits et obligations en vertu de la législation applicable. Mais il est vrai que plusieurs États-membres ont transposé la Directive sans ces restrictions, dans leurs droits nationaux.

En son article 6, la Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative aux règlements extrajudiciaires des litiges de consommation (appelée «Directive RELC») stipule les obligations de compétence et de confiance pesant sur le chef du médiateur. En effet, ces personnes doivent: posséder les connaissances et les aptitudes nécessaires dans le domaine du règlement extrajudiciaire ou judiciaire des litiges de consommation, ainsi que d'une compréhension générale du droit; être nommées pour une durée suffisante pour assurer l'indépendance de leurs actions et qu'elles ne soient pas susceptibles d'être relevées de leurs fonctions sans juste motif; ne reçoivent pas d'instructions de l'une des parties ou des représentants de celles-ci; être rémunérées d'une façon qui n'a pas de rapport avec le résultat de la procédure; communiquer sans tarder à l'entité de REL toute circonstance susceptible d'affecter ou d'être considérée comme affectant leur indépendance et leur impartialité ou de donner lieu à un conflit d'intérêts avec l'une ou l'autre partie au litige qu'elles sont chargées de résoudre.

Le droit à un règlement amiable suppose un organe alternatif, indépendant, neutre et impartial: l'article 6 de la Directive requiert une réelle indépendance et une vraie impartialité dans le chef des médiateurs, en leur qualité d'organes extrajudiciaires de règlement des litiges. L'indépendance repose sur une distanciation suffisante pour mettre l'organe «alternatif» de règlement des litiges, à l'abri des pressions extérieures et pour garantir sa neutralité; l'impartialité comprend deux éléments: un élément

subjectif (des préjugés ou des partis-pris impersonnels mais clairement exprimés) et un élément objectif (l'apparence d'un parti-pris exprimant une hostilité ou d'une malveillance individuelle).

3. *Quelques pistes de réflexion en Belgique ou en France.* – Selon l'école contractuelle, les modes extrajudiciaires de règlement des litiges correspondent à une libre pratique transactionnelle, incluant surtout des renonciations et des abdications juridiques, dans le but décisif que le litige soit réglé à tout prix et sans embarras. Cette optique contractualiste suscite plusieurs critiques.

Le professeur Xavier Lagarde observe que: «L'étude des rapports entre modes alternatifs de règlement des litiges et droit processuel est à l'évidence problématique. Selon le sens commun, les premiers sont a priori conçus en vue d'évincer l'application du second, à telle enseigne que la question n'a pas lieu d'être posée. Sans doute approximative, cette observation ne peut cependant être tenue pour négligeable car les parties qui s'orientent vers un règlement amiable de leur différend, le font le plus souvent en vue d'éviter les contraintes procédurales qui accompagneraient son règlement juridictionnel»⁹.

Dans le livre intitulé «Libertés, Justice, Tolérance», la professeure Natalie Fricero relève un même paradoxe qu'elle estime juridiquement incontournable: «D'une part, la réussite des modes alternatifs de règlement des litiges est consubstantiellement attachée à l'exclusion du système juridique du procès équitable car ces modes alternatifs veulent pallier l'inefficacité avérée du procès équitable (lenteur, rejet de la norme étatique perçue comme injuste ou inappropriée, accès incommode, difficulté d'exécuter une solution non consentie ...)»; «D'autre part, les mêmes modes alternatifs de règlement des litiges doivent ne jamais favoriser l'inégalité ou la déloyauté, ni accroître l'insécurité née de la défaillance du système législatif, car leurs objectifs visent la résolution des conflits et le rétablissement de la paix sociale, et car ils sont conçus comme une autre «justice» encouragée par les auto-

⁹ X. LAGARDE, *Droit processuel et mode alternatif de règlement des litiges*, in *Revue de l'arbitrage*, 2001, p. 424.

rités publiques»¹⁰. Selon l'école institutionnelle, les libres négociations transactionnelles se heurtent à des obstacles de nature juridique; ceux-ci commandent de ramener les pratiques transactionnelles (telle la médiation), dans le giron du procès équitable. Un premier obstacle découle du droit matériel belge ou français: il est hors de question d'autoriser un règlement alternatif alors que les parties n'auraient pas la maîtrise juridique des concessions consenties. On voit se dessiner les contours de l'ordre public. Si l'objet négocié ou la capacité des parties négociantes ne sont pas conformes à ses impératifs, l'ordre public fera barrage à l'homologation d'un accord de médiation.

Un second obstacle découle des garanties procédurales offertes par la Constitution ou par la Convention européenne des Droits de l'Homme: il est hors de question de consacrer les intérêts de la partie plus forte, plus riche ou mieux informée, en tolérant qu'une renonciation à de telles garanties procédurales serve à contourner le droit à l'information juridique, le droit au juge, le droit à la loyauté processuelle, le droit à l'égalité des armes dans le procès, ou encore les droits de la défense. En réalité ces obstacles se justifient par une même raison: les parties n'ont pas vraiment la libre disposition des droits dont elles font usage dans le cadre de leur accord de médiation.

Dans cette optique, l'école institutionnelle conçoit le contrôle judiciaire sur les accords de médiation, comme une pierre d'angle du système extrajudiciaire de règlement des litiges: on ne parle plus vraiment de déjudiciarisation, mais seulement de déjuridictionnalisation des conflits. Toutefois, l'optique institutionnelle a ses propres limites puisque les garanties institutionnelles alourdissent les processus par le fait des contrôles requis, et donc rendent plus difficile l'émergence d'une solution consensuelle.

Idéalement, il faudrait articuler les avantages de la théorie institutionnelle et ceux de la théorie contractuelle. Dans cet esprit, le contrôle judiciaire des accords de médiation, s'opérerait selon la nature des droits qui font l'enjeu de la négociation mais

¹⁰ N. FRICERO, *Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable*, in *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 842.

aussi selon le respect, ou non, de certaines des garanties procédurales constituant l'ordre public européen (examiné ci-après) et l'ordre public national qui est largement laissé à l'appréciation du juge et reste fort peu balisé par la loi. Voyons l'arrêt de la Cassation française du 28 mars 2000: en son arrêt n° 1808 du 28 mars 2000, la Cour de Cassation française se prononce sur l'homologation d'un procès-verbal de conciliation, lequel procès-verbal n'avait pas prêté une suffisante attention à une garantie émanant de l'ordre public procédural. Cet arrêt dessine les contours d'un contrôle judiciaire de nature purement procédurale. Analysons le casus tranché par la Cour de Cassation, pour bien comprendre les principes en jeu. Il faut dire que le litige soumis à la Cour de Cassation française avait fait l'objet d'un arrêt de la cour d'appel de Lyon. Celle-ci avait statué sur la demande d'annulation d'un procès-verbal de conciliation rédigé et signé en bureau de conciliation d'une instance prud'homale.

Au départ, un travailleur avait assigné son employeur devant le Conseil de Prud'hommes en vue d'obtenir le règlement d'avantages impayés (heures supplémentaires, notamment). Après discussions devant le bureau de conciliation, ce travailleur et l'employeur avaient négocié et signé l'accord suivant: paiement par l'employeur des avantages réclamés par le travailleur, rupture amiable du contrat travail, renonciation par le travailleur à toute indemnité de rupture, désistement par le travailleur, de son action judiciaire entamée à l'encontre de l'employeur. Le pourvoi en cassation argumentait que l'absence de concessions réciproques, même si elle constitue un cas de nullité des transactions, n'est pas une cause de nullité dans un contrat de nature judiciaire.

Il était reproché à l'arrêt d'appel d'avoir annulé l'accord transactionnel, sans même constater que la renonciation du travailleur correspondait à des prétentions de l'employeur parfaitement justifiées en droit. Le pourvoi en cassation argumentait également que l'engagement à se désister de l'action judiciaire participait à un ensemble contractuellement indivisible et qu'il n'était pas possible de le détacher sans dénaturer les accords.

Enfin, le pourvoi en cassation invoquait d'autres raisons accessoires. La Cour de Cassation ne reprend pas le motif retenu par la Cour d'Appel de Lyon, alors que peu de temps aupara-

vant, elle-même avait retenu cet argument à propos d'un procès-verbal de conciliation (conclu devant un conseil de l'ordre des médecins) en considérant qu'un accord ne pouvait être opposé à une partie qu'après vérification judiciaire de l'existence de concessions réciproques. Pour la Cour de cassation, le défaut de concession par chacune des deux parties privait d'objet le contrat de transaction, en application des articles 2044 et 2048 du Code civil. Dans le cas tranché par la Cour d'Appel de Lyon, la Cour de Cassation aurait pu à son gré, soit confirmer l'arrêt lyonnais sur pied du même argument, soit l'infirmier au motif que l'économie d'un procès était un avantage constituant une suffisante concession réciproque. Pour évaluer la force juridique d'une procédure en conciliation, la Cour de Cassation spécifie la nature d'un accord de conciliation et elle indique le rôle que doit jouer un juge-conciliateur.

Pour la Cour de Cassation, la fonction extrajudiciaire de justice tient en quelques «idées-clés» fondamentales: la conciliation vise à faciliter un accord des parties, qui doit préserver les droits de chacune d'elles; le juge conciliateur doit participer activement pour assurer une préservation des droits réciproques; le juge conciliateur doit vérifier que les parties étaient informées de leurs droits respectifs, avant qu'elles puissent y renoncer; si le juge conciliateur ne remplit pas convenablement son office, le procès-verbal constatant les accords de conciliation est un acte judiciaire nul!

La solution suggérée dépasse la rivalité d'écoles opposant contrat judiciairisé et jugement contractualisé. C'est l'image d'impartialité et de neutralité du juge (telle que forgée par la ConvEDH) qui semble bien prévaloir. Un contrepoids à la liberté contractuelle de renoncer au tribunal étatique et aux garanties ConvEDH est donc nécessaire. Il faut protéger les fondements et les valeurs essentielles de notre société contre les comportements contractuels menaçant l'ordre de l'État (on parle ici d'ordre public de direction) ou abusifs à l'égard d'une personne privée (on parle ici d'ordre public de protection en France et de «lois impératives» en Belgique). Avant de se référer à l'article 6 ConvEDH, on voit que l'ordre public national limite déjà la volonté des parties: l'article 6 des Codes Civils français et belge énonce: «On ne peut déroger par des conventions, aux lois qui intéressent l'ordre

public et les bonnes mœurs»; les articles 1131 et 1133 du Code Civil belge énoncent successivement: «L'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet» et «La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public». Comment appliquer ces règles légales au contrôle des modes extrajudiciaires de justice? L'ordre public en matière civile reste essentiellement une «notion judiciaire» car seul, le juge détermine si une convention est contraire, ou non, à l'ordre public.

Les professeurs Solus et Perrot soulignent que, «si les parties sont maîtresses de leurs droits et si elles disposent de la souveraine liberté de délimiter à leur gré l'étendue du litige soumis à leur juge, en revanche, cela n'implique pas corrélativement qu'elles peuvent lier le juge sur certaines qualifications et points de droit. Hormis par leurs renonciations ...»¹¹. A leur instar, le professeur Vandrooghenbroeck pense que l'ordre public impose au juge de déjouer les accords procéduraux (limitant par exemple les faits ou le droit dont pourrait connaître la juridiction) en vertu desquels les parties tenteraient d'éluder l'application d'une règle essentielle, sans toutefois que le juge puisse élever une contestation exclue par les parties¹².

La seconde vague interprétative est moins rigoureuse. Elle porte sur l'ordre public de protection. Ici, on peut contracter malgré l'ordre public mais sous condition de ne pas lui être incompatible. Le contrôle judiciaire vérifie si des obligations positives furent accomplies: la partie forte (l'employeur, le bailleur, le prêteur, ...) a-t-elle respecté la partie faible et les protections légales? Les garanties légales sont moins prégnantes car le protégé peut renoncer à cette protection, à condition que cette renonciation soit consciente et certaine, et à condition qu'elle soit postérieure à l'exigibilité du droit. De plus, le juge ne peut pas soulever d'office l'irrespect des exigences légales fondant ces protections. Les modes extrajudiciaires de règlement des conflits sont-ils censurables par un juge national, en application

¹¹ S. HENRY, P. ROGER, *Droit judiciaire privé*, Paris, t. III, p. 87.

¹² V. DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction*, Bruylant, 2004, pp. 225, 426, 436.

des articles 6 et 13 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, signée le 4 novembre 1950, ou de son Protocole additionnel signé le 20 mars 1952?

À priori, les modes alternatifs ne portent atteinte à aucun des droits fondamentaux qui sont garantis par la ConvEDH: ni le droit à la vie, ni le droit d'échapper à la torture ou à l'esclavage ou à l'emprisonnement, ni le droit à un jugement public dans un délai raisonnable, rendu par un tribunal légalement indépendant et impartial (sous réserve que le «justiciable alternatif» puisse, à tout moment, décider d'interrompre la médiation ou la conciliation afin de mouvoir la voie juridictionnelle contentieuse), ni le droit au respect de la vie privée ou familiale, ni le droit à la liberté d'expression, de presse, de conscience, de religion ou de réunion, ni le droit de se marier et de fonder une famille, ni le droit au respect de ses biens, ni enfin le droit à l'école.

Mais un contrôle d'homologation judiciaire a posteriori devrait censurer des accords de médiation portant sur des droits purement indisponibles, ou privant un justiciable alternatif d'un de ses droits fondamentaux précités (par exemple, une transaction dont l'une des concessions reposerait sur un mariage forcé ou sur un contrat de travail à vie).

Mais dans tous ces cas, l'ordre juridique interne belge ou français suffirait à fonder un refus d'application de l'accord de médiation. En revanche, le contrôle judiciaire du juge national resterait sans doute timoré, lorsque l'ordre public interne s'exercerait sur des situations limites, là où la jurisprudence nationale n'a pas encore défini les contenus d'ordre public. Dans ces situations, le juge national sera content de pouvoir s'appuyer sur l'ordre public européen. L'exemple d'une renonciation à tous ses droits au droit illustre cette difficulté possible. Ainsi, peut-on imaginer une médiation ou une conciliation qui serait menée sans équité ni référence en miroir des droits espérables judiciairement? Sans doute non car l'arrêt de cassation française du 18 février 2001 (Bull. n° 26) précise que jamais, en amiable composition, une sentence arbitrale ne pouvait statuer sans référence à des motifs d'équité; les arbitres doivent toujours vérifier que la solution retenue était équitable. L'arbitre a l'obligation de ne pas vider l'équité de sa substance.

De plus, l'ancien président de la chambre sociale de la cour de cassation française, Pierre Sarcos explique: «Je crois que (la) médiation... n'est pas contraire à quelque principe juridique que ce soit. Je crois que l'accord qui est pris en médiation doit s'analyser tout simplement comme une amiable composition... Et si, dans mon esprit, la cour de cassation devait avoir un contrôle à faire, ce serait à travers une interrogation: est-ce que les parties ont été exactement informées? ... L'information est importante et capitale»¹³. Dans le même sens, la professeure Natalie Fricero observe: «Seul un consentement éclairé et libre peut légitimer une renonciation»¹⁴.

4. *Conclusion: quand comparaison fait raison.* – Au Canada la médiation est reconnue comme un modèle de justice parmi d'autres: «Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis. Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable». Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse. La requête en jugement sommaire offre une possibilité de simplifier les procédures préalables au procès et d'insister moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire; «Les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité

¹³ S. PIERRE, *L'accord de médiation*, in *Semaine sociale Lamy*, n. 1100, p. 56.

¹⁴ N. FRICERO, *Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable*, in *Mélanges en hommage au doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 852.

et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes»¹⁵.

En Europe la médiation doit garantir l'accès à la justice, en tant que substitut d'un procès équitable: de nombreux systèmes judiciaires sont confrontés à des charges de travail croissantes et l'accès aux tribunaux peut être fort coûteux. Dans une vision élargie de l'accès à la justice, les organes non judiciaires ont un rôle à jouer à côté des tribunaux, et notamment les médiateurs. Les procédures quasi-judiciaires devant des organes non judiciaires, sous la forme d'une médiation bien souvent, peuvent représenter des alternatives plus rapides, moins formalistes et moins onéreuses. Ainsi, «D'une part, le droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu et peut faire l'objet de limitations. Ces limitations ne doivent toutefois pas restreindre le droit d'accès d'un individu d'une manière ou à un point tels que ce droit se trouverait atteint dans sa substance même» et «D'autre part, un organe non judiciaire relevant du droit national pourrait être assimilé à un tribunal s'il exerçait très clairement des fonctions judiciaires. En ce cas, il lui faut offrir toutes les garanties procédurales imposées par l'article 6 de la CEDH, telles que l'impartialité et l'indépendance». Si ce n'est pas le cas, l'organe non judiciaire devrait alors être nécessairement soumis au contrôle d'un organe judiciaire de pleine juridiction remplissant toutes les exigences de l'article 6 CEDH¹⁶.

En conclusion, la comparaison Europe/Canada montre que les modes PRD (Prévention et Règlement des Différends) y sont enseignés et pratiqués sous des regards relativement différents¹⁷.

¹⁵ Cour Supreme du Canada - Arrêt du 23 janvier 2014, Répertoire: C. HRYNIAK MAULDIN - 2014, CSC 7.

¹⁶ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, extraits du manuel de droit européen en matière d'accès à la justice, 2016.

¹⁷ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe extraits du manuel de droit européen en matière d'accès à la justice, 2016.

Bibliographie:

- J.F. ROBERGE, *La justice participative – Fondements et cadre juridique*, Éditions Yvon Blais, 2017.
- S. HOUNTOHOTEGBÉ, *Prévention et résolution des conflits interentreprises: le principe de coopération pour un changement de perspective des protagonistes*, in *La lettre des médiations*, n. 4, pp. 30, 36.
- S. PISAPIA, *Au-delà de la Médiation et de l'Arbitrage; Le Comité de Règlement des Différends, Un mode spécialement adapté aux besoins des acteurs de la construction*, in *La lettre des médiations*, n. 4, pp. 26, 29.
- L. MARQUIS, *La médiation interentreprises au Québec: une analyse expérimentielle et qualitative*, in *La lettre des médiations*, n. 4, pp. 17, 21.
- S. HOUNTOHOTEGBE, N. RAZA, *Identifier et comprendre les dynamiques de pouvoir dans les processus de médiation intra-entreprise: les enjeux du pouvoir informel*, in *La lettre des médiations*, n. 5, pp. 36, 43.
- J.F. ROBERGE, *The Future of Judicial Dispute Resolution. A Judge Who Facilitates Participatory Justice* in T. SOURDIN & A. ZARISKI “*The Multi-Tasking Judge. Comparative Judicial Dispute Resolution*”, Australia, 2013, pp. 21, 32.
- J. ROBERGE, C. REGIS, S. HOUNTOHOTEGBE, J.P. ROBERGE, *La justice participative – changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Éditions Yvon Blais, 2011.

OMAR FEKIH-ROMDHANE*

LA MEDIAZIONE PENALE IN TUNISIA

SOMMARIO: 1. La definizione di mediazione e la sua evoluzione storica. - 2. Il campo d'applicazione della mediazione: illeciti penali ed economici. - 3. La mediazione nella giustizia transazionale.

1. *La definizione di mediazione e la sua evoluzione storica.* – Il legislatore Tunisino non ha fornito una chiara definizione della mediazione ma si è limitato a considerarla una delle cause dell'estinzione del processo; tuttavia questo inquadramento rimane insufficiente.

La mediazione rappresenta un nuovo modo di approccio al reato che permette di raggiungere due obiettivi fondamentali: la responsabilizzazione del reo e la soddisfazione della vittima. Questa forma diversificata, in particolare, mantiene il contraddittorio del processo penale che, tuttavia, viene sviluppato mediante un dialogo tra le parti del fatto piuttosto che del processo. Sono le parti, dunque, che dopo uno o più incontri, coadiuvati dal mediatore (nel sistema giuridico tunisino il mediatore è il procuratore della repubblica), di regola, raggiungono un accordo. Ma è solo grazie a tale percorso che l'accordo si colora di nuovi contenuti e permette una maggiore conoscenza di sé e il riconoscimento dell'altro, «*La mediazione – infatti – offre alla vittima l'opportunità di comunicare con l'autore del reato sconosciuto; si contribuisce pertanto alla riformulazione in chiave comunicativa della definizione stessa del reato*».

Per quanto riguarda l'evoluzione, possiamo notare che il perdono è un fatto radicato nella nostra civiltà arabo-musulmana. Ciò si riscontra soprattutto nel Corano, in particolare nel “*sourat achoura*” dove si recita che è necessario perdonare i peccati più

* Avvocato dell'Ordine nazionale di Tunisi.

gravi e le turpitudini. Infatti, tutti i sistemi giuridici del mondo hanno adottato la mediazione come un'alternativa alla risoluzione delle controversie e soprattutto come un valore aggiunto civile che favorisce i rapporti umani.

In tal senso, l'articolo 33 dello statuto delle Nazioni Unite ha indicato che *“Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, innanzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ...”*.

L'articolo 19 della Convenzione dell'Unità africana ha indicato che *“Le parti di una controversia, in cui la continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, innanzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale”*. Tale contenuto è stato riportato anche nell'articolo 12 dello statuto dell'Organizzazione della Conferenza islamica.

Il legislatore tunisino, così come quelli di altri Paesi, è stato influenzato dalle nuove correnti giuridiche che sostengono l'applicazione della mediazione. Ciononostante, la sua applicazione nel sistema giuridico tunisino nel passato non è stata ottimale soprattutto perché la mediazione è legata alla natura della relazioni umane e al loro modo di risolvere i conflitti, nonché alle condizioni economiche, politiche e civili che hanno un ruolo importante per facilitare l'accesso alla mediazione. Tuttavia, lo sviluppo della società tunisina ha reso necessaria un'apertura nei confronti dei metodi di risoluzione alternativa dei conflitti.

2. Il campo d'applicazione della mediazione: illeciti penali ed economici. – Istituita dalla legge del 29 ottobre 2002, questa procedura, detta “mediazione penale”, consente di garantire amichevolmente un risarcimento per il danno causato alla vittima e, quindi, di preservare la reintegrazione del reo nella vita sociale. Il pubblico ministero può, prima dell'esercizio dell'azione pubblica, proporre la mediazione penale di propria iniziativa o su richiesta dell'imputato o del suo avvocato ai sensi della stessa legge (articolo 335 ter del codice penale).

Tuttavia la legge del 12 agosto 2009 è stata integrata con l'aggiunta di un paragrafo allo stesso articolo: "Se le circostanze del fatto oggetto dell'accusa lo richiedono, il pubblico ministero può proporre la transazione solo tramite mediazione a condizione che l'accusato non sia recidivo e che il pubblico ministero ritenga che la tendenza criminale non sia ancorata all'imputato sulla base di un'indagine sociale condotta dai servizi di assistenza sociale sulla sua situazione familiare, materiale e morale". Nell'intenzione del legislatore, la mediazione prevale sulla sanzione, nella misura in cui risulta che l'imputato non ha una tendenza criminale, e che i fatti dipendono da circostanze sfortunate oltre la normale condotta dell'imputato.

Il pubblico ministero può prendere l'iniziativa di convocare le due parti con mezzi amministrativi, o ordinare a una delle parti di convocare l'altra parte tramite ufficiale giudiziario. Le parti possono comparire personalmente o essere rappresentate da un avvocato. La vittima può anche rilasciare la procura ad un'altra persona affinché la rappresenti (art. 335-4 del codice penale). Il pubblico ministero tiene conto dei loro interessi e registra gli accordi raggiunti tra le parti; se la transazione è conclusa, l'azione pubblica è estinta. In caso contrario, il p.m. decide di procedere. Inoltre, la mediazione evita all'autore del reato la registrazione di una condanna nel casellario giudiziale.

Infine, va ricordato che, nei casi di reati minori, che non hanno un grave impatto sulla vita psichica e fisica della vittima, e quando un accordo possa ripristinare i diritti, è possibile evitare di penalizzare l'autore dei fatti.

Alla luce dei risultati del processo di mediazione, si è ritenuto che la mediazione stessa sia compatibile con gli obiettivi del diritto penale in termini di velocità ed efficienza, soprattutto a livello economico. È quindi necessario sottolineare l'importanza dei vantaggi della mediazione. Il sistema di concertazione ha un duplice vantaggio sia per l'amministrazione dal punto di vista della durata dei procedimenti sia per l'imputato in quanto questo sistema porta a proteggerlo dal rigore delle sanzioni prescritte dalla legge, in tale modo alleggerendo l'onere dei tribunali. La mediazione ancora previene l'affollamento del carcere ed evita allo Stato di sopportare spese elevate. Infine, il sistema di conciliazione è un modo rapido di estinzione dell'azione penale pubblica.

Il Legislatore Tunisino ha adottato la mediazione in molti testi di legge, tra cui quello richiamato dall'articolo 220 del codice doganale, ma anche nell'articolo 31 del codice di scambio secondo il quale il Ministro delle Finanze o il suo rappresentante possono concludere una mediazione con l'autore del reato o, ancora, l'articolo 59 della legge sulla concorrenza.

3. *La mediazione nella giustizia transazionale.* – Dopo la “*Rivoluzione dei gelsomini*”, il legislatore tunisino ha scelto la mediazione nella giustizia transazionale per rafforzare l'unità nazionale, raggiungere la giustizia sociale e la pace, costruire lo stato di diritto e ripristinare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni statali.

La riconciliazione non implica impunità o irresponsabilità verso i colpevoli di gravi violazioni dei diritti umani. Per tale motivo, è stata costituita la “Commissione per l'Arbitrato e la Conciliazione” al fine di esaminare e decidere in merito ai casi di violazione, ai sensi della presente legge, dopo aver ottenuto il consenso della vittima, sulla base delle regole di giustizia, equità e norme internazionali applicate, nonostante l'estinzione dell'azione e la prescrizione dei reati.

La Commissione Arbitrale e di Conciliazione esamina anche le richieste di transazione relative a casi di corruzione finanziaria. La presentazione della richiesta di transazione non sospende l'esame del caso e l'azione pubblica si estingue solo dopo l'esecuzione delle clausole della suddetta operazione. Inoltre, l'applicazione delle clausole della transazione in caso di corruzione finanziaria presentata alla Commissione comporta l'estinzione dell'azione pubblica o la fine del processo o la cessazione dell'esecuzione della pena. Tuttavia, l'accusa o il processo riprendono se si dimostra che l'autore ha deliberatamente nascosto la verità o non ha dichiarato tutto ciò che ha ottenuto illegalmente.

In conclusione, nonostante i notevoli sforzi del legislatore tunisino per incoraggiare la mediazione negli illeciti penali, economici o nel settore della giustizia transazionale, la mediazione non è ancora entrata a far parte della cultura tunisina.

HELA CHERIF*

UN CAMMINO VERSO LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE IN TUNISIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'esperienza mediterranea: Marocco, Algeria e Tunisia. 3. La prospettiva legislativa in Tunisia.

1. *Introduzione.* – Mediare è qualcosa che tutti noi facciamo in ogni momento della nostra vita, poiché la vita è relazione con gli altri, è inevitabile che, a volte, si possano avere posizioni e ragioni in contrasto con quelle dei nostri colleghi, nostri clienti o fornitori, nostri concorrenti e, persino, nostri parenti. Perché tutti noi, in maniera del tutto naturale, spesso riusciamo a *mediare* fra le nostre posizioni e quelle degli altri, a conciliare le nostre ragioni con le ragioni altrui, privilegiando il nostro interesse rispetto alle rigide questioni di principio?

Nei conflitti normalmente le parti sono concepite come contrapposte in una sorta di duello al cui termine deve necessariamente uscir fuori un vincitore ed un vinto. I litiganti sono degli avversari ed il loro difensori hanno il compito di legittimare le contrapposte pretese, difendendole secondo i diritti sostanziali e processuali applicabili, al fine di convincere un terzo dotato di poteri autoritativi, il giudice, della bontà di una tesi piuttosto che dell'altra, in modo tale che questo decida chi risulti vittorioso. Tuttavia spesso, dopo anni di udienze e di spese, tutti si sentono sconfitti e nessuno vincitore.

Il procedimento di mediazione, al contrario del giudizio, consente di far emergere altri aspetti della disputa in modo tale che le parti medesime riescano, con l'assistenza del mediatore, ad acquisire consapevolezza, a comprendere le ragioni della lite e le modalità di risoluzione. Si comprende come cooperare

* Avvocata dell'Ordine nazionale di Tunisi.

sia più conveniente che competere per giungere ad un nuovo accordo sui rispettivi interessi che possa essere di reciproca soddisfazione. L'avvocato non deve avere timore che questo nuovo modo di risolvere le liti possa privarlo della sua funzione di tutore dei diritti delle persone, ma, al contrario, gli consentirà di diventare anche effettivo difensore dei loro interessi e bisogni. Si tratta senza dubbio di una nuova sfida professionale da affrontare con la necessaria competenza, che richiede tuttavia un approccio culturale diverso da quello usuale e una formazione adeguata. La mediazione è uno strumento che si rivolge alle persone e anche alle imprese coinvolte in una lite civile, familiare o commerciale sia in ambito nazionale che internazionale.

La mediazione opera con un sistema complementare a quello giudiziario, ispirato ad una logica differente da quella avversariale che tipicamente conduce all'attribuzione dei torti e delle ragioni. Grazie all'agilità di tale procedimento, è possibile gestire efficacemente il conflitto attraverso un dialogo strutturato con le parti interessate, che così ottengono una migliore comprensione delle aspettative dei loro partner per agire in un ambiente più pacifico. Ci si interroga tuttavia se questa "idea" della mediazione come concetto sia sufficientemente chiaro nei suoi caratteri fondamentali e nelle sue finalità. La mediazione si può definire come una modalità di risoluzione dei conflitti attraverso l'intervento di un soggetto terzo, imparziale, indipendente e privo di potere; si tratta di un processo basato sullo scambio, sulla fiducia, sul rispetto reciproco, sulla riservatezza, sull'ascolto attivo e sui bisogni delle parti in quanto conduce ad un accordo che sia favorevole a tutti. La mediazione esiste a partire dagli anni '70, soprattutto in alcuni Paesi anglosassoni, in numerosi ambiti. Nel 2005 il Belgio è stato il primo Paese europeo ad utilizzare la mediazione come alternativa alla risoluzione delle liti. La Direttiva europea del 2008 (Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008) rappresenta il punto di partenza per l'applicazione della mediazione in tutta Europa.

In Italia la mediazione obbligatoria è stata introdotta con il d.lgs. n. 28 del 4 Marzo 2010 e, in seguito a varie polemiche su questa legge (relative alla sua costituzionalità), è stata reintrodotta con il d.l. n. 69/2013, entrato in vigore il 20 settembre 2013. In Italia il ruolo degli Avvocati viene considerato di particolare

importanza grazie all'inserimento nel procedimento dell'obbligatorietà dell'assistenza legale nel procedimento e alla sottoscrizione del verbale di accordo anche da parte degli stessi avvocati al fine di renderlo esecutivo. La realizzazione della mediazione in tale Paese è dovuta proprio all'accettazione della stessa da parte degli avvocati. Nei Paesi quali Marocco ed Algeria, come vedremo più avanti, la realtà è ben diversa.

2. L'esperienza mediterranea: Marocco, Algeria e Tunisia. – La legge 08-05 del 27 luglio 2007, che modifica il codice di procedura civile marocchino, ha previsto unicamente la “mediazione convenzionale”. Nessuna definizione precisa di mediazione è stata fornita dal Legislatore marocchino, ma sono stati compiuti molti sforzi per introdurre tale procedura. L'intervento della mediazione è stato soltanto uno strumento che consente di far fronte ai conflitti commerciali ed economici. Dal punto di vista culturale, il meccanismo della mediazione non è ancora sufficientemente conosciuto dai cittadini che spesso si rivolgono ai tribunali quando non possono risolvere amichevolmente le loro liti. Si può dedurre che sia necessaria una buona strategia di comunicazione prima di inserire questo nuovo processo.

Promulgata nel 2009, la legge sulla mediazione in Algeria non ha avuto successo in tale Paese. Da un lato, il campo d'azione dei mediatori è rimasto molto limitato, inoltre gli avvocati rifiutano sistematicamente la mediazione, preferendo i processi a lungo termine per ragioni puramente finanziarie. Di conseguenza, la mediazione non trova successo tra gli avvocati. Gran parte di essi rifiuta di ricorrere alla mediazione, privando i clienti di tale opportunità a causa di una inadeguata preparazione, formazione e informazione sui vantaggi della mediazione. Inoltre, affinché la mediazione sia di reale interesse, è opportuno sottolineare che la politica di un Paese è un aspetto di notevole importanza. Sono richieste due condizioni essenziali per l'applicazione della mediazione in un Paese: il rispetto dei diritti umani e, in particolare, la parità dei diritti delle persone e una effettiva istituzione che garantisca tali diritti.

Prima del 2011, in Tunisia la mediazione era limitata all'ambito amministrativo, bancario e penale (la legge n. 95-92 del 9 no-

vembre 1995, relativa alla pubblicazione del codice di protezione dell'infanzia). In ambito civile, familiare e commerciale non è stata prevista alcuna legge nei confronti della mediazione. Bisogna precisare che le condizioni in cui versava il Paese non erano le più adeguate per introdurre il nuovo modo di risoluzione delle liti, soprattutto a causa della dittatura che temeva di perdere il controllo del potere giudiziario. In tale contesto, gli avvocati tunisini più all'avanguardia e particolarmente aperti alle legislazioni europee hanno iniziato ad interessarsi alla mediazione e, a partire dal 2006, hanno seguito corsi di formazione in Europa, soprattutto in Belgio e in Francia. Successivamente al 2011, il termine "mediazione" è diventato molto comune soprattutto a seguito dell'iniziativa del "Quartetto per il dialogo" sviluppata in uno spirito di mediazione che mira a riconciliare le parti in conflitto all'interno del Paese con l'obiettivo di costruirvi una democrazia pluralistica dopo la Rivoluzione dei Gelsomini del 2011. Il Quartetto per il dialogo nazionale tunisino è composto da quattro organizzazioni differenti tra loro, persino rivali in passato poiché include rappresentanti dei lavoratori e datori di lavoro, avvocati e attivisti per i diritti umani, quali l'Utica Confindustria, La Lega Tunisina per la Difesa dei Diritti dell'Uomo, i sindacati e l'Ordine Nazionale degli Avvocati della Tunisia. Le parti in conflitto avevano concordato una mappa con cui si impegnavano a dar vita ad un governo non di parte, ad adottare una nuova costituzione ed a stabilire un nuovo organismo ed una nuova legge elettorale volta a indire elezioni legislative e presidenziali; tali impegni possono considerarsi realizzati. Al Quartetto è stato conferito il Premio Nobel per la Pace nel 2015 proprio per aver ricondotto il Paese sulla via democratica.

3. *La prospettiva legislativa in Tunisia.* – L'esperienza della Tunisia successivamente al 2011 ci ha permesso di comprendere che il cambiamento è principalmente uno stato mentale. Inoltre il successo del Quartetto dimostra come il dialogo e la comunicazione siano lo strumento migliore per risolvere i problemi a prescindere dalla gravità degli stessi. Nonostante, ancora oggi, non si abbia una legge che organizzi la mediazione civile, fami-

liare e commerciale, la Tunisia non è considerata indietro rispetto ad altri Paesi. Ci si è resi conto, analizzando le esperienze dei Paesi vicini (come l'Algeria o il Marocco) che promulgare una legge è un compito relativamente facile rispetto al cambiamento di mentalità degli avvocati e dei magistrati circa l'efficacia della mediazione. Istituire una legge come in Marocco e in Algeria non apporta alcuna utilità se non si prepara un cambiamento volto ad accogliere la nuova procedura.

Dunque il cambiamento deve essere una risposta ai bisogni e alle aspettative degli avvocati, dei magistrati ma anche dei clienti in quanto è necessario che le persone coinvolte in questa nuova modalità di risoluzione delle liti ne comprendano l'utilità e i vantaggi. Per gli avvocati si tratta di raccogliere la sfida ad orientare la propria professionalità e le proprie competenze giuridiche, economiche, tecniche, umane e relazionali al conseguimento della soddisfazione delle aspettative e dei bisogni dei cittadini e delle imprese. Per l'avvocato tunisino la mediazione deve essere uno strumento aggiuntivo. A tal proposito, il d.l. n. 2011-79 del 20 agosto 2011 sull'organizzazione della professione degli avvocati ha espressamente previsto, negli articoli da 2 a 4, che la mediazione rientra nella funzione dell'avvocato. Ai sensi dell'articolo 2, comma 4: "L'avvocato può in particolare svolgere arbitrato, mediazione, conciliazione, sequestro, liquidazione amichevole, in quanto può essere responsabile per i contratti di agenzia e le transazioni commerciali e di rappresentanza con i servizi fiscali, amministrativi e di formazione".

Sino ad oggi, i metodi extragiudiziari di risoluzione delle liti previsti dalle leggi tunisine sono costituiti dall'arbitrato e dalla conciliazione. Tuttavia vi sono procedure che favoriscono la risoluzione amichevole dei conflitti, ad esempio la conciliazione nei tribunali cantonali, nelle materie del diritto del lavoro e nei casi di divorzio. Ma esiste anche un nuovo spirito di mediazione che si riscontra, in maniera non espressa, nella nuova legge n. 2016-71 del 30/09/2016. L'articolo 23 di tale legge, intitolato "Risoluzione dei conflitti", afferma che i conflitti tra lo Stato e l'investitore si risolveranno tramite conciliazione e, inoltre, le parti saranno libere di fissare modalità e regole di tale procedura.

Gli avvocati tunisini si sono comunque mostrati incerti sulle effettive possibilità di tale procedura. Al fine di convincerli del-

l'importanza di questo metodo alternativo rispetto al classico modello giudiziario e, al fine di sviluppare la mediazione nel nostro Paese sono state assunte diverse iniziative. La mediazione è stata introdotta nella formazione professionale degli avvocati per far loro acquisire le competenze necessarie alla gestione dei conflitti attraverso i corsi dedicati agli avvocati presso l'Istituto Superiore dell'Avvocatura; sono stati creati elenchi di avvocati-mediatori; si è provveduto all'organizzazione di convegni volti a raccogliere informazioni sulla mediazione; sono stati incoraggiati gli avvocati ad includere una clausola di mediazione nei contratti con i clienti; sono state create delle associazioni di mediazione.

La Tunisia, insieme all'Unione europea e al suo programma di sostegno nella riforma della giustizia (PARJ) stanno conducendo una campagna volta ad introdurre la mediazione in modo ufficiale, collaborando con il ministero della Giustizia, l'ONAT e l'Istituto Superiore dell'Avvocatura. Tali iniziative non sono però sufficienti in quanto è necessario promulgare una legge per la mediazione civile, familiare e commerciale al fine di avere mediatori professionisti che abbiano ricevuto una formazione adeguata e per imporre delle regole che governino l'esecuzione degli accordi di mediazione. Inoltre si deve consentire al giudice di controllare le qualifiche del mediatore, la non esistenza di alcun accordo contrario all'ordine pubblico o agli interessi dei minori nel caso di mediazione familiare.

Infine, un primo traguardo, fortemente positivo e già raggiunto a seguito degli sforzi compiuti, consiste nella realizzazione di una cultura comune della mediazione che permetta ormai di parlare un linguaggio comune, nel quale le parole hanno lo stesso significato per tutti, senza bisogno di traduzione, almeno nella maggior parte dei casi. Tale linguaggio deve essere tale da permettere a chiunque di capire e farsi capire quando parla con interlocutori che operano nell'ambiente della mediazione; ciò finisce per avvicinare i sistemi giudiziari a livello internazionale. Tuttavia è impossibile non cogliere le opportunità e le potenzialità che ci presenta la mediazione per gestire le liti. Si tratta infatti di una grande sfida di innovazione e modernità giudiziaria che le persone coinvolte devono essere pronte a seguire nell'interesse di un servizio-giustizia più moderno e di una pace sociale.

MARIE LINE KARAM*

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION:
A NECESSITY TO REACH A PEACEFUL WORLD

ABSTRACT:

Evolution and globalization led to the creation of a new world order. The traditional legal system internationally recognised is not anymore compatible with the requirement of the current order. Based on this reality, an alternative must be searched; The peaceful means of settlement are the solution after their adaptation.

KEY TERMS:

International legal system – Alternative dispute resolution – peace – conflicts – Effectiveness of international law.

METHOD OF WORK:

The study will be based on a creative analysis approach based on evidence.

Analysis.

When we try to describe the situation at the International level today, the first idea that we have in mind is “crisis”. The International community is facing today one of the most critical phases in the modern history. The impact of the current situation is not limited to one 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.

* Phd International Law, International Arbitrator & Mediator, Professor of Law.

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 of all 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. Concretely speaking, the effectiveness of international law requires a neutral and objective 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 unique way to protect 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 objective 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 International community 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. In fact, we have to take into consideration a very important reality: conflict is a human universal issue. The sources of conflicts differ but conflict is often perceived as a symptom of the need for change. Violation of human rights, economic crisis, political systems, environment and natural resources are considered as some of the factors leading to wars and military conflicts. However, while conflict can lead to separation, hostility, civil strife, terrorism and war, it can also stimulate dialogue, fairer and more socially just solutions. It can lead to stronger relationships and peace. Some experts consider that conflict can and should be fully resolved. Others consider that the resolution of any conflict depends on the reasons behind; based on this fact, sometimes it's impossible to solve the conflict peacefully. In reality, the two visions are considered as extremists: we cannot predict a positive or negative approach without studying the facts and the context.

In other terms, the solution of any conflict depends on the "effective remedy". What is the effective remedy? The effective remedy is the solution that lead to the most equitable, fast, less expensive and long term compromise. To discover it, we must study the constitutive element surrounding any conflict. If we consider for instance the most dangerous issue facing the international community: terrorism. Dealing with the terrorism as an "ordinary crime" is ignoring the real nature of this threat. Even if the judges apply the competent rule of law and impose the legal sanction as mentioned in the criminal code, it doesn't mean that the issue of terrorism in the country or in the world is solved. In other terms , putting the "terrorist" in jail , or enforcing a capital

punishment as sanction is not the solution: based on this matter, the “effective remedy” must be searched in order to find a final solution to the conflict and to prevent any further conflict.

The nature of conflicts and the methods of resolving conflict differ from one socio-cultural context to another. Conflict usually erupts because of different interpretations regarding data, issues, values, interests and relationships. The difference in interpretation reflects normally different values and visions. It is practically impossible to solve any conflict without focussing on common points and reducing the impact of differences. There is different means to resolve conflicts, the most important point is to recognise the necessity of finding an alternative to aggression and violence.

There is no magic formula about the adequate mean to be used but it depends on the cases. To conclude we can say that the world has transformed rapidly since the end of the Cold War. An old system is gone and, although it is easy to identify what has changed, it is not yet clear that a new system has taken its place. Old patterns have come unstuck, and if new patterns are emerging, it is still too soon to define them clearly. The list of potentially epoch-making changes is familiar by now: the end of a unipolar dominance, a new wave of human rights activists, increasing globalization of information and economic power, more frequent efforts at international coordination of security policy, a rash of sometimes-violent expressions of claims to rights based on cultural identity, and a redefinition of sovereignty that imposes on states new responsibilities to their citizens and the world community.

These changes impose an “adaptation” of the traditional system and the emergence of flexible means to resolve conflicts. The implementation of these peaceful means depend first on the will of its subjects. Maybe the failure of the international legal system led to this alternative guided and oriented by “the people to the people”.

References:

- J. LYNCH, *ADR and Beyond: a Systems Approach to Conflict Management*, in *Negotiation Journal*, vol. 17, Number 3, July 2001, p. 213.
- U. WILLIAM, R. FISHER, B. PATTON, *Getting to Yes*, Penguin Group, 1981.
- G. GOLDERMAN, B. CONNOLLY, *Middle Eastern Politics*, July 2017.
- G. IRANI, *Islamic Mediation Techniques for Middle East Conflicts*, in *MERIA Journal*, vol. 3, June 1999, pp. 1-17.
- H.H. SAUNDERS, *A Public Peace Process: Sustained Dialogue to Transform Racial and Ethnic Conflicts*, St. Martin's Press, New York, 1999.
- T.C. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 1960.
- P.C. STERN., D. DRUCKMAN, *Has the earthquake of 1989 toppled international relations theory? Peace Psychology Review*, n.1, 1995, pp. 109-122.
- P. WALLENSTEEN, M.SOLLENBERG, *The end of international war? Armed conflict 1989–1995*, in *Journal of Peace Research*, n. 33, 1996, pp. 353-370.
- F.G. GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Sep 2, 1999.

ANNA MARIA SINISCALCHI

LA RESPONSABILITÀ MEDICA E LA TUTELA DEL PAZIENTE*

SOMMARIO: 1. - Il nuovo assetto della responsabilità civile del medico. - 2. Gli orientamenti della giurisprudenza. - 3. La decontrattualizzazione della responsabilità del medico e la tutela del paziente.

1. *Il nuovo assetto della responsabilità civile del medico.* – Nella relazione che mi accingo a svolgere affronterò il tema della responsabilità medica e della tutela del paziente alla luce della recente riforma sanitaria Gelli-Bianco e ripercorrerò le linee evolutive che hanno portato all'attuale scelta normativa di dar vita ad un c.d. "doppio binario", riconducendo, in forza della previsione contenuta nell'art. 7, la responsabilità della struttura e del medico libero professionista nell'ambito della responsabilità contrattuale e attraendo, al contrario, la responsabilità del medico di cui la struttura si avvale in quella extracontrattuale. Svolgerò il discorso con riferimento al medico nella consapevolezza, tuttavia, della portata più estesa della norma, la quale ha riguardo agli esercenti la professione sanitaria in generale.

Dichiaro subito in apertura del discorso che, non potendo affrontare tutti i problemi interpretativi posti dall'art. 7 della legge, proverò solo a fornire una risposta ad una domanda tanto semplice quanto fondamentale in un'analisi che intende incentrare l'attenzione sul rapporto tra responsabilità medica e tutela del paziente. E cioè se l'art. 7 abbia inciso sul livello di tutela accordata al paziente prima della sua introduzione.

Domanda inevitabile se si considera che ormai da tempo un'idea ampiamente consolidata aveva condotto al superamento dell'impostazione tradizionale che distingueva la responsabi-

* Relazione tenuta al Convegno internazionale *Qualità ed effettività nelle tutele extragiudiziali dei diritti: quali scelte condivise per migliorare la giustizia?*, Cagliari, 27-29 settembre 2019.

lità del medico libero professionista da quella del medico dipendente, contrattuale la prima, extracontrattuale la seconda¹, e aveva equiparato le due fattispecie applicando ad entrambe la disciplina della responsabilità contrattuale². Con la legge Gelli-Bianco si ripropone, dunque, la differenza disciplinare iniziale, circostanza che ha indotto più di un autore a parlare di “ritorno al passato”³.

Se poi davvero di ritorno al passato si tratti è tutto da verificare in quanto sarebbe un’operazione poco convincente dare per scontato che la differenziazione del regime di responsabilità prevista dalla nuova legge debba essere intesa come una mera riproposizione di vecchie e ormai obsolete ricostruzioni senza

¹ Cfr. A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, pp. 2 s., il quale evidenzia come la posizione tradizionale distingueva la responsabilità della Casa di cura, con cui intercorreva il rapporto contrattuale, da quella del medico “responsabile nella veste di un *quisque de populo*, in base alla *regula aurea* del fatto illecito extracontrattuale”.

Sul punto v. anche G. COMANDÈ, L. NOCCO, *La responsabilità dell’esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Milano, 2017, pp. 264 s., i quali ripercorrono l’evoluzione intervenuta con riferimento alla responsabilità del medico e degli esercenti l’attività sanitaria che operano nella struttura.

² Si tratta, come è noto, di una tesi che si è consolidata dopo Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in applicazione della teoria del contatto sociale qualificato. Sul punto v. *infra*, § 2 e nota 8. In dottrina cfr. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 554, il quale fa notare come il medico, pur non obbligato alla prestazione nei confronti del paziente, ingenera in esso quell’«affidamento in misura rilevante» che il nuovo § 311 III BGB pone a fondamento autonomo di una responsabilità da violazione di un rapporto obbligatorio costituito di soli obblighi di protezione.

³ C. GUERRIERO, *Il disegno di legge Gelli cambia i connotati della responsabilità medica*, in www.iurisprudenzia.it, p. 7, la quale sottolinea come la previsione di un doppio binario sia stata oggetto di critiche da parte della dottrina sia sotto il profilo della legittimità costituzionale che sotto quello della tutela del paziente. Valuta positivamente la scelta operata dalla legge in quanto il ritorno all’antico non sarebbe altro che “una piana riconduzione al regime di responsabilità per come scritto nei codici, al riparo da certi abusi indotti dalle eccentriche teorie del contratto sociale”. M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 82.

considerare le ragioni su cui si fonda e dunque senza valutare se tali ragioni possano ritenersi in qualche modo coincidenti con quelle che avevano caratterizzato le scelte originarie⁴.

2. *Gli orientamenti della giurisprudenza.* – Iniziamo l'analisi partendo dall'impostazione tradizionale secondo la quale si applica al medico dipendente la disciplina della responsabilità extracontrattuale e al medico libero professionista quella della responsabilità contrattuale.

Al riguardo possiamo affermare che l'impiego di regole differenziate nonché l'interpretazione assai prudente della giurisprudenza nel riconoscere fattispecie di responsabilità del medico è indice di un momento storico nel quale le esigenze di protezione del paziente, seppure avvertite, si scontrano con l'idea dominante della sussistenza tra medico e paziente di un rapporto inevitabilmente asimmetrico⁵. La posizione di supremazia del professionista emerge chiaramente nella libertà di scelta degli strumenti di cura che gli è riconosciuta e nella presenza di alcuni ambiti di vera e propria impunità. Emblematico, al riguardo, è stato il trattamento riservato al danno da violazione del consenso informato,

⁴ Ritengono che non sia corretto parlare di "ritorno al passato" B. MARUCCI, *La riforma sanitaria Gelli-Bianco. Osservazioni in tema di responsabilità civile*, Napoli, 2018, pp. 118 s., la quale sottolinea come la scelta del doppio regime di responsabilità si collochi nell'ambito "di un quadro complesso e organico che caratterizza (...) il neo provvedimento"; G. ALPA, *Dal medico all'équipe, alla struttura, al sistema*, in *La responsabilità sanitaria, Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pisa, 2017, p. 228.

⁵ Se dovessimo volgere lo sguardo indietro potremmo cogliere il radicale mutamento di prospettiva rispetto alle posizioni sostenute fino agli anni '70, dalle quali emergeva chiaramente un'impostazione paternalistica del rapporto di cura. Sul tema cfr. C. PILIA, *La tutela contrattuale della personalità nel trattamento medico*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, pp. 1445 s., il quale evidenzia come "L'autoritarismo, altrimenti detto paternalismo, del sistema si traduceva con riferimento alla posizione del medico nell'attribuzione di una forte supremazia, quasi, una vera e propria potestà curativa verso il paziente". Nella stessa prospettiva M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2016, pp. 251 s., secondo cui nel modello tradizionale il paziente risultava un soggetto piuttosto passivo che era destinatario delle scelte del sanitario anche nelle ipotesi in cui entrava in gioco un problema di qualità della sua vita.

al quale solo negli ultimi anni è stata riconosciuta quella rilevanza e autonomia che in origine gli era stata negata⁶.

⁶ Si pensi all'evoluzione intervenuta sul tema, sia in dottrina che in giurisprudenza, la quale ha profondamente modificato l'idea iniziale che poneva il diritto all'informazione in una posizione ancillare rispetto al diritto alla salute. L'analisi degli studi degli ultimi anni dimostra come si sia pienamente compiuto il processo che progressivamente ha condotto al riconoscimento di una piena autonomia del diritto all'informazione e che ha consentito di riconoscere la risarcibilità del danno da violazione del consenso informato pur in assenza di un danno alla salute. Sul punto cfr. M. PARADISO, *La responsabilità medica tra conferme giurisprudenziali e nuove aperture*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 711, per il quale è necessario "rimarcare che l'informazione si configura come obbligo distinto e autonomo". Sul tema cfr. R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, pp. 32 s., il quale chiarisce come il diritto ad esprimere il consenso al trattamento sanitario tutela valori differenti "rispetto alla mera intangibilità del corpo e alla tutela della salute". Afferma che "l'autodeterminazione è un bene giuridico diverso dalla salute" T. PASQUINO, *Consenso e rifiuto nei trattamenti sanitari: profili risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 168, la quale sottolinea che la giurisprudenza più avveduta ha evidenziato da tempo come "sia possibile individuare due diverse e distinte posizioni di tutela del paziente: l'una rappresentata dal diritto all'autodeterminazione, l'altra, costituita dal diritto alla salute"; A.M. SINISCALCHI, *Consenso informato, mutamento dell'intervento chirurgico e suo esito positivo: vecchi problemi e nuove prospettive*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, II, Napoli, 2017, pp. 1183 s.; ID., *Il consenso informato nell'attività medica*, in *Diritto privato e interessi pubblici*. Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini, a cura di N. Corbo, M. Nuzzo e F. Ricci, I, Roma, 2016, pp. 353 s.; ID., *Chirurgia estetica e responsabilità per violazione dell'obbligo informativo*, in *GiustiziaCivile.com*, 2015, pp. 1 s.

In giurisprudenza si ricorda la fondamentale decisione della Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4952, secondo la quale "il consenso informato (...) pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto se è vero che ogni individuo ha il diritto ad essere curato, egli ha altresì il diritto di ricevere le opportune informazioni (...) che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale" e della Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 783 s., con nota di S. CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*; e di A. SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento non autorizzato*, che chiaramente evidenzia come "la mancanza del consenso può assumere rilievo a fini risarcitori, benché non sussista lesione alla salute (...) o se la lesione della salute non sia causalmente ricollegabile alla lesione di quel diritto, quante volte siano configurabili conseguenze pregiudizievoli (di apprezzabile gravità, se integranti un danno non patrimoniale) che siano derivate dalla violazione del

In un contesto così caratterizzato, nonostante l'esperienza dell'azione di responsabilità verso il medico c.d. "strutturato" comporti un più gravoso onere probatorio e sia soggetta ad un termine prescrizione più breve, la tutela assicurata al paziente viene ritenuta complessivamente adeguata.

Del resto, tale impostazione risulta pienamente coerente con le regole codicistiche che ravvisano una responsabilità contrattuale in presenza di una preesistente obbligazione e la escludono laddove manchi un rapporto contrattuale.

Nel tempo tuttavia si riscontra un'insoddisfazione per tale assetto ricostruttivo il quale, al di là della sua coerenza rispetto al classico riparto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, appare sempre meno adeguato a tutelare il paziente in un contesto dove mutano i presupposti originari del rapporto di cura e si supera la visione c.d. "paternalistica" in favore di quella caratterizzata dalla c.d. "alleanza terapeutica".

Si tratta di un processo lento ma costante, il cui effetto è dato riscontrare nel mutamento di posizione della giurisprudenza.

Sono a tutti note quelle decisioni che dalla fine degli anni '80, sovvertendo la posizione precedente, ricostruiscono il rapporto tra medico dipendente e paziente come un rapporto soggetto alle regole contrattuali⁷, così come sono ben chiari gli ef-

diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato". Di recente affermano chiaramente l'autonomia del diritto all'autodeterminazione dal diritto alla salute Cass., 5 luglio 2017, n. 16503; Cass., 23 marzo 2018, n. 7248; entrambe in www.cassazione.net; Cass., 13 aprile 2018, n. 9179, in www.federalismi.it.

⁷ Cfr., per tutte, Cass., 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2296, con nota di A PRINCIGALLI, *Medici pubblici dipendenti responsabili come liberi professionisti?*, la quale ha equiparato la natura della responsabilità dell'ente ospedaliero gestore di un servizio pubblico sanitario e del medico dipendente. Secondo la Corte per l'art. 28 Cost., "accanto alla responsabilità dell'ente esiste la responsabilità del medico dipendente. Responsabilità che hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente della prestazione sanitaria da parte del medico dipendente, nell'ambito dell'organizzazione sanitaria. Pertanto, stante questa radice comune, la responsabilità del medico dipendente è, come quella dell'ente pubblico, di tipo professionale; e vanno applicate anche ad essa, analogicamente, le norme che regolano la responsabilità in tema di prestazione professionale medica in esecuzione di un contratto d'opera professionale".

fetti che la scelta operata dalla giurisprudenza con la sentenza della Cassazione n. 589/1999,⁸ avrebbe determinato sugli assetti successivi. La teoria del contatto sociale qualificato, infatti, dopo iniziali oscillazioni giurisprudenziali⁹, si sarebbe col tempo sempre più consolidata, giustificando, sulla base dell'affidamento ingenerato nel paziente che entra in rapporto con il medico c.d. "strutturato", l'applicazione delle stesse regole dettate per il medico libero professionista¹⁰.

Grazie a questa posizione giurisprudenziale le esigenze di tutela cominciano a trovare soddisfazione, tuttavia ancora incompiuta, che si realizza in modo pieno con la progressiva riduzione di rilevanza della distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato e con la uniformazione del regime dell'onere della prova.

⁸ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, la quale ritiene di condividere la tesi secondo cui "nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da «un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto», in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale". La sentenza può leggersi in *Resp. civ. prev.*, 1999, pp. 661 ss., con nota di M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*; in *Foro it.*, I, 1999, cc. 3332 s., con nota di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*; in *Danno e resp.*, 1999, pp. 781 s., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scienza iuris e regole di formazione giurisprudenziale*; *ivi*, pp. 294 s., con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, pp. 441 s., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

⁹ Sul punto F. DI CIOMMO, *"Uno, nessuno centomila": troppe ipotesi ricostruttive (e poche certezze) intorno alla responsabilità del medico ospedaliero*, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 1249 s.

¹⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 559, il quale fa notare come "In questo quadro ormai sufficientemente sedimentato, nel quale la responsabilità del medico connotata in esito a una prestazione obbligatoria, si qualifica come contrattuale, è piombata all'improvviso e inopinatamente la regola contenuta nell'art. 7, co. 3, l. 24/2017, che in maniera che possiamo definire solo disarmante, perché ignara delle partizioni fondamentali della responsabilità civile e dei suoi presupposti, sembra qualificare la condotta dannosa del medico alla stregua di un qualunque fatto illecito".

Con riferimento a quest'ultimo profilo, mi limito a richiamare la distinzione impiegata in giurisprudenza tra interventi di facile e difficile esecuzione con l'introduzione nel primo caso di una presunzione di colpa del sanitario in caso di un esito negativo dell'intervento¹¹, nonché l'impiego, in una fase successiva, del criterio della vicinanza della prova¹², secondo il quale, indipendentemente dalla natura dell'obbligazione – di mezzi o di risultato –, la prova viene fatta gravare sul soggetto che è nella condizione più agevole per fornirla, con la conseguenza che spette-

¹¹ Orientamento inaugurato da Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 953; e in *Foro it.*, I, 1979, c. 4.

¹² Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, I, 2002, c. 769, con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Contratti*, 2002, p. 113, con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Studium iuris*, 2002, p. 389, con nota di M. FARNETI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, p. 707, con nota di G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2002, p. 355, con nota di B. MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Dir. giust.*, 2001, p. 24, con nota di M.R. SAN GIORGIO, *Contratti: al debitore (convenuto) tutto l'onere di provare l'adempimento*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1569, con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento ed onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 788 s., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*, *ivi*, pp. 871 s., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, *ivi*, pp. 1002 ss., con nota di M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, pp. 612 s., con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione*, in *Resp. civ.*, 2008, pp. 687 s., con nota di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza alla prova" e il riparto dell'onere probatorio*, *ivi*, pp. 397 ss. con nota di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, *ivi*, 2009, pp. 221 s., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 856, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, in *Giur. it.*, 2008, pp. 1653 ss., con nota di A. CIATTI; *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, pp. 2197 s., e con nota di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, pp. 2197 s., in *Obbl. e contr.*, 2008, pp. 195 s., con nota di L. RUBINO, in *Foro it.*, I, 2008, c. 455, con nota di A. PALMIERI.

rà al medico provare di aver adempiuto diligentemente alla prestazione o che l'esito negativo dell'intervento non dipende da un fatto a lui imputabile.

L'evoluzione intervenuta nel settore della responsabilità medica, dunque, è il riflesso anche di un mutamento culturale che ha condotto all'applicazione di quelle regole giuridiche che sono apparse più coerenti con la richiesta crescente di tutela del paziente, ormai ricondotto nella categoria dei soggetti deboli meritevoli di particolare protezione¹³.

Senonché il processo lineare e costante appena richiamato ha subito un arresto quando si sono cominciati a ravvisare i primi effetti distorsivi del sistema, individuati nell'incremento delle richieste risarcitorie non sempre dotate di un adeguato fondamento giuridico ma comunque in grado di generare, sempre più di frequente, il ricorso, da parte dei medici, agli strumenti della c.d. "medicina difensiva", con aumento notevole dei costi sanitari¹⁴.

3. *La decontrattualizzazione della responsabilità del medico e la tutela del paziente.* – Le ragioni appena sottolineate hanno imposto un ripensamento della materia della responsabilità medica. Il punto di arrivo è stato rappresentato dalla scelta di un

¹³ Osserva G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 356, che "La responsabilità medica è lo specchio del tempo che oscilla fra la centralità della persona e la ricerca di un equilibrato e sostenibile criterio risarcitorio".

¹⁴ Sul punto cfr. F. GELLI, M. HAZAN, *La riforma "Gelli", principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, cit., p. 4; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 75 s., il quale evidenzia come negli ultimi anni si fosse incrinato il patto di fiducia tra di medico e paziente e si fosse diffuso un approccio culturale di rifiuto dell'insuccesso medico spesso bilanciato da pretese risarcitorie infondate; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in www.rivistaresponsabilitàmedica.it, p. 36, il quale rileva come la teoria del contatto sociale abbia prestato il fianco alle critiche proprio in ragione delle conseguenze cui ha condotto sul piano pratico e applicativo. Secondo l'A., la preminente attenzione alla tutela del paziente ha dato luogo ai fenomeni della medicina difensiva sia negativa che attiva, all'aumento dei costi sanitari e dei premi assicurativi.

“doppio binario” di responsabilità, come risulta chiaramente dalla previsione contenuta nell’art. 7, rubricato “Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria”.

La disposizione, per un’adeguata comprensione, deve essere letta nel complesso e innovativo sistema in cui si inserisce, dal quale emergono chiaramente le nuove finalità ed i nuovi obiettivi che la riforma si pone.

In primo luogo, al centro del sistema viene collocata la gestione e prevenzione del rischio sanitario come strumento fondamentale per evitare le criticità e ridurre il contenzioso, il cui contenimento, peraltro, si attua anche attraverso il tentativo di indirizzare le azioni di responsabilità nei confronti della struttura al fine di tutelare i sanitari dall’eccessivo contenzioso promosso nei loro confronti e ridurre l’impiego della medicina difensiva e i relativi costi¹⁵.

In questo contesto assume nuovamente un ruolo centrale l’inquadramento della responsabilità medica e si decide senza indugio che la scelta più coerente con l’impianto complessivo della legge sia rappresentata dalla sottrazione degli esercenti la professione sanitaria, di cui la struttura si avvale, dal regime di responsabilità contrattuale, includendo nella categoria, nel tentativo di evitare incertezze e dubbi interpretativi, anche quelli “scelti dal paziente e ancorché non dipendenti dalla struttura stessa”, così come quelli che operano “in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina”.

L’impatto della norma è indubbiamente forte anche perché sembra segnare la “morte” della consolidata, sebbene non esen-

¹⁵ Sul punto cfr. U. RUFFOLO, B. GRAZZINI, *Il problema della responsabilità medica*, in AA.VV., *La nuova responsabilità medica. Le responsabilità della struttura e quelle del medico (“strutturato” e non). Le linee guida – Il consenso informato – La privacy, le nuove frontiere: artificial intelligence, staminali, product liability, medicina “estetica”, i profili processuali*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2018, pp. 3 s., i quali sottolineano come opportunamente si pone fine ad un “anacronistico quanto illogico privilegio accordato nella pratica alla responsabilità personale, e per colpa, sia contrattuale che extracontrattuale, del singolo operatore sanitario, trascurando o ponendo in secondo piano la responsabilità delle strutture sanitarie”.

te da critiche, teoria del contatto sociale nel settore della responsabilità medica.

Invero un esito non diverso si sarebbe potuto ottenere con una lettura strettamente fedele al richiamo operato dall'art. 3 della legge Balduzzi all'art. 2043 c.c., cosa che però non è accaduta, grazie anche all'ambiguità della sua formulazione.

Invero parte della dottrina e della giurisprudenza, tra cui quella di legittimità¹⁶, avevano ridimensionato il richiamo effettuato dall'art. 3 all'art. 2043 c.c.¹⁷, sicché accadeva di frequente che si continuasse a ricondurre la responsabilità del medico dipendente dalla struttura ospedaliera alla responsabilità da contatto sociale.

Non deve pertanto meravigliare che in sede di riforma si sia voluto evitare il rischio che si ripresentassero interpretazioni della norma volte a vanificarne la portata tanto è vero che oltre alla chiara e analitica previsione delle fattispecie ricadenti nel suo ambito applicativo si è ritenuto, con una formula di sicura incisività, di affermare il carattere imperativo delle norme contenute nell'art. 7¹⁸.

Concludo il ragionamento cercando di formulare una risposta al quesito che avevo posto in apertura del discorso circa gli effetti della previsione dell'art. 7 sul livello di tutela riconosciuta al paziente prima della sua introduzione.

Sotto questo aspetto, le posizioni emerse in dottrina, pur variamente articolate, sono comunque riconducibili a due linee di pensiero fondamentali che, in qualche modo, riflettono la valutazione più o meno positiva della riforma intesa nel suo complesso.

¹⁶ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, p. 25, in *Danno e resp.*, 2013, p. 367, Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2014, p. 909, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 803, in *Foro it.*, I, 2014, c. 1413.

¹⁷ Sul dibattito in ordine al significato da assegnare al richiamo all'art. 2043 c.c. contenuto nell'art. 3 della legge Balduzzi cfr. M. COMANDÈ, L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, cit., pp. 270 s.; B. MARUCCI, *op. cit.*, pp. 74 s.; F. ONNIS CUGIA, *Responsabilità civile del medico, responsabilità della struttura sanitaria e contratto di assicurazione dopo la legge Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1751 s.

¹⁸ Sul punto cfr. G. ALPA, *op. cit.*, pp. 229 s.

Ciò è giustificato dal fatto che il livello di tutela riconosciuto al paziente non può certo ricavarsi da una lettura dell'art. 7 slegata dal contesto in cui esso si colloca, soprattutto se si considera che la legge Gelli-Bianco ha inteso riorganizzare l'assetto globale della responsabilità civile incidendo su diversi istituti che direttamente o indirettamente concorrono a costituire lo statuto complessivo della responsabilità medica.

Se è stato rilevato che la disciplina, nonostante le buone intenzioni, presenta numerosi profili di criticità che inducono a ritenere che si siano persi "di vista gli interessi dei pazienti"¹⁹, invero non può negarsi che qualche inevitabile lacuna può essere giustificabile in ragione del notevole sforzo effettuato dal legislatore per coordinare istanze diverse e a volte contrapposte – quelle del paziente e del sanitario – nel tentativo di realizzare l'obiettivo di superare quegli effetti distorsivi del sistema che avevano in realtà condotto al paradosso di andare ben oltre l'auspicata logica dell'alleanza terapeutica e avevano finito col dare vita ad un rapporto nuovamente squilibrato questa volta a favore del paziente.

La scelta operata dunque nell'art. 7 ben si comprende.

Sotto il profilo del medico libero professionista e della struttura si riafferma esplicitamente quanto ormai sostenuto graniticamente²⁰ da tempo circa l'assoggettabilità alle regole codicistiche espresse negli artt. 1218 e 1228 c.c. La situazione, dunque, non dovrebbe cambiare in termini di tutela del paziente rispetto all'assetto preesistente, con la conseguenza che il paziente potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento e dovrà solo fornire la prova del titolo in base al quale invoca il danno e il peggioramento dello stato di salute. L'ente o il libero professionista per sottrarsi alla responsabilità dovrà dimostrare di aver adempiuto esattamente la prestazione sanitaria o che l'inesattezza della prestazione non di-

¹⁹ In tal senso R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 261 s., che ritiene tale dubbio legittimo in ragione del tentativo di soddisfare istanze differenti e non facilmente coordinabili. In un'analoga prospettiva A. PALMIERI, *La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico*, in *Questione giustizia*, 2018.

²⁰ Di posizione da anni "pietrificata nella giurisprudenza della Cassazione" parlano R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.

pende da una causa a lui imputabile²¹. L'intento peraltro di canalizzare le azioni di responsabilità verso la struttura, in coerenza con gli obiettivi della riforma, oltre che dal più agevole meccanismo probatorio previsto per le azioni risarcitorie intentate verso di essa, anche per l'attività inadeguata svolta dal sanitario di cui essa si avvale, si rafforza con l'innovativa previsione di un più gravoso onere probatorio e un più breve termine prescrizione per l'azione di responsabilità indirizzata verso il medico c.d. "strutturato" secondo quanto disposto dall'art. 2043 c.c.. Il paziente, infatti, in tali ipotesi, dovrà provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e dunque la condotta colposa, il nesso di causalità e il danno, e inoltre dovrà far valere la sua pretesa nel più breve termine quinquennale di prescrizione.

Se il maggiore carico probatorio di cui è gravato il paziente risulta pienamente conforme con l'obiettivo, già richiamato, di far gravare il rischio principalmente sulla struttura in coerenza con la visione globale della riforma, dalla quale emerge chiaramente l'intento di valorizzare il profilo organizzativo rispetto all'attività svolta dal singolo medico, è anche vero che una piena consapevolezza degli effetti di questa scelta si potrà avere solo sulla base delle decisioni che verranno assunte sul piano applicativo, le quali, secondo parte della dottrina, potrebbero anche finire col vanificare gli effetti che dalla riconduzione della responsabilità nell'area extracontrattuale dovrebbero logicamente derivare²².

²¹ Sul tema cfr. D. ZORZIT, F. GARZELLA, *op. cit.*, pp. 398 s., i quali evidenziano come, in base alle diverse interpretazioni dell'art. 1218 c.c., per escludere la responsabilità del sanitario la giurisprudenza a volte abbia ritenuto sufficiente la prova della condotta diligente di costui altre, invece, abbia ritenuto necessaria anche la prova che il mancato o inesatto adempimento sia dipeso da una causa non imputabile in quanto inevitabile e imprevedibile.

Con riferimento al nesso di causalità cfr., di recente, Cass., 26 luglio 2017, n. 18392; Cass., 14 novembre 2017, n. 26824; Cass., 7 dicembre 2017, n. 29315, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2018, pp. 529 s., le quali, rispetto al prevalente orientamento, hanno stabilito che l'onere della prova del nesso di causalità tra condotta e danno debba gravare sul soggetto danneggiato. Le sentenze richiamate sono state oggetto di commento da parte di M. FACCIOLI, *Nesso causale e onere della prova nella responsabilità sanitaria*, *ivi*, pp. 540 s.

²² Sul punto cfr. le considerazioni svolte da M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. medica. Dir. e prat. clinica*, 2017, pp. 10 s., il

Se tuttavia la volontà di rendere nuovamente marginale, sul piano concreto, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in controtendenza con la volontà espressa nella riforma, fosse giustificato dalla necessità di evitare la compromissione delle esigenze di tutela del paziente, non si sarebbe a mio avviso sulla strada giusta.

Tra tante incertezze, che legittimamente possono sollevarsi in presenza di una legge nuova che incide profondamente sugli equilibri raggiunti faticosamente in precedenza, almeno una certezza mi sembra possa individuarsi.

La riforma non intende ridurre il livello di tutela precedentemente attribuito al paziente, esito che non potrebbe trovare alcuna giustificazione nel contesto socio-culturale attuale, espressione di un processo lungo e impegnativo che ha portato ad acquisire consapevolezza del ruolo centrale svolto dal paziente nella relazione di cura. Semplicemente la riforma mira a intervenire sugli strumenti di tutela messi a disposizione delle vittime di un errore sanitario, modificando alcuni di quelli in uso e prevedendone di nuovi nel tentativo di eliminare, come più volte sottolineato, gli elementi di criticità emersi negli ultimi anni. Ed è proprio in questa dimensione che deve cogliersi il senso della previsione del doppio regime di responsabilità, che si giustifica dunque per una *ratio* profondamente diversa rispetto a quella che ne aveva caratterizzato l'impiego iniziale. Così pure vanno lette tutte le novità introdotte nel sistema, tra cui quelle previste in ambito assicurativo nonché quelle relative agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, fondamentali per rendere più agevole la soddisfazione del paziente danneggiato e la riduzione del contenzioso.

quale, sulla base di articolate motivazioni, dubita che la configurazione della responsabilità in termini extracontrattuali darà luogo ad un cambiamento del riparto dell'onere della prova modificando una prassi consolidata da decenni; R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 453 s., secondo il quale "Se è vero che nell'ambito della responsabilità civile spetta di massima al danneggiato provare la colpa quale elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, è altrettanto vero – come notato – che grazie al criterio ancorato alla vicinanza della prova e alla verosimiglianza del rapporto eziologico tra intervento maldestro del medico e pregiudizi subiti dal paziente, la linea di confine *in subiecta materia* fra *neminem laedere* e obbligazione contrattuale tende, in termini realistici, a diradarsi".

LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ*

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LA LEY 1/2009,
DE 27 DE FEBRERO, REGULADORA
DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA:
ASPECTOS JURÍDICOS Y METODOLÓGICOS

SUMARIO: 1. Mediación y Derecho de familia. - 2. La mediación familiar en la ley 1/2009, de 27 de febrero, *reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía*. - 2.1. Concepto de mediación familiar. - 2.2. Objeto de la mediación familiar. - 3. El procedimiento de mediación familiar en la ley andaluza. - 3.1. Preliminares y reunión inicial informativa. - 3.1.1. Derechos y deberes de los mediados. - 3.1.2. Principios rectores de la mediación. - 3.1.3. Características y duración del procedimiento. - 3.2. Desarrollo del procedimiento. - 3.2.1. Delimitación de las cuestiones a tratar y elaboración de la agenda. - 3.2.2. Exploración de alternativas y generación de opciones. - 3.2.3. Negociación del acuerdo. - 3.3. Fase final: Formalización del acuerdo. Supervisión y seguimiento.

RESUMEN:

En el presente artículo se analiza el procedimiento de mediación familiar que regula la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, haciendo especial referencia a las peculiaridades que la distinguen de otras normativas autonómicas y de la ley estatal. Se trata de construir el marco normativo a la luz de las últimas reformas legislativas y establecer la metodología del proceso de mediación que mejor se adapta a los conflictos que se producen en el ámbito familiar.

ABSTRACT:

In this article we analyze the family mediation procedure regulated in the Andalusian Family Mediation Act, making special reference to the peculiarities that distinguish it from other autonomic

* Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

norms and state regulations. We are going to build the normative framework after the latest legislative reforms and delimit the methodology of the mediation process that best adapts to conflicts that occur in the family environment.

PALABRAS CLAVE:

mediación familiar, medios alternativos de resolución de conflictos, procedimiento de mediación, Derecho de familia.

KEYWORDS:

family mediation, alternative dispute resolution, mediation procedure, Family Law.

1. *Mediación y Derecho de familia.* – No cabe duda de que existe un cierto paralelismo entre la cada vez mayor presencia de la mediación como método alternativo de resolución de los conflictos en el ámbito familiar y las transformaciones experimentadas en la familia tanto en su configuración social como en su regulación jurídica. Si analizamos las modificaciones del Derecho de familia de los últimos 40 años, constatamos cómo desde la entrada en vigor de la Constitución Española hay dos elementos que se erigen como ejes conductores de todo el sistema de reformas: el progresivo reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar y la consagración y respeto de los derechos fundamentales de los miembros de la familia. El avance del primero no sólo ha significado un mayor margen de libertad para autorregular los propios intereses dentro de la estructura familiar, sino que también ha tenido aplicación en un momento clave como es la gestión de su crisis. Además, ha provocado la extensión hasta límites inconclusos del propio concepto de familia, que de ser unívoco y comprender únicamente a la familia matrimonial, ha pasado a englobar múltiples modelos familiares. El pleno reconocimiento de los derechos fundamentales a los integrantes del grupo familiar ha generado, entre otras muchas consecuencias, un nuevo modo de relacionarse entre los mismos, que lejos ya del obligado sometimiento al paterfamilias propio de otras épocas no tan lejanas, supone la concurrencia de distintas opiniones y pareceres y por consiguiente, la aparición de nuevos conflictos.

No es de extrañar, por tanto, que algunos autores mencionen incluso las principales leyes modificadoras del Derecho de familia español (leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981) como las precursoras de la mediación en nuestro País¹. Y es precisamente en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil en materia de separación y divorcio, donde el legislador se refiere expresamente a la mediación como vía de solución de conflictos en materia de familia. En la citada norma se modifica el art. 770.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para permitir que las partes soliciten la suspensión del procedimiento judicial de separación o divorcio con el objetivo de someterse a mediación, se modifica asimismo el art. 777 LEC, donde se menciona el acuerdo de mediación como fundamento de la propuesta de convenio regulador presentado por los cónyuges en el procedimiento de divorcio por mutuo acuerdo, y en la Disposición final tercera se insta al Gobierno para la creación de una ley nacional de mediación.

Como decíamos, los cambios sociales de las últimas décadas (la incorporación de la mujer al mercado laboral, el control de la natalidad, la coexistencia de distintos modelos familiares, la mayor autonomía de los menores, la consagración de una paternidad/maternidad intencional con independencia del dato biológico, y tantos otros)² y las modificaciones legislativas (fruto del reconocimiento de los derechos de igualdad y libertad personal, fundamentalmente)³ han incidido directamente en las di-

¹ CARRETERO MORALES alude a la Ley de 7 de julio de 1981 y considera que la aprobación del divorcio abre nuevas posibilidades para la mediación (*La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 88); L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pp. 110-317; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dir.), *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, La Coruña, 2010, pp. 140, 141.

² LUQUIN BERGARECHE se refiere a la *familia negociadora* y alude a los principales cambios que se han producido en el ámbito de la familia y que han contribuido a perfilar este modelo (*Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 18 ss.).

³ L. LÓPEZ DE LA CRUZ, *La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares* (La nueva redacción

námicas familiares, viéndose afectados los roles que asumen los distintos miembros de la familia, acrecentando su independencia y autonomía, y provocando a su vez que de manera paulatina se vaya asumiendo el protagonismo y la responsabilidad de gestionar los conflictos surgidos en el seno familiar. Todo ello ha propiciado que se perciba la mediación como una alternativa factible frente a los procedimientos heterocompositivos de resolución de conflictos y, en particular, el procedimiento judicial.

Se ha dicho que la mediación, y en particular la mediación familiar, ofrece una serie de ventajas a los interesados, entre las cuales se encuentra dotarles de un mayor protagonismo y responsabilidad en la gestión de los asuntos que les afectan. Son los mediados quienes asumen directamente la administración de sus propios intereses y son ellos quienes acuerdan la solución más adecuada al conflicto. La decisión de no judicializar el problema puede asimismo disminuir la confrontación existente entre ellos, el uso de herramientas y habilidades para la gestión de conflictos podría servir para mejorar la relación personal hacia el futuro, y el hecho de ser la mediación un procedimiento más flexible y creativo puede hacer disminuir la carga emocional y resultar menos doloroso que un procedimiento judicial, además de menos costoso desde el punto de vista económico⁴.

De este modo, la mediación familiar ha sido considerada una cada vez más valiosa herramienta para atenuar la conflictividad en el seno de las relaciones familiares, y los distintos Parlamentos autonómicos, tras la pionera Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña⁵, han ido incorporando a su acervo legislativo sucesivas leyes reguladoras de la mediación

del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio), *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2007, pp. 3 ss.; "La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, nº 2, abril-junio 2009, pp. 713 ss.

⁴ R. LUQUIN BERGARECHE, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., pp. 92 ss.

⁵ Sustituida por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado.

familiar⁶, que coexisten con las disposiciones propias del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de mediación estatal (Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles)⁷. Esta diversidad legislativa, al tratarse de normas no siempre coincidentes en cuestiones tanto de forma como de fondo, ha provocado conocidos desajustes y problemas de coordinación en la materia, que no siempre han sido resueltos con solvencia por parte de los operadores jurídicos⁸.

⁶ Las CC.AA. han procedido a legislar sobre mediación familiar en sus respectivos territorios, en algunos casos al amparo de la potestad legislativa reconocida por el art. 149.1.8ª CE y en otros, aquellas que carecen de Derecho civil foral o especial propio, en virtud de la competencia que les otorga el art. 148.1.20ª en materia de asistencia social, como es el caso de Andalucía. En esta Comunidad Autónoma, el marco legislativo en materia de mediación viene configurado por el art. 17 del Estatuto de Autonomía, que garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia; el art. 61.4, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, lo que incluye las medidas de protección social y su ejecución; y el art. 150, que determina que la Junta de Andalucía podrá establecer instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía).

⁷ La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles es fruto de la transposición en nuestro ordenamiento, con cierto retraso, 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. La directiva, en calidad de norma de mínimos, ha permitido que los diferentes Estados opten por el modelo de mediación que consideren más idóneo en sus respectivos territorios. En lo que se refiere al legislador español, éste ha ampliado el ámbito de aplicación de la directiva incluyendo los asuntos civiles y mercantiles, tanto en conflictos transfronterizos como nacionales, y respecto a los primeros, tanto los que afecten a Estado miembros de la UE como a terceros países. En el art. 2 se excluye del ámbito de aplicación de la ley la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas y la mediación laboral. En cuanto a la mediación en materia de consumo, excluida originariamente, ha sido objeto de regulación en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

⁸ J.C. ORTIZ PRADILLO, *Luces y sombras de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el derecho de familia*, AA.VV. coord. por T. TORRES GARCÍA, *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 1117.

2. *La mediación familiar en la ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.*

2.1. *Concepto de mediación familiar.* – Tal y como establece el art. 2 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante LMFA), se entiende por mediación familiar “el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto”.

De la delimitación del concepto hecha por el legislador autonómico se han de señalar tres cuestiones relevantes. La primera, se excluye de la mediación familiar la gestión de los conflictos violentos. No sólo se refiere la norma a la violencia de género, que el art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género excluye expresamente de la mediación, sino también a todo supuesto de violencia intrafamiliar y contra cualquiera de sus miembros. De hecho, constituye una falta administrativa muy grave realizar actuaciones de mediación conociendo la existencia de una situación de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia, sancionado con una multa de hasta 15.000 euros y la suspensión temporal para ejercer como mediador de uno a tres años [arts. 31 i) y 33.3 LMFA]. La razón es clara, para que prospere el procedimiento de mediación familiar se requiere que las partes se hallen en un plano de igualdad y en una situación de equilibrio que garantice la libertad de los implicados a la hora de negociar un acuerdo, y en situaciones de violencia no es posible garantizar que la víctima se encuentre en condiciones mentales y emocionales apropiadas que le permitan analizar y decidir libremente la conveniencia de celebrar el acuerdo en cuestión⁹. En particular en

⁹ Se ha de recordar asimismo que el acuerdo de mediación será obligatorio para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos para la validez

situaciones de violencia de género, agresor y víctima se hallan en una situación de irremediable asimetría, donde la necesaria libertad, voluntariedad y confianza que requiere un procedimiento de mediación son absolutamente inviables¹⁰.

En segundo lugar, se refiere el legislador a los conflictos que surjan entre miembros de “una familia o grupo convivencial”. No se comprende muy bien el significado de este último término (quizá la convivencia entre un tutor y su pupilo). No parece que se refiera a parejas no casadas, puesto que hace años que quedó más que superada la idea de que la familia a la que protege el art. 39 de la Constitución Española no es sólo la familia matrimonial¹¹, y en su ámbito de protección caben muchos otros modelos familiares: familias monoparentales, a las que alude expresamente el precepto constitucional, parejas de hecho, familias recompuestas, familias de acogida, etc. Todas por tanto son modalidades de familia, que estarían incluidas en el ámbito de aplicación de la ley de mediación familiar.

En tercer lugar, la gestión de los conflictos se llevará a cabo mediante la intervención de un profesional especializado que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, asista a las partes

de los contratos [art. 26.2 LMFA], y es precisamente causa de ineficacia del contrato (anulabilidad) el hecho de que en la formación de la voluntad, una de las partes haya sufrido violencia o intimidación como vicio del consentimiento [arts. 1265 ss. del Código Civil, en adelante, CC].

¹⁰ Se manifiestan en contra de la mediación en caso de violencia de género, M. DEL POZO PÉREZ, *Es adecuada la prohibición de mediación del art. 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004*, en F. MARTÍN DIZ (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, Andavira, Santiago de Compostela, 2011, pp. 283 ss.; C. DELGADO ÁLVAREZ y A. SÁNCHEZ PRADA, *La inviabilidad de la mediación en violencia de género: claves psicológicas*, en F. MARTÍN DIZ (coord.), *La mediación en materia de familia y Derecho penal*, cit., pp. 325 ss.; F. MARTÍN DIZ, *Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos*, en M. DE HOYOS SANCHO (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 678 ss.

¹¹ Lo que no impide que la familia matrimonial goce de una especial y diversa protección, según el criterio del legislador ordinario. Sobre la cuestión, vid. A. LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 99 ss. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 29 ss, 279 ss.

y facilite la adopción de un acuerdo. La especialización del profesional de la mediación viene regulada en el art. 13 de la Ley andaluza, donde, tras su modificación por la Ley autonómica 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, se establece que deberá estar en posesión de un título oficial universitario, título de licenciatura, diplomatura, grado, o de formación profesional superior, y contar con formación específica en materia de mediación desde un enfoque interdisciplinar de carácter educativo, social, psicológico y jurídico, en línea con lo establecido en el art. 11 de la Ley de mediación estatal y los arts. 4 ss. de su reglamento de desarrollo (RD 980/2013, de 13 de diciembre, *por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*).

La formación específica exigida al mediador andaluz viene desarrollada reglamentariamente en el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, recientemente modificado por el Decreto 65/2017, de 23 de mayo. Hasta las mencionadas reformas, la disparidad de criterios a la hora de establecer los requisitos académicos y formativos para ejercer la profesión de mediador en la ley estatal y en la andaluza, incluida la preceptiva inscripción en el Registro de Mediación Familiar en esta última, ocasionaba una disfunción para aquellos profesionales que, ejerciendo en la Comunidad Autónoma, participaban tanto en procedimientos de mediación familiar, como de materias más propias de Derecho patrimonial.

Tras la reforma efectuada por el Decreto 65/2017, se distingue según la solicitud de inscripción (ahora voluntaria) en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía se realice a los efectos de publicidad e información exclusivamente o, también, a los efectos de adscripción al sistema de turnos:

en el supuesto de que el mediador se inscriba a los efectos de publicidad e información, la formación específica deberá consistir en haber superado un curso con una duración no inferior a 100 horas lectivas o su equivalente en el Sistema Europeo de Transferencia y Acumulación de Créditos (ECTS), de las cuales al menos 35 horas tendrán carácter práctico.

En el caso en que desee formar parte del sistema de turnos, deberá contar con una formación específica con una duración no inferior a 300 horas lectivas, o su equivalente en el sistema europeo (ECTS), de las cuales al menos 60 horas tendrán un contenido de carácter práctico.

Asimismo, en lo que se refiere a la formación continua, las personas mediadoras inscritas en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas, lo que coincide con lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, de desarrollo de la ley estatal de mediación [art. 5.2 y 3].

2.2. Objeto de la mediación familiar. – Una de las cuestiones más delicadas que surgen en torno a la mediación familiar se refiere a las materias que pueden ser objeto de la misma. En Derecho de familia no todo conflicto que pueda surgir en el ámbito de las relaciones familiares es susceptible de ser resuelto al margen del órgano judicial. De hecho, la Ley estatal excluye de la mediación “los derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes, en virtud de la legislación aplicable” [art. 2.1], y en el mismo sentido se manifiesta la ley andaluza [art. 1.2]. En cuanto a cuáles sean las materias excluidas, no se proporciona un elenco de las mismas, pero parece claro que no podrán ser objeto de acuerdo los estados civiles, la eficacia de la relación conyugal y paterno-filial, el contenido y extensión de las potestades familiares y demás derechos indisponibles, como el derecho de alimentos (alimentos futuros: art. 151 CC).

La Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía establece en su artículo 1 el ámbito material de aplicación de la norma, siempre en el marco del Derecho dispositivo:

- a) Los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio.
- b) Las cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia.

- c) Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras.
- d) El ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
- e) Los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas.
- f) Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el hijo o hija adoptado y la familia biológica en la búsqueda de orígenes de la persona adoptada.
- g) Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica.
- h) La disolución de parejas de hecho.

La cuestión de si se trata o no de *numerus clausus* no está resuelta, como tampoco queda muy claro si el propósito del legislador es incluir todo tipo de conflictos que se originen en el ámbito familiar o sólo aquéllos con trascendencia jurídica susceptibles de ser resueltos en la vía judicial, lo que iría más en consonancia con la finalidad que la Ley asigna a la mediación familiar (obtención de acuerdos que eviten el inicio de un procedimiento judicial o contribuyan a la finalización del ya iniciado: art. 2.2 LMFA) y la posibilidad de acceder a la mediación gratuita, cuando la persona interesada cumpla con los requisitos que establece la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (reformada en 2017) [art. 27 LMFA]¹².

3. *El procedimiento de mediación familiar en la ley andaluza.* – La ley reguladora de la mediación familiar en Andalucía desarrolla someramente en su capítulo IV el procedimiento de mediación, el cual es dividido en tres fases: una reunión inicial, la fase de desarrollo del procedimiento y la fase de finalización del mismo. A efectos puramente académicos o pedagógicos, procedemos a

¹² Como pone de manifiesto LUQUIN BERGARECHE, se ha de distinguir entre conflictos por cuestiones específicas y conflictos por conductas, y la mediación familiar debe versar sobre los primeros, o se corre el riesgo de confundir el procedimiento de mediación con la terapia familiar, que tiene una finalidad distinta y pretende resultados diversos (*Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 62).

dividir el procedimiento de mediación familiar en etapas o fases más elaboradas, que serían las que siguen:

- Preliminares y reunión inicial informativa;
- Definición de las cuestiones a tratar y elaboración de la agenda;
- Exploración de alternativas y generación de opciones;
- Negociación del acuerdo;
- Formalización del acuerdo;
- Supervisión y seguimiento.

3.1. *Preliminares y reunión inicial informativa.* – El procedimiento de mediación familiar puede ser iniciado por las partes interesadas o a instancia de una de ellas, en cuyo caso se deberá acreditar en el plazo de un mes el consentimiento de la otra a participar en la mediación [art. 20 LMFA]. No contempla la ley andaluza la posibilidad de que una parte se vea constreñida a acudir a mediación en virtud de una obligación contractual previa, tal y como establece la ley nacional [arts. 6.2 y 16.1 b) de la Ley 5/2012], lo que plantearía la duda de su admisibilidad en relación al principio de voluntariedad que debe presidir todo procedimiento de mediación¹³. Tampoco ha distinguido el legislador andaluz según la iniciativa parta de los propios mediados o a propuesta del órgano judicial o de los servicios públicos competentes. Sí hace alusión, sin embargo, a la posibilidad de que el interesado solicite el beneficio de la mediación familiar gratuita, en cuyo caso la designación del profesional de la mediación se efectuará por el órgano encargado del Registro de Mediación Familiar de Andalucía, según el turno de reparto que le corresponda. En los demás casos, las partes podrán acudir al mediador que libremente elijan o, a falta de acuerdo, aceptar aquél que les sea asignado por parte del órgano encargado del Registro [art. 21 LMFA].

El procedimiento de mediación familiar podrá iniciarse antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de éste o una vez concluido por resolución judicial firme [art. 19 LMFA]. Cuando de manera voluntaria se inicie un procedimiento de

¹³ E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., pp. 161, 242 ss.

mediación estando en curso un proceso judicial, las consecuencias que tenga sobre el mismo seguirá lo establecido al efecto en la Ley estatal (suspensión del procedimiento judicial: art. 16.3 Ley 5/2012 y arts. 19, 415 y 443 LEC).

Por las propias peculiaridades del procedimiento de mediación familiar, en el que se mezclan problemas legales y económicos con aspectos emocionales y afectivos, es muy importante que ya desde sus inicios el mediador consiga crear un clima de confianza. Especialmente si la iniciativa ha surgido sólo de una de las partes, la otra podría presentar ciertos sentimientos de recelo o escepticismo. Por ello, la correcta actitud de la persona mediadora durante las primeras tomas de contacto puede resultar muy eficaz al objeto de evitar susceptibilidades o creencias erróneas sobre la finalidad del propio procedimiento. Se aconseja comenzar explicando en qué consiste el procedimiento de mediación y cuál es su objetivo, diferenciándolo claramente de otro tipo de procesos o terapias familiares. Se debe utilizar un lenguaje inteligible con los posibles mediados, explicando en su caso el significado de los términos jurídicos, en un tono cercano y didáctico. Se ha de evitar discutir o tratar un tema concreto pues el objetivo en estos momentos iniciales es el de explicar someramente los aspectos básicos o fundamentales de la mediación para proceder, inmediatamente o en una fecha posterior, a la reunión inicial informativa¹⁴.

En la reunión inicial informativa las partes expondrán las cuestiones en conflicto y los motivos que les han llevado a la mediación familiar. El mediador concretará las cuestiones objeto de mediación y planificará las sesiones que estime necesarias. También es el momento de establecer las reglas por las que se regirá el procedimiento, entre las cuales se citan el debido respeto entre las partes y hacia la figura del mediador, la eliminación de todo tipo de violencia o comportamiento agresivo, la necesidad de que los mediados se ciñan a la veracidad de los hechos que alegan o que mantengan una actitud abierta al diálogo y una predisposición al acuerdo.

En la reunión inicial, el mediador está obligado a informar a las partes sobre: sus derechos y deberes, los principios rectores

¹⁴ En este sentido, R. LUQUIN BERGARECHE, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 129.

de la mediación, las características del procedimiento, su duración y los honorarios profesionales, en su caso [art. 22 LMFA].

3.1.1. *Derechos y deberes de los mediados.* – Son derechos de los mediados, tal y como establece la norma andaluza [art. 4]:

- Iniciar o desistir del procedimiento de mediación, en coherencia con el principio de voluntariedad de la mediación [art. 6 LMFA], solicitar al Registro de Mediación Familiar de Andalucía el listado de personas mediadoras y designar de común acuerdo al profesional que intervendrá en su proceso de mediación [art. 21.1 LMFA].
- Recibir prestación gratuita de la mediación familiar en los términos establecidos legalmente [art. 27 LMFA] o conocer el coste de la mediación [art. 16 a) LMFA].
- Recusar al mediador si concurren las causas de recusación o abstención [art. 17 LMFA].
- Conocer las características y finalidad del procedimiento [art. 16 a) LMFA].
- Ser tratados con respeto y consideración durante el procedimiento.
- Recibir copia firmada del documento de aceptación, actas de sesión inicial y final y justificante de asistencia a las sesiones [art. 16 g) LMFA].
- Presentar queja o reclamaciones por prestación inadecuada del servicio, insatisfacción con el mismo o vulneración de sus derechos.

Son deberes de los mediados [art. 5 LMFA]:

- Actuar de buena fe, de forma respetuosa y con predisposición a la búsqueda de acuerdos; y en general, cumplir con las normas fijadas para el procedimiento de mediación.
- Velar por el interés superior de los menores y de las personas en situación de dependencia.
- Satisfacer, en su caso, los honorarios y gastos.
- Asistir personalmente a las sesiones.
- Firmar el compromiso de aceptación de la mediación, los documentos de asistencia de las sesiones y las actas del procedimiento.
- Cumplir con los acuerdos adoptados.

3.1.2. *Principios rectores de la mediación.* – En lo que se refiere a los principios que rigen el procedimiento de mediación, se ha de señalar que algunos están presentes en todas las leyes autonómicas de mediación y en la ley estatal¹⁵ (como son el de voluntariedad, imparcialidad y neutralidad, o confidencialidad), mientras otros varían en función de la ley de que se trate.

En el capítulo segundo de la Ley 1/2009 se recogen los principios que rigen la mediación familiar en Andalucía: voluntariedad, imparcialidad y neutralidad, confidencialidad, protección de los menores y personas dependientes, carácter personalísimo, buena fe y flexibilidad.

a) La voluntariedad supone el punto de partida de todo proceso de mediación y enlaza directamente con el principio de autonomía de la voluntad [art. 1255 CC] que, como se ha dicho, asume cada vez mayor protagonismo en el seno de las relaciones familiares. De hecho, ya en 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 se establecía en su Considerando 13 que la mediación “debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”¹⁶. De este modo, las partes pueden iniciar y en todo momento desistir del procedimiento libremente, y del mismo modo, decidir qué materias van a ser objeto del mismo, así

¹⁵ En el Título segundo la Ley estatal se recogen los principios informadores de la mediación: voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad y confidencialidad. Asimismo, se establecen los principios o valores que han de guiar a las partes en su conducta durante la mediación: lealtad, buena fe, respeto mutuo y deber de apoyo y colaboración con el mediador [art. 10 Ley 5/2012]. Vid. L. MARTÍN HITA (coord.), *Comentarios a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Epraxis, Sevilla, 2013, pp. 61 ss.

¹⁶ Si bien el art. 5.2 dispone que “la presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”.

como el contenido y alcance del acuerdo que en su caso se alcance¹⁷.

Íntimamente relacionado con el protagonismo que se concede a los mediados para gestionar y solucionar el conflicto se encuentra el principio de flexibilidad que en la norma andaluza inspira a la mediación [art. 12 LMFA]. De este modo se distancia el procedimiento de mediación del formalismo característico del proceso judicial, y se permite que sean los sujetos participantes en la mediación quienes acuerden la organización de las sesiones y las pautas a seguir.

Además, el principio de voluntariedad inspira también la labor del mediador, quien puede negarse a iniciar un proceso de mediación, o a continuarlo, si aprecia falta de interés por alguna de las partes o existe una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, así como si concurre cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento [art. 15 b) LMFA].

b) Especialmente importantes en un procedimiento de mediación familiar son los principios de neutralidad e imparcialidad, muy relacionados con el principio de igualdad [art. 8 LMFA]. La neutralidad, referida a la propia posición del mediador, significa que éste debe evitar influir a las partes con sus propias opiniones, creencias o escala de valores, de modo que sean ellas mismas quienes gestionen el conflicto desde su propia óptica personal y sin influencias externas. La imparcialidad, más dirigida a la relación del mediador con los mediados, implica que el primero debe abstenerse de hacer valoraciones o críticas a las posiciones u opiniones declaradas por las partes¹⁸. No sólo está obligado el mediador a

¹⁷ Como refuerzo al principio de voluntariedad de la mediación y en garantía de que, con motivo de iniciar un procedimiento de este tipo, las partes no pierden oportunidades procesales, la Ley estatal reguladora de la mediación (Ley 5/2012) establece en su art. 10.2 que durante el tiempo en que se desarrolle la mediación, las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto y se impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo que ésta esté vigente.

¹⁸ E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., p. 173.

realizar su labor mediadora con la máxima objetividad y equidad, absteniéndose de tomar partido o de mostrar una mayor afinidad o cercanía con alguna de las partes en detrimento de la contraria, sino que está asimismo obligado a velar para que el procedimiento se desarrolle en un plano de equilibrio, adoptando las medidas necesarias para salvaguardar la igualdad de las partes, incluido, llegado el caso, poner fin a la mediación si no queda garantizada la necesaria ecuanimidad¹⁹.

En efecto, la mediación ha de tener lugar sólo en aquéllos casos en los que los mediados se encuentren en un plano de paridad, sin que exista una situación de superioridad o predominio de uno sobre otro. Cuando de mediación familiar se trata, la cuestión es mucho más delicada, desde el momento en que las personas implicadas se hallan en una especial situación de vulnerabilidad y fragilidad emocional (piénsese en una pareja que afronta su separación o divorcio, o conflictos en la relación paterno-filial). Se asume entonces el riesgo de que las partes interesadas, o al menos una de ellas, accedan a cuestiones que podrían no ser del todo beneficiosas para sus intereses, sobre todo si las comparamos con las soluciones que para supuestos idénticos les brinda el ordenamiento jurídico²⁰. No se debe olvidar que

¹⁹ El art. 16 LMFA establece que son deberes del mediador, entre otros: f) “Mantener la neutralidad e imparcialidad, respetando las posiciones de las partes, y preservar su igualdad y equilibrio durante el proceso de mediación, dando efectivo cumplimiento, en su caso, al principio de igualdad por razón de género”. Constituye además una falta muy grave, sancionada con una suspensión temporal de hasta 3 años y una multa de hasta 15.000 euros, “toda actuación que suponga una discriminación por razón de sexo, raza, religión, lengua, lugar de nacimiento o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes sometidas a mediación” y en general, “el incumplimiento de los deberes de neutralidad e imparcialidad” [art. 31 b) y e) LMFA].

²⁰ Sobre las nuevas formas de gestión judicial de los conflictos familiares tras las reformas operadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil, vid., J.L. UTRERA GUTIERREZ, *La mediación familiar como instrumento para mejorar la gestión judicial de los conflictos familiares: la experiencia de los juzgados de familia de Málaga*, en R. SÁEZ VALCÁRCEL, P. ORTUÑO MUÑOZ (dir.), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Consejo General del Poder Judicial, 2017, pp. 264 ss.

el propio legislador establece como finalidad de la mediación la adopción de acuerdos “equitativos y justos” [art. 2.2 LMFA] y obliga a la persona mediadora a “ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios” [art. 8.1 LMFA], a cuyo fin debe propiciar que las partes “dispongan de la información y el asesoramiento suficientes para que desarrollen los acuerdos de manera satisfactoria libre, voluntaria y exenta de coacciones” [art. 16 e) LMFA]. Llegados a este punto, resultan indispensables los conocimientos jurídicos de la persona mediadora, pues es bien sabido que las normas de naturaleza dispositiva responden no sólo a la finalidad de suplir los vacíos o lagunas de las partes, sino que son consideradas por el legislador como el Derecho más justo aplicable al caso concreto, y en materia de Derecho de familia, todo el sistema normativo está orientado a proteger los intereses de la parte más débil, dotando de una especial protección a los menores de edad y a las personas en situación de especial vulnerabilidad (mayores, personas con discapacidad, personas en situación de dependencia, etc.)²¹.

Por último, se ha de señalar que la imparcialidad del mediador está estrechamente relacionada con las causas de abstención y recusación que contempla la Ley. El art. 17 LMFA establece que son motivos de abstención para intervenir en una mediación, así como causas de recusación por las partes:

- Haber realizado actuaciones profesionales para alguna de las partes con anterioridad.
- Que exista vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y alguna de las partes.
- Que la persona mediadora tenga intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudieran influir los resultados de la mediación.

²¹ En este sentido, es de obligada aplicación el principio de protección de los menores y personas dependientes consagrado en los arts. 7 y 16 d) LMFA y art. 21.2 Decreto 37/2012.

A diferencia de la ley de mediación estatal²², la ley andaluza no contempla la posibilidad de que, conocida alguna causa de abstención, las partes puedan consentir expresamente a que la persona mediadora continúe con la mediación una vez asegurada su total imparcialidad, lo que no parece que sea un impedimento para que así ocurra en el ámbito de la legislación autonómica, sobre todo en el primer supuesto del art. 17 (haber realizado actuaciones profesionales para algún de las partes con anterioridad). En cualquier caso, la norma es tajante al prohibir que el mediador pueda ofrecer a las partes sus servicios fuera del campo de la mediación [art. 16 j) LMFA]. Una vez finalizado el proceso, tampoco podrá asistir o representar a ninguna de las partes mediadas, ni ser citado como testigo o designado perito en un procedimiento judicial relacionado con el proceso de mediación [art. 17.3 LMFA]. El incumplimiento de este deber (abstenerse de ofrecer a las personas en conflicto sus servicios fuera del campo de la mediación familiar o ejercer, con las mismas personas, otra función distinta de la mediación), así como del deber de abstenerse de intervenir cuando concorra una causa de abstención constituyen infracciones graves, sancionadas con una suspensión de hasta un año y multa de hasta 6000 euros [art. 30 b) y g) y art. 33.2 LMFA].

c) En lo que respecta al principio de confidencialidad²³, consagrado en el art. 9 LMFA, el mismo establece que “la persona

²² Art. 13.5 Ley 5/2012: “Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso: a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación”.

²³ Ya 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, establecía en su art. 7 que “1. Dado que la mediación debe

mediadora no podrá desvelar durante el proceso de mediación familiar, e incluso una vez finalizado el mismo, ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación". Si bien, se contemplan dos excepciones: autorización expresa al respecto de las partes participantes en la mediación; o supuestos en los que, de la información obtenida durante el procedimiento de mediación, se infiera la existencia de hechos delictivos contra alguno de los mediados o personas de su entorno más próximo, en cuyo caso habrá de ser puesto en conocimiento de las autoridades competentes²⁴. El legislador andaluz además admite la posibilidad de que se divulgue la información obtenida durante las sesiones con fines de investigación y formación, siempre y cuando se realice de forma anónima y con el consentimiento expreso de los afectados, incluidos los menores a partir de 12 años (los menores deberán ser oídos en cuanto les afecte: art. 16 h) (LMFA y art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del

efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participen en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo. 2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación". Vid. art. 9 de la Ley 5/2012 y arts. 335.3 y 347.1 LEC.

²⁴ Entre los deberes del mediador se cita mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación. No obstante, se establece que "no estará sujeta al secreto profesional cuando, de la información obtenida en el proceso de mediación, se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de alguna de las partes o de cualquier otra persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación con éstas, descendientes o ascendientes que integren el núcleo familiar, aunque no sean parte en el proceso de mediación, estando obligada a informar a las autoridades competentes de tales hechos" [art. 16 h) LMFA].

Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El incumplimiento del deber de confidencialidad y secreto profesional constituye una infracción muy grave sancionada en la ley con la posible suspensión temporal para ejercer como mediador hasta tres años y multa de hasta 15.000 euros [arts. 31 d) y 33.3 LMFA].

- d) Para finalizar, menciona la Ley andaluza que el procedimiento de mediación tiene carácter personalísimo [art. 10], se excluye por tanto la participación a través de representante o persona interpuesta²⁵, y tanto el mediador como los mediados deben actuar conforme al principio general de buena fe [art. 11 LMFA]. Respecto a este último, se trata de una reiteración del principio general de buena fe consagrado en el art. 7.1 CC. Referido en especial a la mediación, exige una especial colaboración de los mediados con la persona mediadora durante el procedimiento y un compromiso dirigido al cumplimiento de los acuerdos que en su caso se alcancen; asimismo, obliga al mediador a un correcto comportamiento conforme a la *lex artis* y a seguir las normas deontológicas propias del colegio profesional al que pertenezca [art. 16 c) LMFA]²⁶.

3.1.3. *Características y duración del procedimiento.* – Como se ha dicho, en la reunión inicial se ha de informar también a las partes interesadas en la mediación sobre cuáles sean las características del procedimiento: en qué va a consistir, cómo se van a desarrollar presumiblemente las sesiones y el papel que juegan tanto el mediador como los futuros mediados. Es especialmente importante que se haga comprender a las partes que son

²⁵ Se ha de señalar que la Ley estatal no hace referencia al carácter personalísimo de la mediación, y en el art. 23, cuando regula el acuerdo de mediación, establece que éste “deberá firmarse por las partes o sus representantes”.

²⁶ Tanto el legislador andaluz como estatal obligan al mediador a suscribir un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, que cubra su responsabilidad por los daños ocasionados por una actuación negligente o incumplidora de los deberes que le corresponden en la mediación [art. 13.2 LMFA y art. 11.3 Ley 5/2012].

ellas mismas las que han de alcanzar un acuerdo, y que no forma parte de las funciones del mediador proponer soluciones y mucho menos imponer alguna a los mediados. En este sentido, constituyen deberes de la persona mediadora el dirigir el proceso facilitando la comunicación entre las partes, y el de proporcionarles la suficiente información y asesoramiento para que se hallen en condiciones de llegar por sí mismas a acuerdos equilibrados y satisfactorios para ambas [art. 16 b) y e) LMFA].

De este modo, la ley andaluza dibuja un perfil activo del mediador, que no se limita a estar presente en las sesiones de mediación, sino que ha de procurar que las partes dialoguen y sean capaces de explorar distintas alternativas y de generar opciones que finalmente deriven en posibilidad de acuerdos. Llegados a este punto, son muy útiles las herramientas y técnicas de comunicación que desde la Psicología pueden ayudar en su tarea a la persona mediadora²⁷.

También ha de informar el mediador sobre sus honorarios profesionales [arts. 15 c) y 16 a) LMFA], salvo que las partes tengan reconocida la mediación gratuita²⁸. En caso de que el mediador esté integrado en un equipo interdisciplinar de personas mediadoras, el resto de los miembros del equipo no podrán relacionarse con las partes en conflicto, ni exigirles honorarios o percepción económica de ninguna naturaleza [art. 14. 4 y 5 LMFA]. Se ha de señalar que está calificada como infracción muy grave el cobrar cualquier tipo de honorarios o compensación económica a las partes cuando éstas tengan reconocida la gratuidad de la mediación [arts. 31 a) y 33.3 LMFA].

En lo que respecta a la duración del procedimiento de mediación, el art. 24 de la Ley andaluza otorga al mediador una cierta discrecionalidad a la hora de prever la duración del mismo, teniendo en cuenta la naturaleza, complejidad y conflictividad de los asuntos a tratar. En todo caso, se establece un plazo máximo de

²⁷ Sobre el tema, vid. M. SUARES, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 91 ss. *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2005, pp. 277 ss.

²⁸ Sobre los requisitos y la tramitación de la mediación familiar gratuita, vid. arts. 17 ss. del Reglamento de desarrollo de la Ley andaluza, modificado por el Decreto 65/2017, de 23 de mayo.

tres meses, a contar desde que se levante el acta inicial, prorrogable por otros tres siguiendo el procedimiento reglamentariamente establecido [art. 26 Decreto 37/2012]²⁹. Constituye una infracción grave excederse en el plazo fijado reglamentariamente para el proceso de mediación sin causa justificada [arts. 30 d) y 33.2 LMFA].

Por último, una vez concluida la sesión inicial informativa, el mediador deberá levantar un acta inicial, donde se hará constar el lugar y fecha de celebración de la misma, las personas participantes, las cuestiones que serán objeto de mediación y la aceptación por parte de los mediados de sus deberes y de los principios que rigen el procedimiento [art. 23.1 LMFA]. En el Reglamento de desarrollo se añade además que se haga constar en el acta que los mediados gozan de plena capacidad y la posibilidad que tienen de presentar sugerencias o quejas a la Administración [art. 24.3 Decreto 37/2012]. El acta inicial será firmada por las personas en conflicto y por el mediador como prueba de conformidad con el procedimiento y se entregará una copia a cada una de las partes.

3.2. Desarrollo del procedimiento. – Como se ha dicho, uno de los principios que inspiran el procedimiento de mediación familiar es su carácter flexible, lo que permite que éste se estructure en función de su objeto, de la complejidad del conflicto y de las circunstancias particulares del caso³⁰. Si bien el legislador andaluz ha dividido el proceso de mediación en tres fases: reunión inicial, desarrollo y finalización del procedimiento, éstas pueden ser divididas a su vez en distintas etapas a criterio del mediador y con la anuencia de las partes interesadas. Una de las muchas variantes posibles es la que distingue cuatro etapas fundamentales durante el desarrollo del procedimiento: delimita-

²⁹ El art. 26.1 del Reglamento de desarrollo dispone que en el mencionado plazo, se desarrollarán las sesiones previstas, las cuales, salvo causa justificada, no excederán de seis, y con una duración mínima de sesenta minutos cada una.

³⁰ H. SOLETO MUÑOZ, *El procedimiento de mediación*, H. SOLETO MUÑOZ (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 302.

ción de las cuestiones a tratar y elaboración de la agenda, exploración de alternativas, generación de opciones y negociación del acuerdo.

3.2.1. *Delimitación de las cuestiones a tratar y elaboración de la agenda.* – Presentes los mediados, y una vez informados de los elementos y características del procedimiento, de sus derechos y deberes y de las normas básicas por las que se regirá su participación en la mediación, es el momento de precisar las cuestiones que se van a tratar durante la misma³¹. Para ello, el mediador debe escuchar a las partes y acordar con ellas los temas que se van a tratar, siempre con el objetivo de alcanzar acuerdos sobre las diferentes cuestiones objeto de conflicto.

A la hora de escuchar la versión de las partes, el mediador puede optar entre celebrar una reunión individual con cada una o un encuentro en la que estén presentes ambas³². Las dos opciones presentan ventajas e inconvenientes. En el primer caso (caucus o reuniones privadas), se proporciona un cierto ámbito de confort e intimidad a la persona a quien se está escuchando, quien no se siente intimidada o presionada por la presencia de la otra parte, y por tanto se puede expresar con mayor libertad a la hora de explicar los motivos del conflicto y sus pretensiones. Sin embargo, se corre el riesgo de provocar cierta desconfianza

³¹ En el caso de que una o ambas partes no comparezcan a las sesiones a las que han sido convocadas por causa justificada, se señalará una nueva sesión en el plazo de los diez días siguientes. Si el proceso de mediación no se pudiese llevar a cabo por inasistencia injustificada de las partes (de una o de ambas), se deberá dar por finalizado, comunicándose tanto a las partes como a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias [art. 25.2 del Reglamento de desarrollo andaluz].

³² El art. 21 de la Ley nacional de mediación (Ley 5/2012) establece que “1. El mediador convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado. 2. Las comunicaciones entre el mediador y las personas en conflicto podrán ser o no simultáneas. 3. El mediador comunicará a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta”.

en la persona no participante, quien al no estar presente en la conversación inicial, podría desarrollar algún tipo de recelo respecto a la eficacia del procedimiento de mediación o hacia la figura del mediador³³. Además, esta técnica implica retrasar el proceso, y se pierde además la posibilidad de ver interactuar por primera vez a los mediados y analizar el proceso de comunicación entre ellos³⁴.

Celebrar la reunión con ambos a la vez exige del mediador el empleo de una técnica adecuada que permita escuchar el relato de las dos partes sin que la intervención de la primera condicione a la segunda, ni en las cuestiones a tratar, ni en el relato de los hechos³⁵. Es importante escuchar el relato de ambos mediados marcando cuidadosamente las pautas de intervención de cada uno, para lo cual resultan especialmente útiles las técnicas de escucha activa que proporciona la Psicología de la comunicación³⁶.

³³ E. CARRETERO MORALES, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., p. 267.

³⁴ R. LUQUIN BERGARECHE, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., p. 137.

³⁵ Se trata de evitar que se produzca una suerte de “demanda” y “contestación a la demanda” que suponga, por una parte, que la persona que habla en primer lugar fije los temas principales sobre los que posteriormente versará la mediación y la otra se limite a aceptar, negar o justificar lo narrado por la primera, lo que también podría condicionar al mediador, al tomar como marco de referencia el primer relato y a partir del mismo orientar la mediación (M. SUARES, *Mediando en sistemas familiares*, cit., pp. 256 ss.).

³⁶ Entre tales técnicas podemos citar: el “Balanceo de la comunicación”, en virtud de la cual se va cediendo la palabra a uno y otro, evitando que una parte monopolice la narración; la “Escucha activa empática”, en la que el mediador se pone en el lugar del mediado, escuchando con atención y demostrando el interés con señales verbales y no verbales de escucha. El objetivo es crear un ambiente de confort, sin reprobar actitudes ni comportamientos y sin demostrar adhesiones o simpatías hacia una parte en detrimento de la otra; el “Paráfraseo”, que consiste en repetir de forma exacta y neutra lo dicho por una de las partes. Con ello se asegura el mediador de haber comprendido el mensaje, se transmite al mediado la sensación de ser escuchado y comprendido, a la vez que se le da la oportunidad de corregir lo que se malinterpretó y se proporciona a la otra parte la posibilidad de comprender la posición de su adversario al recibir la información por parte de un sujeto distinto. Muy vinculada a esta técnica está la de realizar cada cier-

A continuación, se puede pedir a las partes que ordenen los distintos temas a tratar en función de la importancia y de la urgencia que tengan para ellos, o bien optar porque sea el mediador quien tome la decisión, en cuyo caso se sugiere empezar por los más sencillos, y dejar para un momento posterior, en el que la mediación esté más avanzada, los temas de mayor complejidad. En todo caso, hay que tener en cuenta que en materia de familia muchas de las cuestiones aparecen interrelacionadas (por ejemplo, la atribución de la custodia de los menores en caso de separación o divorcio de los progenitores condiciona la decisión sobre el uso de la vivienda familiar), por lo que a veces será necesario tratar varios temas a la vez o, al menos, tenerlos presentes.

3.2.2. *Exploración de alternativas y generación de opciones.* – Llegados a este punto, es importante que el mediador distinga a la hora de establecer las motivaciones que llevan a los sujetos interesados a acudir a mediación. Se ha de distinguir entre:

- a) Posiciones: se trataría de las posturas iniciales de las que se parte. No deben ser inmutables, a fin de que permitan un margen de actuación a la persona del mediador.
- b) Intereses: son las necesidades, preocupaciones, deseos o aspiraciones que se quieren satisfacer a través de la mediación. Los intereses no siempre han de suponer una fuente de conflicto,

to tiempo “Resúmenes” de lo narrado por cada parte, de modo que se centra el tema en lo importante, excluyendo lo superfluo, se eliminan comentarios ofensivos o disfuncionales y también se ofrece a la parte la oportunidad de corregir o matizar lo anteriormente expuesto; “Re-formulación y connotaciones positivas”, muy en línea con lo anterior, etc. (sobre estas y otras técnicas a utilizar durante todo el procedimiento, vid., Y. ESTEBAN SOTO, *Las armas del mediador para llegar al acuerdo: las microtécnicas de la mediación*, en J.M. HAYNES, *Fundamentos de la mediación familiar*, Gaia Ed., 1995, pp. 20 ss.; R. LUQUIN BERGARECHE, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., pp. 151 ss.; A. POYATOS GARCÍA (dir.), *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Publicaciones Universitat de Valencia, 2003, pp. 95 ss.; H. SOLETO MUÑOZ (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, cit., pp. 283 ss.; M. SUARES, *Mediando en sistemas familiares*, cit., pp. 279 ss.; *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, cit., pp. 237 ss..

puede tratarse de intereses diferentes, no necesariamente contradictorios, e incluso de intereses compartidos (por ejemplo, la preocupación por el bienestar de los menores).

- c) Valores: son los principios ideológicos o normas éticas o religiosas que rigen la conducta o comportamiento de las partes. Por lo general, los conflictos que tienen como premisa valores incompatibles son los más difíciles de gestionar, sin embargo, a veces el problema tiene aparentemente como base un conflicto de valores que en realidad esconde una distinta posición de intereses, por lo que es misión del mediador averiguar cuál es el verdadero problema que enfrenta a las partes.
- d) Alternativas: se trata de propuestas que surgen en la mediación dirigidas a satisfacer intereses individuales.
- e) Opciones: serían las propuestas dirigidas a satisfacer los intereses de ambas partes. Es el fruto de una negociación colaborativa, generar opciones asegura el éxito de la mediación³⁷.

Siguiendo la teoría de la negociación, sería por tanto necesario seguir cinco pasos para conseguir un acuerdo de mediación satisfactorio para las partes:

- 1) Separar a las personas de los problemas (duros con los problemas, suaves con las personas).
- 2) Concentrarse en los intereses, no en las posiciones (una misma propuesta podría satisfacer intereses de las dos partes).
- 3) Tener en cuenta las alternativas de cada parte.
- 4) Generar opciones a partir de las alternativas.
- 5) A partir de las diferentes opciones, elaborar la propuesta de acuerdo.

Existen técnicas para explorar alternativas y para generar opciones que el mediador debe conocer en el marco de su deber de conducir el procedimiento de mediación y facilitar la comunicación entre los mediados [art. 16 b) LMFA]³⁸. Se trata de ha-

³⁷ R. LUQUIN BERGARECHE, *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, cit., pp. 140-141.

³⁸ Vid. bibliografía previamente citada en nota 36.

cer reflexionar a cada parte sobre los motivos razonables de su petición, sus inquietudes personales y las experiencias que lo llevan a elegir una opción y no otra, valorando qué concesiones estaría dispuesto a hacer si se concede su petición, y explicitando cuáles serían los resultados positivos de llegar a un cierto consenso.

Todo el proceso deberá quedar debidamente documentado. Si bien la normativa andaluza sólo exige que, de cada una de las sesiones que se celebren, el mediador redacte el correspondiente documento de asistencia, donde se especifique la fecha de la reunión y duración de la misma, y se entregue una copia a las partes quedando otra en poder del mediador [art. 25 Reglamento de desarrollo: Decreto 37/2012, de 21 de febrero]³⁹. En todo caso, todo el procedimiento de mediación debe estar presidido por el principio de confidencialidad, por lo que es exigible al mediador la máxima discreción y diligencia en la custodia de la documentación que se haya generado a lo largo del mismo.

3.2.3. *Negociación del acuerdo.* – El acuerdo que se adopte en mediación debe versar sobre los conflictos que recoge el art. 1.2 de la Ley andaluza: procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio o disolución de parejas de hecho; cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia; relaciones de los menores de edad con sus familiares, tutores o guardadores; ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos; y conflictos entre familias adoptantes o acogedoras y la familia biológica del adoptado o persona acogida [art. 26.1 LMFA]. En cualquier caso, recuerda el legislador, el acuerdo debe respetar lo establecido en las normas imperativas y, se añade, los límites que al principio de autonomía de la voluntad impone el art. 1255 CC. Además, se incide en la idea de la obligatoriedad del acuerdo, siempre y cuando concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos [art. 26.2 LMFA, arts. 1091, 1256, 1258, 1261 CC]. En

³⁹ No facilitar a las partes una copia de los justificantes de las sesiones o actos constituye una falta leve, sancionada con una amonestación por escrito o una multa de hasta 300 euros [arts. 29 c) y 33.1 LMFA].

todo caso, los acuerdos que se adopten deberán contemplar como prioridad el interés superior del menor y su bienestar, así como el de las personas dependientes [art. 26.3 LMFA].

3.3. *Fase final: Formalización del acuerdo. Supervisión y seguimiento.* – La adopción del acuerdo de mediación es el modo normal y deseable de finalizar el procedimiento, el cual puede incluir todos o parte de los conflictos que han sido objeto de mediación. Sin embargo, esta no es la única causa de finalización del mismo, la norma andaluza incluye también la falta de acuerdo⁴⁰, el desistimiento de cualquiera de las partes del conflicto, la renuncia del mediador o cualquier otra causa contemplada en la normativa aplicable, entre las que se podría citar, el vencimiento del plazo establecido para desarrollar la mediación⁴¹ [art. 25 LMFA].

En lo que respecta a la facultad de desistimiento del procedimiento de mediación, cualquiera de las partes puede poner fin en todo momento a la mediación sin necesidad de alegar causa alguna, como clara manifestación del principio de voluntariedad que rige el procedimiento. Basta con que comunique al mediador su intención de retirarse del mismo o su voluntad de acudir a la vía judicial. Se podría plantear el problema de si es exigible algún tipo de responsabilidad cuando la retirada de una de las partes produce la frustración de las legítimas expectativas generadas en la otra, provocándole cierto perjuicio económico. La respuesta a esta cuestión debe venir dada en función de que

⁴⁰ Concluido el procedimiento de mediación sin que las partes hayan alcanzado acuerdo alguno, si éstas tenían reconocido el derecho a la mediación familiar gratuita, se podrá solicitar nuevamente la mediación para la resolución del mismo conflicto una vez transcurrido un año desde la finalización del proceso [art. 27.3 LMFA]. Como afirma CARRETERO MORALES, la ausencia de acuerdo no implica necesariamente el fracaso de la mediación, pues el procedimiento ha podido generar otra serie de consecuencias beneficiosas, como por ejemplo mejorar la relación personal entre las partes o enseñarles herramientas para gestionar los conflictos futuros (*La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, cit., p. 282).

⁴¹ La Ley de mediación nacional (Ley 5/2012) no indica ningún plazo para la misma, limitándose a decir que deberá ser lo más breve posible y con el menor número de sesiones [art. 20]. Como sabemos, la Ley andaluza establece un plazo máximo de tres meses, prorrogable por otros tres [art. 24 LMFA].

concurran los requisitos que establece la jurisprudencia para que nazca la responsabilidad precontractual (reconducible al art. 1902 CC), cuyo análisis excede del cometido de este estudio.

También el mediador puede dar por finalizado prematuramente el procedimiento de mediación cuando no aprecie en las partes una predisposición a llegar a acuerdos, así como si constata conductas impropias por parte de los mediados que impidan o dificulten la comunicación o se vulneren las normas básicas de actuación indicadas al inicio del procedimiento. Del mismo modo, el mediador deberá poner fin a la mediación si aprecia un estado de evidente desequilibrio entre las partes, y desde luego, ante el menor indicio de existencia de una situación de violencia [art. 31 i) LMFA].

El acuerdo de mediación se formaliza en un documento privado⁴². Es importante destacar que el mismo carece de fuerza ejecutiva, por lo que para dotar de la misma al convenio se requiere elevarlo a escritura pública u homologarlo por sentencia judicial. El legislador nacional contempla el deber del mediador de informar a las partes sobre el carácter vinculante del acuerdo y de la posibilidad que tienen de elevarlo a escritura pública al objeto de configurarlo como título ejecutivo [art. 23.3 Ley 5/2012]. La Ley andaluza no establece nada al respecto, pero parece razonable que la persona mediadora informe a los mediados sobre esta circunstancia. Si las partes se habían propuesto al iniciar la mediación llegar a acuerdos para iniciar un procedimiento de separación o divorcio por mutuo consentimiento, el contenido del acuerdo de mediación podría ser la base del borrador de convenio regulador que los cónyuges han de presentar conforme al art. 90 CC. El mismo podrá ser posteriormente homologado por el juez o elevado a escritura pública por el notario (en caso de que los cónyuges no tengan hijos menores a cargo o mayores con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos). En todo caso, como ya se ha dicho, el mediador no podrá ofrecer sus servicios fuera del campo de la mediación familiar o ejercer, con las mismas personas, otra función distinta de la mediación.

⁴² El acuerdo será firmado por las partes intervinientes, y el mediador entregará una copia a cada una de ellas [art. 25.5 Reglamento andaluz de desarrollo].

Asimismo, se ha de recordar que constituye una falta administrativa muy grave la adopción de acuerdos manifiestamente contrarios a Derecho que causen perjuicio grave a la Administración o a las partes sometidas a la mediación, lo que puede suponer para el mediador una multa de hasta 15.000 euros y la suspensión hasta 3 años [arts. 31 f) y 33.3 LMFA].

Concluido el proceso de mediación familiar, la persona mediadora levantará un acta final, que será firmada por todas las partes, en la que constarán los datos personales de los intervinientes, el número de sesiones celebradas, si se han alcanzado o no acuerdos y, si éstos han sido adoptados, una breve referencia a los mismos. Se facilitará una copia de este acta a cada una de las personas asistentes y en el caso de que alguna de las partes se niegue a firmar, la persona mediadora lo hará constar en el acta [art. 25.4 Reglamento de desarrollo]⁴³.

Para concluir, se ha de indicar que, en lo que se refiere a la supervisión y seguimiento del acuerdo, esta fase permite verificar la operatividad de la mediación y determinar el grado de cumplimiento de los convenios adoptados, si bien no se tratará de una tarea fácil, puesto que requiere la intervención voluntaria de los participantes y un compromiso de los mismos en relación a reuniones y encuentros en el futuro.

⁴³ El Reglamento de desarrollo añade que el mediador comunicará la finalización del proceso a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias, órgano encargado del Registro de Mediación Familiar de Andalucía, con remisión de la copia del acta final y de los documentos acreditativos de la asistencia a cada una de las sesiones en las que haya intervenido. En caso de que el mediador haya finalizado el procedimiento de mediación por entender que éste no cumplirá sus objetivos o por desistimiento de alguna o de todas las partes intervinientes, deberá indicarlo expresamente en la información que remita al Registro de Mediación Familiar [art. 27.1 y 2 Decreto 37/2012, de 21 de febrero].

SILVIA LILLIU

LA MÉDIATION CIVILE ET COMMERCIALE EN FRANCE

SOMMAIRE: 1. Introduction. - 2. La transposition de la directive 2008/52/CE. - 3. L'accès à la médiation. - 4. Le médiateur - 5. Conclusion.

1. *Introduction.* – En France la médiation s’installe lentement et progressivement; à partir des années 90 apparaît l’acronyme MARC “modes alternatifs de résolution des conflits”, comme un équivalent français à la notion américaine ADR “Alternative Dispute Resolution”. L’essor actuel des MARC est dû à deux raisons: la première concerne la “crise de justice” caractérisée par l’explosion du contentieux judiciaire mais il y a aussi une deuxième raison plus profonde, c’est-à-dire la structure même de la société française. En effet, l’Etat n’est plus ce qu’il était et, par conséquence, la loi a cessé d’être le centre de l’univers juridique¹. Dans une conception libérale, la catégorie des MARC embrasse l’arbitrage, la médiation et la conciliation; au contraire dans un sens beaucoup plus restrictif les modes alternatifs sont limités aux méthodes qui impliquent une tierce partie neutre choisie pour aider à résoudre le conflit. En peu de temps, l’Union européenne s’est préoccupée d’améliorer l’accès à la justice en Europe, ainsi, afin d’encourager le recours aux règlements extrajudiciaires des litiges et de renforcer la coopération judiciaire en matière civile, a défini la médiation en 2008 par l’adoption d’une directive portant sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale: la directive 2008/52/CE². L’objectif est de faciliter l’accès à des procédures alternatives de

¹ L. CADDIET, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits*, in *www.ritusmei*, 2010, pp. 1 s.

² H. DEGHANI AZAR, G. LENY, *La définition juridique de la médiation*, in *www.affichsparisiennes.com*, 2018, pp. 1 ss.

résolution des litiges encourageant le recours à la médiation. En 2013 le législateur européen a proposé une généralisation de la médiation instaurant “la médiation de la consommation”. Afin de faciliter le recours des consommateurs qui ont un litige avec un professionnel, tout consommateur aura le droit de recourir gratuitement à un médiateur de la consommation³. La directive s’applique aux procédures de règlements de tout litiges découlant de contrats conclus entre un professionnel et un consommateur; en outre l’ordonnance et le décret d’application couvrent tout les secteurs de la consommation, y compris la vente en ligne. Donc la directive offre aux consommateurs une véritable alternative au règlement judiciaire des litiges⁴. Aujourd’hui l’Union européenne favorise la règlementation de la médiation avec les directives; cette tendance législative a l’exigence d’améliorer l’accès à la justice en réduisant les couts, la lenteur et la complexité. Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour l’application correcte d’une directive sans transformer profondément le droit français⁵. Selon la Résolution du Parlement européen du 12 septembre 2017 la directive sur la médiation a été un secours précieux pour l’introduction de la médiation comme une procédure extrajudiciaire qui réduit le surcharge de travail des tribunaux et chaque Pays a agi différemment⁶.

2. *La transposition de la directive 2008/52/CE.* – La médiation a été introduite en 1995 avec la loi 8 février 1995 relative à l’organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cette loi a fourni à la médiation judiciaire un cadre de dispositions minimales. La médiation est “judiciaire” quand

³ P. FOUCHER, *La généralisation de la médiation pour les litiges de consommation est en marche*, in www.ine-conso.fr, 2015, p. 1.

⁴ A. ALLAMÉLOU, *Transposition de la directive 2013/11/UE: quand médiation rime avec consommation*, in www.dalloz-actualité.fr, 2016, p. 2.

⁵ D. MOUZAKY, *La médiation des différends civils en droit de l’Union européenne et ses incidences sur le droit français, anglais et grec*, in theses.fr, 2018, pp. 1 s.

⁶ M. BENICHOU, *Europe et médiation*, in blogavocat.fr, 2017, p. 2.

le juge désigne un tiers mais peut être aussi “conventionnelle” quand est organisé par la seule volonté des parties⁷. Le législateur français a transposé la directive avec l’ordonnance 2011/1540 du 16 novembre 2011 de “simplification et d’amélioration de la qualité du droit” et le décret 2012/66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. L’ordonnance, qui modifie la loi 1995, définit la médiation comme “tout processus structuré, qu’elle qu’en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l’aide d’un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige”⁸. Donc la médiation peut être définie comme un mode alternatif de résolution des différends où les parties choisissent librement, dans un cadre judiciaire ou conventionnel, de tenter de trouver, par elles mêmes, la solution au conflit par l’entremise d’un tiers, le médiateur. Il faut trois éléments: deux parties, un litige et un tiers⁹. À partir de la définition on peut constater que la médiation n’est pas une procédure rigide, puisque les parties, en accord avec le médiateur, sont libres de déterminer de manière consensuelle les modalités selon lesquelles la médiation se déroulera. À l’analyse du texte, le principe de confidentialité apparaît essentiel pour le succès de la médiation; conformément à ce principe, les parties peuvent craindre que les constatations du médiateur ou les déclarations recueillies au cours de la médiation ne soient divulguées dans le cadre d’une instance judiciaire ou arbitrale. Il y a deux exceptions: la présence de raisons impérieuses d’ordre public ou de motifs liés à la protection de l’intérêt supérieur de l’enfant ou à l’intégrité physique ou psychologique de la personne et lorsque la révélation de l’existence de l’accord ou de son contenu est nécessaire à sa mise en œuvre ou son exécution. En outre, le médiateur informe le juge si les parties sont parvenues ou non à un accord; cela est important pour l’efficacité du mécanisme.

⁷ C. BLANCHEMANCHE, *L’avocat et la médiation, première partie: quelle expérience de développement pratique?*, in *Le village de la justice*, 2002, pp. 1 s.

⁸ Art. 21, l. 8 février 1995 n. 125.

⁹ C. BLANCHEMANCHE, *L’avocat et la médiation, première partie: quelle expérience de développement pratique?*, in *Le village de la justice*, 2002, p. 1.

sme¹⁰. Pour ce qui concerne le cadre d'application, les parties ne peuvent porter atteinte aux droits dont elles n'ont pas la libre disposition¹¹. La section 2 est réservée à la médiation judiciaire: en particulier l'article 22 rappelle le principe selon lequel le juge saisi d'un litige peut, à tout moment, désigner un médiateur qui peut être aussi un conciliateur de justice. Postérieurement les articles 22-2 et 22-3 réglementent les frais et la durée de la médiation. En effet, les frais sont repartis de façon consensuelle entre les parties, comme dans le cas de la médiation conventionnelle. À défaut de l'accord, la répartition se fait à parts égales. Toutefois, le juge peut fixer une autre répartition, si celle-ci est inéquitable au regard de la situation économique des parties. Par rapport à la durée, le texte souligne que la durée de la mission du médiateur est fixée par le juge, sans qu'elle puisse excéder un délai déterminé par décret en Conseil d'Etat¹². Enfin, la dernière section est dédiée aux dispositions finales. Afin de compléter l'ordonnance, en 2012 a été adopté le décret 66/2012 qui a pour objectif d'améliorer la compréhensibilité des nouvelles dispositions issues de la transposition de la directive. Avec le décret, la médiation judiciaire et conventionnelle ont été placées dans un cadre juridique qui regroupe différents moyens pour parvenir à une résolution amiable des différends¹³. Ce texte modifie le code de procédure civile incorporant un livre V dédiée aux modes amiables des différends avec deux titres: le premier sur la "conciliation et médiation conventionnelles" et l'autre consacrée à la "procédure participative". Le décret rappelle la définition générique de médiation et les critères du médiateur mais l'indépendance n'a pas été reprise. Pour ce qui concerne la définition de médiation, persiste la confusion entre médiation et conciliation; cette dernière montre une transposition maladroite de la

¹⁰ *Rapport au Président de la République relatif à l'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 www.legifrance.gouv.fr, 2011.

¹¹ Art. 21.4, l. 8 février 1995, n. 125.

¹² Art. 21.1, 21.2, l. 8 février 1995, n. 125.

¹³ G. COUSTEAUX, S. POILLOT, *La médiation*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 411.

directive 2008 car la médiation et la conciliation continuent de coexister en droit français alors que cette distinction n'existe pas dans le droit européen¹⁴. Par rapport à la confidentialité, l'article 21.3 prévoit que les contestations du médiateur peuvent être divulgués en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou des motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne¹⁵; toutefois cette disposition est nuisible à la médiation car le médiateur ne doit pas être un témoin mais il doit rester impartial et indépendant. Le décret montre aussi les conditions pour exercer la médiation conventionnelle: ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité et d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n.3 du casier judiciaire. Il faut souligner que l'ordonnance et le décret ont nature discriminatoire en raison de l'exclusion des conflits internes. En fait il donne plus de droits aux personnes ayant des litiges transfrontaliers qu'à celles dont le conflit est interne. Conformément à la directive européenne, il donne à ces premiers la possibilité de recourir à un médiateur mais il prive les seconds de ce droit. On peut constater donc la nature discriminatoire et anticonstitutionnelle puisque elle est en tout cas contraire à l'article premier de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme qui prévoit que tous les hommes naissent libres et égaux en droit¹⁶. La Chambre Professionnelle de la Médiation et de la Négociation est déçue par l'ordonnance car le texte est vide de contenu utile et pertinent et il ne sert qu'à polluer le développement de la médiation¹⁷. Malgré un difficile chemin, on note, aujourd'hui, un succès croissant des services de résolution amiable des litiges car les taux de réussite affichées sont de l'ordre de 70-80%¹⁸.

¹⁴ H.D EGHANI AZAR, G. LENY, *La définition juridique de la médiation*, in www.affiches-parisienne.com, 2018, pp. 4 ss.

¹⁵ Art. 21.3, l. 8 février 1995, n.125.

¹⁶ A. TAVEL, *Droit français pour la résolution amiable des différends, médiation, conciliation, etc.*, in www.officieldelamédiation.fr, 2017, pp. 2 ss.

¹⁷ Communiqué de la Chambre Professionnelle de la médiation et de la négociation du 30 novembre 2011 relatif à l'ordonnance de transposition de la directive européenne sur la médiation civile et commerciale.

¹⁸ M. DANIS, *Nouvelles mentions obligatoires des articles 56 et 58: quels changements?*, in www.august-debouzy.com, 2015, p. 2.

3. *L'accès à la médiation.* – À partir de la définition de médiation, on peut constater le caractère volontaire de la médiation car, comme affirmé dans le code de procédure civile, “le juge saisi d’un litige peut, après avoir recueilli l’accord des parties, désigner une tierce personne” et “la décision qui ordonne une médiation mentionne l’accord des parties”¹⁹. À confirmer cette liberté des parties, la directive européenne offre une définition qui présente le terme “volontairement”, donc la médiation est fondée sur l’adhésion des parties. Malgré cela, le décret 2015-282 relatif “à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends” introduit l’obligation pour les parties, de rechercher une solution amiable avant d’introduire un recours contentieux. Le texte prévoit que “sauf justification d’un motif légitime tenant à l’urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu’elle intéresse l’ordre public, il est obligatoire d’indiquer dans l’acte de saisine les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige”²⁰. Donc, depuis le 1^{er} Avril 2015, il n’est plus possible d’introduire une instance que ce soit une requête, déclaration ou assignation, sans justifier le tentative de résolution amiable. Tout simplement, le nouveau régime des articles 56 et 58 du Code de Procédure Civile, prévoit l’obligation pour le parties de justifier, dans l’acte de saisine, les diligences entreprises, à moins que l’urgence ou la matière ne le permettent pas. Pour comprendre la mention des diligences, le législateur veut désigner les modes amiables prévues par le texte en vigueur, soit la procédure participative réservée aux avocats, la conciliation ou la médiation. Par conséquent, la médiation fait partie des diligences amiables mais rien dans le texte est limité à ces trois modes²¹. Le décret n’apporte aucune précision sur le niveau d’informations à fournir pour justifier le tentative, donc une simple déclaration devrait-elle permettre cette justification sans expliciter le mode amiable. A défaut de mention dans l’acte introductif, l’acte n’est pas nul puisque, selon le nouvel article 127

¹⁹ Art. 131-1, 131-6 c.p.c.

²⁰ Art. 18, décret 2015-282.

²¹ A. TAVEL, *Quid de la médiation obligatoire avec le décret du 11 mars 2015*, in www.mediateur.fr, 2015, p. 1.

du Code de Procédure Civile, "s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation"²²; cela est difficilement assimilable à une sanction. Donc, en absence de sanction, on peut pas parler d'obligation. En fait, à la lecture du texte, il apparaît que c'est la justification de la tentative de résolution amiable des différends qui devient obligatoire et ne pas le recours à un mode amiable des conflits. Pour ce qui concerne la preuve de la tentative de résolution amiable des différends, il paraît indispensable de proposer la tentative par écrit à la partie adverse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre officielle. Comme déjà vue, l'absence de tentative n'est pas sanctionnée. Ce choix était le seul possible dans la mesure de tous les modes amiables des différends fondées sur la liberté des parties et l'autonomie de leur volonté. Aucun processus amiable de résolution des conflits peut fonctionner sans une adhésion libre des participants; par conséquent on peut affirmer que l'obligation introduite est considérée plus une invitation qu'une obligation²³. Toujours en matière de règlement des conflits, la loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 de "modernisation de la justice du XXI^e siècle" est un prolongement du décret 2015 car le texte renforce l'orientation précédente en rendant obligatoire la conciliation de justice, sauf à ce que le juge déclare la saisine d'un tribunal irrecevable. En vertu de l'article 4, le juge peut soulever d'office l'irrecevabilité de la saisine du tribunal d'instance lorsque cette saisine n'a pas été précédée d'une tentative de conciliation ou autres procédures. Donc le juge va apprécier les circonstances pour déterminer si une conciliation est possible. On peut avoir trois cas différents: la conciliation de justice a été tenté mais n'a pas réussi et le juge traitera le dossier; la conciliation n'a pas été tenté préalablement à la saisine du juge civil mais des diligences ont été mise en œuvre ou l'absence de recours à la conciliation est

²² Art. 127 NCPC.

²³ R. ARLABOSSE, *Les nouvelles exigences des articles 56 et 58 du code de procédure civile: fardeau ou opportunité?*, in *Le village de la justice*, 2015, pp. 2 s.

justifiée par un motif légitime et le juge traitera comme même le dossier; la conciliation n'a pas été tenté sans aucun motif légitime et sans aucune tentative amiable entre les parties. En ce dernier cas, le juge déclarera irrecevable la saisine du tribunal d'instance²⁴. La nature obligatoire disparaît quand l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord, si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ou si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime²⁵. Désormais, la loi prévoit trois dispositifs amiable avant de recourir au tribunal: la tentative conventionnelle dont l'article 4, la tentative préalable de conciliation judiciaire de l'article 830 du code de procédure civile et l'obligation de justifier selon les articles 56 et 58. La deuxième modalité est la suivante "En cas d'échec total ou partiel de la tentative préalable de conciliation, le demandeur peut saisir la juridiction aux fins de jugement de tout ou partie de ses prétentions initiales"²⁶. L'objectif principal est de favoriser les modes alternatifs de règlement des différends et, en fait, le titre 2 est intitulé "Favoriser les MARD". En outre, la loi de modernisation de la justice insère deux chapitres consacrés à la médiation dans le code de justice administrative. La médiation est définie comme tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction²⁷. Cette définition n'apporte pas de changements par rapport à l'ancienne. Il convient de souligner que lorsqu'elle constitue un préalable obligatoire au recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire, la médiation doit être gratuite pour les parties. Encore une fois, on peut s'interroger sur la compatibilité de la médiation avec le terme "obligatoire". En réalité la définition même de la médiation renvoie à la notion de liberté

²⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, *Loi de modernisation de la justice du 21^e siècle*, in *www.mediateurengie.com*, 2017, pp. 1 s.

²⁵ Art. 4, l. 2016-1547.

²⁶ Art. 830 code de procédure civile.

²⁷ Art. 5, l. 2016-1547.

de choix puisque le médiateur, que la procédure soit proposée par le juge ou initiée par les parties, implique le choix des parties ou l'accord des parties quand il est désigné par la juridiction²⁸. En conclusion, l'idée principale est de favoriser au maximum les modes alternatifs de règlement des conflits car le tribunal n'est pas la voie naturelle de résolution mais il devient l'ultime recours.

4. *Le médiateur.* – En vertu de l'ordonnance 2011, le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence²⁹. En fait, l'impartialité, la compétence et la diligence sont les qualités nécessaires pour le médiateur, qui récurrent en toutes les définitions. Par exemple, le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation estime que la médiation, soit judiciaire ou conventionnelle, est un processus structuré reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers neutre, impartial, indépendant, et sans pouvoir décisionnel ou consultatif, favorise, par des entretiens confidentiels, l'établissement ou le rétablissement des liens. Dans cette direction, pour la directive européenne est médiateur "tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence..."³⁰. Le rôle du médiateur consiste à gérer le conflit, à s'assurer que les règles de la médiation soient respectées mais surtout il doit comprendre le litige afin de trouver une nouvelle stratégie et résoudre le conflit. La médiation peut être confiée à une personne physique ou morale; en tout cas, il doit satisfaire aux conditions suivantes: ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnés sur le bulletin n.2 du casier judiciaire et posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige³¹. Pour

²⁸ M. MONTLIVAUT-JACQUOT, *Une loi favorise les modes alternatifs de règlement des différends*, in *Lexing*, 2017, p. 5.

²⁹ Art. 1, ordonnance 2011-1540.

³⁰ Art. 3 dir.2008/52/ce.

³¹ G. COUSTEAUX, S. POILLOT-PERRUZZETTO, *La médiation*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 418.

ce qui concerne la nomination, il faut distinguer entre médiation judiciaire et conventionnelle: dans le premier cas, le juge désigne le médiateur alors que dans le contexte d'une médiation conventionnelle, ce sont les parties qui choisissent le médiateur. Il convient de souligner la distinction entre médiateur et conciliateur afin d'éviter une confusion; le médiateur est un auxiliaire de justice indépendant dont l'exercice de la profession n'est pas encadré par un ordre professionnel institué par la loi et son accès est payant même si pour la médiation conventionnelle les associations de médiation fixent des tarifs progressifs en fonction de la situation économique des parties. Différemment, le conciliateur est un auxiliaire de justice dont le statut apparaît équivoque car la fonction de conciliateur se rapproche à la fois d'un médiateur pour la conciliation extrajudiciaire mais aussi à celle du juge de paix pour les conciliations judiciaires. La différence principale entre les deux figures concerne le caractère gratuit du conciliateur³². Ulérieure distinction est celle entre médiateur généraliste et médiateur spécialiste. Le médiateur est la personne qui remplit les conditions indispensables pour assurer une mission de médiation; les conditions sont morales mais aussi de liberté, impartialité et neutralité. Par contre, le médiateur spécialiste a un domaine particulier de compétences, d'expertise, une sorte de spécialité qui lui confère cette appellation. Pour la plupart, le médiateur spécialiste comprend plus vite le litige et donc il fournit une solution plus rapidement. Mais, en même temps, il risque de ne plus être un médiateur dans le sens strict du terme puisque il devient un expert perdant ses qualités essentielles, c'est-à-dire l'impartialité et la neutralité³³. En réalité, le médiateur est déjà un spécialiste dans la matière du litige. En fait la médiation est considérée en elle-même une spécialisation. Sur la base du Code de Conduite Européen pour les Médiateurs, les médiateurs doivent être compétents en matière de médiation; pour cela est indispensable une formation initiale et continue des média-

³² C.M. COURTAU, *Conciliation et médiation conventionnelles: solutions pour sortir de la confusion*, in *Le village de justice*, 2015, pp. 2 ss.

³³ C. JAMET-ELZIERE, *Le médiateur: doit-il être spécialiste ou généraliste?*, in *Le village de justice*, 2011, pp. 2 ss.

teurs conformément à la directive européenne pour laquelle "Les États membres promeuvent la formation initiale et continue des médiateurs afin de veiller à ce que la médiation soit menée avec efficacité, compétence et impartialité à l'égard des parties"³⁴. Le code souligne que les médiateurs doivent s'assurer qu'ils possèdent la formation et les compétences nécessaires pour mener la médiation avant d'accepter la désignation. En fait, la formation des médiateurs est considérée la clef du succès de la médiation même. Par rapport à l'indépendance, le médiateur doit divulguer les circonstances qui peuvent affecter cette qualité; ils s'agissent de toute relation d'ordre privé ou professionnel avec une des parties, tout intérêt financier dans l'issue de la médiation et le fait que le médiateur a agi en une qualité différente de celle de médiateur. En outre, l'impartialité exige que le médiateur soit impartiale et qu'il s'engage en manière équitable dans le cadre de la médiation³⁵. Enfin, aujourd'hui on assiste au développement en France des organismes de médiation avec des médiateurs professionnalisées. Autre point qui convient d'analyser est le rôle de l'avocat dans la médiation. La médiation offre à l'avocat une nouvelle possibilité; en fait elle lui permet de trouver un autre champ d'expansion. L'avocat, parmi les conseils qu'il dispense, doit proposer la médiation mais il doit aussi l'expliquer et assister le client pendant le processus. La médiation est donc un moyen de développer autrement sa clientèle. L'avocat, en lui-même, a déjà des qualités et une bonne formation mais, en matière de médiation, il nécessite d'une formation spécifique. Après cette formation, il possédera des nouvelles qualités: une écoute plus adaptée, un angle de vue plus ouvert et surtout un abord plus humaine du problème. Une formation spécifique est donc indispensable pour s'approcher à la médiation. En conclusion, si l'avocat veut écouter sa clientèle, promouvoir une vision plus humaine de la justice, il doit se former à la médiation même s'il ne veut pas être médiateur³⁶.

³⁴ Art. 4, dir. 2008/52/CE.

³⁵ Code de conduite européen pour les médiateurs

³⁶ C. JAMET-ELZIERE, *La médiation, la justice et l'avocat*, in *Le village de la justice*, 2011, pp. 16 ss.

5. *Conclusion.* – Comme nous avons constaté, la médiation se développe aujourd’hui et nombreuses actions ont déjà été menées par la transposition de la directive européenne. En fait, le contexte législatif est favorable à ce développement grâce au caractère libre et volontaire du processus, à la confidentialité et à la déontologie pour le médiateur mais le vraie essor de la médiation se connaîtra qu’avec un changement de mentalité de la société. Dans cet esprit, on observe une évolution des médiations formelles et de la professionnalisation des médiateurs et un début de changements de culture qui introduit l’esprit de médiation. En définitive, la médiation regarde au futur car, contrairement à une procédure judiciaire, on ne cherche pas qui a raison mais une solution au conflit; elle représente donc une nouvelle opportunité³⁷.

³⁷ S. MENDES-GIL, *La médiation, une nouvelle opportunité?*, in www.cmap.fr, 2014, pp. 2 ss.

Finito di comporre nel mese di febbraio 2019
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari