

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. 10 *Quaderni di conciliazione*

a cura di
CARLO PILIA

N. 10



Cagliari - 2019

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-141-8

N. 10
*Quaderni di
conciliazione*

N. 10
*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 978-88-8374-141-8

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>Una storia di appena dieci anni 2010-2019</i>	Pag. 9
MARÍA CRISTINA DI PIETRO, PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO, <i>Algunas consideraciones acerca de la Mediación en Argentina</i>	» 13
MIRELLA DELIA, <i>La Conciliazione Fra Organizzazione, Formazione E Tecnologia</i>	» 35
LAURA FAZIO, <i>L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del Distretto della Corte d'Appello di Bari</i> ...	» 83
VALERIA SPAGNOLETTI, <i>La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il distretto di Corte d'Appello di Bari</i>	» 105
PASQUALE MAURELLI, <i>Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e l'ausilio della BDDC</i>	» 127
ROSITA STELLA BRIENZA, DAVIDE SPORTELLI, FRANCESCA ROMANA DE TULLIO, <i>La comunicazione a servizio della Banca Dati Digitale Conciliativa</i>	» 139
ERIC BATTISTONI, CÉCILE BATTISTONI, <i>Les organisations humaines: comment traiter la conflictualité? Comment anticiper les risques conflictuels?</i>	» 145
MARÍA INÉS LAVERDE, <i>Contribución de la Conciliación y la mediación a la solución de conflictos en el campo de familia en Colombia e Italia - Avances de la Conciliación en Colombia en conflictos de carácter familiar</i>	» 159
ANTONELLO CARIA, <i>La bonaria composizione dei privati dissidi</i>	» 171
OMAR HUERTAS DIAZ, ADRIANA PATRICIA ARBOLEDA LÓPEZ, <i>Fortalecimiento de la autostima y educación emocional para una cultura de paz</i>	» 199
JACQUELINE B. BERMEJO, <i>La procedura di mediazione penale</i>	» 215
José Luis Argudo Pérez, <i>La mediación civil en España y en la comunidad autónoma de Aragón</i>	» 225

CARLO PILIA

UNA STORIA DI APPENA DIECI ANNI 2010-2019

I *Quaderni di conciliazione* compiono dieci anni, oramai passati dal primo volume collettaneo uscito nel 2010, sotto l'iniziale direzione del prof. Francesco Sitzia, poi passata con il tempo al prof. Carlo Pilia, curatore della raccolta dei contributi.

Nel decennio sono stati pubblicati undici volumi della raccolta collettanea e due volumi della serie monografica, con una tiratura di cinquecento copie ciascuno. Per facilitare la consultazione, tutti i volumi saranno raccolti in un CD e, comunque, resi disponibili in formato digitale direttamente nella rete.

L'importante ricorrenza merita di essere segnalata e festeggiata assieme ai tanti protagonisti di questa significativa esperienza editoriale che, muovendo dall'ambito regionale e nazionale, ben presto si è sviluppata e accreditata a livello internazionale, grazie alle scelte coraggiose compiute da quanti ne hanno avuto la responsabilità e, soprattutto, grazie alla disponibilità dei tanti collaboratori.

Non è stato facile lanciare un prodotto editoriale tematico sulla materia della conciliazione, mediazione e, più in generale, degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Gli argomenti sono poco conosciuti, per lo più trascurati dalla dottrina e, almeno all'inizio, scarsamente praticati nella gestione dei conflitti, in quanto i professionisti si sono formati e utilizzano principalmente, se non esclusivamente, le forme giurisdizionali della giustizia. Per tanti versi, si è pure sofferto l'iniziale resistenza che, specialmente il mondo forense ha frapposto all'introduzione in Italia delle nuove discipline di matrice europea sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali (Direttiva 2008/52/CE) e sulle ADR (Direttiva 2013/11/UE) e ODR (Regolamento 524/2013) in materia di consumo. Le iniziali preoccupazioni che l'affermazione di questi nuovi strumenti

compositivi comportasse il rischio di compromettere il diritto fondamentale di rivolgersi all'autorità giudiziaria e, comunque, determinasse un riflesso arretramento della tutela dei diritti, specialmente quelli dei soggetti più deboli e indifesi, si sono dimostrate infondate.

In tal senso, la collana editoriale ha contribuito a chiarire che questi strumenti compositivi non sono alternativi alla giurisdizione (malgrado l'affermarsi della locuzione internazionale *Alternative Dispute Resolution*), ma piuttosto complementari e collegati alla stessa, all'interno di un concetto più ampio e comprensivo di giustizia che concorrono a realizzare. La collana editoriale, con i numerosi contributi pubblicati, ha favorito una conoscenza e una comprensione del fenomeno, illustrato con approccio interdisciplinare e internazionale, con taglio scientifico e pratico applicativo.

Nel corso degli anni, la pubblicazione dei volumi dei *Quaderni di conciliazione* e soprattutto la capillare distribuzione dei volumi, specie in occasione degli eventi convegnistici e formativi organizzati dai suoi autori, docenti, professionisti ed esperti, hanno contribuito ad avvicinare e fare conoscere al grande pubblico la mediazione e gli strumenti di composizione amichevole delle controversie. Nel favorire il graduale superamento delle diffidenze e, al contempo, garantire la sopravvivenza della collana hanno avuto un ruolo decisivo alcune scelte di "politica editoriale" compiute dai responsabili della collana che in questa sede è bene esplicitare.

La prima scelta da segnalare è sicuramente quella di distribuire gratuitamente i volumi, pubblicati con i fondi di ricerca dei docenti responsabili, senza chiedere esborso di denaro né agli autori degli articoli, né ai lettori. La disponibilità di un congruo numero di volumi stampati, resi accessibili anche su CD e, comunque, in rete gratuitamente per tutti gli interessati, ha permesso di familiarizzare con il prodotto editoriale e di utilizzarlo.

La seconda scelta politica di successo è stata quella di aprire alla pubblicazione di contributi non solo di docenti e ricercatori, ma anche di magistrati, professionisti ed esperti della materia, che hanno permesso di avvicinare il lettore alle nuove tematiche. La combinazione di diversi approcci e di prospettive

interdisciplinari alla mediazione e alle ADR ha permesso di fare capire meglio e condividere le finalità, prima che le regole di funzionamento di questi meccanismi di giustizia.

La terza scelta, infine, è stata quella legata all'internazionalità dei contributi, che con regolarità sono stati pubblicati nei volumi. Si è cercato, nella composizione degli organi direzionali, come nella scelta degli autori dei contributi, di privilegiare un approccio aperto e internazionale. A tutti gli autori, inoltre, è stato permesso di pubblicare nella propria lingua, in tal modo favorendo l'internazionalità della scrittura e della lettura.

Le scelte richiamate hanno comportato uno sforzo organizzativo sicuramente maggiore, soprattutto all'inizio, ma hanno permesso pure di apprendere un nuovo metodo di collaborazione e integrazione, che ha reso i *Quaderni di conciliazione* una collana editoriale internazionale, citata e consultata da studiosi e pratici, sia in Italia che all'estero. Un metodo di lavoro che ha formato all'internazionalità e all'approccio globalizzato chi la dirige e i numerosi collaboratori, che hanno stretto relazioni accademiche, professionali e personali con quanti si occupano, a vario titolo, della materia.

Alla ventina di componenti del comitato scientifico e di refaggio, agli oltre cento autori che hanno scritto gli articoli, all'editore che ha pubblicato i volumi, ai tanti collaboratori, ai numerosissimi lettori che hanno dedicato a noi il loro prezioso tempo, a tutti formulo i migliori auguri per il lavoro fatto assieme per la diffusione di una nuova cultura della giustizia, che includa anche le ADR di qualità.

Con l'auspicio di riuscire ancora a sostenere l'iniziativa editoriale, coinvolgendo tanti altri collaboratori che ci permettano di aumentare la diffusione della conoscenza e della pratica delle ADR soprattutto tra i giovani studenti, in modo da contribuire a educarli e formarli, ci diamo appuntamento al prossimo congresso internazionale del 2019, che sarà organizzato per la prima settimana di ottobre.

MARÍA CRISTINA DI PIETRO,
PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO¹

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA MEDIACIÓN EN ARGENTINA

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Modelos de procesos de mediación. - 2.1. Clasificando Modelos o Esquemas de Mediación. - 3. La mediación en Argentina. - 3.1. Leyes Nacionales. - 3.2. Provincia de Río Negro. - 3.3. Provincia de Córdoba. - 4. A modo de conclusión.

La frontera de la justicia es móvil e importa atender de manera permanente a las posibilidades de su movilidad. No considerar esta calidad es una condena a la petrificación del Derecho...²

1. Introducción.

a) La mediación como proceso de resolución de controversias reviste un interés tanto social como jurídico³. Social en razón de que las partes, quienes comparten el espacio conflictual deciden construir una solución basada en el ahorro de tiempo, dinero y energías. Están en este tipo de proceso para ponerle un punto final al conflicto que atraviesan cuidando la relación y el

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.

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.

² C. CALDANI, M. ÁNGEL, *Las fronteras de la justicia, Metodología Dikelógica* (Métodos constitutivos de la Justicia), Rosario, 2007.

³ M.C. DI PIETRO, *La Superación del conflicto*, 1ª ed. Alveroni Ediciones, 2011 y 2ª ed. Córdoba, Argentina, 2017.

espacio. No sólo es entonces una alternativa al litigio; es un método que lo complementa y facilita. Es una estrategia trazada por las partes que interesa tanto a operadores del derecho como a la cultura jurídica actual: así lo enmarca Ciuro Caldani: “... *el derecho procesal se enriquece y adquiere su dimensión más interesante y plena si reivindica para su objeto todo el espectro de ‘solución de conflictos’ y no meramente el ‘proceso’*”⁴.

La mediación es un proceso voluntario⁵, flexible, confidencial, a través del cual un tercero neutral y multiparcial⁶, mediador, asiste a las partes en controversia para ayudarlas a trabajar co-operativamente⁷ en procura de un posible acuerdo, o de un camino o de una elección posible para ellos⁸.

b) El mediador encara la ardua tarea de resignificar el conflicto, la sustancia común, posicionando a las partes desde la innovación, brindándoles las herramientas para una solución consciente y consensuada.

Una sociedad compleja requiere de estrategias multidireccionales que permitan mirar el cambio con innovación y con creatividad⁹. Un análisis completo y efectivo del conflicto por parte

⁴ C. CALDANI, *El juez, el proceso y el Estado en la Postmodernidad*, en *Investigación y Docencia, Fundación para las investigaciones jurídicas*, Rosario, 2000, n. 33, pp. 19/23.

⁵ Porque la mediación es siempre voluntaria. M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, cit., pp. 133 ss.; 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. 103 ss.

⁶ El término corresponde a COBB, SARA. *Hacia un nuevo discurso para la mediación. Una crítica sobre la neutralidad*, The Social Construction of Neutrality - The Fundo of Research in Dispute Resolution. Seminario avanzado en mediación, Santa Bárbara, EE.UU. (1995), Buenos Aires, 1996.

⁷ M.C. DI PIETRO, *La superación del Conflicto*, cit., Cap. II Negociación Pto. 2; La Ley 8858 determina como obligatoria la instancia de Mediación, no el proceso; por cuanto éste es siempre voluntario – art. 1.

⁸ M.C. DI PIETRO, *ob. cit.*

⁹ F.G. ALÉS SIOLI, *La radiografía del Conflicto; La creatividad en mediación: el modelo magia y mediación*, en *Quaderni di Conciliazione*, a cura di Carlo Pilia, vol. 7, Edizioni AV, Cagliari, Cagliari, 2017, pp. 79-101.

de los involucrados y operadores permite poner en relieve y de manifiesto cómo se trabajará/con qué se trabajará/qué herramientas se tienen y, a partir de allí elegir el modelo adecuado que permita diseñar la mejor estrategia de resolución. Por ello decimos que la mirada consciente del conflicto no sólo está en manos de los abogados, jueces, mediadores, sino también y en definitiva de los involucrados y de la sociedad.

- c) El profesor argentino Remo Entelman¹⁰, desarrolló una concepción totalizadora del conflicto¹¹ que permite incluir en ella a diferendos de cualquier clase o índole, al considerar al conflicto como: “Una especie de relación social en que las partes tienen o creen tener objetivos incompatibles”¹². Seguimos esta concepción por ser inclusiva de aquellos conflictos capaces de involucrar a todo el planeta como a los que remiten a una reyerta matrimonial o entre niños.

La relación social es la secuencia de conductas recíprocas que se condicionan entre ellas. Es un comportamiento recíproco que puede basarse en conductas de cooperación, coincidencia o acuerdos pero también en desacuerdos o conflictos. De allí, su consideración del conflicto como especie que reconoce un género. El género es la relación social.

Pueden existir conflictos con pretensiones incompatibles no prohibidas por la ley, pero quizá sí por la relación entre las partes, y esto moviliza serios diferendos.

Existe una interrelación entre intereses, derechos y poder. La conciliación de los intereses se realiza dentro del contexto de los derechos y el poder de las partes. Pero no todos los conflictos se resuelven conciliando intereses a través del derecho re-

¹⁰ R.F. ENTELMAN, *Teoría de conflictos*, Serie coordinada por Raúl Calvo Soler, 1ª ed., Gedisa, España, 2002. Véase también CALVO SOLER, *Donde la Justicia no llega. – Cuando el proceso judicial no acompaña –*. 1ª ed., Gedisa, Barcelona, España, Marzo 201, *Google Libros*, Abril 2018.

¹¹ Tomando la ideología de J. FREUND, *Sociología del conflicto*. “Ministerio de Defensa”, Ediciones Ejército, Madrid. 1992.

¹² R.F. ENTELMAN, *ob. cit.*, pp. 49 ss. M.C. DI PIETRO, *La Superación del conflicto*, cit., ENTELMAN, aporta conceptos que permiten arribar a este enunciado.

glado; si bien los procedimientos basados en los derechos y en el poder pueden lograr a veces más que lo obtenido conciliando intereses, otorgo crédito también a la inversa¹³.

La colaboración de las partes será fundamental a la hora de poner en juego intereses; deberán presentarse con un comportamiento integrativo proponiéndose la estrategia “ganar-ganar”, que cierra el conflicto desde una mirada de la utilidad de la solución¹⁴.

d) Y por lo tanto, consideramos que la elección del modelo de mediación como sistema a adherir, no es una cuestión menor desde la órbita legislativa/judicial, ya que será desde esa estructura que se administrarán los conflictos jurídicos de los particulares; desde donde se logrará primero el cambio de mentalidades y la apertura hacia el procedimiento. (Luego quedará en manos de los operadores el derecho mantener esa apertura, adaptarla a la complejidad social y mejorarla cada día).

El impacto paradigmático de la mediación se ha desarrollado en variados ámbitos, comunitario, educativo, empresarial, internacional, entre otros. Aquí no obstante, mostraremos los modelos de mediación poniendo una especial impronta a la mediación jurídica como género, su especie la mediación judicial¹⁵ y su desarrollo en Argentina. Quien prefiera adoptar otros modelos o no tenga en miras judicializar el proceso de mediación puede servirse de estructuras de mediación aplicables en otros ámbitos. Pero si con efectos jurídicos se abordará una solución, sin perjuicio de la aplicación de herramientas de aquellas otras estructuras, la mediación debe abordarse específicamente desde el modelo jurídico-judicial, y de conformidad a los requisitos y características propios que citaremos más adelante.

¹³ *Ob. cit.* Nota anterior. Los intereses son los motivos que subyacen a la posición, las verdaderas razones. La posición es equiparable a la pretensión vista desde del juicio.

¹⁴ M.C. DI PIETRO, *ob. cit.*

¹⁵ M.C. DI PIETRO, *ob. cit.*, p. 12.

2. *Modelos de procesos de mediación*¹⁶. – Cuando nos dispone-
mos a hablar de la elección de los modelos de mediación lo ha-
cemos desde una doble referencia:

El Estado a través de la función legislativa y como una forma
de gestionar el conflicto, seleccionará el modelo de mediación
que mejor represente o motive los intereses de la sociedad en
un espacio y tiempo determinado, valorando su cultura, su im-
pronta, y su bagaje jurídico. Es decir, el modelo indicará el sis-
tema de abordaje de conflictos jurídicos.

Y a su vez los participantes de la mediación elegirán el mo-
delo que mejor solución pueda brindar para su conflicto parti-
cular. Hacemos hincapié en la necesidad imperativa de la parti-
cipación de los involucrados/partes del conflicto en la decisión
de resolverlo o no; porque en definitiva deben ser ellos – y no
la sociedad – quienes carguen previamente con el esfuerzo de
resolver su problema; siendo además quienes en el procedi-
miento de mediación guiarán al mediador, trazando el camino
de posible satisfacción para cada uno. (La variedad de diferen-
dos y los costos que acarrea solucionarlos dejaron lejos a las
discusiones doctrinarias de principios del siglo XX – Niceto Al-
calá Zamora – acerca del derecho de la búsqueda de la razón y
de la no razón como sinónimo de Justicia inclusiva).

Por aquello de la imparcialidad¹⁷, por su postura frente al
proceso que marca su intervención en el sistema conflictual, el
mediador co-construye con las partes una nueva mirada de sus
dichos, al intentar la producción de cambios positivos que im-
pacten en dicho sistema desviándolo hacia su autocomposición.

El modo de desplegar y de interpretar el conflicto en media-
ción hace a la base y al sustento operativo, determinantes para la
elección de herramientas. Según la finalidad planteada y el mo-
delo de mediación al que se adhiera¹⁸ para el abordaje de aquél

¹⁶ Este acápite está basado en M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*,
cit., Capítulo VII y *Tesis Doctoral, Facultad de Derecho*, Universidad Nacio-
nal Córdoba, Argentina, 2012.

¹⁷ M.C. DI PIETRO, *Tesis Doctoral. Facultad de Derecho*. Universidad Nacio-
nal Córdoba, Argentina-2012. Y *La Superación del Conflicto*, cit., Véase Cap.
IV Pto. 7.1 y conc.

¹⁸ El mediador y/o las partes.

despliegue, dependerá la utilización de las técnicas y herramientas que cada modelo postula.

El modelo o diseño se elige a su vez, teniendo en cuenta los intereses partidarios, el perfil de los participantes y la calidad de la relación que traen y/o que pretenden.

Para la elección del modelo, el mediador escuchará muy particularmente a los mediados, con prescindencia de su inclinación, si ellos le requieren de algún modo expreso o tácito, un tipo o estilo de diseño de mediación y no otro. Es bueno que el mediador al menos suspenda su valoración, dejando por un momento de lado sus preferencias y su propio sistema valorativo para dar paso a la necesidad de los participantes. Si el modelo necesario o requerido no está a su alcance o no responde a su perfil¹⁹, bien puede derivar el caso.

2.1. *Clasificando Modelos o Escuelas de Mediación*²⁰. – Consideramos que existen dos tipos o clases de modelos que pueden abarcar a todos los que existen a pesar de sus variables, y que los mediadores usamos en mix conforme el caso lo amerite²¹:

1. *Modelos para la solución del conflicto.*
2. *Modelos para la transformación.*

1. *Modelos para la solución del conflicto*, son todos aquellos que buscan resolver o solucionar el problema, satisfaciendo los intereses y acordando para ello; sea solucionándolo desde el reparto de la sustancia o cosas; sea trabajando también sobre la relación de las partes. Dentro de este grupo están:

A. - Modelo de la Escuela de Negociación de Harvard²².

Define básicamente a la mediación como una negociación colaborativa asistida por un tercero, y su enfoque se orienta ha-

¹⁹ M.C. DI PIETRO, "La Superación del Conflicto", cit., Véase Capítulo IV Pto, 8.

²⁰ Sobre este acápite Véase Capítulo VII, M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, 2ª Edición, cit.

²¹ Compartimos la visión de RIPOL MILLET, *Estrategias de Mediación en Asuntos Familiares*, 1ª. ed., Reus, Madrid, España, 2011.

²² Véase la base de la teoría en FISHER, ROGER - URY, WILLIAMS - PATTON, BRUCE, *Si!... De Acuerdo! Como negociar sin ceder*, ed. Norma, México, Segunda reimpresión, 1995.

cia el acuerdo. Este modelo entiende al conflicto como un obstáculo para la satisfacción de intereses o necesidades. Allí hacen residir el nudo. El tema aparece cuando las partes deben satisfacer simultáneamente intereses y necesidades que son incompatibles. Frente a esto, el modelo propone un enfoque donde las partes trabajen colaborativamente para resolverlo. El tratamiento del conflicto significa encontrar modos de satisfacer a cada una de ellas²³.

Pertenecen a éste otros diseños, los modelos directivos; los evaluadores y los autoritarios.

B. – Modelo Directivo.

Considero que se enrolan en él Slaikeu²⁴ y Moore²⁵. Corresponde a un diseño aplicable a relaciones continuas pero no más importantes que el reparto de sustancia, por ej. negocios esporádicos o mediaciones en litigios judiciales.

Sin embargo, también ingresa en este grupo el diseño para temas de familia de John M. Haynes²⁶, que suma técnicas prácticas para llegar a un acuerdo tratando de construir o preservar las relaciones²⁷.

El mediador:

- Dirige hacia el acuerdo. Su objetivo es resolver.
- Controla la comunicación y la expresión de las emociones.
- Genera opciones estándole permitido recomendar.
- Siempre utiliza la reunión privada como etapa.
- Usa variedad de técnicas.
- Privilegia el tiempo y el dinero.

²³ M.C. DI PIETRO, *ob. cit.*, Cap. II Negociación.

²⁴ C.A. SLAIKEU, *Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos*, ed. Granica, Bs. As, 1996.

²⁵ C. MOORE, *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, ed. Granica, Bs. As., 1995.

²⁶ J.M. HAYNES, *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Gaia Ediciones, España, 1995.

²⁷ J.M. HAYNES, en "la citada obra, desarrolla técnicas específicas: monólogo; manejo de diferencias; confusión de roles; reciprocación; mutuación; presupuestos familiares, entre otras".

C. - Modelo Evaluador.

En este diseño cuidar las relaciones no es importante, ya que están en juego interacciones ocasionales o se está en juicio²⁸.

El mediador se desempeña conforme las características del modelo anterior y además:

- Tiene pericia sobre tema del conflicto.
- Brinda a cada uno evaluación del caso.
- Juzga y evalúa el fondo de las posiciones.
- Genera y recomienda opciones.

D. - Modelo Autoritario.

Es marcadamente conductista. Surgido de la práctica de la conciliación tribunalicia, las partes no reparan en la relación por encontrarse extremadamente enfrentados; buscan por ello a un mediador fuerte; más aún que en los modelos descritos antes. Walter Wrigth²⁹ llamó a este tipo de mediación, *modelo Rambo*, en alusión a la película del mismo nombre.

Christopher Moore estima que en China se practica este estilo de mediación sumamente directiva³⁰.

2. Modelos para la transformación son los que se posicionan en el extremo opuesto del modelo de solución de conflictos que propone de la escuela de Harvard. Se encuentra orientado a la comunicación y las relaciones interpersonales de las partes. Para esta escuela, el objetivo de la mediación no es el acuerdo, sino el desarrollo del potencial de cambio de las personas al descubrir sus propias habilidades. Focalizan en las relaciones humanas con la intención de fomentar el crecimiento moral, destacando la capacidad de este procedimiento para promover

²⁸ Modelo usado en EEUU, especialmente en California para daños y perjuicios que involucran accidentes de tránsito.

²⁹ W. WRIGHT, *Seminario Modelo, Métodos y Técnicas para Mediación Organizacional*, dictado el 24 de mayo de 1999 en Buenos Aires, y el 26 de mayo 1999 en Mediarío, Centro de Administración de Conflictos, en la ciudad Córdoba. Véase material de su autoría y del mismo autor, *Posibles Limitaciones al Uso de los Modelos de Mediación Norteamericanos en Argentina*, ed. Fundación Fray Bartolomé de las Casas, Rosario, 1996.

³⁰ C. MOORE, Conf. su exposición y material en CD entregado en el Congreso Mundial de Mediación. Salta septiembre 2010.

la revalorización y el reconocimiento de cada persona. Pertenecen a este grupo:

A. - *Modelos Transformativos de Galtung*³¹, de *Léderach*³² y de *Folger y Bush*³³.

Son utilizados tanto para las relaciones continuas como para las que no lo son: especialmente de familia, comunitarias, interacción entre socios, entre ciudadanos o habitantes de una región.

La meta de estos diseños es transformar a las personas en dos dimensiones: crecimiento moral y el restablecimiento de la armonía grupal, a través del *reconocimiento*³⁴, del *empowerment*³⁵ y de la *revalorización*³⁶, intentando integrar las conductas y la compasión hacia los otros, en conjunto.

Además:

- Es una crisis en la interacción humana.
- El conflicto es visto como oportunidad de crecimiento moral.
- Utiliza el diálogo como herramienta fundamental.
- La neutralidad no es un elemento primordial.
- No se establecen reglas procesales.
- No impone ni sugiere agenda de trabajo.
- No es necesario acordar por escrito.

³¹ J. GALTUNG, *Trascender y Transformar. Una introducción al trabajo de conflictos*, ed. Quimera, Méjico, 2004.

³² J. LEDERACH, *Desafíos y alternativas en la construcción de la paz.*, *Rev. Mediadores en Red. Año II*, n. 4, Octubre 2003; J.P. LEDERACH, M. MAIESE, *Transformación*, *Revista de Mediadores en Red.*, Año IV°, n. 10, Septiembre de 2006.

³³ J.P. FOLGER, B. BUSCH, *La Promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, ed. Granica, 1996.

³⁴ Se llama *reconocimiento* a la capacidad de relacionarse con los otros; a la mayor comprensión que se logra del otro.

³⁵ Cuando se habla de *empowerment*, se hace alusión al apoderamiento de las propias posibilidades y capacidades; al poder de apropiarse de las posibilidades de opinión, de elección, de decisión propios.

³⁶ Se conoce como *revalorización* a la capacidad de fortalecer el yo; al fortalecimiento personal que conduzca a las propias decisiones al *empowerment*. Sobre estos tres postulados.

El mediador:

- ✓ Es un especialista en el manejo de conflictos.
- ✓ No es partidario de la contención emocional (Folger).
- ✓ Es un instructor, capacita.
- ✓ Es un facilitador para el descubrimiento.

B. - Modelo Narrativo de Sara Cobb.

Si bien considero a este modelo dentro de los transformativos, tiene características distintivas ya que si bien pretende cambios transformadores desde el discurso de las partes, no abdicar del acuerdo.

Esta escuela focaliza todo su trabajo en las narraciones de la gente durante el proceso de mediación; se plantea acordar pero con el énfasis puesto en la comunicación y en la interacción de las partes. El presupuesto es que, para poder arribar a un acuerdo, las personas necesitan transformar las historias conflictivas con las que llegan a la mediación en otras donde queden mejor posicionadas, de modo tal de poder salir de su posición.

Además usa:

- Preguntas circulares.
- Técnicas de diálogo ascendente que atraigan la positividad o connotación positiva.
- Reencuadre, reformulación y recontextualización positiva.

El mediador, ayuda a las partes a:

- Hablar de forma diferente, para que interactúen de modo distinto.
- Generar historias alternativas que permitan alejarse de las contrapuestas quejas iniciales.
- Producir cambios que posibiliten la vía del acuerdo.

C. - Modelo Facilitador de Folberg y Taylor³⁷.

Especialmente diseñado para relaciones continuas, sobre todo familiares.

³⁷ J. FOLBERG, A. TAYLOR, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, ed. Límusa, Grupo Noriega Editores, México, 1992.

El mediador:

- ❖ Es un facilitador de la comunicación, de la decisión y de la negociación.
- ❖ Privilegia la relación
- ❖ No propone opciones
- ❖ No evalúa el fondo de las posiciones
- ❖ Promueve la comunicación directa
- ❖ La reunión privada No es una etapa.

Estos modelos son estudiados con mayor rigor en general, desde otras disciplinas, tales la psicología, psiquiatría, psicología social, comunicación social, servicio social, etc.

La mediación jurídica y judicial³⁸.

Este modelo toma de aquéllos técnicas y herramientas, pero con estilo propio. La mediación jurídica responde al modelo evaluativo; es decir, necesita para su operatividad de la presencia de – por lo menos – un mediador abogado, que tenga experiencia en el ejercicio profesional o se haya desempeñado como magistrado o funcionario judicial, por cuanto con su tarea no sólo llevará el proceso de mediación, sino que además en este modelo, el conocimiento de los parámetros objetivos (en especial jurisprudencia y doctrina) resultan vitales tanto como imprescindible surgirá el respeto de todos los intervinientes a su perfil contundente, el que sin abandonar los modales cordiales le confiere ese carácter firme que otorga confianza y seguridad (en suma, profesionalidad para ese ámbito).

La mediación jurídica es aquel proceso de negociación desarrollado con la asistencia y dirección de un tercero experto en leyes, estando las partes asistidas en todo momento, cada una por su abogado, con manifiesta intención y voluntad de enmarcar y subsumir la posible solución dentro de parámetros jurídicos y conforme a derecho, a efectos de lograr en su caso, la conformidad judicial.

³⁸ Ídem nota 16. Este Acápite y el siguiente basados en DI PIETRO, MARÍA CRISTINA. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Córdoba. Argentina-2012. Véase también de la misma autora: *La prueba en el proceso de mediación*, publicado en “*La Ley* 27/03/2018, 27/03/2018, 1”, Cita Online: AR/DOC/545/2018.

La mediación jurídica puede ser judicial-jurisdiccional y extrajudicial-extrajurisdiccional, dependiendo ello de la judicialización o no del conflicto y por ende del ámbito en donde se desarrollará; pero la caracterización de jurídica no depende de la judicialización, sino del carácter que las partes asignen al conflicto que las vincula que si bien puede ser jurídico no necesariamente se judicializará³⁹. Siendo ello así, la mediación jurídica puede considerarse el género y, la judicial y extrajudicial, especies⁴⁰.

Para lograr su fin, la mediación jurídica utiliza generalmente un modelo más ajustado conocido como evaluativo⁴¹. Y a su vez, la mediación judicial (como especie) se inserta al proceso de dos formas: como mediación previa/preprocesal o como mediación intraprocesal.

Mediación Previa - Preprocesal o Intraprocesal.

a) En la mediación previa al juicio al no estar determinada la plataforma fáctica del litigio no se conoce aún el contenido de la pretensión y objeto del proceso ni la postura del sujeto pasivo, el objeto se va configurando a medida que se desarrolla y termina de definirse con el eventual acuerdo. Las ventajas son que una vez comenzado el proceso judicial no se produce el “desvío” a esta estación, con la pérdida de tiempo y desgaste de actividad que ello ocasiona. Es muy conveniente en juicios de menor cuantía al evitar desgaste jurisdiccional. Tiene al-

³⁹ Un problema en un establecimiento educativo, por ejemplo entre docentes, por la disciplina de un alumno, puede resolverse en su propio contexto o trasladarse a instancias judiciales. Lo mismo puede acontecer en cuestiones vecinales, societarias, consorciales, etc. Situaciones en que los involucrados no necesariamente enmarquen judicialmente sus asuntos desde el inicio.

⁴⁰ Acerca de las características de la mediación judicial véase DI PIETRO, MARÍA CRISTINA, *La Superación del Conflicto*, cit., Nota 3, Capítulo VII.

⁴¹ Véase la semblanza acerca de la voluntariedad y la obligatoriedad en mediación C. PILIA, *L'Essenza Volontaria del Procedimento di Mediazione e dell' Accordo di Conciliazione*, en *Quaderni di Conciliazione*, a cura di Carlo Pilia. Edizioni AV, Cagliari, vol. 7, pp. 109 ss. Sobre todo ptos. 2, 3. La Mediazione delegata dal giudice. 4. La Mediazione imposta per disposizione normativa. 5. L'Obbligatorietà della Mediazione.

cance para todos los conflictos de cualquier índole que se susciten entre sujetos colectivos (organizaciones, instituciones, gremios, grupos, escuelas, etc. públicos y/o privados) y entre particulares, incluso aquellos susceptibles de judicializarse.

Este enfoque advierte que generalmente las personas apuntan más a sus intereses que a sus derechos. No tienen intención de acercarse a los abogados ni a tribunales. Su voluntad no es litigar.

- b) La Mediación prejudicial, que recepta un criterio restringido, está direccionada únicamente a los conflictos que pretendan acceder a los Tribunales Judiciales, en caso de fracasar la tentativa negociadora. Por tanto, esos casos para transformarse en causas judiciales y antes de llegar al juez deben cumplir con requisitos de admisibilidad, por caso formulario que indique determinados datos, entre ellos si se cumplió la etapa previa de mediación con los requisitos de validez sustanciales y formales que permitan al juez su validación como prejudicial (como etapa idónea para abrir la instancia judicial).

Como característica, este enfoque apunta en mayor medida a las personas que invocan y defienden derechos por sobre sus intereses. Buscan y eligen abogados en procura de acudir a jueces. Quieren Litigio! Por lo tanto la voluntariedad es restringida!

Entonces, es posible la barrera del requisito de admisibilidad: primero obligatoriedad de mediación judicial, aunque no le guste ni elija negociar!. Este es el criterio de la ley Nacional vigente Argentina 26.589.

- c) En la mediación intraprocesal, en cambio sí existe previamente una pretensión y, precisamente por lo que acabamos de señalar, genera demora y dilación al abrirse la respectiva etapa judicial. Una vez lanzada la parte a la contienda resulta dificultoso conciliar, aunque no excluyente. La fundamental ventaja de este sistema es que como ya las partes expusieron sus posturas se conoce el objeto pretendido, pudiéndose manejar mejor las variables futuras para arribar a un cuadro de situación que posibilite la conciliación. Asimismo, el Poder Judicial, al tener instalado el conflicto en su sede, puede

tener mayor injerencia en la implementación y control de todo el sistema, para lograr aquellos fines buscados con la mediación⁴².

3. *La mediación en Argentina*⁴³. – Previo a analizar los distintos modelos de mediación existentes en el País, diremos que en razón de que Argentina es un País organizado por un sistema federal (Art. 1 Constitución de la Nación Argentina), cada provincia, que es autónoma, puede en razón de las facultades delegadas⁴⁴ dictar sus propias leyes rituales, razón por la cual en el País conviven distintos códigos de procedimiento con orígenes e historias diferentes, diversas leyes de mediación y a su vez distintos modelos de mediación.

3.1. *Leyes Nacionales*. – En 1995 se sancionó la ley 24.573 (Ley Nacional de Mediación y Conciliación), reglamentada inicialmente por el decreto 1021/96⁴⁵. Dicha ley implementó la mediación con carácter de instancia obligatoria y previa al juicio para la jurisdicción de la Capital Federal.

El importante antecedente de esta normativa no sólo fue imponer la mediación como instancia de admisibilidad de la demanda, sino movilizar al juez en su tarea conciliadora, a través de la renovación de la llamada audiencia *saneadora* del proceso judicial, previa a su continuación.

Algunas características del sistema de la ley 24.573 (aún conservadas por la vigente Ley Nacional 26.589)⁴⁶:

⁴² Al respecto M.C. VÉASE DI PIETRO, *La Mediación y el Proceso Civil*. Artículo de "III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo", Univ. Castilla La Mancha, España, 2010.

⁴³ Ídem nota 16.

⁴⁴ Arts. 121 ss. de la Constitución de la Nación Argentina.

⁴⁵ Luego se dictaron sucesivos decretos modificatorios de aspectos de procedimiento.

⁴⁶ Al respecto véase DE ESTUDIO DE LA MEDIACIÓN PREJUDICIAL OBLIGATORIA. Un aporte para el debate y la efectividad de los métodos alternativos de solución de conflictos en Argentina. Coordinado por N. Luzi, 1ª ed., Buenos Aires: Programa Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, Fundación Libra, 2012.

- Mediación con carácter de instancia obligatoria y previa al juicio⁴⁷.
- Es un sistema de mediación conectado con los tribunales: se entiende el sistema en el que el Poder Judicial participa pero no administra.
- Comunicación directa entre las partes para la solución de la controversia.
- Se consagra el deber de confidencialidad en la mediación.
- Asistencia letrada es obligatoria.
- Modelo facilitador: el mediador no puede asesorar a las partes como así tampoco opinar sobre la solución de la controversia.
- En caso de que las partes arriben a un acuerdo que luego no se cumple, lo acordado puede ejecutarse ante el juez, de esta manera se trató de evitar que se utilizara la instancia de mediación como una herramienta meramente dilatoria, desnaturalizando su función.
- Introdujo una norma nueva, de carácter imperativo: el art. 360 del Código de procedimiento Civil y comercial de la Nación, regulador de la audiencia preliminar⁴⁸, que marcaría una importante transición en el pensamiento doctrinario tanto como en la práctica forense.

⁴⁷ La mediación es un proceso voluntario por definición, lo obligatorio es el ingreso al sistema.

⁴⁸ Contestes en opinión, véanse entre otros: R. ARAZI, *Mediación, audiencia preliminar y prueba en "la ley 24.573. LA LEY 1996-A, 1254"*. R. BERIZONCE, *La audiencia preliminar: un acto esencial del proceso. (A propósito del flamante ordenamiento procesal rionegrino)* L. L 1988-E, 754; E. FALCÓN, *Sistemas Alternativos de Resolver Conflictos Jurídicos. Negociación, Mediación, Conciliación*, 1ª Edición, Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, pp. 7 ss. J. KIELMANOVICH, *Consecuencias que se derivan de la incomparecencia a la audiencia preliminar*, J.A. 1996-III-745. *La ley 24.573 de reformas del código procesal civil y comercial de la nación*, J.A 1995-IV-869. L.E. SPROVIERI, *La audiencia preliminar en el código procesal civil y comercial de la nación. (Algunas inquietudes en torno de su cumplimiento)*, E.D. 171-830. D. BARRIOS DE ANGELIS, *Audiencia preliminar, sistema y método*. L. L 1988-A, 1067. L.E. PALACIO, *Manual de Derecho Procesal Civil*, ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 18ª ed. Actualizada, Buenos Aires, 2004, pp. 566 ss. *Derecho Procesal Civil. T IV - Actos Procesales*, 4ª ed. Actualizada por Carlos Enrique Camps, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Diciembre 2011, pp. 299 ss.

- Clases de mediación:
 - » Por sorteo;
 - » Por acuerdo de partes, que incluye por elección de ambas partes o a propuesta del requirente a la parte requerida con elección de un listado de mediadores.

En 2001, vuelve a insistirse con el afán de agilizar el sistema de pleitos, a través de la ley 25.488 que introdujo en el art. 360, una redacción más imperativa aún, obligando al juez a tomar la audiencia preliminar, bajo apercibimiento, señalando dicha norma que la actuación del juez es indelegable.

Finalmente, en 2012, se deroga la ley nacional de mediación 24.573 que es sustituida por la actual ley 26.589, que vuelve a retocar aquellos arts. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, referidos a conciliación y a audiencia previa⁴⁹.

Es decir, en su anterior versión, el artículo 360 de dicho Código disponía la presencia del juez *bajo pena de nulidad*. En la actual redacción la reforma suprimió la mención acerca de sanción de nulidad y dispuso que en aquélla, la presencia del juez resulta *indelegable* y que la misma no se llevará a cabo si no está presente, a cuyo efecto las partes dejarán constancia en el libro de asistencia.

Principales características de la ley 26.589:

- Aunque está conectado a los tribunales – el proceso se realiza en oficinas privadas –, el sistema es alternativo (Los sistemas intraprocesales son complementarios al juicio. En general se efectivizan en dependencias de los tribunales);
- El proceso de mediación es prejudicial y obligatorio;
- Se incorporan aspectos distintivos para la mediación familiar;
- A diferencia de la normativa anterior incorpora expresamente el trabajo interdisciplinario con otro profesional de distinta disciplina, quien tiene que tener capacitación básica en mediación y la específica que exija la autoridad de aplicación (art. 34);

⁴⁹ E. FALCÓN, *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos. Negociación, Mediación, Conciliación*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, pp. 411/451.

- la designación del mediador podrá ser:
 - a) por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito;
 - b) por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entrada del fuero correspondiente y cumpla con los requisitos que establezca la autoridad judicial. En lo demás se mantiene el sistema anterior;
 - c) por propuesta del requirente al requerido, a los efectos de que él seleccione un mediador de un listado cuyo contenido y demás recaudos deberán ser establecidos por vía reglamentaria. Se mantiene el sistema con las modificaciones de las listas que se especifiquen:
- Para el caso en que la mediación haya finalizado con acuerdo se mantiene el sistema de la ley anterior y se contempla el caso de incumplimiento del acuerdo se faculta al juez a aplicar “a pedido de parte” una multa.

3.2. *Provincia de Río Negro.* – El sistema de mediación de la Provincia de Río Negro se rige por la ley 3847 y su decreto reglamentario y cae en el campo de los llamados *Anexos a los tribunales* ya que quien administra el sistema de mediación judicial es el Superior Tribunal de Justicia (STJ) y tiene las siguientes características:

- Carácter prejudicial obligatorio de la mediación;
- Instituye la instancia de mediación y todo otro método alternativo de resolución de conflictos previo o posterior a la iniciación del juicio en cuestiones patrimoniales del fuero civil, comercial y de minería; de familia; penal y laboral;
- La mediación judicial es según su artículo 6 “aquella llevada a cabo en los centros judiciales de mediación (CEJUME) dependientes del Poder Judicial”. El pedido de mediación se efectúa en el CEJUME correspondiente a la circunscripción o delegación. El mediador es designado por sorteo realizado en el CEJUME o por la elección del requirente de una lista de tres mediadores que proporciona el CEJUME;
- El acuerdo al que se arribe en mediación judicial tiene fuerza ejecutoria (art. 21) o sea se ejecuta por el mismo procedimiento que una sentencia salvo que estuvieren involucrados menores o incapaces, en cuyo caso se requiere homologación.

3.3. *Provincia de Córdoba*⁵⁰. – El sistema de la Ley de Mediación en esta provincia argentina, está siendo modificado en estos momentos. Sin perjuicio de ello adelantamos que coexistirán la mediación de instancia intraprocesal y la de instancia previa.

El modelo de mediación vigente (Ley 8858, Dec. Reglamentario 1771/2000) de instancia intraprocesal es operativo y destacado. Se realiza en dependencias del Poder Judicial, con doble control procesal a través de la presencia de dos mediadores – co-mediación – y posterior homologación del juez interviniente en su caso, o verificación del cierre de la instancia por falta de avenimiento.

Principales características de la ley vigente cordobesa:

- Carácter de la mediación: intraprocesal. Los sistemas intraprocesales son complementarios al juicio. En general se efectivizan en dependencias de los tribunales. En Córdoba todos los procesos de mediación se realizan en el Centro Judicial de Mediación dependiente del Tribunal Superior de Justicia.
- Principios: neutralidad-confidencialidad de las actuaciones- Comunicación directa de las partes-satisfactoria composición de intereses-consentimiento informado.
- Situaciones excluidas de la Ley: procesos penales con excepción de las acciones civiles derivadas-Alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y conexos con éstas-En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles para los particulares, etc.
- Designación del mediador: el Centro Judicial de Mediación fijará en un plazo, a partir de la recepción de las actuaciones una audiencia en que las partes propondrán de común acuerdo el mediador. Si no se lograra el acuerdo el Centro Judicial hará nombramiento de oficio por sorteo.
- En el modelo cordobés el convenio surgido de cualquier proceso mediación es un acuerdo transaccional plenamente exigible y ejecutable (arts.12, 13, 1004, 1642 y conchs. del Cód-

⁵⁰ Ley cordobesa 8858, el decreto reglamentario 1773/2000 y el Acuerdo Reglamentario 555 Serie "A" del 29/08/2000. (Centro Judicial de Mediación).

go Civil y Comercial de la República Argentina)⁵¹. Pero para que su ejecución se materialice, el acuerdo debe ser homologado por el juez quien posteriormente podrá ordenar la ejecución pertinente (arts. 930 del CCC; 523 inc. 2º y 500 inc. 1º y 4º Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina⁵²; art. 518 inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba)⁵³.

Estimamos que los acuerdos transaccionales no se equiparan a las sentencias, ni pueden considerarse tales, aún los devenidos de mediación conforme el modelo de la ley nacional 26.589 que prevé la ejecución directa de los mismos sin necesidad de homologación judicial. Ello sólo otorga a los convenios ejecutabilidad similar a la ejecución de otros títulos que traen ello aparejado, encontrándose incluidos en la categoría de “*otros títulos ejecutables*”⁵⁴. (Conf. arts. 500 inc. 4º CPCCN modif. por ley 26.589; 1647 CCC – transacción – y 332 CCC – nulidades por vicios de la voluntad; en Córdoba art. 518 inc. 8º CPCC Cba.)

Sin embargo en materia civil y comercial, en oposición al avance señalado, no existe normativa procesal que nivele y

⁵¹ En adelante CCC.

⁵² En adelante CPCCN.

⁵³ En adelante CPCC Cba. El Código procesal civil y comercial de la Provincia de Córdoba no tiene prevista norma similar a la del art. 500 inc.1 CPCCN – recientemente incluido por la ley 25.589 de mediación –: Título I. Ejecución de Sentencias. Cap. 1. Sentencias de Tribunales Argentinos. Artículo 500: APLICACION A OTROS TITULOS EJECUTABLES. - Art. 500. “Las disposiciones de este título serán asimismo aplicables: 1. A la ejecución de transacciones o acuerdos homologados”; 4. Al acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar, deberá requerir previamente, la homologación del acuerdo al juez anteriormente sorteado o al que sea competente de acuerdo a la materia. Tales actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia”. Véase E.H. ALBARENGA, *Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Córdoba. Ley 8465. Concordado*, 3ª ed. Alveroni Ediciones, Córdoba, 2008.

⁵⁴ M.R. FERNÁNDEZ LEMOINE, P.H. ZUANICH, *Práctica de la Mediación. Ley 26.589 y su reglamentación comentadas, anotadas y concordadas. Jurisprudencia aplicable*, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 288.

acompañe el esfuerzo logrado a través de la citada legislación: concretamente el art. 58 del CPCC de Córdoba prevé una suerte de conciliación facultativa para juez y partes, ubicada junto a otras inquietudes que pudiera tener el magistrado en la causa, como por ej. determinadas aclaraciones de hecho y/o pruebas. Su llamado puede caer en la indiferencia de las partes ya que no se prevén sanciones, habida cuenta que no se perfila como acto de cumplimiento obligatorio para el juez (deber-función) ni para las partes. Careciendo entonces la normativa del CPCC de la provincia de Córdoba, de un sistema efectivo, reitero en materia civil y comercial, que permita aprovechar la inversión de tiempo, energía y costos que conlleva la mediación. Inversión que es abandonada ante una conciliación judicial que resulta optativa⁵⁵.

El Proyecto de Ley con estado parlamentario próximo a sancionarse determina un nuevo acceso a la justicia; una nueva mirada que impondrá la instancia previa, sin perjuicio de la ya existente intraprocesal. Algunas características de la misma son:

- El proceso de mediación, como se dijo supra y con algunas excepciones previstas por la ley, constituirá una instancia previa al inicio del juicio, lo que permitirá la solución de una amplia gama de conflictos, no sólo los judicializados. Sin embargo también regirá el ahora existente intraprocesal, para aquellos conflictos ingresados por vía judicial, dejando abierta la posibilidad de que las partes decidan someter a mediación el conflicto que permanezca o se encuentre judicializado.
- El sistema de mediación judicial continuará centralizado al realizarse todas las mediaciones en el Centro Judicial de Mediación, dependiente del Tribunal Superior de Justicia de la Prov. de Córdoba.
- Al ser obligatoria la mediación, esta instancia es un requisito de admisibilidad de la demanda en el eventual juicio.
- Se amplían los ámbitos en los que puede celebrarse el proceso de mediación, es decir facilitaría e incentivaría la media-

⁵⁵ M.C. DI PIETRO, Tesis doctoral Facultad de Derecho, Universidad Nacional Córdoba, Argentina-2012.

ción extrajudicial y también la llamada “mediación por medios electrónicos de comunicación” (siempre que los mismos respeten las garantías del proceso y en la medida en que el Centro Judicial de Mediación tenga control sobre dichas tecnologías).

- El acuerdo celebrado en el marco de una mediación previa no requerirá homologación judicial, excepto algunos casos establecidos por ley (menores e incapaces).
- Procesos penales. Faculta al fiscal y al juez en el procedimiento de querrela a derivar el caso penal a mediación “cuando estimen conveniente intentar la solución del conflicto por esta vía y el Código Procesal Penal de la Provincia lo habilite”.

4. *A modo de conclusión.* A modo de conclusión diremos, entonces que:

- Se advierte en Argentina, (y en general en países con cultura occidental), la apertura del Poder Judicial, hacia procesos de justicia diferentes. En los últimos 20 años, el Poder Judicial ha devenido en principal impulsor de la socialización de la justicia: de la educación acerca de la misma, de la comprensión de su contenido y cometido; de la carga de la participación ciudadana en la custodia de sus derechos. Véase que todas las experiencias en la aplicación del sistema de mediación surgieron en el seno de este Poder, a través de sendas experiencias piloto (por ejemplo Ley 8858, Provincia de Córdoba).
- La elección de los modelos de mediación dependerá de la mirada que se tenga del conflicto y del tipo de resolución al que se quiera arribar.
- La atracción del conflicto judicial será previa (ley nacional 26.589) o intraprocesal (ley 8858 de Córdoba) o ambos (según otras legislaciones, también en Córdoba próximamente). En el primer caso se evita la entrada directa de las causas a los juzgados, en la segunda se evita su continuidad; intentándose ambas posibilidades en el sistema mixto.
- Consideramos que el abogado, pieza fundamental de la resolución de conflictos, en su afán de defender el derecho de su cliente, asuma el compromiso de evaluar y calificar previa-

mente el conflicto para lograr su adecuada resolución. La única vía posible de escape al conflicto no es judicializarlo.

- Algún reclamo acerca de que la mediación debe ir más allá (transformar personas y problemas), si bien acertada, no compete a los objetivos inmediatos del sistema judicial. Como objetivo último, contribuye a ello desde esta función de avenimiento que difunde el juez al remitir las causas con ese objetivo y al retomarlas como garantía de custodia de los derechos.
- Compete a otros órganos políticos y a la sociedad en general contribuir al impulso de la prevención del conflicto como objetivo digno de custodia, por ello insistimos que el/los modelos de mediación no serán meros caprichos legislativos en la medida en que sus características sirvan y se adapten a ese objetivo fundamental.

MIRELLA DELIA

LA CONCILIAZIONE FRA ORGANIZZAZIONE, FORMAZIONE E TECNOLOGIA

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. - 2. L'Italia e le risposte istituzionali alle criticità del processo civile. - 3. Gli Uffici dei Giudici. La ex Sezione Distaccata di Modugno. - 4. La c.d. conciliazione integrata: monitoraggi, tirocinanti, Università e Pon. - 5. Il sondaggio fra i professionisti. - 6. L'anagrafe digitale dei successi conciliativi. - 7. La divulgazione come buona prassi. - 8. La formazione dei professionisti. La BDDC fra la SSM, le Università e il CNF. - 9. Prospettive future della BDDC.

1. *Introduzione*. – La lettura del presente contributo, nelle diverse parti che lo compongono, ciascuna a cura di chi in questi anni ha variamente offerto sostegno al “Progetto Conciliativo” degli uffici giudiziari baresi – condividendo l’ottica propria di un Gruppo di lavoro multidisciplinare, capace come tale di attingere valore aggiunto dalle modalità di comunicazione e integrazione proprie del lavoro corale – si accompagna ad una speranza.

Sarebbe augurabile che il miglioramento delle risposte di giustizia, in termini di velocità nei tempi e nella qualità delle soluzioni proposte alla lite, possa correre in parallelo al progredire della professionalità e delle condizioni di lavoro tutte della magistratura, come di ogni altra categoria dei professionisti del diritto. È quanto intende realizzare il percorso in argomento, esempio di cooperazione giudiziaria.

Si auspica che ciò possa accadere, intanto, con un tempismo compatibile con la sfida europea, che punta ad innalzare le garanzie dei cittadini tanto nella risoluzione dei conflitti come nelle dinamiche dei mercati, e nondimeno secondo un binomio direttamente proporzionale, che renda cioè possibile immaginare, attraverso un “benessere organizzativo” dell’intero sistema giustizia, un “benessere personale e collettivo” di ogni singolo operatore del diritto come dell’utenza.

La politica legislativa nazionale è orientata a ridurre il grave carico che affanna la giustizia civile anche attraverso meccanismi di selezione in entrata e uscita del contenzioso e, soprattutto, con l'offerta sempre più ampia degli strumenti alternativi alla risoluzione giudiziale. Risulta pertanto anacronistica la mancanza, nelle nostre aule di giustizia, di un linguaggio base da poter utilmente adoperare attorno ad un tavolo conciliativo al fine di sollecitare, nella maniera più corretta, i meccanismi di autocomposizione e tentare le uscite consensuali dai processi.

Il *gap* formativo su questi temi affligge l'intera filiera dei professionisti del diritto, e primi fra tutti gli stessi magistrati, perché specializzati, anche quelli di nuova nomina, in percorsi universitari che negli ultimi decenni non hanno saputo integrare la visione della giustizia tradizionale con lo studio – e men che meno con gli approfondimenti operativi – dei nuovi istituti della c.d. giustizia partecipata.

Siffatta carenza non va trascurata, perché sovente si traduce in un elemento frenante “la logica della collaborazione”, unico punto fermo nelle dinamiche conciliative, per natura assai lontane dalla “logica della contrapposizione dei ruoli”, che ha nutrito purtroppo negli anni, dilatandoli al di là di ogni ragionevole misura, i tempi dei processi civili in Italia¹.

È un *vulnus* che rischia di mortificare i tentativi del nostro legislatore di far decollare un sistema giustizia, nelle intenzioni, capace di dare piena attuazione al principio indefettibile della tutela dei diritti ed aperto al confronto con ogni altro modello giudiziario europeo.

Né può bastare approcciarsi al problema di quale sia la metodica adeguata nell'utilizzo delle vie di composizione amichevole delle liti attingendo alla semplicistica condotta del buon padre di famiglia, ribaltando alle parti del conflitto la frase del “volete conciliare?”. Invero nell'ordinamento italiano il quadro sociale, economico e normativo è molto più articolato di quello

¹ Cfr. M. DELIA, *La modernità del giudice e la B.D.D.C.: viaggio virtuoso fra le vie dell'organizzazione e della formazione*, pubblicato su *La magistratura*, organo dell'Associazione Nazionale Magistrati, II, 192, 2017, <http://www.associazionemagistrati.it>.

che si parerebbe, in una comunità meno evoluta e complessa, agli occhi del grande saggio ed al suo pensiero olistico.

Apportare al funzionamento della Giustizia risposte ispirate a razionalità operativa ed a potenziale efficienza, lungi dall'essere finalità perseguibile con un'ennesima riforma, va sentito e promosso come obiettivo concreto da raggiungersi attraverso una "ristrutturazione" dei singoli uffici giudiziari. Ecco allora che una metodica organizzativa, da singola condotta processuale del magistrato, può diventare un valido programma di lavoro fino a propagare la spinta innovativa di una *best practice* giudiziaria. Forza capace di estendersi anche oltre i confini degli uffici in cui è nata.

2. *L'Italia e le risposte istituzionali alle criticità del processo civile.* – Negli ultimi decenni il processo civile italiano, congestionato nei tempi, è rimasto sempre più avviluppato nella logica delle contrapposizioni e dei codici. Riti, preclusioni e decadenze da rispettare, nonostante le aule di giustizia siano sempre più pressate dall'attesa di una risposta.

Una simile disfunzione si deve, al di là delle colpe degli avvocati – spesso barricati nella logica "a tutti i costi" del processo² – purtroppo all'attività professionale del magistrato, incapace di rinnovare il *modus operandi*, in una società che cambia e con essa le leggi, di cui il giudice, per definizione, dovrebbe essere riflesso e fedele interprete. Dai dati giunge l'inesorabile conferma: i processi civili sono lunghi e la giustizia lenta³.

Il legislatore, nell'ultimo decennio, ha inteso affrontare il problema mettendo mano a riforme giudiziarie che attraversano in ogni latitudine il processo civile italiano, per migliorarne gli standard di efficienza, guardando sempre e comunque al principio, di matrice costituzionale, della giusta economia di costi e mezzi.

Il tema di confronto e di stimolo per questa generale tendenza a rigenerare e semplificare le dinamiche processuali resta sullo sfondo, comunque, quello tracciato dalle direttive comunitarie

² P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, Firenze, La Voce, 1921.

³ In questi termini M. DELIA, *Il senso della giustizia ed il valore della conciliazione*, in *Questione Giustizia*, 8 novembre 2015, www.questionegiustizia.it.

che mirano ad espandere l'efficienza della spesa pubblica e la certezza giuridica, così favorendo l'attività anche transfrontaliera delle imprese.

Si fa strada, parimenti, nel comune sentire dei magistrati – per le rivendicazioni da loro assunte negli ultimi tempi con i termini “carichi esigibili”, “qualità del lavoro” “aggiornamenti statistici sulla produttività” – il bisogno di non arrendersi di fronte all'inefficienza del processo civile.

Dai più si è alla ricerca di modalità applicative con cui organizzare meglio il proprio lavoro e fornire risposte di giustizia all'utenza, adoperando metodi misurati e ragionevoli, maggiormente ispirati al buon senso e sempre meno ripiegati sull'ingessato formalismo.

Il magistrato coscienzioso non può non porsi come obiettivo il sentirsi utile strumento di giurisdizione, non limitandosi nella stesura delle sentenze, riflesso molto spesso di una mera realtà processuale, ad un vuoto sfoggio di conoscenze. Come potrebbe un giudice esperto ignorare che le risposte offerte al conflitto con le sentenze civili non sempre sono in grado di appianare le problematiche da cui sono concretamente afflitti i protagonisti della lite?

Le sentenze non di rado si piegano alla fredda formalità del rito, alle regole inflessibili che governano le scansioni processuali e le preclusioni. Una rete a maglie fitte attraverso cui è filtrata, all'origine del processo e per tutto il suo corso, la “lite reale”, conducendo inevitabilmente a mettere in ombra, se non addirittura a cancellare, dal carteggio processuale le vere esigenze e le aspettative delle parti/personone.

Basterebbe spostarsi, inoltre, dal piano dei processi civili a quello delle procedure di esecuzione forzate per avere conferma di come sovente la sentenza, quando arriva, non è più “spendibile” fra le parti. I tempi eccessivamente lenti del giudizio non sono in sincronia con quelli del mondo reale, che è un continuo divenire, un perenne mutare: parti che cambiano (per vicende successive, negoziali, *etc etc*), patrimoni che modificano la propria consistenza, relazioni (condominiali, di vicinato, societarie, lavorative, familiari *etc etc*) che si trasformano.

È innaturale la condizione di “stallo” in cui è ridotto il bene della vita quando, in ostaggio di un processo troppo lungo, è te-

nuto lontano dalle leggi della sua libera circolazione nel mercato. Le disfunzioni nella gestione dei processi civili, oltre a tradire le aspettative delle parti circa l'esito della lite e il comune affidamento riposto all'utilità del *decisum*, contribuiscono, nei grandi numeri, a far languire l'economia⁴.

In risposta alle crescenti problematiche che affannano la giustizia italiana, dunque, progredisce quella che i più definiscono una vera e propria spinta culturale del nostro legislatore.

La mano riformatrice del legislatore è protesa al miglioramento dell'assetto organizzativo degli Uffici Giudiziari, indirizzando la conduzione dei processi civili verso il canone di "ragionevole velocità"⁵.

La tendenza legislativa è senz'altro necessitata dalle pressioni endogene al sistema. Le continue condanne europee per violazione del termine di ragionevole durata del processo, le evidenze del *Doing business 2017* (disponibile all'indirizzo <http://www.doingbusiness.org/~/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-reports/English/DB17-Report.pdf>) che vedono l'Italia retrocedere in classifica rispetto alla posizione occupata nell'anno precedente e collocarsi quasi ultima fra i Paesi europei, giustificano l'urgenza degli interventi normativi in tema di "degiurisdizionalizzazione", neologismo quest'ultimo coniato dal legislatore italiano del d.l. n. 132/2014⁶. Questa solidità d'intenti lega a sé vari "fili normativi"⁷ del nostro ordinamento: dall'art. 185 c.p.c.

⁴ Su questi temi si è aperto il XXXII Congresso ANM, 23/25 ottobre 2015, dal titolo "*Giustizia, economia, tutela dei diritti – Il ruolo del giudice nella società che cambia*".

⁵ All'iniziativa legislativa si è conformata da tempo la stessa Magistratura. Sul punto cfr. P. D'ASCOLA, *Sui processi del giudice nel processo civile*, www.csm.it/quaderni.

⁶ L'attenzione riposta a questi temi ha condotto lo stesso Ministero di Giustizia, con d.m. 7 marzo 2016, ad incaricare apposita Commissione presieduta dal Professor Guido Alpa per elaborare un'ipotesi di organica disciplina e riforma tesa alla semplificazione ed armonizzazione delle misure extragiudiziali nel sistema della giustizia italiana.

⁷ Sul punto si rimanda a quanto più diffusamente trattato *infra* da L. FAZIO, *L'efficacia della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del Distretto della Corte d'Appello di Bari*, § 4.

(introdotto dalla l. n.263/2005), al d.lgs. 28/10 (meglio noto per aver introdotto nel nostro Paese l'istituto della mediazione); dall'art. 16-*octies* dl. n. 179/2012 e succ. modif. (sul c.d. Ufficio per il Processo), agli artt. 73 e 77 d.l. 69/13 conv. con modif. dalla l. n. 98/2013 (c.d. "decreto del Fare" d.l. 21.6.2013, n. 69), che hanno introdotto i tirocini formativi presso gli uffici giudiziari e la proposta conciliativa del giudice ex art. 185-*bis* c.p.c. E per finire, il DM n. 44/2011, d.l. 179/2012 conv. in legge dall'art. 1 l. n. 221/2012, e l'art. 44 d.l. 90/2014 conv. in legge con modif. dalla l. n. 114/2014 (c.d. "decreto Semplificazione e Crescita") relativi al PCT (Processo Civile Telematico).

Si percepisce immediatamente sulle scrivanie dei magistrati la contrazione del volume di carte processuali, mentre il piano di lavoro è sovrastato dal computer, simbolo di un'informatica giudiziaria che, a tratti inquietante, avanza con gli strumenti del PCT ed i lemmi del programma Consolle, assai lontani dalla formazione tradizionalmente riservata agli studi di diritto⁸.

Le riforme, poi, pur tratteggiando una inedita geografia giudiziaria, fra le sopresse sezioni distaccate e le potenziate sezioni specializzate, fra accorpamenti e ridefinizioni nella mappatura dei Tribunali e delle Corti di Appello – con innegabili contrazioni delle terminazioni della rete di giustizia – spalancano le porte degli Uffici giudiziari italiani a nuove risorse umane, da organizzare e coordinare assieme a quelle più tradizionali e comunque da adattare alle esigenze delle diverse realtà territoriali.

Una volta implementate le presenze dei magistrati onorari – dedicando loro uno statuto unico per regolamentarne l'accesso e la durata dell'incarico, il tirocinio e la formazione, il sistema disciplinare e la liquidazione dei compensi (d.lgs. 13.7.2017, n. 116) – e affiancati i giudici togati dai giovani dei tirocini formativi (linfa vitale nel disbrigo di attività tradizionali di ricerca giurisprudenziale e di assistenza in udienza)⁹, nondimeno siglate le conven-

⁸ Opinione già diffusamente espressa da M. DELIA, *La qualità della giurisdizione civile tra evoluzione virtuosa dei professionisti di giustizia, organizzazione ed informatica- La Best Practice Conciliativa Barese* in A. Ciriello (a cura di), *Organizzando la giustizia – Atti del convegno di Capri dell'ottobre 2016*, Key, 2017, pp. 422 ss.

⁹ F. CASSANO, *Lo stagismo: risorsa per gli uffici e/o percorso formativo individuale*, nel testo della relazione tenuta alla SSM, Castelpulci, 11-13 marzo 2015.

zioni con lavoratori in mobilità, destinati a funzioni ancillari, ed infine potenziate le figure di snodo della rete informatica fra periferie giudiziarie e uffici centrali (magistrati RID, MAG.RIF e CISIA, oggi anche Uffici Distrettuali per l'Innovazione, UDI), gli uffici giudiziari si presentano, al loro interno, terreno su cui saggiare poderose misure tecnologiche e tarare nuove professionalità.

Innovazioni che non risparmiano neppure le aule d'udienza: rigenerata la struttura del processo civile fino a modificarne i suoi accessi e a filtrare i passaggi ai gradi superiori, sanzionandone gli abusi e stravolgendo le modalità di stesura e di deposito degli atti processuali, si è giunti a snellire lo stesso schema motivazionale delle sentenze, con la variazione delle formule definitorie.

La massiccia operazione diretta a segnare il nuovo confine della funzione giurisdizionale incontra una comune parola d'ordine: l'impiego, sempre più fiducioso e in espansione costante, delle ADR¹⁰ nelle varie declinazioni ammesse nel nostro ordinamento (la mediazione, anche delegata, la negoziazione assistita, l'arbitrato), da intendersi come aggiuntive e complementari alla tutela giudiziale.

Strumenti, questi ultimi, che non rappresentano però una semplice necessità di diversificazione per supplire a un apparato giudiziario che non riesce a fronteggiare la crescente domanda di giustizia, ma racchiudono un'esigenza culturale più profonda. Per il tramite dei nuovi istituti si vorrebbe rendere maggiormente competitivo il sistema giustizia, risolvendo i ritardi dei processi civili non ragionando soltanto in termini di risorse, ma ridefinendo ancor prima gli stessi limiti della giurisdizione statale.

Avviata in tal maniera l'era in cui può dirsi abbandonata la prospettiva monopolistica, la giurisdizione statale esprime dimensioni più ridotte, cedendo il passo ad un sistema della giustizia civile che si afferma "sostenibile", ancor prima che sul

¹⁰ Cfr. sulla tendenza attuale di ricercare strumenti di composizione delle controversie private in alternativa al processo, Bove, *La conciliazione sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011; F. SITZIA, *Mediazione e ricorso al giudice nella società postmoderna*, in *AA.Vv.*, *Quaderni di conciliazione*, 1, pp. 9 ss., Cagliari 2011.

piano dei costi sociali¹¹, sull'assunto di essere efficace e in grado di offrire tutela a chiunque la richieda.

Cresce ad ogni modo una precisa convinzione.

Occorrono ancora molti sforzi ed a più livelli (governativo, legislativo, sociale), affinché si radichi, affianco alla "cultura della sentenza", la "cultura delle definizioni alternative dei giudizi"¹², e si possano vincere le resistenze ad essa frapposte, spesso per spirito corporativo e ancor più spesso per mero pregiudizio¹³.

Né aiutano a rimuovere l'"inadeguatezza culturale" della comunità degli utenti della funzione giurisdizionale, molto spesso comune agli operatori del diritto, la disomogenea matrice e, di conseguenza, il variegato bagaglio professionale della magistratura, accresciutisi negli ultimi anni per la sempre più consistente presenza dei giudici non togati, ritenuti fondamentali risorse, a fronte del volume di contenzioso arretrato, nella prospettiva di un efficiente riassetto dell'universo giustizia.

Perseguire come vincente nelle soluzioni di giustizia "la giusta combinazione della velocità con la qualità" non può non condurre ad intervenire, quantomeno con spirito innovativo, sul versante formativo di tutti gli operatori del diritto.

¹¹ Cfr. sul tema, per esempio, dei costi del contenzioso medico-sanitario e sulla rilevanza dei procedimenti di soluzione stragiudiziale, V. OCCORSIO, *La responsabilità medica e mediazione*, in AA.VV., *Quaderni di conciliazione*, 2, 139, Cagliari 2011; S. SCHIAPPARELLI, *La mediazione finalizzata alla conciliazione in ambito sanitario*, in AA.VV., *Quaderni di conciliazione*, 4, pp. 11 ss., Cagliari 2017.

¹² È quanto emerso nella Giornata di Studi in ricordo di G. BORRÈ, dal titolo *La giustizia partecipata: conflitti, mediazione, composizione*, organizzata il 12.6.2017 dalla Scuola Superiore della Magistratura (SSM) struttura territoriale di Genova, dalla Fondazione Carlo Maria Verardi e dalle Associazioni JusGenova e Studi Giuridici Giuseppe Borrè.

¹³ In proposito, si rimanda all'ampia disamina degli sforzi compiuti dal legislatore italiano in sede di recepimento delle principali normative europee sulle ADR, soprattutto in materia civile e commerciale, e da ultimo alla volontarietà nell'accesso ai servizi ADR come modalità scelta dal nostro legislatore per raccogliere la sfida europea, racchiusa nella direttiva 2013/11/UE per i consumatori, diretta ad innalzare i livelli di protezione dei cittadini e il corretto funzionamento del mercato interno, C. PILIA, *L'attuazione in Italia della Direttiva 2013/11/UE sulle ADR per i consumatori*, in AA.VV., *Quaderni di conciliazione*, 5, pp. 153 ss., Cagliari 2017.

Necessita investire, adesso più che mai, su percorsi condivisi fra magistratura e avvocatura per spingerli verso una qualificazione professionale non solo adeguata ai tempi, ma necessariamente fra loro affine, sì da renderli tutti in grado di adoperare con padronanza gli istituti giuridici innovativi.

Se il compito dell'apparato statale è e rimane quello di migliorare innanzitutto il canale costituzionalmente garantito per la tutela dei diritti dei cittadini, il compito dei giudici e degli avvocati deve essere, in primo luogo e senza differenze di categoria, quello di prevenire la radicalizzazione del conflitto, evitando ove possibile che sfoci o si esasperi in sede contenziosa, come pure che trovi spazio nelle aule di giustizia la strumentalizzazione e l'abuso del processo.

La coerenza vuole che, infine, fra le indifferibili opportunità formative da dischiudere al mondo dei professionisti del diritto, si dia precedenza ad un processo di "omogeneizzazione" del livello di comprensione delle "nuove competenze" occorrenti nella materia della conciliazione.

Trattasi invero di competenze complesse, perché deputate a fornire agli operatori del diritto le abilità e le capacità di attingere oltre che ad un bagaglio di conoscenze giuridiche (affianco a quelle tradizionali, evidentemente quelle indotte da una visione più aperta della funzione giurisdizionale), a nozioni quantomeno basilari di psicologia, tecniche di comunicazione e strategie pragmatiche.

Una Giustizia che percorre la rotta del cambiamento non può non richiedere, dunque, che, con essa, progrediscano le professionalità poste a suo servizio.

Spostandoci su un'angolazione di natura operativa, come tale più vicina ai magistrati, v'è poi da dire che finché il giudice gestirà il proprio ruolo civile puntando solo sullo studio degli atti e sulla stesura della sentenza, inevitabile sarà il differire l'udienza destinata alla precisazione delle conclusioni a causa dei gravosi carichi di lavoro.

Continuare a procedere in questa direzione significa non sapere arginare il c.d. traffico giudiziario, l'impatto che le sopravvenienze e gli "immancabili imprevisti" delle piante organiche (trasferimenti, assenze, malattie *etc etc*) possono avere sull'entità dei ruoli di udienza. Gli ingorghi che siffatto disservizio produce nella calendarizzazione delle c.d. fasi decisorie da riser-

varsi – pur nella diversità di riti e forme oggi consentite dal processo civile – alle cause pendenti ormai istruite, oltre a tradursi per il cittadino in attese spesso irragionevoli, quando non addirittura intollerabili, si riflettono nella misura del danno risarcibile ex Legge Pinto, il cui volume annuo testimonia l'emorragia di denaro pubblico, così distolto da scelte più giuste ed efficienti.

Il quadro è destinato a mutare sensibilmente – quanto a numeri, tempi e qualità di definizione – se, affianco alle sentenze, le risposte di giustizia assumano sempre di più le forme ed i contenuti dei verbali di conciliazioni o degli accordi transattivi, siglati dopo uno sforzo conciliativo endo-processuale¹⁴.

È davvero difficile non intuire, nella cornice generale appena delineata, come l'avanzamento nelle aule di giustizia dell'opzione culturale abbracciata dal nostro legislatore possa trovare due validi alleati. Il versante della formazione – se capace di proporsi al mondo dei professionisti del diritto, senza distinzione di categoria di appartenenza, con contenuti rigenerati e convergenti oltre ogni sterile steccato imposto dalla tradizionale settorialità delle specializzazioni fra gli operatori di diritto – e il piano dell'elaborazione di nuove misure organizzative e soprattutto della loro capacità – quantomeno di quelle mostratesi più efficaci – di radicarsi e diffondersi fra gli uffici giudiziari.

3. Gli Uffici dei Giudici. L'esperienza della ex Sezione Distaccata di Modugno. – Se coltiviamo l'assioma che le novità appena esposte non risparmiano i professionisti di giustizia, nessuno escluso, giungiamo alla conclusione di porne in discussione i ruoli da ciascuno tradizionalmente assunti.

Non solo la magistratura (togata e non) è chiamata ad adoperare responsabilmente, e per prima, quegli strumenti immessi nel nostro sistema giudiziario, ma non ne rimangono esenti neppure gli avvocati, per estendersi ormai la loro professionalità oltre il processo, verso le nuove aree delle ADR.

¹⁴ M. DELIA, *Un momento processuale da rilanciare: le opportunità del tentativo di conciliazione, dell'articolo 185-bis c.p.c. e della mediazione delegata*, nel testo della relazione tenuta alla SSM, Castelpulci, durante il corso "Il punto sul rito civile", il 10-12 luglio 2017.

I consulenti tecnici, nondimeno, vengono percepiti generalmente come organi indispensabili alla giustizia ed alla qualità delle sue risposte, fino a ricoprire funzioni determinanti nei tavoli conciliativi, per l'impiego sempre più rafforzato – almeno nelle intenzioni del legislatore italiano – degli istituti di giustizia partecipata (artt. 696-*bis* e 185-*bis* c.p.c., ATP della c.d. Legge Gelli-Bianco in tema di responsabilità medica)¹⁵.

La logica delle collaborazioni si afferma però a fatica nel sistema giudiziario italiano.

Eppure converrebbe che, come già accennato, fossero intanto i giudici a mutare il modo di approcciare l'intero apparato giudiziario. Prima di alimentare la fiducia del cittadino nel magistrato e nel suo *modus operandi*, è opportuno che i magistrati potenzino la fiducia nel loro "essere giudici", aprendosi con maggiore duttilità ad altre conoscenze tecniche. Ciò consentirebbe nuove mete di autostima, equilibrio, autorevolezza¹⁶.

È ragionevole sostenere che i magistrati, affianco a tecniche e scienze giuridiche – di cui sono portatori sani per definizione – debbano assimilare le conoscenze specialistiche, quale traguardo da conquistare anche a tutela dei colleghi più giovani, in quanto la società è molto più complessa di quella agricola dell'immediato post guerra, che fu l'epoca gestionale del nostro codice civile. È società del danno, dei rapporti commerciali e del lavoro, dove le comuni fattispecie non soddisfano più, mentre la definizione dei procedimenti civili di merito, cautelari, fallimentari ed esecutivi, spesso e più di quanto non avvenisse nella società della proprietà terriera, è frutto della collaborazione che a vario titolo viene prestata al giudice dagli ausiliari d'ufficio.

I momenti di incontro e di scambio, non solo fra i colleghi di Sezione o dell'intero Ufficio, se non proprio del distretto, ma neanche con i rappresentanti delle altre categorie di operatori di giustizia vengono variamente incoraggiati. Si ricorre progressi-

¹⁵ Sul punto si rimanda a quanto trattato *infra* da P. MAURELLI, *Il ruolo del CTU negli istituti di giustizia partecipata e l'ausilio della BDDC*, §§ 1, 2, 3.

¹⁶ Si veda più diffusamente M. DELIA, *La modernità del giudice e la B.D.D.C.: viaggio virtuoso fra le vie dell'organizzazione e della formazione*, cit., pp. 192 ss.

vamente alla stesura di Protocolli giudiziari – con cui vengono tracciate, attraverso un processo decisionale condiviso, le linee guida per la gestione delle udienze – e nondimeno si manifesta, in alcuni uffici giudiziari, il bisogno di invitare alle periodiche riunioni di cui all'art. 47-*quater* ord. giud., affianco alla magistratura togata ed a quella onoraria, anche avvocati ed esperti¹⁷.

Assecondare la loro partecipazione a tavoli di lavoro multidisciplinari è garanzia di riflessioni collettive, confronto di esperienze, affinamento delle sensibilità ed abilità decisionali. È una strada comodamente percorribile in tutti gli uffici giudiziari e ha il pregio di poter rendere tutti gli operatori vigili e allenati nell'accogliere, interpretare e disciplinare la realtà della lite, sì da poter poi offrire ad essa soluzioni di giustizia qualitativamente sostenibili.

Un *prius* logico che consentirà poi ai professionisti di giustizia, ciascuno nel proprio ambito e competenza, di contribuire a sensibilizzare le parti all'area di controvertibilità delle questioni giuridiche sottostanti la lite ed alla ponderazione dell'alea del giudizio.

Le riforme, d'altronde, pure nel passaggio dalla mano del legislatore a quelle ministeriale e di autogoverno della magistratura, accrescono le responsabilità dei magistrati, in primis dei capi ufficio.

I c.d. programmi di gestione di procedimenti civili ex art. 37, la c.d. metodologia Strasburgo per la ragionevole durata del processo, l'Ufficio del Processo: sono altre tracce percorribili, a livello ordinamentale, per amplificare quella che i più indicano la svolta della giustizia civile in Italia.

Il lavoro di gruppo, da incoraggiarsi fra i magistrati e all'interno dei rispettivi uffici, continua a palesarsi come lo strumento più efficace per migliorarne i profili organizzativi e la produttività. Fa la sua apparizione, nella moderna dimensione organizzativa degli uffici giudiziari, l'Ufficio del Processo.

L'idea dell'Ufficio del Processo si sviluppa attraverso una trama europea, l'indomani della decisione n. C (2015)1343 del 23

¹⁷ Come indicato, fra i punti programmatici, nell'Assemblea Plenaria del Congresso degli Osservatori di Giustizia Civile, in Milano, il 27/29 maggio 2016.

febbraio 2015 assunta dalla Commissione Europea nell'ambito della Programmazione dei fondi strutturali 2014-2020.

Per effetto della richiamata normativa il Ministero della giustizia italiano ricopre il ruolo di Organismo intermedio nella gestione del Programma Operativo Nazionale "Governance e Capacità Istituzionale", con la dichiarata finalità di gestire in maniera diretta i fondi destinati a fornire – tra i vari obiettivi assegnati – un reale supporto all'Ufficio del processo.

Quest'ultima definizione custodisce l'idea di una progettualità sottesa al miglioramento del servizio giustizia e che, partendo da prassi virtuose in grado di sottoporre a revisione i tradizionali moduli organizzativi del lavoro del magistrato e delle cancellerie, si rivela adeguata nel coadiuvare i processi di innovazione da inoculare nei Tribunali e nelle Corti di Appello.

Il lavoro di squadra e la "cooperazione giudiziaria" prendono il posto del lavoro in solitudine: dotare il magistrato di personale efficiente significa migliorare, ed al contempo evolvere il servizio giustizia.

La ricerca di una *governance* di qualità della giustizia civile attraverso la diffusione di *case management*, cioè di gestione integrata delle tempistiche processuali, e di *court management*, cioè di governo responsabile ed efficiente degli uffici giudiziari: ricerca sempre più possibile e in grado di spazzare via il modello del "giudice artigiano".

Dietro l'anelito di modernizzazione si scorge il dichiarato scopo di elevare le qualità professionali e umane negli uffici giudiziari, ad iniziare dai magistrati investiti di funzioni direttive e semidirettive.

Ma perché si possa transitare dal piano della mera proposta – ufficio del processo quale assetto burocratico e privo di contenuti – a quello di un modulo operativo – ufficio del processo come realtà efficiente – la struttura di supporto deve poter planare su un'organizzazione adeguata, che offra ausilio alle attività del magistrato mediante uno "staff" pronto a sostenerlo nell'esercizio complesso della funzione giurisdizionale. Una struttura, al contempo, che sappia stimolare un forte cambiamento in termini di innovazione tecnologica.

Solo soddisfacendo tali prerogative, l'ufficio del processo raggiunge una dimensione reale, con un passaggio diremmo obbli-

gato nella riorganizzazione delle cancellerie e delle segreterie, per rendere integrate fra loro le eterogenee specializzazioni e le differenti abilità dei soggetti chiamati a comporlo.

Nell'ambito delle sue competenze, il Ministero della giustizia ha da alcuni anni avviato una serie di interventi per fornire agli Uffici, oltre ad un adeguato quadro normativo¹⁸, finanche le prime risorse finanziarie, nonchè gli strumenti informatici per la messa a punto delle strutture di supporto.

Dal sito del Ministero di Giustizia si apprende quali siano le risorse finanziarie già stanziare. Esse comprendono 8.000.000,00

¹⁸ Decreto-Legge 18 ottobre 2012, n. 179, Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, art. 16-*octies* (Ufficio per il processo): "Al fine di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono costituite, presso le corti di appello e i tribunali ordinari, strutture organizzative denominate 'ufficio per il processo', mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Fanno altresì parte dell'ufficio per il processo costituito presso le corti di appello i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e dell'ufficio per il processo costituito presso i tribunali, i giudici onorari di tribunale di cui agli articoli 42 ter e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12. Il Consiglio Superiore della Magistratura e il Ministro della giustizia, nell'ambito delle rispettive competenze, danno attuazione alle disposizioni di cui al comma 1, nell'ambito delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". Decreto 1°ottobre 2015 – Misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo, di attuazione dell'art. 50 del d.l. n. 90/2014, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 255 del 2 novembre 2015; Decreto 20 ottobre 2015 – Indizione della procedura di selezione di 1.502 tirocinanti ai fini dello svolgimento, da parte di coloro che hanno svolto il periodo di perfezionamento di cui all'articolo 37, comma 11, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, di un ulteriore periodo di perfezionamento della durata di dodici mesi, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 257 del 4 novembre 2015; Decreto 30 dicembre 2016 – Attribuzione delle borse di studio di cui all'art. 73, comma 8-*bis*, del d.l. n. 69/2013 convertito con modificazioni dalla l. n. 98/2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 46 del 24 febbraio 2017; Decreto 22 dicembre 2017 – Tirocinanti uffici giudiziari – 2017.

per borse di studio tirocinanti laureati, 7.813.000,00 per borse per stage di perfezionamento in cancelleria, 1.000.000,00 circa per l'acquisto di PC, per la gestione amministrativa dei tirocinanti e per il consolidamento dei sistemi informatici, 800.000,00 per ulteriore sviluppo della Consolle dell'assistente e per implementare la banca dati della giurisprudenza di merito.

Quest'ultimo stanziamento, in particolare, ha rappresentato una importante novità per lo sviluppo di tecnologie volte alla costruzione di una "Banca dati della giurisprudenza di merito": esso ha inteso indirizzare il supporto degli assistenti, in particolare dei tirocinanti, verso la realizzazione di uno strumento finalizzato alla conservazione organizzata dei precedenti giurisprudenziali, a beneficio del bagaglio di conoscenze degli orientamenti della giurisprudenza e quindi di un miglior servizio di giustizia.

Ma cambiare l'ufficio dei giudici non è una mera questione di efficienza deflattiva, di numeri da smaltire.

È piuttosto un'operazione profonda. Va dapprima sentita, poi condivisa, quale ricerca di maggiori garanzie evidentemente per l'utenza, dentro e fuori il processo. La sperimentazione e il governo di ambiti di miglioramento del lavoro dei magistrati in chiave organizzativa, manageriale e ordinamentale sono il campo di prova di queste spinte evolutive¹⁹.

Il magistrato non deve più lavorare isolato, protetto da sterili privilegi che solo gli ingannevoli principi dell'autosufficienza e autoreferenzialità producono. L'unico privilegio da mantenere è quello di matrice costituzionale, a presidio della libertà ed indipendenza dei giudici, soggetti soltanto alla legge.

È di tutta evidenza come il giudice debba piuttosto raggiungere la consapevolezza di essere una parte, unica e preziosa, del cosmo giudiziario, andando incontro alle sinergie che s'innestano nel suo ufficio e, al contempo, interagendo nelle proficue forme di lavoro corale gravitanti nelle aule di giustizia.

Il magistrato, per dischiudersi alle opportunità proprie dell'intravisto cambiamento positivo, deve pure trovarsi nelle condizioni di sentirsi parte di un più ampio progetto che va nella

¹⁹ G. RANA, *La governance della giustizia civile. Processo, organizzazione, diritti*, Aracne, 2014.

direzione – non più differibile – di evolvere la macchina-giustizia.

Al cambio di prospettiva, allora, devono necessariamente procedere i capi dell'ufficio: conquisteranno (e conserveranno) il profilo di leadership illuminati solo se capaci di veicolare fra i colleghi – al di là dell'ansia di abbattere l'arretrato e produrre numeri – una coscienza comune che rimanga sempre al servizio dei cittadini.

Coscienza comune che deve avere un eco ancora più roboante oggi per la presenza negli uffici giudiziari, nell'ambito delle sperimentazioni proprie dell'Ufficio del processo vieppiù implementate dalle previsioni di cui al d.lgs. 31 luglio 2017, n. 116 ("Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57"), della magistratura onoraria "dilatata" per numeri e competenze.

Al di là dei diversi provvedimenti organizzativi che possono essere messi in campo per consentire il raggiungimento degli obiettivi, determinante sarà il *quomodo* della gestione, cioè quel filo conduttore che sostiene in particolare l'attività del presidente di sezione. È quanto, fra gli addetti di settore, si indica con il termine "gestione partecipata" della sezione e delle scelte organizzative volta in volta necessarie²⁰.

La necessità di una gestione partecipata dell'ufficio, così come della fase gestazionale di un qualsivoglia provvedimento organizzativo, muove dalla particolare posizione che il presidente di sezione riveste all'interno dell'ufficio giudiziario. Rappresenta, invero, una figura di raccordo tra le problematiche e le esigenze dei singoli magistrati (inclusi quelli onorari) e una dirigenza dell'ufficio chiamata a contemperare bisogni spesso confliggenti e in definitiva a gestire risorse quasi sempre insufficienti per tutti (in termini di proporzione fra carichi di lavoro e dimensioni della pianta organica).

²⁰ Espressamente prevista nell'art. 275 della nuova circolare del C.S.M. sulle tabelle, che dispone "*L'inserimento in progetti organizzativi e di innovazione avviene di regola sulla base di interpelli diretti a favorire la partecipazione dei magistrati*".

In questo panorama pervaso da notevoli spinte al rinnovamento v'è da chiedersi, infine, se sia ancora possibile incontrare, nelle aule di giustizia, il cittadino e soprattutto se il cittadino possa ancora incontrare il giudice.

La progettualità organizzativa, la velocità del sapere, le dotazioni informatiche, non devono trasformare le scrivanie dei giudici in archivi cibernetici.

Il cuore dell'esercizio della giurisdizione è il giudizio, il suo nucleo deve rimanere l'udienza, con il suo significato più profondo, che deriva da "*audire*", ascoltare e non semplicemente sentire.

L'introduzione dell'"ufficio del processo" o dell'"ufficio del giudice", quale approdo organizzativo ai problemi della durata dei processi e della gestione dell'arretrato, non deve stravolgere questa essenza della giurisdizione, ma deve solo spazzare uno dei suoi più risalenti mali: la solitudine del giudice allorchè è chiamato a risolvere problemi, giuridici e organizzativi delicati, a curare rapporti con terzi qualificati (avvocati, periti, consulenti, ausiliari vari) o con il pubblico.

Dai primi dibattiti sul tema²¹ ha preso forma una struttura di carattere permanente, con cui giovani laureati affiancano il giudice e lo assistono nelle sue attività²².

Nulla di completamente nuovo nel panorama europeo, come apprendiamo dall'ordinamento austriaco²³.

²¹ L'art. 3 del d.d.l. n. 2873/2007 già apriva, per la prima volta, alla possibilità di inserire praticanti e tirocinanti delle scuole di specializzazione, che, affiancando il giudice, lo seguissero nell'attività di udienza e di studio della causa, per un periodo massimo di un anno, e in forza di specifiche convenzioni siglate dal Capo dell'ufficio con Università e Consigli dell'Ordine degli Avvocati, praticanti e tirocinanti da inserire nel modulo organizzativo dell'ufficio del processo, mediante una serie di previsioni normative che hanno preannunziato quelle introdotte ben sette anni dopo.

²² F. CASSANO, *Lo "stagismo": risorsa per gli uffici e/o percorso formativo individuale*, cit.

²³ In Austria, ogni giudice viene coadiuvato da due assistenti laureati (per un periodo massimo di due anni), a quali è affidato il compito di fare ricerche giurisprudenziali, di scrivere bozze di sentenze; in Olanda, ad ogni giudice vengono affidati uno o due assistenti, già laureati oppure ancora studenti, oltre ad una impiegata: gli studenti lavorano part-time e si occupano di redigere le sentenze più semplici, di verbalizzare, di preparare la scheda del processo, mentre i giovani laureati redigono le sentenze più complesse sotto la

Dalle Convenzioni con gli Ordini degli Avvocati, con le Università e con le SSPL, disciplinate dall'art. 37 legge n. 111/2011, con la possibilità di un tirocinio negli uffici, sino ad un anno, sostitutivo dei percorsi formativi dell'ente sottoscrittore (pratica forense, dottorato di ricerca e tirocinio presso la SSPL), si è arrivati all'art. 73 d.l. 21 giugno 2013 n. 69 (conv. in l. 9 agosto 2013 n. 98): tirocini formativi da parte di laureati in giurisprudenza presso gli uffici giudiziari in affiancamento a magistrati con compiti di studio, ricerca e redazione di bozze, anche a prescindere dalla stipula di una convenzione²⁴.

Energie giovani, pulite, che aiutano il magistrato nell'affrontare l'era della semplificazione delle sue attività, lo accompagnano nell'utilizzo delle nuove tecnologie e, al contempo, nella tradizionale ricerca dottrinale e giurisprudenziale, preludio a sua volta delle riflessioni interpretative propedeutiche alla fase decisoria del processo civile.

L'affiancamento di tirocinanti prima e di stagisti del decreto del fare poi è stato fondamentale fin dai primi passi dell'Ufficio per il Processo presso la ex Sezione Distaccata di Modugno²⁵.

Ufficio per il Processo che, in aderenza all'art. 16-*octies* del d.l. n. 179/12 e succ. modif., era composto, oltre che dal personale di cancelleria e dai tirocinanti ex art. 73 d.l. n. 69/13, dagli stessi giudici onorari, addirittura presenti nella ex Sezione di Modugno in proporzione numerica superiore a quella della magistratura togata.

guida del giudice; in Francia, un *Secrétairesgreffier* assiste i magistrati nello svolgimento delle proprie attività. Negli Stati Uniti, invece, vi sono *law clerks*, laureati in legge che assistono i giudici nella ricerca del materiale giuridico e nell'elaborazione delle decisioni, *courtroom deputy*, funzionari che assistono i giudici nelle udienze con il compito di gestire l'agenda del giudice, *clerks*, che possono ricevere testimonianze e redigere inventari; *court clerks*, che hanno il compito di gestire l'ufficio e il personale. In questi termini B. FABBRINI, *L'ufficio per il processo, stages e convenzioni*, CSM, Roma 30 maggio 2013, in www.csm.it.

²⁴ Il laureato può direttamente rivolgere la domanda al dirigente dell'ufficio giudiziario.

²⁵ La Sezione Distaccata di Modugno, per la soppressione delle sezioni distaccate a decorrere dal 12 settembre 2013, ha assunto la denominazione di Articolazione di Modugno, continuando ad operare nella geografia giudiziaria fino al 30.7.2017.

Il Progetto ha preso forma inizialmente in un ufficio giudiziario periferico, che per le sue dimensioni contenute, ma nondimeno per la varietà delle questioni poste dal contenzioso civile generato dalla vicina e vivace area industriale di Bari, ha reso più agevole l'avvio della sperimentazione connotata dal rigore nell'osservazione e nella gestione dei dati ricavati, potendosi avvalere della collaborazione dei tirocini e delle scuole di specializzazione.

4. *La c.d. conciliazione integrata: monitoraggi, tirocinanti, Università e Pon.* – L'esperienza giudiziaria modugnese è coeva a quelle similari avviate presso uffici giudiziari, anche fra loro distanti, l'indomani dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010.

Fra esse si annoverano: 1) Il Progetto Nausicaa2 presso il Tribunale di Firenze²⁶; 2) Il progetto intitolato "La mediazione demandata dal giudice", varato dal Tribunale di Milano²⁷; 3) Il Tribunale di Roma, ex Sezione Distaccata di Ostia²⁸.

L'idea in parola segue alcuni fra i più importanti trend del moderno processo civile: il diritto collaborativo, il *favor conciliationis*²⁹ – quasi a preannunciare i successivi sviluppi indotti dal decreto del fare sulla "forza conciliativa" del magistrato e dalla Riforma organica al d.lgs. 31 luglio 2017, n. 116 ("Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57"), della magistratura onoraria in numero e competenze via via dilatate – la c.d. metodologia Strasburgo per la ragionevole durata del processo e l'Ufficio del Processo.

²⁶ Con il coordinamento della d.ssa Luciana Breggia e la collaborazione del Laboratorio Congiunto Un Altro Modo dell'Università degli Studi di Firenze, della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Firenze e dell'Organismo di Conciliazione di Firenze (OCF).

²⁷ Con il coordinamento della d.ssa Elena Riva Crugnola e del dr. Giuseppe Buffone.

²⁸ Con il coordinamento del dr. Massimo Moriconi.

²⁹ M. DELIA, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione. Gli artt. 185 e 185-bis c.p.c., in La nuova procedura civile*, 6 febbraio 2015, www.lanuovaproceduracivile.com.

Alimenta la “dimensione organizzativa avanzata” del lavoro del magistrato civile l’utilizzo, affianco alle sentenze, di nuove “formule definitorie” del contenzioso pendente, frutto di un modulo deflattivo denominato appunto “conciliazione integrata”³⁰.

L’efficacia in udienza di questo metodo³¹ è consentita oltre che dalle norme in tema di direzione e gestione del processo (art. 175 c.p.c.) – coniugate con quelle relative al tentativo di conciliazione endoprocessuale (artt. 185 c.p.c.; 88, 1° comma, disp. att. c.p.c.) e alla conciliazione delegata (artt. 198 e 696-*bis* c.p.c.; 5, 2° comma, d.lgs. 28/2010) – da norme di carattere organizzativo (art. 47-*quater* ord. giud.), nonché dai “protocolli di udienza”³². Per tale ragione, il protocollo conciliativo che ne è derivato è stato definito «a legislazione (processuale) invariata»³³.

La fiducia nella metodica conciliativa integrata si è avvalsa, nei primi avvii, del sostegno dell’Associazione Forense Modugnese, per poi vedere rafforzati i suoi effetti deflattivi grazie allo studio comparato – intrapreso attraverso i canali universitari – dell’analogo progetto d’oltralpe, a firma della dssa Simone Gaboriau, già Presidente di Sezione della Corte di Appello di Parigi e membro di GEMME (*Groupement Européennes Magistrats pour la Médiation*).

La D.ssa Gaboriau ha approntato, allorquando presiedeva il Tribunale di Limoges (ufficio a ridosso di un polo artigianale e industriale, simile – per caratteristiche dimensionali e qualitative – al circondario servito dalla ex Sezione Distaccata di Modugno), nell’ambito delle pratiche di diritto collaborativo, un protocollo destinato a velocizzare le risposte di giustizia indispensabili all’utenza. L’utilità di quelle linee guida era maggiormen-

³⁰ Si rimanda allo schema di ordinanza adottato dal Tribunale di Bari fin dal 2011, riprodotto sul Foro Italiano, vol. 2, anno 2012, parte quinta, *Monografie e Varietà*, pp. 59 ss.

³¹ Per ogni approfondimento sul punto si rimanda a quanto trattato *infra* da L. FAZIO, *op. cit.*, § 5.

³² Il riferimento è all’art. 8 del Protocollo delle udienze civili del Tribunale di Bari adottato il 28.6.2008.

³³ L’opinione è stata sostenuta da D. DALFINO, Tavola Rotonda, *Il procedimento di mediazione a sei mesi dall’entrata in vigore dell’obbligatorietà*, svoltasi nel corso del Seminario Internazionale di studi, *La Mediazione civile. Verso una nuova giustizia negoziata*, Bari, 12 settembre 2011.

te avvertita in un tessuto economico particolarmente complesso, fonte di un variegato contenzioso³⁴.

Il Progetto Conciliativo Barese, introdotto negli Uffici di Modugno e portato avanti parallelamente dall'Articolazione di Altamura³⁵, con la collaborazione della categoria forense locale si è progressivamente diffuso in tutto il Tribunale di Bari³⁶.

La conciliazione integrata lascia, invero, all'avvocatura ed all'utenza la possibilità di opzionare, nel corso del giudizio, un modello di ordinanza con cui, in alternativa alla calendarizzazione della fase decisoria, la lite civile pendente viene gestita secondo la logica propria della giustizia partecipata, addirittura fin dalla prima udienza ovvero in un successivo snodo istruttorio. La spinta conciliativa del magistrato viene integrata con l'eventuale attività di mediazione, ove acconsentita dalle parti, per tentare la composizione amichevole del conflitto. Il tutto secondo una modalità graduale, ma senza dubbio efficace, per rendere fruibile, l'indomani delle riforme mosse in questa direzione dal legislatore (anche europeo), il metodo collaborativo su cui si fondano le ADR. La capacità dialogica del magistrato spesa in udienza, alla presenza delle parti, per portare in luce i punti nevralgici del conflitto e, cosa ancora più importante, gli interessi e/o bisogni reali delle parti, capacità da abbinare alla insopprimibile conoscenza degli atti e del *thema decidendum*, alla chiarezza negli orientamenti giurisprudenziali adottati in Sezione, e non da ultimo all'impegno del contraddittorio anche oltre l'udienza, può diventare un approccio vincente nella promozione delle definizioni bonarie se condotto attraverso una parentesi endoprocessuale cadenzata per effetto di un cronoprogramma concordato volta per volta con le parti e di cui rimane, qualunque ne sia l'esito, traccia scritta.

³⁴ Il prezioso scambio di esperienze fra le "colleghe d'oltralpe", S. GABORIAU e M. DELIA, è avvenuto nel corso del Seminario Internazionale di studi, *La Mediazione civile. Verso una nuova giustizia negoziata*, organizzato dall'Università degli Studi di Bari – Aldo Moro e dal Centro Internazionale Alti Studi Universitari (CIASU) in Bari, 12 settembre 2011.

³⁵ A cura dei rispettivi magistrati referenti, M. DELIA e L. FAZIO.

³⁶ La diffusione del modello conciliativo si è incoraggiata nella riunione organizzata dalla Presidenza del Tribunale di Bari, il 10 marzo 2011, sul tema *La definizione dei procedimenti civili*, ottenendo adesioni fra i giudici civili, togati ed onorari, del distretto.

Progettualità che ha visto testare l'efficacia non sul mero dato empirico della sua estensione a più uffici, ma in base ad un metodo certo, di matrice scientifica, con cui sono stati osservati e misurati gli esiti deflattivi conseguiti.

Monitorare le percentuali di definizione e di abbattimento del contenzioso esistente, in un'epoca (anni 2011/2013) in cui non era ancora completata l'informatizzazione degli uffici giudiziari e vieppiù prima dell'avvento del PCT e della Consolle, non era operazione facile, anche solo da immaginare³⁷.

Dell'attività conciliativa sperimentale si è riusciti però a lasciare una prima traccia statistica e grafica³⁸, valorizzandosi – per l'iniziativa ancora una volta assunta dal magistrato coordinatore della ex Sezione Distaccata di Modugno – due nuove risorse: i tirocinanti e la triangolazione dell'ufficio giudiziario con l'Università degli Studi di Bari e le locali Scuole di Specializzazione Forense.

I dati del monitoraggio, raccolti pazientemente e manualmente dai tirocinanti sui ruoli delle udienze civili – nel periodo compreso fra febbraio e luglio 2011 – sono confluiti in griglie riepilogative delle cause in cui le parti avevano aderito al modello 185 c.p.c., e ripartiti con campi appositi riferiti: a) alla fase processuale raggiunta dalla causa al momento dell'esperimento della spinta conciliativa; b) alla tipologia e durata dei rinvii di conseguenza concessi; c) all'incidenza delle cause cancellate e/o estinte; d) ai verbali di conciliazione redatti udienza per udienza (dati così ufficializzati dalla Cancelleria negli esiti statistici).

Per il secondo periodo del monitoraggio, ovvero il primo semestre 2012, l'elaborazione dei dati ha impiegato un'altra modalità, ancora più stimolante, ovvero apposite convenzioni concluse nell'ambito di PON.

³⁷ Sull'importanza di una rilevazione statistica affidabile a corredo di sperimentazioni organizzative negli uffici giudiziari e sulla traduzione in grafici dei dati monitorati si rimanda a quanto trattato più diffusamente *infra* da V. SPAGNOLETTI, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari*, §§ 3 e 4.

³⁸ I grafici, allegati alla relazione tenuta da M. DELIA, sono negli atti del VII° Congresso Nazionale destinato alla formazione professionale del CNF, in Roma il 15.3.2012; <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/congressi/articolo7246.html>.

In particolare, l'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore "Tommaso Fiore" di Modugno e la convenzione da questo conclusa il 24.5.2012 con l'Articolazione di Modugno, in virtù del PON obiettivo C Azione C5 "Fare scuola nell'impresa" codice C-5-FSE- 2011 – 135, ha permesso l'avvio di un altro esperimento pilota confluyente verso l'obiettivo di migliorare le condizioni di lavoro della ex sezione.

Innescata la collaborazione fra Ministero di Giustizia e l'ente scolastico, con il coordinamento del referente dell'Ufficio Giudiziario di Modugno, sono stati sviluppati strumenti utili all'informatizzazione. Una scelta a dir poco feconda per la futura operatività del PCT (planato nelle aule di giustizia solo dopo pochi mesi, a giugno 2013) e funzionale alla sorveglianza sull'adempimento dei doveri dei giudici onorari assegnati alla ex sezione, in ottemperanza delle linee guida esposte nel Programma per la gestione dei procedimenti civili 2011 – 2012, in ossequio all'art. 37, d.l. n. 98/11, conv. in l. n. 111/11.

La registrazione e traduzione dei primi flussi deflattivi in grafici – già diffusi presso il Consiglio Nazionale Forense, nell'ambito del VII° Congresso Giuridico Forense – ha trovato una qualificata visibilità presso la Corte Costituzionale, nel mese di febbraio 2013, durante un momento di alto contenuto formativo per gli studenti del PON, ricevuti dall'epoca ex Presidente, prof. Gaetano Silvestri³⁹, e impegnati nell'esposizione di un *power-point* riepilogativo degli obiettivi raggiunti.

Dopo quattro anni di applicazione del metodo della conciliazione integrata, l'impegno congiunto dei giudici – togati ed onorari – con l'avvocatura locale ha dato corso nell'Ufficio Giudiziale di Modugno a svariate forme di soluzione alternativa del contenzioso pendente.

Forte del peso statistico raggiunto dal numero di verbali di conciliazione così conclusi (una sessantina), la scrivente ha maturato l'idea di procedere ad una loro classificazione/archiviazione, in un'ottica di condivisione e divulgazione dei risultati, come meglio si dirà nel § 6.

³⁹ Il prof. Gaetano Silvestri è oggi il Presidente della Scuola Superiore della Magistratura.

5. *Il sondaggio fra i professionisti.* – Funzionale alla rotta multidirezionale della buona prassi conciliativa, nella convinzione di come sia necessario “entrare nelle corde” di ogni categoria dei protagonisti del processo, è stato far esprimere alla classe forense il suo punto di vista.

Per testare l’effettivo gradimento riservato dagli operatori del diritto agli strumenti di conciliazione/mediazione presenti nel sistema, le cause che possono ostacolare il loro utilizzo e gli eventuali correttivi da apportarvi (soprattutto de iure condendo) per renderli sempre più efficaci e di facile accesso, le referenti delle Articolazioni di Modugno e di Altamura hanno curato la formulazione di uno specifico questionario.

I report, compilati in forma anonima, sono stati pubblicati sui siti istituzionali dei COA, nonché distribuiti in alcuni convegni destinati all’avvocatura o nel corso di seminari organizzati dagli ordini professionali per formazione dei loro iscritti, incentrati sulle tematiche della conciliazione, della mediazione e della negoziazione assistita. Sono stati coinvolti, oltre al distretto della Corte d’Appello di Bari, presso quello di Potenza e, in parte, quello di Lecce.

I dati raccolti, resi graficamente visibili con la collaborazione della Commissione di Ingegneria Forense, all’epoca istituita presso l’Ordine degli Ingegneri di Bari, sono stati esposti su alcuni siti ufficiali.

I risultati sono stati, infine, presentati dal magistrato referente dell’Articolazione di Altamura in occasione del XXXII Congresso Nazionale dell’ANM.

6. *L’anagrafe digitale dei successi conciliativi.* – La sopraggiunta era del PCT e la compiuta informatizzazione degli uffici, frutto anche dell’implementazione delle risorse dell’informatica giudiziaria, hanno permesso all’idea iniziale, dopo il monitoraggio durato quattro anni, di assumere una “veste digitale”, di per sé altamente visibile anche oltre i confini dell’ufficio giudiziario in cui era nata.

L’intuizione, senza precedenti in Italia, è stata quella di allestire un’anagrafe digitale dei successi conciliativi, disponibili fino a quell’epoca solo in forma cartacea⁴⁰, per poi farne, a sua volta, il

⁴⁰ In ogni cancelleria è conservata la sola raccolta cartacea dei verbali di conciliazione siglati in udienza dal giudice.

volano di ulteriori traguardi nell'informatica giudiziaria, quali la messa a punto di un criterio per la rilevazione periodica, con innovati sistemi informatici ministeriali, delle ordinanze ex art. 185-bis c.p.c. emesse e della loro efficacia deflattiva, sì da poter poi saggiare la funzionalità dello strumento "la proposta conciliativa del giudice", di recente conio nel nostro codice di rito⁴¹.

L'avanzamento dell'idea virtuosa verso un ampio livello di progettualità nasce da una riflessione di coerenza: l'informatizzazione del processo e di ogni atto e attività processuale nei nostri uffici, indotta dagli interventi normativi relativi al PCT, sconta attualmente il limite tecnologico del contenitore Consolle.

L'intero apparato informatico giudiziario, programmato sulla proiezione del "vecchio processo civile", non ha ancora inglobato in sé tutte le spinte innovatrici adottate dal legislatore, negli ultimi anni, per rendere più efficiente l'esercizio della giurisdizione.

Per questi limiti, le ordinanze ex art. 185-bis c.p.c., o quelle di mediazione delegata – che sottendono lo sforzo compiuto dal magistrato verso l'area delle definizioni del contenzioso con modalità alternative alle sentenze – rimarrebbero fuori dalla tracciabilità digitale lato Consolle e lato Sicid, in uno alla loro eventuale scia deflattiva.

Perché possano raccordarsi fra loro – nella direzione di promuovere la cultura delle definizioni alternative dei giudizi – le novità normative, le esigenze organizzative, le competenze in campo fra i professionisti del diritto e lo stato attuale dei sistemi d'informatica giudiziaria occorrono le c.d. buone prassi⁴², correttivi idonei a restituire la coerenza all'intero sistema giudiziario, colmando principalmente le "falle" presenti sul piano operativo.

⁴¹ Per ogni ulteriore approfondimento si rimanda a quanto diffusamente trattato nel cap. 3, § 3 e 4, V. SPAGNOLETTI.

⁴² È un fenomeno reale, che "dal basso" è capace di fecondare in "circolarità" le idee ed i progetti, garantendone lo spostamento da un luogo all'altro; fenomeno che, alimentandosi a livello locale nel confronto ragionato fra gli operatori del diritto, ne innova il ruolo, affinché non si limitino più ad applicare le indicazioni provenienti "dall'alto", bensì, ispirati da una comune cultura di progresso nel servizio, si rendano protagonisti attivi degli spunti di cambiamento offerti, raccogliendoli, "rilanciandoli" ed arricchendoli di contenuti ed efficacia, soprattutto muovendoli e divulgandoli sul territorio.

Il cambiamento nelle aule giudiziarie raggiunge il suo punto di completamento grazie al segnale che proviene dal basso, nella logica propria delle “buone prassi”, le quali, offrendo accorgimenti operativi atti a potenziare ovvero migliorare gli effetti pensati dal legislatore, possono fecondare in “circolarità” i progetti e diffonderli sul territorio.

Il valore della *best practice* ha investito negli ultimi tempi lo stesso CSM, per averlo ritenuto strumento capace di iniettare efficienza nel sistema giustizia, tanto da istituire⁴³ una Banca Dati Nazionale delle buone prassi, per censirle e catalogarle, per interpellare gli uffici giudiziari sull’attualità delle buone prassi già censite e su quelle nuove, progettando un nuovo sito internet.

Come si legge nella delibera del C.S.M. del 17 giugno 2015 sulle buone prassi di organizzazione degli uffici giudiziari, il Consiglio aveva prestato la sua attenzione al fenomeno delle buone prassi sin dalla Relazione al Parlamento sullo stato della Giustizia del 2003.

Successivamente, con delibera del 23 luglio 2008, è stata istituita la Struttura Tecnica per l’Organizzazione (art. 29-ter reg. int.), definendo altresì, tra gli obiettivi del nuovo organismo, quello di “promuovere il confronto e la diffusione di buone prassi metodologiche ed operative anche attraverso la sperimentazione e l’utilizzazione di tecniche innovative” e di “favorire omogeneità e qualità delle attività e delle strumentazioni informatiche a livello nazionale”.

Ne è seguita una fase di raccolta ed elaborazione delle prassi organizzative segnalate dai diversi uffici giudiziari culminata nella delibera del 7 luglio 2016, che rappresenta “una prima manualistica ricognitiva delle pratiche di organizzazione più diffuse negli uffici giudiziari italiani”⁴⁴.

Sono state in particolare codificate sette aree tipiche di operatività delle attività virtuose: 1) Prassi relative al flusso telematico di dati con soggetti abilitati (es.: accesso da remoto ai registri di cancelleria e agli atti del giudice e dei suoi ausiliari e delle parti; trasferimento di atti in formato digitale tra uffici inquirenti e giu-

⁴³ Con delibera datata 17.06.2015 .

⁴⁴ Il Manuale delle *Best Practices*, istituito con la delibera del CSM del 17 luglio 2016.

dicanti o tra uffici di primo e secondo grado); 2) Prassi volte ad incidere sulla organizzazione quotidiana del lavoro dei magistrati e sulla sua "intelligenza" (es: impiego di stagisti, eliminazione delle duplicazioni del lavoro tra uffici inquirenti e giudicanti, monitoraggio e governo dei flussi di lavoro a livello di sezione o di ufficio); 3) Prassi volte a creare banche dati locali; 4) Prassi volte a migliorare i rapporti con l'utenza non professionale (es: sito dell'ufficio, carta dei servizi, bilancio di rendicontazione sociale, u.r.p. etc.); 5) Prassi orientate all'abbattimento di specifiche aree della pendenza dell'ufficio e comunque orientate al controllo di gestione (es: programmi di lavoro volti a prevenire il c.d. "rischio Pinto") secondo scelte di priorità predefinite e pubbliche; 6) Prassi volte a sviluppare l'adozione di soluzioni organizzative e interpretative condivise con l'Avvocatura (es: protocolli di udienza); 7) Prassi volte all'adozione di risparmi gestionali o al miglioramento di procedure amministrative e contrattuali per la fornitura all'ufficio di servizi funzionali allo svolgimento dell'attività giurisdizionale (si pensi nel civile agli incarichi relativi alle pubblicazioni di annunci per contro degli uffici esecuzioni e fallimenti).

Sul piano della verifica delle buone pratiche giudiziarie il CSM ha tracciato un vero e proprio decalogo: con la già citata delibera del 17 giugno 2015 si chiede all'Ufficio Giudiziario di precisare, le quante volte intenda avviare una sperimentazione organizzativa, i risultati concretamente misurabili rispetto all'obiettivo iniziale prefissato, in termini di efficacia e di efficienza della giurisdizione e di rapporto con l'utenza; la delibera del 7 luglio 2016 definisce "buona" la prassi organizzativa di cui l'ufficio stesso sia in grado di testimoniare la capacità di positiva incidenza sull'organizzazione pregressa e che perciò diviene un modello da esportare; infine la recente delibera del 18 luglio 2018 assegna alla STO il compito di promuovere il confronto e la diffusione di Buone Pratiche metodologiche e operative anche con l'impiego di tecniche innovative.

In questa cornice s'incunea l'intuizione degli Uffici Modugnesi⁴⁵, perchè raggiunge, con le sue Linee Guida⁴⁶, più di un'area

⁴⁵ L'iniziativa, avanzata dal referente dell'Articolazione di Modugno, è stata autorizzata dal Presidente del Tribunale di Bari, il 7.4.2015 con l'avallo della Giunta Distrettuale ANM, in Bari il 17.3.2015, perché in linea con la risolu-

fra quelle codificate come virtuose: da quella diretta a rafforzare i flussi telematici dei dati a quella tesa a migliorare l'organizzazione del lavoro quotidiano dei magistrati, da quella finalizzata alla creazione di una banca dati giurisprudenziale a quella volta ad ottimizzare i rapporti con l'utenza, professionale e non, fino a quelle indirizzate ad erodere specifiche aree di pendenza dell'ufficio e al controllo di gestione secondo scelte di priorità.

Di seguito si riportano i quattro punti in cui possono riepilogarsi le linee guida del Protocollo in esame:

1. L'impiego degli stagisti nel rispetto del c.d. Mansionario delle attività del tirocinante per gli uffici giudicanti civili e penali ex art. 73 della legge 98/2013, in dotazione presso l'Ufficio Barese;
2. Momenti di interscambio formativo per la creazione di modelli conciliativi condivisi e loro agevole consultazione grazie alla banca-dati. Lo studio degli schemi riepilogativi di soluzioni giuridiche, creative ma al contempo soddisfattive, è a beneficio di tutti gli operatori: per questa via si affinano le tecniche di stesura di verbali conciliativi e si accelera la definizione del contenzioso;
3. Diffusione della cultura conciliativa e potenziamento delle abilità conciliative in una prospettiva ben più ampia, ovvero di studio, ricerca e redazione di bozze di provvedimenti – con particolare attenzione agli schemi di ordinanze 185-*bis* c.p.c. emettabili nelle controversie d'interesse, in ossequio alle esigenze organizzative di gestione del carico di lavoro di ciascun giudice;
4. Rilevazioni statistiche per analisi flussi (quantità e tempi) di definizioni dell'arretrato fisiologico e patologico in forza degli sforzi conciliativo/transattivi.

Il fulcro di questa progettualità organizzativa è nella ricerca dei verbali di conciliazione, nella selezione di quelli di maggiore interesse – quanto a tecnica di redazione e contenuti nego-

zione del CSM del 29.4.2014 ed il mansionario approntato dagli uffici baresi per il percorso formativo ex art. 73 l. n. 98/2013.

⁴⁶ Si rimanda al Protocollo, elaborato dal magistrato referente del Progetto il 2.10.2015, scaricabile sui siti istituzionali del Tribunale di Bari e della Corte d'Appello di Bari, www.giustizia.bari.it, aprendo il link all'area Buone Prassi.

ziali trasfusi – e nella loro traduzione in chiave digitale per introdurli infine su una Banca Dati *on line*, consultabile anche all'esterno degli uffici giudiziari.

La consapevolezza che i verbali conciliativi -al pari delle ordinanze 185-*bis* c.p.c. e delle ordinanze di mediazione delegata⁴⁷ allorquando siano motivate – custodiscono utili leve conciliative, replicabili in fattispecie analoghe, quali geometrie capaci di tenere in equilibrio gli interessi delle parti della lite, ha spinto a mettere quel bagaglio di conoscenze al servizio della Giustizia e dei suoi operatori, dotando la raccolta digitale di nomenclature classificatorie e collegamenti ipertestuali e rendendo il tutto consultabile *on line* e *free*.

Il Progetto adopera, *in primis*, la forza degli stagisti del Decreto del Fare, risorse esterne collaudate nell'ufficio del giudice, e, in aggiunta, oltre all'ormai indispensabile strumento informatico, l'intelligenza umana calata nella logica di uno staff, combinando risorse interne (cancellerie e magistratura onoraria) ed esterne (Commissione Ingegneria Forense⁴⁸ e CISIA) nell'ufficio del giudice.

Con rapidità, ma senza rinunciare al controllo di sicurezza⁴⁹, si è permessa la migrazione dal formato cartaceo al web e l'ideazione della Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC)⁵⁰.

Sono state affiancate via via all'impiego degli stagisti – prevalentemente indirizzati alla ricerca dottrinale e dei precedenti giurisprudenziali, alla stesura di relazioni, alla massimazione di

⁴⁷ Con autorizzazione del Presidente della Corte di Appello di Bari, il 13.7.2016 la BDDC è stata estesa, con apposita sessione, alle ordinanze emesse nel distretto in materia di mediazione delegata, adoperando la stessa tecnica di reperimento e inserimento dei documenti già sperimentata in occasione dell'allestimento delle precedenti sessioni.

⁴⁸ La Commissione, presso l'Ordine degli Ingegneri di Bari, per il tramite dell'allora suo Presidente, l'Ing. P. Maurelli, ha integrato le dotazioni dell'Ufficio con lo specifico programma di conversione Adobe Reader Professional.

⁴⁹ Le operazioni, durate tre mesi, sono state coordinate dal referente dell'Articolazione di Modugno.

⁵⁰ Sull'apporto accrescitivo della digitalizzazione giuridica, simbolo di dematerializzazione, standardizzazione e semplificazione, applicato nel settore del diritto amministrativo, si veda il contributo del Prof. E. MICHETTI, *La teoria della legittimità nella burocrazia artificiale: la nuova frontiera della "digitalizzazione giuridica"*, in *Gazzetta Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2016, I, pp. 5 ss.

documenti conciliativi attraverso la tecnica dei c.d. box-case – le utilità propedeutiche ad una formazione più ampia e che, avvalendosi della struttura territoriale della SSM, fosse in grado di soddisfare il bisogno dei giovani tirocinanti di completare il curriculum universitario fino a tradursi, gradualmente, in un'opportunità formativa per qualunque operatore di diritto.

Diffondere con successo il nuovo che avanza fra i metodi che promuovono soluzioni negoziate endoprocessuali (ordinanze 185-bis, mediazione, negoziazione assistita, arbitrato delegato) significa poter conformare, infatti, il linguaggio dei vari protagonisti della lite alle tecniche del diritto collaborativo.

Si è così intravista l'importanza di una metodica formativa rinnovata che, superando le barriere, non solo geografiche fra uffici ma anche di categoria fra i vari professionisti del diritto (giudici togati, onorari, mediatori, avvocati, stagisti, consulenti tecnici di ufficio e di parte), potesse favorire maggiori consapevolezza e dinamismo culturale nell'area della mediazione.

Al contempo si è avvertito il bisogno di tutelare la crescita professionale e l'investimento in queste nuove cifre di produttività all'interno della magistratura (quelle derivanti dalle definizioni giudiziarie indotte dallo sforzo conciliativo), predisponendo nel Progetto un sistema, attivato con le sinergie del RID e del CISIA e destinato alla rilevazione dei flussi statistici correlati ed a monitorare le quote di produttività ascrivibili all'impegno conciliativo.

7. *La divulgazione come buona prassi.* – Ulteriori step hanno reso esportabile, nei fatti, quest'esperienza. Dall'elaborazione di un Protocollo del Progetto "*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice conciliativa – B.D.D.C.*"⁵¹, alla ripetizione delle operazioni di selezione e digitalizzazione dei precedenti conciliativi presso altro Ufficio del Distretto, ovvero l'Articolazione di Altamura⁵², fino alla collocazione della BDDC sui

⁵¹ Si rimanda al Protocollo, elaborato dal magistrato referente del Progetto il 2.10.2015, scaricabile sui siti istituzionali del Tribunale di Bari e della Corte d'Appello di Bari, www.giustizia.bari.it, aprendo il link all'area Buone Prassi.

⁵² Per effetto della proposta formulata, il 27.11.2015, dal magistrato referente dell'Articolazione di Altamura.

due portali giustizia⁵³ e all'implementazione distrettuale⁵⁴, passando attraverso il coinvolgimento di un maggior numero di stagisti⁵⁵, oltre all'inserimento di lavoratori con specifiche competenze informatiche⁵⁶, affianco al prezioso contributo del CISIA⁵⁷.

L'effetto espansivo della prassi conciliativa è indice qualificato della sua bontà, come pure soddisfa i canoni di una buona prassi l'averla corredata di Linee Guida, per tracciarne l'iter compiuto, registrarne i benefici, tenere fede ai criteri condivisi e modellarne le finalità operative, nell'auspicio che possano seguirsi in altre sedi con analoghi effetti positivi sulla gestione del lavoro.

È nei propositi di una buona prassi il mantenerne inalterata la sua struttura principale, ponendosi al contempo quale occasione per una graduale e proficua dinamicità nei suoi contenuti.

Il dotarsi di *Vademecum* ha permesso di preservare il *know-how* raggiunto all'interno della "sperimentazione" e di garantirne la ripetibilità, come pure l'elaborazione di Protocolli d'intesa ha accompagnato la vocazione migratoria della BDDC verso gli uffici giudiziari che hanno inteso aderirvi, non solo nel perimetro distrettuale (Tribunale di Foggia, il 19.10.2017, e Tribunale di Trani,

⁵³ Per effetto delle autorizzazioni rilasciate, a margine del Protocollo del Progetto, cit., dal Presidente del Tribunale di Bari in data 7.10.2015 e dal Presidente della Corte di Appello di Bari in data 19.10.2015.

⁵⁴ Per effetto dell'azione combinata, nel Progetto "*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice Conciliativa*", dell' Ufficio dei Referenti informatici del distretto barese e della promozione delle Linee guida per il monitoraggio della conciliazione endoprocessuale attraverso strumenti e programmi ministeriali di informatica giudiziaria, in collaborazione con il locale CISIA, ufficio periferico di DGSIA, autorizzata dal Presidente della Corte d'Appello di Bari in data 30.11.2015 e dal Presidente del Tribunale di Bari in data 24.12.2015.

⁵⁵ In esecuzione dei punti n.1 e 3 del Protocollo datato 7.10.2015/19.10.2015, cit.

⁵⁶ Si rimanda al Protocollo d'intesa fra la Regione Puglia e la Corte di Appello di Bari siglato il 22 maggio 2015.

⁵⁷ In esecuzione del punto n. 4 del Protocollo datato 7.10.2015/19.10.2015, cit., ossia per l'affinamento della rilevazione periodica, per il tramite dei sistemi informatici ministeriali, delle ordinanze ex art. 185-*bis* c.p.c. emesse e della loro efficacia deflattiva.

il 18.10.2018), ma addirittura oltre il distretto barese (Tribunale di Matera, il 6.9.2018, e Tribunale di Taranto, il 3.12.2018).

Affianco al *Vademecum* predisposto con la collaborazione degli uffici dei magistrati informatici in esecuzione del punto 4 del Protocollo – funzionale al transito negli altri uffici giudiziari della metodica di rilevazione informatica dei flussi deflattivi delle ordinanze 185-*bis* c.p.c. – ne sono stati congeniati altri due in grado di estendere la BDDC al di là dei confini della ex Articolazione di Modugno: i *Vademecum* per catalogare e preparare all’inserimento nella BDDC rispettivamente le ordinanze 185-*bis*/mediazione delegata e i verbali di conciliazione⁵⁸.

Quanto alla flessibilità, propria di qualsivoglia fenomeno organizzativo-giudiziario – destinato nel tempo ad accomodamenti per migliorarsi negli effetti – essa è garantita da un aggiornamento continuo sulla piattaforma BDDC, come immaginata nel Protocollo.

Con scadenze periodiche vengono inseriti nella BDDC nuovi documenti, di sicura provenienza⁵⁹ – perchè emessi negli uffici aderenti al Progetto e reperiti attraverso un’esemplare raccolta volontaria fra i colleghi – anche per il tramite della e-mailing list della Formazione Decentrata.

Documenti selezionati sotto il comune denominatore di ritenerli d’interesse per il controllo sugli orientamenti giurisprudenziali assunti dagli uffici giudiziari baresi in casi analoghi. Questo aspetto, invero, connota di ulteriore vivacità il Progetto, mettendosi a disposizione, per il suo tramite e per sempre più ampie aree giudiziarie, i dati utilmente filtrati e classificati. Al contempo però si attingono nuovi documenti e dati dalle medesime aree in cui il Progetto, in graduale sequenza, si espande. Il flusso dei dati risponde sempre e comunque agli obiettivi dell’originario Protocollo.

Provvedere, fin da ottobre 2015, ad epurare dai dati sensibili i documenti conciliativi introdotti nelle Sessioni tematiche della

⁵⁸ I tre *Vademecum* sono visibili *on-line*, assieme ai Protocolli d’Intesa, nella specifica Sessione tematica della BDDC, denominata “Linee Guida per la diffusione della buona prassi BDDC fra uffici giudiziari e istituzioni”.

⁵⁹ Con i riscontri di Cancelleria e la supervisione del referente e dei colleghi che collaborano al Progetto.

BDDC, salvaguardandone al contempo l'intellegibilità e consentendone la navigazione sui siti web istituzionali è stato un obiettivo, se all'epoca avanguardista, adesso attuale ed oltremodo efficace.

L'oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi riportati sui precedenti conciliativi prima del loro inserimento nella BDDC avviene perdipiù in ossequio alla disciplina di riferimento – contenuta nel regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, datato 27.4.2016 – ed al c.d. "ponte di adeguamento" nel nostro ordinamento interno, ossia il recentissimo d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101.

Nondimeno si assicura l'intellegibilità dei documenti fruibili nella BDDC adoperando nomi e coordinate di tempo e spazio ispirati a mera fantasia.

Il Progetto ha meritato un riconoscimento ufficiale: già censito nell'area "*Best Practice*" del portale istituzionale del C.S.M. con numero di registrazione 2526, è menzionato nel Manuale delle *Best Practices* istituito dal CSM (a pag. 24 viene definita testualmente "*l'innovativa banca dati delle tecniche di conciliazione*"), di recente è stato ritenuto un modello virtuoso esportabile, nell'ambito dello specifico aggiornamento deliberato dal CSM il 18 giugno 2018⁶⁰.

Rispecchia la logica di una buona prassi proprio l'attenzione riposta alla sua promozione ed ai canali di divulgazione sul territorio⁶¹.

È la varietà di ruoli e qualifiche dei possibili fruitori della buona prassi conciliativa ad imporre, nella sua divulgazione, percorsi articolati e orientati in più direzioni.

La direzione più importante è quella che va incontro all'utenza, cui è dovuto maggiormente l'apporto informativo per accompagnarla con maggiore consapevolezza negli spazi della c.d. giustizia partecipata, quale precipitato diretto dell'utilizzo

⁶⁰ Con la delibera del 18.6.2018, il Progetto in argomento è stato inserito nella Macroarea 3 – Modello 20: si ved. a pag. 74 della cit. delibera della VII^a Commissione del CSM.

⁶¹ Ogni ulteriore approfondimento è rimandato *infra* a R. STELLA BRIENZA, D. SPORTELLI, F.R. DE TULLIO, *La comunicazione a servizio della Banca Dati Digitali Conciliativa*.

del metodo conciliativo nell'appianare le liti ed autentico segnale di garanzia e promozione delle autonomie negoziali.

Devono preferirsi, su tutti, i canali ufficiali, curando l'immissione sul territorio – al di fuori degli uffici dell'originario Distretto in cui ha preso forma l'idea virtuosa e verso altri enti istituzionali – di notizie veritiere e aggiornate, non trascurando la continua verifica alla fonte⁶².

L'uso dell'acronimo BDDC⁶³, di immediata comprensione, per identificare agevolmente la banca dati conciliativa, è un passaggio fondamentale in questa inedita, quanto necessaria, programmazione divulgativa.

I contenuti progettuali sono consultabili su siti internet, su riviste specializzate e iniziative editoriali, e resi comunque visibili in ampie iniziative ministeriali⁶⁴, all'interno della magistratura⁶⁵ e di istituzioni terze⁶⁶, comprese alcune Università italiane, talora coinvolte negli eventi formativi allestiti in collaborazione con le strutture territoriali della Scuola Superiore della Magistratura.

8. La formazione dei professionisti. La BDDC fra SSM, le Università ed il CNF. – Curare i profili divulgativi delle Linee Guida del Progetto consente non solo la diffusione di informazioni contenutistiche, ma principalmente risponde agli obiettivi del marketing culturale, indirizzandosi verso gli operatori del diritto con la finalità di accrescerne e innovarne le professionalità.

Portare sul territorio la buona prassi e promuoverla, con essa, l'impiego corretto degli strumenti di risoluzione alternativa dei giu-

⁶² Esercitata dai collaboratori del Progetto e sotto la direzione del referente del progetto.

⁶³ Per ogni ulteriore approfondimento sul punto si rimanda a quanto diffusamente trattato da R. STELLA BRIENZA, D. SPORTELLI, F.R. DE TULLIO, *op. ult. cit.*, § 1.

⁶⁴ Nel Focus – Progetto GOL, volto al censimento delle buone prassi legate al PCT, tenutosi nella Corte di Appello di Bari il 4.2.2016, con il Patrocinio Presidenza del Consiglio Ministri e Ministero di Giustizia.

⁶⁵ Nei Congressi degli Osservatori di Giustizia Civile (Genova 2015; Milano 2016), con materiale sul sito.

⁶⁶ Master Universitari ed eventi formativi allestiti dagli ordini forensi nel distretto barese; presso il CNF, ove la scrivente è stata chiamata a comporre, dal 2016, la 1^a Commissione dell'Osservatorio Permanente della Giurisdizione.

dizi – primo fra tutti il dotare la proposta conciliativa del giudice ex art 185-bis c.p.c. e le ordinanze di mediazione delegata di un’adeguata motivazione per aumentarne le chance di successo ed assicurare una maggiore qualità nella soluzione definitiva – ha significato elaborare un percorso itinerante di seminari-laboratori di studio sulle utilità della BDDC.

Percorso che si è mosso principalmente nell’ambito della Scuola Superiore della Magistratura⁶⁷.

Si è raggiunta una quota sempre più ampia di magistrati – togati e onorari, soprattutto di nuova nomina – e in genere dei professionisti delle aule giudiziarie (avvocati, mediatori, consulenti d’ufficio e di parte).

Il taglio fortemente innovativo dei seminari, per la connotazione multidisciplinare sia dei relatori (accanto ai magistrati e professori universitari, anche i tecnici ausiliari d’ufficio) che degli stessi discenti, si è ulteriormente palesato per gli spazi multimediali adoperati nella comunicazione didattica. La presentazione dei contenuti formativi è stata incentrata proficuamente sugli accessi simulati on line nel contenitore digitale, oltre che sulla conoscenza degli obiettivi e traguardi raggiunti dalla prassi barese in tema di media-conciliazione. L’impiego dei grafici e

⁶⁷ Nella sede centrale della SSM, in Scandicci, nei corsi tenutisi il 13/15 maggio 2015, *Risoluzione alternativa delle controversie e funzione conciliativa del giudice civile*, con l’intervento di M. Delia su *La proposta conciliativa del giudice e la mediazione ex officio judicis. Casi concreti, modalità di negoziazione e confronto di esperienze*; il 10/12 luglio 2017, *Il Punto sul rito civile*; il 25/27 settembre 2017 *Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*. Nelle piattaforme territoriali decentrate con eventi aperti a tutti gli ordini professionali e l’intervento, fra i relatori, delle loro rappresentanze verticistiche (CNF, CNI, CNC etc): Tribunale di Matera, 8.4.2016 e, con portata nazionale, il 24/26.5.2017; Corte di Appello Potenza, 4.5.2016; Corte di Appello dell’Aquila, 19.11.2016; Corte di Appello Genova, 12.6.2017; Tribunale di Cosenza, 7.10.2017; Corte di Appello di Cagliari, 10.11.2017; Corte di Appello di Lecce, 22/23.2.2018, Corte di Appello di Salerno, 23.3.2018, Corte di Appello di Bari, 13.4.2018; Corte di Appello di Bologna, 8.6.2018; Tribunale di Taranto, 15.6.2018. Nel corso della tavola rotonda *“Organizzando: la giustizia”*, tenutasi a Capri presso la Certosa di San Giacomo dal 7 al 9 ottobre 2016, e della sessione pomeridiana del Convegno *“Il magistrato, le innovazioni organizzative e le nuove forme degli atti del processo”*, in Capri presso la Certosa di San Giacomo il 14 ottobre 2017, iniziative promosse dalle Strutture territoriali decentrate della Corte di Cassazione, e dei Distretti di Salerno e di Napoli.

di analisi statistiche sempre più avanzate hanno completato, poi, l'illustrazione delle tappe di estensione della *Best Practice* fra gli uffici.

Non trascurabili, in termini di utilità, sono tanto gli spunti forniti per la soluzione di ipotetici conflitti, nonostante i diversi contesti territoriali⁶⁸, estrapolando clausole conciliative direttamente dai documenti inseriti nella BDCC⁶⁹, quanto i suggerimenti riguardanti le tecniche redazionali dei compromessi negoziali, delle ordinanze 185-*bis* c.p.c. e di quelle di mediazione delegata, presentati per il tramite della navigazione simulata sui dati raccolti nelle apposite Sessioni tematiche del contenitore digitale.

Un contributo istruttivo, altrettanto proficuo per il servizio giustizia, passa infatti attraverso l'uso consapevole e persuasivo della giurisprudenza e dei suoi precedenti conciliativi.

Fra le linee guida dell'originario Protocollo, infatti, spicca quella incentrata sulla promozione dei momenti di interscambio formativo alimentati sulla osservazione e ricognizione di modelli conciliativi condivisi per il tramite della banca-dati. Siffatti momenti possono stimolarsi non solo con iniziative seminariali e convegnistiche aperte ai professionisti dell'oggi, ma già negli ambiti interni ai singoli uffici giudiziari, giungendo così a coinvolgere i giovani tirocinanti assegnati ai magistrati e certamente, in forma ancora più avanzata, nelle aule universitarie, ponendosi a beneficio degli studenti, protagonisti del diritto nel domani.

Il transito di possibili leve conciliative – ricavate preventivamente dallo studio condotto sui precedenti giurisprudenziali archiviati nella BDCC – sperimentate e classificate dai magistrati coadiuvanti il Progetto Conciliativo come replicabili in future liti se e quando mostrino specifici segnali di mediabilità, si avvale di periodici laboratori, allestiti fra gli stagisti del Progetto⁷⁰.

⁶⁸ In esecuzione del punto n. 4 del Protocollo datato 7.10.2015/19.10.2015.

⁶⁹ In esecuzione dei punti n. 2 e 3 del Protocollo cit.

⁷⁰ In esecuzione dei punti n. 2 e 3 del Protocollo cit, gli stagisti, sotto la direzione del referente del Progetto, contribuiscono alla raccolta ragionata di casi, in modo simile ai famosi *case book* nordamericani. Ciascun discenti-tirocinante è chiamato allo studio della controversia da cui è originato un

Il contenuto di queste esperienze, che sul piano teorico e pratico offre un efficace allenamento alle sensibilità degli operatori nella selezione delle controversie che maggiormente si prestino alla spinta conciliativa (e ne lascino intravedere una ragionevole prognosi di successo), è stato riconosciuto di interesse didattico da alcuni poli universitari italiani, che vi hanno saputo attingere in più moduli.

L'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" (UNIBA), nel corso della I^a Edizione del Master "Contenzioso civile, arbitrato e metodi non contenziosi di risoluzione delle controversie" – coordinato dal Prof. Domenico Dalfino durante il primo semestre dell'anno 2016 presso il dipartimento di Giurisprudenza – ha riservato ore di lezione alla banca dati conciliativa ed all'esperienza in argomento.

L'Università della Calabria (UNICAL) ha dato risonanza all'evento organizzato dalla formazione territoriale SSM presso il Distretto di Catanzaro, il 7.10.2018. Grazie alle recenti dotazioni tecnologiche dell'Aula Magna dell'Ateneo in Cosenza-Arcavata, in uno alle capacità avanzate della struttura decentrata del Distretto di Catanzaro (la prima ad avere introdotto come modalità ordinaria per i corsi destinati ai magistrati tra diversi distretti la videoconferenza), si è creato un collegamento *skype* sia video che audio con l'Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari (IRSIG), onde aggiornare il suo Direttore, dr Marco Fabri, sul livello di efficienza raggiunto dalla buona prassi conciliativa e sugli esiti del monitoraggio condotto sui flussi deflattivi dal CISIA presso il Tribunale di Bari.

L'Università degli Studi di Cagliari (UNICA), nell'ambito del Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, insegnamento "Le Tutele Extragiudiziali", tenuto dal Prof. Carlo Pilia nell'anno 2017/2018, ha consentito alla referente del Progetto BDDC di dedicare agli studenti, nelle aule dotate di collegamenti multimediali, un contributo didattico attingendo direttamente alla banca dati conciliativa. La finalità è stata quella di condividere con gli studenti le nuove tecniche di composizione bonaria del

documento conciliativo (verbale di conciliazione o proposta ex art 185-*bis* c.p.c. inseriti nella BDDC), estrapolandone prima gli elementi rilevanti in fatto, per poi dedicarsi alla ricerca della regola ed all'adozione del rimedio sostanziale e processuale più idoneo alla luce della giurisprudenza formata, nell'ufficio, su una data questione.

contenzioso frutto del percorso virtuoso barese, fornire loro ragguagli sulle connotazioni strutturali di quell'archivio giurisprudenziale e far attecchire l'abitudine a consultarlo nei percorsi di studi universitari aperti alle ADR/ODR.

Il circuito formativo innescato dall'iniziativa dell'Università di Cagliari, attraverso il coinvolgimento e il confronto, affianco ai docenti universitari, di magistrati e di formatori esperti di mediazione, ADR e ODR per i consumatori, ha puntato a diffondere fra gli studenti una conoscenza di base delle principali tipologie di tutele extragiudiziali, attingendo alle buone prassi giudiziarie nazionali in materia ed alle più importanti fonti normative internazionali, europee e nazionali.

Il sostegno telematico ha garantito inoltre un respiro internazionale ai lavori.

All'evento convegnistico conclusivo, tenutosi presso l'Aula Magna Economia dell'Ateneo di Cagliari il 4 maggio 2018, dopo una sintesi dei moduli pratici ad opera dei magistrati relatori, tutti esperti nelle vie di composizione amichevole della controversia confluenti verso l'accordo, un gruppo di docenti in mediazione transnazionale ha potuto esporre, ciascuno nella propria lingua, con la videoconferenza ovvero per il tramite di video registrati, una specifica disciplina (Cipro, Grecia, Libano) gravitante sempre nell'area di interesse didattico. Il percorso seminariale è proteso alla ricerca e formazione di futuri professionisti nella mediazione transfrontaliera.

In quel contesto – contraddistinto dall'elevato profilo internazionale e dalla spiccata vocazione a collocare sul mercato del lavoro (anche per effetto degli scambi ERASMUS) i giovani studenti universitari – l'esperienza conciliativa della BDDC ha saputo offrire un format che risponde agli standard di qualità nella didattica applicata agli strumenti di giustizia partecipata.

Approfondire i tratti salienti dei nuovi istituti che spingono verso soluzioni negoziate della lite, per poi testare le tecniche più adatte con cui redigere i documenti conciliativi ed infine classificare le metodiche di composizione bonaria, avvalendosi sempre degli accessi simulati on line nelle Sessioni di cui si compone la banca dati conciliativa, è un approccio istruttivo innovativo e decisamente più attrattivo per promuovere le conoscenze nell'area dell'ADR.

Le Università di Bari e di Cagliari hanno infine riconosciuto l'apporto della Banca Dati Digitale Conciliativa in termini di ricerca e ideazione, collocandola rispettivamente nella pagina del Seminario Giuridico, vale a dire la Biblioteca Centrale del Dipartimento di Giurisprudenza UNIBA⁷¹, e nel Sistema Bibliotecario dell'Ateneo di Cagliari, creando un apposito percorso per raggiungere il link BDDC e la relativa risorsa digitale⁷².

Lo studio comparato dei documenti raccolti nelle tabelle classificatorie di ognuna delle Sessioni tematiche della BDDC permette di individuare i c.d. agenti facilitatori dell'accordo (incognite processuali – quali scadenze, risultati istruttori, CTU e CTP – mutamento di indirizzi giurisprudenziali o novità legislative sopravvenute nel corso del giudizio, momenti processuali particolarmente utili alla dialettica bonaria – come ad esempio, l'uso combinato degli artt. 185 e 185-bis, ovvero delle ordinanze 185-bis e di mediazione delegata – riserve istruttorie, istanze ex art 648 c.p.c. ovvero 183 *quater* c.p.c.).

La metodica applicata si propone di stimolare la sensibilità del magistrato verso la percezione degli indici di maggiore mediabilità, indici attraverso cui filtrare in udienza, fra tutte le cause, quelle che più si prestino ad accogliere gli spunti conciliativi (qualità parti e vicende interpersonali, variazioni patrimoniali, presenza di conflitti più ampi della lite portata in giudizio, nuove potenzialità del bene oggetto di contesa egualmente appetibili per le parti, materie involgenti metodiche latamente predittive, quali la liquidazione del danno non patrimoniale attraverso l'impiego delle c.d. tabelle di Milano).

Tutto ciò in una prospettiva essenzialmente organizzativa, finalizzata alla migliore gestione delle risorse giudiziarie e del fattore tempo.

La visibilità delle potenzialità formative e delle abilità informatiche della BDDC ha raggiunto da ultimo l'Osservatorio Permanente

⁷¹ [cfr:<https://www.uniba.it/bibliotechecentri/biblioteca-centrale-di-giurisprudenza-e-scienze-politiche-seminario-giuridico/siti-di-interesse> alla voce Corte d'Appello di Bari, Banca Dati Conciliativa],

⁷² [<https://sba.unica.it> ≠ Banche Dati (<https://sba.unica.it/risorse-digitali/banche-dati>). La pagina cui indirizza è la seguente: http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx].

sull'esercizio della Giurisdizione⁷³, organo *ex lege* del Consiglio Nazionale Forense (art 35, comma 1, lett. r della l. 31.12.2012 n. 247), presso cui è stata invitata a partecipare, dal mese di giugno 2016, la Referente del Progetto *Best Practice* BDDC, quale componente della I^a Commissione dedicata a "Gli istituti della c.d. degiurisdizionalizzazione". In occasione della stesura e presentazione ufficiale del rapporto annuale per il 2017, l'ONPG ha fatto espressa menzione – in una prospettiva di miglioramento delle professionalità e specialmente a beneficio della magistratura onoraria – della banca dati conciliativa del Tribunale di Bari (ved. pag 14, sub paragrafo 3, "La mediazione", del richiamato rapporto annuale 2017 pubblicato il 27.3.2018).

La innovativa commistione delle esigenze della formazione con le capacità organizzative – come perseguita dal Protocollo del Progetto in esame – per effetto dell'eco ricevuto, oltre che in uffici giudiziari pure distanti da quello della sua origine, presso altre sedi istituzionali gravitanti nel buon funzionamento della Giustizia (SSM, Università, CNF), ha mostrato ancora una volta una buona pratica di gestione.

Si delinea infine – grazie all'attenzione prestata, in ogni sua fase programmatica, agli obiettivi di apprendimento non solo in termini di conoscenze (sapere) e capacità (saper fare), ma altresì come comportamenti (saper essere) – un modello formativo del "giurista pratico", adeguatamente attrezzato nell'affrontare il conflitto, edotto finanche con la dinamica e le tecniche proprie del lavoro di squadra, e in primis consapevole che, lungi dal mero automatismo, l'ascolto delle parti rimane la regola primaria nelle vie della risoluzione alternativa delle controversie.

Occorre irradiare, attraverso comportamenti positivi, fra gli operatori e l'utenza una accresciuta sensibilità verso le nuove forme di giustizia partecipata, il che ha un'importanza da non trascurare⁷⁴.

Per gli avvocati, chiamati a riqualificare, anche oltre il processo, la propria figura professionale, trasformando finalmente il paradigma culturale del modo di intendere il conflitto e le sue

⁷³ ONPG.

⁷⁴ È un modello che offre suggerimenti differenti rispetto alle tradizionali metodiche dell'insegnamento universitario.

possibili soluzioni, passando dai vari ambiti delle ADR (la mediazione, la negoziazione assistita fino all'arbitrato).

Emancipazione professionale che non risparmia le altre categorie di operatori nella giurisdizione (ovvero i CTU, e quindi gli ingegneri, i commercialisti, i medici etc etc). Consultare le aree tematiche della BDDC apre alla maggiore conoscenza degli istituti di giustizia partecipata e fa al contempo assimilare la dinamica della collaborazione e della integrazione dei saperi, fondamentali per gli sbocchi bonari.

Ciò – è bene rimarcarlo – viene favorito dalla visualizzazione rapida e complessiva dei diversi schemi negoziali conciliativi e/o transattivi, come consentita dalle tabelle formato EXCEL delle Sessioni didattiche della BDDC⁷⁵.

La spinta virtuosa del Progetto, infine, si sposta progressivamente verso un altro versante, ossia quello del confronto di esperienze tra i capi degli uffici. Nel corso dei richiamati eventi formativi allestiti dalle varie strutture territoriali della Scuola Superiore della Magistratura, invero, si è posto l'accento – oltre che sulle potenzialità racchiuse dalla BDDC rispetto alla redazione e conoscibilità dei documenti conciliativi – sull'opportunità di applicarne le Linee Guida (segnate ai nn. da 1 a 4 del Protocollo cit.) come strumento organizzativo oltre l'Ufficio in cui sono state sperimentate.

Quest'attività di elaborazione, raccolta e scambio rappresenta un aiuto importante per i presidenti di sezione, che potranno verificare l'eventuale utilità nel proprio ufficio di quanto ha già beneficiato altre sedi in termini di efficacia definitiva, generata dagli strumenti conciliativi del giudice nel contenzioso civile.

In occasione dei seminari-laboratori di studio citati è infatti consentita la visione degli obiettivi e dei traguardi raggiunti dal Progetto conciliativo in argomento per il tramite dei dati monitorati dal CISIA, come graficamente illustrati nel *power-point* predisposto con la collaborazione dell'Ufficio del Referente Informatico⁷⁶.

L'incidenza che le pratiche condivise e uniformi nell'organizzazione del lavoro del giudice possono avere sul miglioramento

⁷⁵ Sul punto si rimanda a quanto più diffusamente trattato *infra* da P. MAURELLI, *op. cit.*, § 3.

⁷⁶ Ogni ulteriore approfondimento è rimandato *infra* a V. SPAGNOLETTI, *op. cit.*

del rendimento qualitativo e quantitativo dell'ufficio, al fine ultimo di rendere maggiormente efficiente la risposta giurisdizionale, invero, è un dato ormai generalmente acquisito.

Va pertanto agevolata la circolarità di informazioni nei rapporti tra gli uffici quanto a tecniche di redazione dei provvedimenti e, più in generale, in tema di tecniche di deflazione dei ruoli. Obiettivo quest'ultimo che è alla base della nota circolare del 14 settembre 2016 a firma del Primo Presidente della Cassazione, Giovanni Canzio, che invita, per i provvedimenti senza specifica valenza nomofilattica, ad adottare motivazioni semplificate ed esorta la formazione decentrata ad assumere opportune iniziative per la conoscenza di tali tecniche.

Affiora netto il ruolo dei magistrati che ricoprono incarichi semidirettivi nella selezione, promozione e utilizzo di pratiche di buona organizzazione.

I capi degli uffici giudiziari hanno maggiori responsabilità e competenze nell'ambito della professionalità loro richiesta per effetto della più recente elaborazione compiuta dalle circolari del CSM in materia di programmi di gestione ex art. 37 d.l. n. 98/2011. A loro si richiede di prestare particolare attenzione alla gestione ragionata dei flussi dei procedimenti, all'adozione di prassi organizzative virtuose, al coinvolgimento e ad un'adeguata valorizzazione dei magistrati e delle altre figure professionali che operano nell'ufficio.

Rientra fra i compiti del magistrato-dirigente non solo spingere verso l'uniformità dei comportamenti processuali ritenuti virtuosi nell'ufficio, ma pure il saper scegliere e intercettare prassi organizzative virtuose generate da altri uffici in modo "fecondo" rispetto agli obiettivi segnati nell'area di programmazione del cit. art. 37: obiettivo di rendimento e obiettivo di riduzione della durata dei procedimenti.

I due aspetti sono evidentemente connessi: il primo è condizionato dal secondo, che rappresenta certamente la sfida più importante cui il sistema giustizia deve tendere. Obiettivo prioritario è dunque l'abbattimento delle pendenze dei giudizi di più antica iscrizione. Corre infine parallela a queste priorità la definizione del carico esigibile: non si dubita più come in essa vadano inclusi tutti i procedimenti definiti, non solo le sentenze. L'osservazione è più che scontata, se si considera la rilevan-

za assunta, nei procedimenti civili, dalle modalità di definizione dei giudizi alternative rispetto alle sentenze (si pensi alle ordinanze ex art. 702-*bis*, ex art. 186-*ter* e *quater*, ai poteri conciliativi di cui all'art. 185-*bis*, agli ATP ex art. 696-*bis* e soprattutto ex art. 445 in materia di previdenza)⁷⁷.

L'accresciuta consapevolezza sulla portata di queste notazioni è percepibile attraverso la semplice lettura del Protocollo del Progetto in esame⁷⁸.

È l'ultima delle frontiere virtuose dell'esperienza barese quella di vedere regolamentati i flussi di smaltimento delle liti pendenti con l'inserimento nell'Ufficio del processo, in dotazione presso ogni presidio giudiziario, di una specifica previsione programmata di impiego delle abilità conciliative dei magistrati (togati e non) assegnati alla Sezione, da indirizzarsi precipuamente verso quelle materie che rappresentino – nelle scelte organizzative dell'Ufficio – i c.d. obiettivi sensibili. Obiettivi così valutati in ragione della vetustà di iscrizione a ruolo delle cause, ovvero perché riguardino controversie che intercettino – per esempio nelle analisi statistiche avanzate condotte con la metodica sperimentata nei monitoraggi del CISIA sulle rilevazioni statistiche delle scie deflative delle ordinanze 185-*bis* nel Tribunale di Bari – aree di contenzioso rivelatesi particolarmente ricettive alla spinta conciliativa.

Nell'ambito della programmazione sviluppata nell'Ufficio del Processo, allora, ben potrà destinarsi al potenziamento della metodica conciliativa l'assegnazione degli stagisti che, coordinati dal singolo magistrato affidatario, andranno a scremare i ruoli d'udienza con il prelievo preventivo di quei fascicoli sussumibili nei c.d. obiettivi sensibili, studiandone in prima battuta gli atti processuali e la documentazione e offrendo poi sintesi giurisprudenziali e schemi di massima delle questioni, e demandando poi al giudice la scelta di una via di composizione bonaria, fino a coadiuvarlo nell'elaborazione di un'ordinanza di

⁷⁷ Si rimanda per una visione più ampia a M. DELIA, *Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa: estensione nazionale della banca dati conciliazione*, in *La nuova procedura civile*, 18 giugno 2018, www.lanuovaproceduracivile.com.

⁷⁸ Progetto denominato per tale ragione "Ufficio del Processo, ragionevole durata, best practice conciliativa".

conciliazione integrata (ex art 185 c.p.c.) ovvero ex art. 185-*bis* e mediazione delegata, attingendo alle leve e alle tecniche redazionali estraibili dalla BDDC.

Metodica conciliativa che dovrà essere assimilata e gestita con altrettanta padronanza dai magistrati onorari assegnati allo smaltimento di interi segmenti di contenzioso civile, finanche nei nuovi confini assunti dall'Ufficio del Processo nella recente "Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace". L'art 10, punto n.11, di cui al d.lgs. 31 luglio 2017, n. 116, con riferimento a ciascun procedimento civile e al fine di assicurare la ragionevole durata, abilita il giudice professionale a delegare al giudice onorario di pace, ove inserito nell'ufficio per il processo, compiti e attività – pure nei procedimenti del Tribunale a riserva collegiale – non di particolare complessità (ivi compresa l'assunzione dei testimoni), affidandogli addirittura con preferenza il compimento dei tentativi di conciliazione.

9. *Prospettive future.* – Il futuro della giurisdizione si intravede proprio nell'equilibrio raggiunto tra certezza del diritto e libero convincimento del giudice.

Nella BDDC, come si è cercato finora di illustrare, confluiscono tutti i punti di non ritorno della moderna organizzazione dei nostri uffici.

La prevedibilità e conoscibilità della decisione, l'affidabilità dei precedenti registrati, la loro circolazione, la semplificazione delle motivazioni, il controllo e l'aumento della produttività, la trasferibilità delle esperienze virtuose di giustizia partecipata, sono i punti entrati di diritto nello Statuto del giudice moderno, avendo il pregio di innalzare la qualità del servizio giustizia, conservando (o riconquistando) la fiducia che nei giudici ripone la collettività⁷⁹, in controtendenza con le opposte e irresponsabili spinte che vorrebbero delegittimare la centralità della giurisdizione nella società civile.

La BDDC, motore di cultura conciliativa, inoltre, aiuta a neutralizzare la diffidenza degli operatori verso il mondo degli stru-

⁷⁹ Come emerso nell'Assemblea Plenaria del Congresso degli Osservatori di Giustizia Civile, in Milano, il 27/29 maggio 2016.

menti alternativi di risoluzione del contenzioso e delle pratiche collaborative, contribuendo alla formazione di modalità di comunicazione proficue nei tavoli conciliativi. Essa incoraggia fra i giudici l'impiego dei nuovi istituti di esercizio della funzione giurisdizionale (art. 185-*bis* e mediazione delegata), conducendo verso abitudini di giustizia mite. Mira ad elevare in modo omogeneo il livello di formazione dei professionisti dell'area giudiziaria.

È una prospettiva che presta assoluta adesione allo spirito delle più recenti riforme, ivi compreso il traghettare l'utenza al di là di quelle che tradizionalmente sono state considerate le colonne d'Ercole della giurisdizione, ovvero le sentenze.

I traguardi fin qui raggiunti, però, non hanno la presunzione di essere esaustivi delle potenzialità della BDDC.

Una buona prassi può essere capace, nel tempo, di avanzare con la logica dello *step by step*, ovvero dei piccoli passi con cui si coinvolgono e motivano gruppi di lavoro misti – composti da magistrati, personale amministrativo, ordine avvocati e interlocutori esterni (quali enti pubblici, ordini professionali, associazioni etc) – con la fecondità propria del ragionamento condiviso, verso livelli di maggiore efficienza ed estensione, non solo geografica.

Da un primo livello, che è quello proprio della condotta assunta dal singolo magistrato e ritenuta processualmente virtuosa per il suo ufficio, ad un secondo livello, allorquando si atteggi a scelta organizzativa dell'intero ufficio nel controllo di gestione dei flussi di contenzioso, fino a raggiungere il terzo livello, nel caso in cui cioè venga riconosciuta quale sistema organizzativo/divulgativo-formativo/monitorato, apportando un valore omogeneo in più uffici, per il tramite della pianificazione e della formalizzazione dei dati di partenza e dei risultati ottenuti.

Valore uniforme e come tale certificabile, perché guidato attraverso l'adattamento di ogni nuovo ufficio alle linee guida esposte negli appositi *Vademecum* – di cui pure si è detto – messo a punto nel Progetto (unitamente ad ogni altra documentazione finalizzata alla diffusione del *know-out* acquisito) quale sintesi dell'apporto sinergico delle Cancellerie, dei CISIA e dei magistrati referenti informatici via via collaboranti al processo di estensione. Il *Vademecum* – predisposto proprio per agevolare la transizione

tra Uffici di ogni singolo segmento della Buona Prassi, anche attraverso la creazione di *link* alla Banca Dati dai siti web di altri Uffici – è consultabile nella Sessione tematica “*Linee Guida per la diffusione della Buona Prassi BDDC fra uffici giudiziari e istituzioni e relativa documentazione*”.

L’idea virtuosa della BDDC ha già lambito il c.d. terzo livello: ad ottobre 2017 è stato esportato in un altro ufficio giudiziario – il Tribunale di Foggia – il Protocollo, in tutta la sua ampiezza (dall’inserimento del *link* “BDDC” sul portale istituzionale alla metodica sperimentata per la rilevazione informatica dei flussi deflattivi delle ordinanze 185-*bis*), mentre da aprile 2018 il Tribunale di Agrigento, collocato in un contesto regionale assai diverso e distante da quello pugliese, ha reso fruibile sul proprio sito istituzionale la buona prassi conciliativa con apposito *link*.

Dopo il Tribunale di Foggia, tanto si è ripetuto presso il Tribunale di Trani e, oltre il distretto, presso i Tribunali di Matera e di Taranto, e ciò a cagione delle sensibilità dei colleghi del Tribunale “ricevente”, che collaborano all’insediamento di gruppi di lavoro misti, e prima ancora della lungimiranza dei Capi Ufficio, i quali, dopo aver selezionato la Buona Prassi BDDC, la allocano nell’area geografica di competenza, inserendo il link di accesso alla BDDC nel portale istituzionale di quell’ Ufficio.

Per effetto delle ampliate collaborazioni sono in corso di allestimento specifiche macroaree della BDDC ove smistare i verbali di conciliazione siglati innanzi al Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Matera e il Tribunale di Taranto.

Ma è altrettanto certo che la BDDC, primo esperimento digitale in Italia di raccolta e organizzazione dei contenuti conciliativi, è suscettibile di ulteriore valorizzazione, su cui varrebbe la pena investire maggiormente, se è vero che – come si è cercato di sottolineare fin qui e nelle pagine che seguono – con essa si è voluto traslare nell’area applicativa dei nuovi istituti di giustizia partecipata un metodo di consultazione di precedenti giurisprudenziali affine a quello tradizionalmente posto al servizio del giurista.

Favorire fra tutte le categorie dei professionisti delle aule giudiziarie la navigazione nei documenti a struttura conciliativa contribuisce a potenziare preziose doti professionali nella direzione di comporre le liti in maniera mite.

Non da ultimo la BDDC, per le peculiari connotazioni digitali e grafiche, oltre che per l'alloggiamento sui siti giudiziari, si presenta come lo strumento più rapido ed affidabile attraverso cui evolvere l'immagine della giustizia civile fra la stessa utenza, sì da indurla ad avvicinare con fiducia i nuovi strumenti di risoluzione alternativa dei giudizi.

Nell'ottica di sviluppare, ad esempio, la visibilità e la penetrazione capillare dei contenuti oltre il perimetro del Distretto barese e verso altri Uffici interessati⁸⁰, si potrebbero affinare con il supporto delle opportune risorse tecniche: A) le connotazioni grafiche della BDDC, onde rendere tecnologicamente più allettante la sua veste; B) i criteri e le opzioni di ricerca; B) l'estensione informatica della BDDC, per conferire maggiore potenza al data base che raccoglie ed elabora i dati immessi e da immettere negli aggiornamenti futuri, con cadenza periodica; C) la maggiore dinamicità alla piattaforma telematica, nella direzione di implementare i collegamenti con analoghe iniziative presso altri Uffici Giudiziari, Siti Istituzionali ovvero presso qualificate sedi formative (SSM, in sede permanente ovvero decentrata); D) un sistema ufficiale, di riconoscimento nazionale, per la rendicontazione periodica dei risultati del progetto⁸¹ (utile ad un'analisi statistica avanzata dei processi civili che si chiudono con la conciliazione – divisi per materia e per anno d'iscrizione a ruolo ecc. – e di quelli che invece non si sono chiusi a dispetto del tentativo pur esperito) da cui poi elaborare dati e conoscenze preziose nel controllo e gestione dei flussi di contenzioso presso le varie aree territoriali⁸².

Le proposte, sopra riepilogate, sono state estratte dall'ultima rendicontazione che la Referente del Progetto, a marzo 2018, ha consegnato nelle sedi competenti a censire gli aggiornamenti delle buone prassi giudiziarie (RID, UDI, VII Commissione CSM

⁸⁰ Gli spunti di ampliamento delle caratteristiche di c.d. dinamicità della piattaforma tecnologica della BDDC sono stati intravisti in sede di estensione distrettuale del Progetto.

⁸¹ Per ogni ulteriore approfondimento si rimanda a quanto diffusamente trattato *infra* da V. SPAGNOLETTI, *op. cit.*, §§ 3 e 4.

⁸² In adesione alle ultime delibere del CSM che tracciano, come tema obbligatorio, quello della rendicontazione dei risultati.

M. Delia

e STO), rendicontazione resa pubblica e fruibile anch'essa nell'apposita Sessione della BDDC, dedicata alla diffusione del Progetto fra uffici giudiziari e istituzioni.

La capacità espansiva della BDDC, come finora registrata, è apprezzabile anche solo osservando la mappa riassuntiva dei luoghi da essa raggiunti nel territorio italiano⁸³.

⁸³ Si rimanda a quanto diffusamente trattato *infra* da R. STELLA BRIENZA, D. SPORTELLI, F.R. DE TULLIO, *op. cit.*, § 2.

LAURA FAZIO

L'EFFICACIA DELLA CONCILIAZIONE ENDOPROCESSUALE:
L'ESPERIENZA DEL DISTRETTO
DELLA CORTE D'APPELLO DI BARI

SOMMARIO: 1. Il punto di osservazione del Gruppo di lavoro nelle definizioni conciliative. - 2. La struttura di una proposta conciliativa efficace: la motivazione - 3. Il momento processuale più propizio per la proposta. - 4. Le combinazioni endoprocessuali dei moduli conciliativi. - 5. La c.d. "conciliazione integrata" come buona pratica.

1. *Il punto di osservazione del Gruppo di lavoro nelle definizioni conciliative.* – Il monitoraggio¹ reso possibile dall'attività di progressiva implementazione della BDDC nell'ambito del Progetto "*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice conciliativa – B.D.D.C.*" ad opera del gruppo di lavoro² – che ha indirizzato la raccolta delle ordinanze ex art. 185-bis c.p.c. e dei

¹ Il monitoraggio è durato circa 18 mesi. Sul punto si rimanda a quanto diffusamente trattato *infra* da V. SPAGNOLETTI, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari*, §§ 3 e 4.

² Il Gruppo di Lavoro variamente composto nelle fasi che hanno progressivamente interessato il Progetto e il suo avanzamento. Affianco al ruolo di supervisor assunto dai giudici M. Delia – referente distrettuale del Progetto – V. Spagnoletti – RID presso la Cda di Bari – e L. Fazio – formatore decentrato SSM presso Cda Bari – significativo è stato anche l'apporto degli Stagisti del decreto del fare – assegnati agli Uffici giudiziari baresi e inseriti nel Progetto – coordinati nelle operazioni di lavorazione dei documenti da inserirsi in BDDC e nei laboratori periodici di approfondimento delle tecniche di redazione dei documenti conciliativi. Si aggiungono il personale del CISIA di Bari, nell'ambito delle operazioni di rilevazione statistica e nella forma di monitoraggio della scia deflattiva delle ordinanze 185-bis c.p.c., e l'ing. P. Maurelli, già Presidente della Commissione Ingegneria Forense presso l'Ordine degli Ingegneri di Bari, per aver integrato l'allestimento della prima sessione della BDDC con l'apparato informatico dell'Ufficio con lo specifico programma di conversione Adobe Reader Professional.

provvedimenti di invio in mediazione verso una raffinata selezione dei contenuti – ha condotto ad una serie di preziose considerazioni, prime fra tutte, le riflessioni sull’effettiva operatività degli istituti conciliativi e sui casi in cui questi si sono rivelati più capaci di favorire la definizione alternativa del conflitto.

Le valutazioni che qui seguiranno, ad ogni modo, si riferiscono solo alle ipotesi di conciliazione tentata dal Giudice nell’ambito dei giudizi civili pendenti.

Un primo ordine di considerazioni nasce dall’osservazione diretta dell’attività conciliativa in rapporto alle materie in cui è suddivisibile l’area del contenzioso civile e convergono verso la principale regola, tracciata nel Protocollo della Buona Prassi Conciliativa Barese, ovvero quella che vuole corredata da un’adeguata motivazione qualsivoglia proposta conciliativa e/o delega di mediazione, allorquando formulate dal giudice. Ciò, invero, permette all’attività conciliativa di essere sperimentata con maggiore probabilità di successo.

Il secondo gruppo di riflessioni è correlato alla dinamica più squisitamente processuale che intercetta l’attività conciliativa.

2. La struttura di una proposta conciliativa efficace: la motivazione. – Al di là delle indubbie diversità giuridiche che connotano fra loro, in radice, le dieci distinte “aree tematiche” in cui è stata ripartita la BDDC³, possono enuclearsi una serie di elementi che l’osservazione nella prassi ha dimostrato capaci di rendere veramente efficace una qualsivoglia proposta conciliativa.

Innanzitutto si è riscontrato come l’ordinanza ex art. 185-bis c.p.c. funziona se il Giudice non si limita a formulare una proposta “secca” per la composizione bonaria della controversia, bensì la correda di utili direttrici per garantire al contraddittorio la comprensione del contenuto e della portata. Sebbene la legge non richieda l’inserimento di una motivazione – non essendo annoverata l’ordinanza de qua fra i provvedimenti decisori –

³ Contratti, locazione, finanziario-bancario, societario, condominio, successioni e comunioni/divisioni, responsabilità “ex delicto”, diritti reali e possesso, famiglia, varie.

tuttavia essa si rende necessaria per orientare le parti “nella riflessione sul contenuto della proposta e nell’opportunità e convenienza di farla propria, ovvero di svilupparla autonomamente”⁴. Soddisfatto in tale maniera il bisogno informativo degli utenti di giustizia, la proposta conciliativa si erge autorevole ai loro occhi. Invero un’adeguata motivazione aiuta le parti a far comprendere come l’ipotesi conciliativa del giudice non sia il frutto di un mero “capriccio” del magistrato (spinto a formularla per la semplice esigenza di “liberarsi di un numero”), ma di accurato esame e studio del fascicolo di causa.

Accanto a queste “diretrici giuridiche”, poi, è opportuno rappresentare le ragioni per le quali – sotto l’angolazione squisitamente microeconomica del rapporto costi-benefici – l’accettazione della proposta potrebbe apparire utile e conveniente ad entrambe le parti.

In questa logica, ad esempio, potrà rammentarsi all’attore la possibilità di chiudere rapidamente la controversia senza attendere gli annosi “tempi lunghi” dei rinvii fisiologicamente indotti dall’esigenza di istruire la causa (assunzione delle prove orali, espletamento di una CTU, informative o documentazione da acquisire presso soggetti e enti terzi), o ancor di più quelli imposti dalla calendarizzazione della udienza di precisazione delle conclusioni, parametrati sul carico di lavoro del singolo magistrato. Tempi suscettibili di eventuali o prevedibili slittamenti imposti dall’intero “sistema giustizia” (ove si considerino le priorità oggi assegnate dalla legge a particolari tipi di controversie⁵ ovvero il “favor” manifestato dal legislatore alla trattazione con riti accelerati di interi blocchi di cause)⁶, ovvero da mere contingenze interne ai singoli presidi giudiziari (ad es. le carenze nelle piante organiche dei magistrati destinati ad un Ufficio, numericamente

⁴ La giurisprudenza di merito non offre una soluzione interpretativa univoca sul punto. Nel senso conforme a quanto riportato nel testo del presente contributo si veda Tribunale Roma, sez. XIII, 04/11/2013.

⁵ Si pensi alle cause in cui è parte procedura fallimentare o concordataria (art. 7 d.l. 83/15 conv. con modif. in l. 132/15) o ruoli ordinari comprensivi di controversie in materia di protezione internazionale (vedi art. 19 c. 9 d.lgs. 150/11 come modificato dal d.lgs. 142/15 e d.l. 13/17 conv. con modificazioni nella l. 46/17).

⁶ Vedi p.es. il rito sommario di cognizione.

inadeguate ovvero non aggiornate alle proporzioni crescenti dei flussi in entrata del contenzioso; i trasferimenti dei giudici ad altre funzioni o sedi, le sostituzioni, le malattie etc). Senza dimenticare, infine, i costi non prevedibili, ovvero non noti dall'inizio ma spesso connessi all'instaurazione di una lite giudiziaria, perché collegati al rischio dell'attuazione coattiva della pronuncia giudiziale (procedure esecutive mobiliari o immobiliari o le ancor più complesse attuazioni di obblighi di "facere" con i correlati esborsi cd "tecnic")⁷. Costi pur sempre da anticiparsi a cura del creditore, ossia della parte ritenuta vittoriosa.

Di seguito un esempio di ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. tratta dalla BDDC:

Tribunale di Bari
Sezione III Civile

Il Giudice, letti gli atti e uditi i procuratori delle parti; a scioglimento della riserva espressa all'udienza del XXXXXX; ritenuto, in considerazione dell'ormai definitiva cristallizzazione della posizione delle parti dal punto di vista delle reciproche allegazioni e richieste di prova, di suggerire ex art. 185-*bis* c.p.c. la prosecuzione del percorso conciliativo già intrapreso nei seguenti termini:

- a) Corresponsione, in favore di Tizia, di una somma a titolo risarcitorio da perdita parentale quantificata secondo i valori minimi previsti dalle Tabelle di Milano per il coniuge/convivente (anche in considerazione dell'alea del giudizio legata alle allegazioni/contestazioni circa l'esistenza di una convivenza stabile e duratura e di una comunione materiale e morale con il de cuius), detratto quanto eventualmente già versato dai convenuti Caio e Sempronio a titolo di provvisoriale;
- b) Corresponsione, in favore di Mevia, di una somma a titolo risarcitorio da perdita parentale quantificata secondo i valori medi previsti dalle Tabelle di Milano per il figlio, con esclusione del danno biologico (essendo carenti le allegazioni in merito alla sussistenza di una specifica patologia) e del dan-

⁷ vedi p. es. nomina di impresa per esecuzione di lavori di demolizione, di direttore dei lavori etc.

- no da perdita del contributo economico (essendo incontestato che MEVIA gode di rendita ai superstiti erogata dall'INAIL in assenza di una compiuta allegazione e documentazione dell'esistenza del c.d. "danno differenziale"), detratto quanto eventualmente già versato a titolo di provvisoriale;
- c) Corresponsione in favore di parte attrice delle spese legali, da quantificarsi ex D.M. n55/14, secondo i parametri previsti per lo scaglione di valore corrispondente alla somma di cui alla presente proposta conciliativa, ridotti del 50%, e con esclusione delle fasi istruttoria e decisoria perché allo stato non svolte;
 - d) Ripartizione della somma ottenuta sulla base dei suindicati criteri nel seguente modo: Tiberio, datore di lavoro di Mevio, nella misura del 50%; Caio, appaltatore, nella misura del 30%; Sempronio, committente, nella misura del 20%;
 - e) Rinuncia alle restanti domande e compensazione delle spese processuali nei confronti delle restanti parti terze chiamate. Rilevato che una definizione transattiva allo stato consentirebbe alle parti da un lato di ridurre i tempi del procedimento ordinario di cognizione, tenuto conto che trattasi di controversia di iscrizione a ruolo relativamente recente tra quelle pendenti sul ruolo in carico a questo Giudice, e dall'altro di evitare ulteriori esborsi da sopportare a titolo di spese processuali destinate a gravare, almeno in parte, sulle parti che dovessero risultare soccombenti all'esito del giudizio di merito;

p.q.m.

rimette le parti innanzi a sé per la verifica del bonario componimento all'udienza del _____, riservando all'esito ogni ulteriore provvedimento.

Si comunichi.

Bari, XXXXXX

Il Giudice

A ciò si aggiunga come, in relazione alla natura della singola controversia, possa assumere una rilevanza addirittura predominante il cd "fattore-tempo", perché per natura espressione di un "valore" non sempre recuperabile una volta trascorso: si pensi alle controversie relative a contratti che, ove esposti al rischio di

essere attuati coattivamente a distanza di anni, perderebbero inesorabilmente di significato economico (la questione è di agevole percezione se inquadrata nella recente crisi del mercato immobiliare italiano in rapporto alle domande giudiziarie aventi ad oggetto contratti di compravendita).

Il tutto senza dimenticare che la definizione (rapida o comunque mediante modalità più celeri rispetto agli attuali tempi consentiti dalla giustizia italiana) di una controversia consente la remunerazione adeguata anche dei c.d. "fattori della produzione". Superato l'antico brocardo "*dum pendet dum rendet*" con l'entrata in vigore dei nuovi sistemi di calcolo delle tariffe forensi (a partire dal DM 140/12 e, ancor più, con il DM n. 55/14), la risoluzione di una controversia in via bonaria da un lato conduce nel medio-lungo periodo al "disimpegno" degli Uffici di Appello e di legittimità, dall'altro permette agli stessi difensori di concretizzare i frutti del loro lavoro con un margine di rischio decisamente più contenuto, vista l'adesione volontaria delle parti al compromesso negoziale.

L'esperienza pratica maturata negli ultimi dieci anni, infatti, ha insegnato un'altra verità: sono aumentate le procedure esecutive promosse dagli avvocati sia quando antistatari e nei confronti della parte soccombente in giudizio, sia nei confronti dei propri clienti per il pagamento delle competenze professionali.

Se, infatti, vengono diffuse le informazioni sui "costi" del processo in modo oggettivo e completo, l'ulteriore effetto che può registrarsi è quello di "responsabilizzare" le parti in ordine alle decisioni da adottare, ossia rendendole consapevoli che il loro futuro comportamento processuale verrà tenuto in debito conto nel caso di prosieguo del giudizio, soprattutto per le conseguenze di legge in ordine alle spese processuali (per l'art. 91 c.p.c. riformato vedi "*infra*").

Autorevole dottrina⁸ ha poi segnalato che la formulazione della proposta conciliativa appare finanche opportuna in chiave macroeconomica nei processi la cui durata la superato il termine ragionevole di tre anni⁹, potendo l'esito negativo della pro-

⁸ M. VACCARI, *L'art. 185-bis: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, in www.ilcaso.it, 2014.

⁹ termine previsto dall'art. 55, comma 2-bis, del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (c.d. decreto sviluppo), convertito dalla legge 7 agosto 2012 n.83. 43.

posta consentire di non concedere l'indennizzo per irragionevole durata del processo¹⁰ alle parti che l'abbiano rifiutata.

Efficacia maggiore si riscontra allorché il Giudice, oltre a "riempire di contenuto" la proposta, segnali quella che potrà essere, nel caso non venga raggiunto il bonario componimento, la possibile futura "direttrice" del processo (per esempio anticipando l'intenzione di ammettere consulenza tecnica d'ufficio), e tanto in ossequio al potere di cui all'art. 175 c.p.c. (di cui si dirà oltre)¹¹.

Le medesime considerazioni valgono, e a maggior ragione, per le ordinanze di invio in mediazione delegata che, se accompagnate da indicazioni utili a sfrondare il "*thema decidendum*" ovvero a segnalare gli effettivi "punti critici" del contendere¹², lungi dal voler costituire una limitazione per l'attività del mediatore, piuttosto gli offriranno un punto di partenza valido da cui riprendere le fila del discorso maturato in sede processuale¹³.

Non va, infatti, dimenticato che, a differenza della mediazione (obbligatoria o facoltativa che sia) svolta in fase precontenziosa, in un momento cioè in cui il mediatore ha davanti il conflitto in una dimensione che potremmo definire "fluida", perché non è ancora noto l'esatto oggetto del contendere in assenza di un vero e proprio "*thema decidendum*", l'invio in mediazione espresso dal magistrato in una fase necessariamente contenziosa presuppone, invece, il cristallizzarsi delle posizioni delle parti (e ciò soprattutto allorché siano spirati i termini ex art. 183, comma 6 c.p.c.), su cui poi si innesta l'attività di ulteriore selezione delle questioni rilevanti, come compiuta dal giudice con l'ordinanza ex art. 5 d.lgs. n. 28/10, espressione finanche del potere di cui all'art. 183, comma 4 c.p.c.

In siffatta prospettiva deve ritenersi ragionevolmente superato il timore della cd "anticipazione del giudizio", che pure alcuni

¹⁰ Vedi l'art. 55, comma 2 quinquies della legge 24 marzo 2001 n.89 (c.d. legge Pinto).

¹¹ Tribunale di Bari, 19.10.2015; Tribunale di Bari, 26.02.2016, www.ilcaso.it.

¹² Tribunale di Bari, 28.11.2016.

¹³ Tribunale di Roma 04.04.2016 e Tribunale Ascoli Piceno 18.4.2017.

in dottrina¹⁴ affermano essere insito in siffatta tipologia di attività giudiziale. Si tratta piuttosto di un'attività che rappresenta l'evoluzione di quel coacervo di ordinanze – emesse molto di frequente nei Tribunali – con le quali il Giudice, decidendo di rimettere al merito l'esame di una questione preliminare o pregiudiziale o scrutinando le prove (perché superate dalla non contestazione di alcuni fatti o dalla valutazione di documenti ritenuti, su piano probatorio, prevalenti), già ha segnato una specifica direzione per il processo, "proiettandolo" verso un esito finale divenuto così agevolmente prevedibile.

Il secondo tipo di considerazioni afferisce alla rilevanza che la fase in cui si trova il singolo processo può avere sul successo dell'attività conciliativa.

3. *Il momento processuale più propizio per la proposta.* – Altro aspetto, certamente non minore d'importanza, risiede nell'individuazione del "momento processuale" più opportuno per emettere l'ordinanza "conciliativa".

I provvedimenti selezionati per l'inserimento nella banca dati offrono, al riguardo, una serie di spunti significativi.

Regola principe è, innanzitutto, l'assenza di una regola generale. È piuttosto rimesso al prudente apprezzamento del Giudice il se e il quando formulare proposta conciliativa.

Per esempio, va evidenziato che lo strumento è stato utilizzato già all'udienza di trattazione, ed addirittura ancor prima della concessione dei termini ex art. 183, comma 6 c.p.c., in tutti quei giudizi a presumibile "istruttoria cartolare" o a "*thema decidendum*" non complesso per i quali si suppone ragionevolmente che potranno essere decisi quasi allo stato degli atti ovvero si prevede l'assenza di richieste istruttorie. È il caso delle opposizioni ex art. 615 o 617 c.p.c. o, più in generale, dei giudizi fondati su mere questioni in diritto.

In tale occasione l'ovvio vantaggio è rappresentato dalla possibilità, unitamente all'emissione di una proposta conciliativa, di fissare altra udienza per la comparizione delle parti ex art. 117 c.p.c.

¹⁴ Vedi lo scritto di L. RAZETE, *Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis c.p.c.*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2015.

invece di procedere alla concessione dei termini ex art. 183 comma 6 c.p.c. (costituenti la prima strettoia nell'agenda di udienza del Giudice) ed avviare così un'ulteriore appendice processuale spesso foriera della lievitazione delle spese di lite, sì da poterle utilmente contenere in vista della futura conciliazione.

Altro caso è quello in cui il Giudice, chiamato a decidere questioni più complesse sotto il profilo istruttorio e chiamato perciò a valutare (p.es. dopo l'espletamento di prove orali indirizzate sull'"*an debeatur*") l'opportunità di un'ulteriore appendice processuale rivolta al quantum (p.es. ammissione di CTU), formuli proposta transattiva sulla base "*prima facie*" di un esito poco convincente dell'istruttoria, oppure perché tale profilo (quello del "*quantum debeatur*") potrebbe ricostruirsi anche alla luce della documentazione esibita (e con un margine di accettabile approssimazione economica fra le parti).

In tal senso, più di una pronuncia giudiziale¹⁵ si è espressa nel senso della possibilità di emettere ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. anche ad istruttoria conclusa, non ritenendo a ciò ostativo il testo della norma¹⁶. Da un lato, infatti, la formulazione della proposta oltre il termine fissato non è impedita da una sanzione processuale e, dall'altro, innegabili sono i vantaggi in termini di smaltimento del contenzioso, primo fra tutti l'alleggerimento del cd "collo di bottiglia" costituito dal rinvio all'udienza di precisazione delle conclusioni, che implicherebbe l'ulteriore allungamento dei tempi processuali per giungere alla sentenza, in uno all'eliminazione degli ulteriori e possibili gradi di giudizio.

Nulla toglie, peraltro, che la proposta conciliativa possa essere formulata anche all'udienza di precisazione delle conclusioni o comunque dopo la chiusura dell'istruttoria laddove sul punto il giudice sia stato in tal senso sollecitato o abbia preventivamente acquisito a verbale d'udienza il consenso delle parti.

Inoltre, la formulazione di una proposta conciliativa "fuori termine" potrebbe portare all'accordo delle parti (in questo caso la causa sarebbe abbandonata con rinvio ex art. 309 c.p.c., rinun-

¹⁵ Si richiama Tribunale di Fermo del 21.11.2013, la prima sul punto.

¹⁶ L'art 185-*bis* c.p.c. indica testualmente "*sino a quando è esaurita l'istruzione*".

cia agli atti ecc...), come auspicabile beneficio per le stesse in termini di contenimento di costi processuali o quantomeno di rischi di impugnazione o di coatta esecuzione del “*decisum*”, mentre, in caso contrario, implicherebbe semplicemente l’inapplicabilità della sanzione di cui all’art. 91 c.p.c. per la parte che non vi abbia aderito e che abbia ottenuto sentenza sovrapponibile, nel “*decisum*”, alla proposta rifiutata.

Da ciò discende l’ulteriore considerazione che la proposta ex art. 185-*bis* c.p.c. ben può essere emessa in ogni “pausa processuale”, identificabile in qualsivoglia fase nella quale il Giudice abbia assunto in riserva il fascicolo – p.es. per decidere su questioni preliminari o pregiudiziali, richieste istruttorie, vaglio di ammissibilità di CTU all’esito di un’istruttoria orale – trovando così occasione di leggere più approfonditamente le carte processuali ed esaminare i nodi controversi fra le parti.

In questo senso allora ogni causa “riservata” deve essere vista non come mero incombente da evadere, ma piuttosto va vissuta come una grande opportunità per valutare se sia il caso di emettere un’ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c., giacchè, l’esame del fascicolo, prodromico alla valutazione delle istanze delle parti, agevola l’argomentare adeguatamente il contenuto della proposta.

Un terzo e ultimo ordine di considerazioni riguarda il possibile uso combinato fra loro dei vari istituti a matrice latamente conciliativa in vista di un maggiore volume deflattivo sulle liti civili.

4. *Le combinazioni endoprocessuali dei moduli conciliativi.* – Per affrontare quest’ultimo profilo, occorre ampliare il raggio di osservazione, abbandonando per un momento la prospettiva di analisi fin qui condotta, strettamente ancorata al perimetro di lavoro del Progetto Conciliativo Barese, e transitando su un livello di confronto più ampio e di sistema.

Il complessivo quadro normativo comunitario e nazionale, negli ultimi dieci anni, ha subito profondi cambiamenti con il progressivo rilancio alla funzione conciliativa del Giudice e una serie di conseguenti interventi sul processo civile.

In particolare si segnalano, inquadrando l’analisi nell’ordinamento giuridico italiano:

- a) L'introduzione dell'art. 696-*bis* c.p.c. (consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite) inserito, in sede di conversione, dall'art. 23 lett. e-*bis*) n. 6 d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif., in l. 14 maggio 2005, n. 80;
- b) La modifica dell'art. 185 c.p.c, unica norma prevista sul tentativo di conciliazione ad opera della l. n.263/2005;
- c) L'art. 45, comma 10, della l. 18 giugno 2009, n. 69 che ha modificato l'art. 91, comma 1 c.p.c., prevedendo in punto di spese processuali che se il giudice "accoglie 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, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92";
- d) il d.lgs. n. 28/10 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali con la relativa condizione di procedibilità (art. 5);
- e) il cd "decreto del Fare" d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. con modificazioni dalla l. n. 98/2013 che all'art. 77 ha inserito l'art. 185-*bis* c.p.c. consentendo al Giudice (in analogia con quanto già previsto dall' abrogato art. 16, comma 2 d.lgs. n. 5/03 in materia societaria)¹⁷ di formulare la proposta conciliativa del giudice ex art. 185-*bis* c.p.c.;
- f) d.l.12 settembre 2014 n. 132 convertito in l. 10 novembre 2014 n. 162 in materia di negoziazione assistita.

Ad una prima lettura, affiora chiara l'intenzione del nostro legislatore di "snodare" il momento conciliativo da semplice "ac-

¹⁷ Il secondo comma della citata disposizione così disponeva:

"Quando nel decreto è contenuto l'invito alle parti a comparire di persona, il presidente le interroga liberamente ed esperisce, se la natura della causa lo consente, il tentativo di conciliazione, eventualmente proponendo soluzioni di equa composizione della controversia. Nel relativo verbale è dato comunque atto delle posizioni assunte dalle parti. Ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative. Se il tentativo riesce, il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo anche per la consegna di cose mobili o il rilascio di immobili, nonché per l'esecuzione di obblighi di fare e non fare".

cenno endoprocessuale" (ad esso era dedicato soltanto l'art. 185 c.p.c. nella vecchia formulazione) a vero e proprio strumento essenziale volto a raggiungere plurime finalità quali: 1) la composizione dei contrasti tra le parti; 2) l'abbattimento del contenzioso; 3) la restituzione della giusta efficienza al sistema giustizia, soffocato da perdurante arretrato; 4) la riduzione delle relative voci di spesa pubblica (si pensi p.es. agli esborsi annualmente compiuti per indennizzi di cui alla cd legge Pinto); 5) il riavvicinamento delle parti al processo, sì da consentire all'utenza (destinataria effettiva dell'attività giurisdizionale) il pieno esercizio dell'autonomia negoziale grazie al "giusto apporto" degli operatori del diritto.

Non può tacersi, però, che la frammentarietà di questi molteplici interventi normativi parrebbe far ritenere come gli strumenti introdotti non possano avere spazi di interazione feconda, quasi a doversi intendere nella loro natura "monadi", destinate ad un "utilizzo" separato da parte del Giudice, con evidenti spreco di tempo e risorse.

Invero, la prassi giudiziaria corrente negli ultimi anni smentisce questa interpretazione.

L'esperienza delle aule di Tribunale – luogo deputato all'effettiva applicazione di questi nuovi istituti – ha mostrato che l'intelligenza degli operatori del diritto è andata spesso oltre il ristretto contesto in cui il singolo strumento conciliativo è stato concepito. Sono stati elaborate molteplici ipotesi di combinazioni endoprocessuali degli strumenti conciliativi, sì da offrire, a volte con un unico provvedimento, maggiore forza agli stessi e, al contempo, adeguato calibro per calarli, per un verso, nello specifico contesto "litigioso" (connotato da variabili quali la natura della causa, l'atteggiamento processuale delle parti, la fase del processo, esiti istruttori...) e, per altro verso, nel contraddittorio, accrescendole possibilità per le parti di recepirli per la definizione alternativa della lite.

Tutto questo è reso possibile grazie ad una norma di carattere generale, spesso trascurata, ma che proprio nel momento conciliativo può ritrovare la sua giusta dignità e nuova "espansione", ovvero l'art. 175 c.p.c. che, nel consentire al Giudice di esercitare "tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento", gli permette evidentemente di combinare nella maniera più proficua proprio gli istituti sopra richiamati.

Non va, infatti, dimenticato che, accanto al classico *"thema decidendum"* – la cui individuazione è fondamentale nel percorso logico-argomentativo del Magistrato, riflettendosi sulle prove da ammettere o da valutare ai fini della redazione del provvedimento finale – può prendere progressivamente vita il cd *"thema conciliandum"*. La qual cosa si spiega perchè spetta all'Autorità Giudiziaria, in ossequio all'art. 175 c.p.c., individuare non solo le questioni rilevanti per il processo in punto di allegazione e di prova¹⁸, ma – per effetto della spinta data dalle più recenti riforme – anche di sbocco alternativo della controversia, richiamati in questi ambiti l'incidenza degli "obblighi collaborativi" gravanti sulle parti¹⁹.

Gli esempi sono moltissimi.

Innanzitutto si è affermata in molti Tribunali la prassi di formulare proposta conciliativa ex art. 185-*bis* c.p.c. e di non fissare altra udienza per la comparizione personale delle parti ex art. 117 c.p.c. al fine di verificare il buon esito della stessa ovvero per scrutinare ulteriori proposte di definizione transattiva che ben le parti possono articolare "prendendo spunto" dall'ordinanza del Giudice, soprattutto ove in essa vengano indicati gli "elementi utili" per la sua migliore valutazione, preferendosi assegnare alle parti un termine per il raggiungimento di un accordo amichevole sulla base della proposta, termine scaduto il quale decorrerà quello di 15 gg. previsto dall'art. 5 d.lgs. n. 28/10 per "depositare presso un organismo di mediazione, a scelta delle parti congiuntamente o di quella che per prima vi proceda, la domanda di cui al secondo comma dell'art. 5 del decreto, il tutto con il vantaggio di poter pervenire rapidamente ad una conclusione, per tutte le parti vantaggiosa, anche da punto di vista

¹⁸ Il riferimento è ai poteri di cui all'art. 183, comma 4 c.p.c. di richiedere" i chiarimenti necessari o di indicare le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione" ovvero anche le stesse ordinanze con cui, rimettendo alla fase di merito la decisione di questioni preliminari o pregiudiziali sollevate dalle parti (vedi p.es. le classiche questioni di incompetenza, difetto di giurisdizione, prescrizione ecc...) traccia l'ulteriore corso del giudizio p.es. aprendo la strada per l'istruttoria del "merito in senso stretto" della causa.

¹⁹ Vedi ad esempio artt. 88, 96, 116, seconda parte c.p.c. Il principio viene affermato per la prima volta in Tribunale di Bari, 26.02.2016, www.ilcaso.it.

economico e fiscale (cfr. art.17 e 20 del d.lgs. 4.3.2010 n. 28), della controversia in atto”²⁰.

L’ulteriore vantaggio è costituito dalla circostanza che il mediatore vedrà notevolmente facilitato il proprio compito, alla luce delle “diretrici” già evidenziate dal Giudice. Per effetto di quelle indicazioni, il mediatore avrà un percorso agevolato nella comprensione dei “punti critici” del conflitto tra le parti emersi nel corso del processo, intervenendo efficacemente per sospingere le parti verso la più adeguata soluzione conciliativa.

Le parti stesse, dal canto loro, non potranno che prendere atto di come il loro invio innanzi al mediatore non costituisca una forma di disinteresse del Giudice alle loro ragioni, traslate con un mero rinvio nelle sedi dell’organismo preposto, ma sia piuttosto frutto – in virtù delle idonee riflessioni sui temi del contendere incluse nel provvedimento del magistrato – di una ponderata valutazione circa la ricorrenza, nel caso concreto, delle condizioni di applicazione previste dall’art. 5, comma 2 d.lgs. n. 28/10 per l’esperimento del procedimento di mediazione.

Altra ipotesi simile è quella in cui vengono posti in “circolarità virtuosa” le opportunità offerte dall’istituto di cui all’art. 696-*bis* c.p.c., dalla mediazione preventiva obbligatoria- nelle materie di cui all’art. 5, comma 1 d.lgs. n. 28/10 – e dalla proposta conciliativa ex art. 185-*bis* c.p.c. Ciò è alquanto vero allorchè la controversia possa essere risolta prevalentemente sulla base di accertamenti di natura tecnica, i quali, anche ove preventivamente scandagliati con l’esperimento di un procedimento di accertamento tecnico in funzione conciliativa, non escludono di per sé il vaglio successivo dell’istituto della mediazione se prevista come obbligatoria. In questi casi, il Giudice (p.es. ove adito in sede contenziosa senza il previo esperimento della fase “conciliativa”), nell’adottare i provvedimenti di “rinvio in mediazione” di cui all’art. 5, comma 1, seconda parte d.lgs. cit.²¹, ben potrà

²⁰ Per prima, in questi termini, l’ordinanza del 30.09.2013 del Tribunale di Roma, est. Moriconi.

²¹ “Il giudice ove rilevi che la mediazione e’ gia’ iniziata, ma non si e’ conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non e’ stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”.

stimolare l'avvio di proficue trattative davanti al mediatore e formulare contestualmente la proposta ex art. 185-bis c.p.c. da esaminare in quella sede²².

Una "variante" al caso considerato si rinviene allorquando, in presenza di questioni risolvibili sulla scorta di cognizioni meramente tecniche, ma nell'ambito di materie diverse da quelle incluse nell'art. 5, comma 1 d.lgs. cit., sia stata disposta l'acquisizione di un elaborato tecnico già svolto in sede giudiziaria e *inter partes* ex art. 696-bis c.p.c.

Il Giudice in questo caso – agevolato dal fatto che, rispetto alla fase sommaria, abbia ben noto il "*thema decidendum*" e quindi le posizioni delle parti, i fatti non contestati e l'effettiva entità delle reciproche contestazioni sollevate dal contraddittorio²³ e dunque utilizzando gli esiti dell'operato accertamento – ben potrebbe formulare direttamente una sua proposta transattiva, rinviando ad altra udienza per la comparizione delle parti oppure, sempre in applicazione dell'art. 5, comma 2 d.lgs. cit., inviando le parti direttamente in mediazione cd "facoltativa".

Un ipotesi non dissimile²⁴ si presenta quando il procedimento ex art. 696-bis c.p.c. assume una particolare "conformazione". Esso di solito è destinato a concludersi con il conferimento dell'incarico al consulente, ma può in particolari casi (p.es. controversie a c.d. "bassa conflittualità" perché limitate a pochissimi profili di contestazione come p.es. il solo *quantum debeat*), "virare", raccolto preventivamente il consenso delle parti, verso la sede extraprocessuale della mediazione, per consentire, ai sensi dell'art. 8, comma 4 d.lgs. cit., al mediatore la nomina di "esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali". In questi ambiti, l'esperto, in sinergia con la professionalità del mediatore, potrà fornire gli utili ausili tecnici per approdare con successo all'accordo.

Non è poi inusuale la prassi adottata da molti organismi di mediazione tesa ad acquisire i "quesiti-tipo" elaborati dai Tribunali nelle più varie materie (successioni ereditarie, costituzione

²² Tribunale di Roma 16.12.2014, est. Mangano.

²³ Vedi i giudizi in cui sono emersi fatti pacifici oppure non contestati, eccezioni *prima facie* di dubbia fondatezza ecc...

²⁴ Caso scrutinato in Tribunale di Roma, 16.07.2015, est. Moriconi.

di servitù coattive, danno alla persona), tenuto anche conto che l'elaborato redatto (soprattutto se rispettoso del principio del contraddittorio, dell'inserimento solo con il consenso delle parti, delle loro dichiarazioni, del contenimento dell'attività peritale nell'ambito dei quesiti da loro formulati) non è mai un atto inutile, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa di merito che seguirà.

Invero non si pone un problema di violazione del dovere di riservatezza di cui agli artt. 3 e 9 del d.lgs. n.28 del 2010 e succ. modif., attenendo questo alle dichiarazioni e alle informazioni fornite dalle parti e non estendendosi agli accertamenti compiuti in sede di mediazione²⁵.

5. *La c.d. "conciliazione integrata" come buona pratica.* – La buona prassi sperimentata fin dal 2011 nelle (allora esistenti) sezioni distaccate di Modugno ed Altamura del Tribunale di Bari²⁶ condivide il *modus procedendi* rappresentato nel paragrafo che precede. Fra le tante variabili applicative coltivate al suo interno, si è proposto di combinare in modo virtuoso gli istituti di cui agli artt. 185 e 185-bis c.p.c.

Si era più volte riscontrato, in passato, come le parti, in udienza, laddove intenzionate a definire bonariamente la controversia, si limitavano a richiedere un rinvio della causa sulla scorta della dichiarata esistenza di "trattative per il bonario componimento", ovvero per la necessità di esaminare compiutamente una proposta articolata al verbale di udienza da una delle parti.

La concessione del rinvio (spesso reiterato alla successiva udienza su comune volontà delle parti) non solo implicava il

²⁵ Tribunale di Roma, 17.03.2014 e addirittura anche per il caso di contumacia di una parte Tribunale di Parma, I sez. civile, ordinanza 13 marzo 2015.

²⁶ Si rammenta che il d.lgs. 155/12 ha previsto la soppressione di tutte le 220 sezioni distaccate dei Tribunali con concentrazione del contenzioso a partire dal 13.09.2013 presso le sedi centrali. Per quanto riguarda il Tribunale di Bari alle 7 sezioni distaccate (Acquaviva delle Fonti, Altamura, Bitonto, Modugno, Monopoli, Putignano, Rutigliano) con d.m. è stato autorizzato il mantenimento delle stesse per lo smaltimento degli affari già pendenti alla data della chiusura disposta con il citato decreto legislativo, istituendo tre Articolazioni in Altamura, Modugno e Rutigliano.

procrastinarsi della causa, ma di fatto finiva per estromettere il giudice da quelle che erano le reali intenzioni come manifestate dalle parti nel corso delle trattative, spesso estrinsecate in missive intercorse tra i soli legali e non ostensibili davanti all'AG.

In tal modo veniva preclusa ogni possibilità di controllo ad opera del magistrato, anche e soprattutto al fine di verificare lo stato e la serietà degli intenti conciliativi.

Da qui l'idea di indirizzare in modo più proficuo il rinvio concesso, inserendo una precisa scansione processuale: 1) la concessione di un primo termine alle parti in giudizio per depositare nel fascicolo d'ufficio e poi inoltrare alla controparte una proposta transattiva; 2) un successivo termine per depositare e comunicare alla controparte una controproposta; 3) un terzo termine per tenere un incontro (presso gli studi dei difensori, ovvero presso un organismo di mediazione) destinato all'esame delle proposte reciprocamente formulate con l'esibizione di verbale che dia conto dell'esito delle trattative.

Di seguito un esempio/schema di ordinanza del Tribunale di Bari per la cd "conciliazione integrata":

TRIBUNALE DI BARI

Il Giudice,
udita la discussione dei procuratori delle parti,
considerato che all'esito della stessa è emersa la volontà delle parti di tentare la definizione bonaria della controversia;

PQM

Invita le parti a depositare e scambiare via pec entro il _____ proposte per il bonario componimento della controversia ed entro il _____ a depositare e scambiare via pec eventuali controproposte, assegnando ulteriore termine sino al _____ per tenere un incontro (anche eventualmente presso gli organismi preposti all'attività conciliativa ai sensi della l. 69/09) finalizzato ad esaminare le ipotesi transattive articolate, documentando l'esito dello stesso a mezzo della redazione di apposito verbale da depositarsi sino a 10 gg. prima dell'udienza del _____ cui si rinvia il pre-

sente procedimento per la comparizione personale delle parti ex art. 117 c.p.c.

Il Cancelliere

Il Giudice

Gli effetti virtuosi ottenuti con una simile “tabella di marcia” possono dirsi molteplici.

Innanzitutto, la scansione compulsiva le parti affinché queste articolino effettivamente le proposte, evitando di chiedere rinvii inutili ed anzi sfruttando la “pausa processuale” che questa comporta.

Con tale sistema, poi, la proposta viene “anticipata” al Giudice, analogamente a quanto avviene con la sua formulazione in udienza, senza aspettare la sua celebrazione, e per questa ragione la sua successiva comunicazione alla controparte non costituisce violazione dell’art. 48 del codice deontologico forense²⁷.

Si tratta invero di una comunicazione inoltrata dalle parti, per il tramite dei rispettivi difensori, al magistrato al fine di rendere note le proprie intenzioni e mostrare il proprio comportamento processuale, evidentemente anche ai fini di cui all’art. 116, comma 2 c.p.c.

A ciò va aggiunto che questo “iter” riavvicina le parti al Giudice, il quale potrà monitorare le loro effettive intenzioni e non rendersi “strumento esterno” dell’attività conciliativa, come in passato molto spesso avveniva, con un’attività di direzione dell’udienza limitata alla concessione di rinvii, spesso ingiustificatamente reiterati.

²⁷ Art. 48 – Divieto di produrre la corrispondenza scambiata con il collega
1. L’avvocato non deve produrre, riportare in atti processuali o riferire in giudizio la corrispondenza intercorsa esclusivamente tra colleghi qualificata come riservata, nonché quella contenente proposte transattive e relative risposte. 2. L’avvocato può produrre la corrispondenza intercorsa tra colleghi quando la stessa: a) costituisca perfezionamento e prova di un accordo; b) assicuri l’adempimento delle prestazioni richieste. 3. L’avvocato non deve consegnare al cliente e alla parte assistita la corrispondenza riservata tra colleghi; può, qualora venga meno il mandato professionale, consegnarla al collega che gli succede, a sua volta tenuto ad osservare il medesimo dovere di riservatezza. 4. L’abuso della clausola di riservatezza costituisce autonomo illecito disciplinare. 5. La violazione dei divieti di cui ai precedenti commi comporta l’applicazione della sanzione disciplinare della censura.

All'esito di questa "corrispondenza integrata", la successiva udienza puo' costituire un punto nevralgico del processo, sempre che il Giudice, verificata l'effettiva "temperatura del contraddittorio", in uno allo stadio del processo, ritenga opportuno "dire la sua" sulle proposte reciprocamente formulate e articolare, a sua volta, una proposta maggiormente ponderata, ai sensi dell'art. 185-*bis* c.p.c.

Inserendo questo schema operativo nella dinamicità dell'attività giudiziaria, la prassi virtuosa barese ha consentito di sperimentare alcune variabili applicative.

In molti casi, si è concesso il "triplice termine" nel contesto di un semplice rinvio richiesto dalle stesse parti per agevolare le trattative già pendenti; in questa ipotesi al Giudice – come già detto – si è offerto un modo per monitorare l'interlocuzione tra le parti e apprezzare la maggiore o minore serietà degli intenti del contraddittorio.

Oppure il termine è stato concesso all'interno del rinvio ex art. 183, comma 6 c.p.c., sfruttando tale "pausa" imposta dalle esigenze di calendarizzazione del lavoro del singolo magistrato e dalle emergenze del suo carico di ruolo (pausa che per ruoli affollati puo' arrivare anche a 8-9 mesi), fissando dette scansioni dopo la scadenza dei termini per il completamento del "*thema decidendum*" e l'articolazione dei mezzi istruttori.

Adoperando questi schemi applicativi, il Giudice non solo potrebbe verificare l'entità delle reciproche contestazioni effettivamente formulate da una parte contro l'altra (p.es. enucleando fatti pacifici, non contestati, parziali ammissioni in punto di "*quantum debeat*" ecc...), ma, abbinando l'invito a formulare proposte, nella successiva udienza potrebbe accertare – in termini processuali "a bocce ferme" e previa audizione dei difensori, ovvero all'esito di scioglimento di riserva che verosimilmente assumerà per meglio ponderare l'ulteriore corso istruttorio della causa – l'opportunità di redigere una sua proposta.

In quest'ultima e più articolata sua scelta, com'è evidente, potrà incidere la maggiore o minore complessità della causa.

Con questa modalità, in uno sempre alla necessità che la proposta non sia "muta", ma richiami le utili indicazioni orientative che il Giudice dovrebbe sempre inserire – seppure in forma sintetica – nella parte motiva dell'ordinanza 185-*bis* c.p.c., si è riscontra-

to molto spesso un progressivo “rallentamento”, fino al completo “svuotamento”, dei punti di frizione tra le parti.

Ciò pone il Giudice in grado (spesso anche dopo l’audizione delle parti ex art. 117 c.p.c.), di comprendere quale sia il vero “punto dolente” della controversia, collocandolo al centro della discussione del contraddittorio, facilitando così la ricerca di giusti strumenti per la risoluzione pratica, economica e pacifica del conflitto.

Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la domanda di demolizione del fabbricato del vicino che abbia violato solo in minima parte le distanze legali. Può apparire molto più proporzionata alla realtà dei bisogni sottostanti e funzionale alle dinamiche relazionali delle parti (in vista del protrarsi, ad esempio, del loro rapporto di buon vicinato) la sostituzione consensuale di quella domanda con la corresponsione di un’adeguata somma di denaro. Per tale via, si evitano i maggiori tempi e costi di attuazione dell’eventuale “*decisum*”, costi peraltro da anticiparsi a cura della parte formalmente vittoriosa.

Altro campo in cui si è potuto saggiare l’effetto virtuoso in parola, è quello relativo ai conflitti endofamiliari per la divisione ereditaria. Spesso è stato proprio il confronto diretto in udienza tra le parti, i difensori, il CTU e CTP (ove designati) e i Giudici a far affiorare l’effettivo interesse dei dividendi, se cioè auspichino effettivamente all’assegnazione di questo oppure di altro bene dell’asse ereditario. Non da ultimo, un effetto assai virtuoso di questa dialettica si è mostrato allorchè le parti si sono persuase alla vendita congiunta del cespite (eventualmente non richiesto da alcuno degli eredi) per il tramite di un’agenzia immobiliare da loro direttamente officiata, in modo tale da evitare anticipazione di costi imposte dalla vendita all’asta. Ne è pure derivata, quale forma sempre virtuosa di attenuazione del conflitto, la soluzione bonaria di aspetti connessi, p.es. il prezzo di stima, quasi sempre motivo di discordia fra i dividendi, perchè ritenuto troppo alto o, al contrario, troppo esiguo), superabili solo calandosi nelle variabili economiche del mercato immobiliare.

Il dato più interessante che la prassi in parola ha saputo dischiudere all’occhio attento dell’operatore di diritto è stato, infine, proprio quello di spingere la vivacità del contraddittorio non solo sugli aspetti spiccatamente processuali (soprattutto tema del

contendere e strumenti di prova), bensì sulla verifica dell'esatta ampiezza del conflitto. Grazie all'uso combinato della formulazione di reciproche proposte conciliative e dell'ascolto delle parti, sono stati finalmente sottoposti all'attenzione del Giudice utilissimi elementi in fatto, spesso destinati a rimanere fuori dalle rigide maglie del processo.

In virtù dell'audizione personale delle parti o anche dei soli difensori – soprattutto quando le pur avviate reciproche proposte non hanno spontaneamente condotto il contraddittorio a definire altrimenti la controversia – prendono forma i reali interessi in gioco, la loro attualità rispetto allo stato raggiunto dal processo, le eventuali difficoltà patrimoniali che rendono più difficile accettare la proposta conciliativa da parte di uno dei contendenti (p.es. il pagamento di un conguaglio in ipotesi di divisione ereditaria per il coerede intenzionato a chiedere l'assegnazione di un immobile perché di fatto già da lui abitato).

Tali dati poi ulteriormente si "colorano" di profili emozionali o certamente avulsi dalle problematiche giuridiche. Emergono le effettive motivazioni che hanno spinto le parti ad animare il conflitto (elementi psicologici, vecchi attriti nei rapporti familiari, condominiali, di vicinato, societari, lavorativi etc.) e tutto questo coacervo di elementi consente all'occhio (solo se attento e allenato) del Giudice che sia stato con cura formato alla logica conciliativa, di alimentare ogni spunto di saggia intuizione e di utile sensibilità giuridica per il cui tramite formulare – quasi come un bravo sarto che confezioni un abito su misura – la proposta conciliativa più efficace o utilizzare in modo più proficuo gli strumenti conciliativi.

Il tutto con l'obiettivo ultimo di condurre per mano le parti verso una soluzione del conflitto quanto più seria, effettiva e definitiva, restituendo loro la dimensione democratica di effettive protagoniste del processo.

VALERIA SPAGNOLETTI

LA RILEVAZIONE STATISTICA DELLA CONCILIAZIONE
ENDOPROCESSUALE: L'ESPERIENZA DEL MONITORAGGIO
INFORMATICO PRESSO IL DISTRETTO
DI CORTE D'APPELLO DI BARI

SOMMARIO: 1. Il valore del dato statistico delle definizioni conciliative. - 2. La circolarità virtuosa dell'effetto deflattivo della definizione non contenziosa. - 3. La fattibilità tecnica di una rilevazione statistica della conciliazione endoprocedurale. - 4. Il monitoraggio sperimentale presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari ed i primi "report" sugli effetti deflattivi del "Progetto Conciliativo".

1. *Il valore del dato statistico delle definizioni conciliative.* – Le più recenti riforme del processo civile, in Italia, hanno innescato un silenzioso, ma potenzialmente incisivo, processo di cambiamento della professionalità del giudice sotto il profilo delle competenze che egli è chiamato ad acquisire e padroneggiare nelle aule giudiziarie.

Una delle tendenze più accentuate è consistita nell'attribuire al magistrato crescenti poteri e responsabilità nell'impiego di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, strumenti tradizionalmente estranei alla formazione giuridica ed impostazione culturale della magistratura italiana e perciò suscettibili di proficuo utilizzo solo attraverso un supplementare sforzo di studio, aggiornamento e flessibilità.

Con la l. n. 69/2009, ed in maniera più marcata con il d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione civile e commerciale, il legislatore ha scelto di promuovere una pluralità di metodi risolutivi delle controversie alternativi al giudizio e di attribuire – al contempo e per la prima volta – a tutte quelle tecniche conciliative già utilizzabili ad opera del giudice una funzione complementare, integrativa e propulsiva dei meccanismi di ADR: tale opzione, realmente innovativa, consente di ipotizzare un impiego combi-

nato o in sequenza dei diversi schemi e metodi conciliativi, anche nell'ambito dello stesso contenzioso¹.

La descritta tendenza ha raggiunto il suo culmine con la codificazione dell'istituto della proposta conciliativa/transattiva del magistrato², da intendersi quale nuovo strumento propulsivo finalizzato all'inversione della prospettiva – da quella contenziosa a quella della definizione bonaria o concordata – anche in relazione a controversie ormai non più prevenibili, della cui cognizione risulta pienamente investito l'organo giurisdizionale³.

La l. 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, oltre ad apportare varie modifiche al testo originario del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ha, infatti, introdotto il nuovo art. 185-*bis* c.p.c., intitolato "proposta di conciliazione del giudice": esso prevede espressamente che il magistrato, alla prima udienza e sino all'esaurimento dell'attività istruttoria, possa formulare alle parti, 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 conciliativa⁴, che non può costituire motivo di ricusazione o astensione.

¹ Cfr. in argomento M. DELIA, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocesuali nei moduli della mediazione. Gli artt. 185 e 185-bis c.p.c.*, in *La nuova procedura civile*, 6 febbraio 2015, www.lanuovaproceduracivile.com; G. BUFFONE, *La mediazione delegata e il tentativo di conciliazione: perché, come e quando*, testo della relazione tenuta alla SSM, Scandicci (FI), 8 aprile 2014, www.mondoadr.it. Sul punto si rimanda, inoltre, agli aspetti trattati *infra* da L. FAZIO, *L'efficacia della conciliazione endoprocesuale: l'esperienza del Distretto della Corte d'Appello di Bari*, § 4.

² L'esperienza degli Uffici Giudiziari Baresi nelle applicazioni della c.d. "conciliazione integrata" ha percorso, sotto questo aspetto, gli sviluppi adottati dal c.d. "decreto del fare" sulla "autorevolezza conciliativa" del magistrato. Sul punto si rimanda a quanto diffusamente trattato *infra* da L. FAZIO, *op. cit.*, § 5.

³ Cfr. M. VACCARI, *L'art. 185-bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, in *Il Caso.it*, 12 febbraio 2014, www.ilcaso.it.

⁴ La tracciata distinzione tra proposta transattiva e proposta conciliativa si spiega alla luce delle diverse opzioni percorribili in concreto dal magistrato, il quale potrebbe operare per provocare tra le parti una transazione, ossia un contratto con cui i litiganti pongono fine al contenzioso facendosi reciproche concessioni, ovvero una composizione sostanziale del conflitto che può anche prescindere da reciproche concessioni, come pure dallo sbocco in

La portata applicativa dell'art. 185-*bis* c.p.c. è assolutamente ragguardevole: sotto un primo profilo, essa si estende anche ai processi già pendenti alla data di emanazione del d.l. n. 69/2013, atteso che l'art. 77 non contempla disposizioni transitorie, lasciando così operare il principio generale per cui *tempus regit actum*.

Inoltre, benché la norma abbia trovato la sua collocazione sistematica nel procedimento ordinario di cognizione, non sembra sussistere alcun impedimento rispetto ad un'interpretazione estensiva che ne consenta l'applicazione anche a diversi procedimenti, quali i giudizi sommari di cognizione, i procedimenti camerali, quelli cautelari ed in materia di famiglia, ecc.

Lo specifico ruolo assegnato al giudice, quale promotore e garante di un possibile percorso di definizione alternativa in un contesto giurisdizionale, non ha però trovato pronto e tempestivo recepimento nella dimensione della ricognizione statistica dell'attività giudiziaria.

Ciò in quanto le novità normative in tema di media-conciliazione non sono state accompagnate dalla previsione di un censimento ufficiale centralizzato con cui tracciare in maniera sistematica e diffusa i flussi deflativi ricollegabili all'attività conciliativa endoprocessuale espletata dal magistrato; ciò a differenza di quanto è, invece, avvenuto per le procedure di mediazione obbligatoria, coevamente introdotte dal legislatore e sottoposte per legge ad apposito e mirato monitoraggio statistico⁵.

La mancata predisposizione di un sistema di rendicontazione analogo a quello previsto per la mediazione obbligatoria è forse, almeno in parte, ascrivibile ad un pregiudizio culturale radicato, in forza del quale l'attività giurisdizionale in senso stretto – o quantomeno quella degna di nota, perché espressiva dell'esercizio della giurisdizione in senso tecnico – è quella che va ad estrinsecarsi nel provvedimento contenzioso per eccellenza

una esternazione negoziale (ad es., rinuncia alla domanda, abbandono del giudizio, ecc.). Cfr. in argomento T. CARADONIO, *L'art. 185-bis c.p.c.: finalità ed esperienze a confronto*, testo della relazione tenuta alla SSM, L'Aquila, 19 novembre 2016, www.adrcommercialisti.it.

⁵ Secondo quanto espressamente disposto dall'art. 4, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, introdotto dal c.d. "Decreto del Fare".

– la sentenza – destinato ad essere il principale parametro di valutazione del lavoro giudiziario e, come tale, oggetto di ricognizione quasi esclusiva in sede di elaborazione statistica.

Tale impostazione appare, però, ormai fortemente anacronistica, alla luce dell'attuale panorama normativo, incentrato sulla deformalizzazione e semplificazione del processo civile e, soprattutto, dell'ormai acquisita consapevolezza che l'enorme domanda di giustizia – tra arretrato e sopravvenienze – che ha investito la giurisdizione civile non può essere fronteggiata per intero in tempi ragionevoli con un approccio rigidamente contenzioso.

2. *La circolarità virtuosa dell'effetto deflattivo della definizione non contenziosa.* – Nell'attuale stato di emergenza in cui versa la giustizia civile italiana, che, pur registrando elevati livelli di produttività – alimentati dall'impegno e dal senso di responsabilità della magistratura – resta, tuttavia, afflitta da una scarsità cronica di risorse, la conciliazione endoprocessuale sembra realmente poter offrire una soluzione rapida e snella, capace di tendere alla realizzazione del prioritario obiettivo di contenimento della durata dei processi, senza andare a detrimento delle garanzie del contraddittorio e della qualità del prodotto giurisdizionale.

La preconditione indispensabile, però, è che la conciliazione sia effettivamente modellata secondo il recepimento di un assetto di giustizia o equità sostanziale ed accolta dai privati come soddisfacente superamento del conflitto, piuttosto che vissuta come rassegnata rinuncia ad ottenere risposta dalla giurisdizione: solo sulla base di questa premessa la spinta conciliativa potrà al contempo favorire un benefico recupero di fiducia dei cittadini verso la giustizia e le istituzioni nel loro complesso⁶.

In questa prospettiva, appaiono evidenti, sia per gli utenti del servizio, sia per l'intero "sistema giustizia", i precipitati virtuosi ed i valori aggiunti, connessi all'economia dei mezzi e dei costi

⁶ Per una più esaustiva analisi di questi aspetti, sia consentito rinviare a V. SPAGNOLETTI, *La B.D.D.C. (banca dati digitale conciliativa) e la rilevazione informatica delle conciliazioni*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Organizzando la giustizia – Atti del convegno di Capri dell'ottobre 2016*, ed. KEY, 2017, pp. 400 s., nonché *L'informatica giudiziaria nel progetto "Ufficio del processo, ragionevole durata e best practice conciliativa*, in *La magistratura*, n. 1-2, 2017, pp. 204 s.

della giurisdizione, di cui la conciliazione endoprocessuale è intrinsecamente portatrice.

Con il raggiungimento di un accordo che in qualche modo anticipi e prevenga la decisione contenziosa, il processo potrà essere definito in tempi più brevi, perché indipendenti dalle scansioni predeterminate e non comprimibili proprie del rito civile, non ultime quelle legate alla calendarizzazione delle udienze di p.c. discussione, con le successive fasi di deposito e pubblicazione delle sentenze.

Ne conseguono, in primo luogo, effetti positivi, largamente apprezzabili, in termini di accelerazione nello smaltimento dell'arretrato c.d. "patologico" – ultratriennale⁷ o addirittura ultradecennale⁸ – con correlativo "alleggerimento" dell'esposizione dello Stato al rischio di corresponsione di somme ingenti a titolo di indennizzo da irragionevole durata del processo (c.d. Legge Pinto).

A fronte di tali ricadute positive, la scelta di formulare una proposta ex art. 185-*bis* c.p.c., quand'anche dovesse rivelarsi non utile in qualche caso concreto alla definizione immediata del giudizio, difficilmente rischia di tradursi in un effettivo pregiudizio, collegato all'ulteriore dilatazione dei tempi processuali, dal momento che la proposta immotivatamente rifiutata rileva autonomamente ai fini dell'esclusione della spettanza dell'indennizzo ex lege n. 89/2001⁹.

⁷ Il riferimento è al termine di durata del processo di tre anni, presunto come "ragionevole", per il giudizio di primo grado, dall'art. 55, co. 2-*bis*, d.l. 22 giugno 2012, n.83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 83.

⁸ In questo caso, il riferimento è alla c.d. "metodologia Strasburgo", ed in particolare al c.d. "Programma Strasburgo 2", progetto del Ministero della Giustizia risalente al 2015, che ha posto quale obiettivo assolutamente prioritario per il 2016 lo smaltimento in un breve lasso temporale dell'arretrato ultradecennale, ossia iscritto a ruolo fino all'anno 2005. Il "Programma Strasburgo 2" punta all'azzeramento in tempi brevi, secondo il criterio organizzativo c.d. FIFO (*first in, first out*), di una parte rilevante dell'arretrato civile più risalente ed alla gestione ordinaria dell'arretrato residuo, con l'obiettivo di ricondurre la durata effettiva di ogni singolo processo sotto i 3 anni.

⁹ Il riferimento è all'art. 2, co. 2-*quinques*, l. 24 marzo 2001, n.89, come sostituito dall'art. 55, d.l. n. 83/2012, conv. in l. 134/2012, secondo cui "...non è riconosciuto alcun indennizzo: ... b) nel caso di cui all'articolo 91, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile; ...", ossia in ipotesi in cui la domanda sia accolta in sede di definizione contenziosa in misura

D'altro canto, se è vero che una minore incidenza della conciliazione endoprocessuale può stimarsi fisiologica in relazione al contenzioso più risalente nel tempo – in ragione, da un lato della diminuzione dell'alea processuale ad istruttoria generalmente ultimata, dall'altro del limite positivo codificato dalla norma nell'esaurimento della fase istruttoria – non è, però, scontato che l'operatività dell'istituto sia preclusa in tutte le cause che si trovino in fase decisoria.

Ciò in primo luogo perché si registra un condivisibile orientamento giurisprudenziale di merito¹⁰ incline a ritenere che non vi siano preclusioni alla facoltà del giudice di formulare, in ogni stato e grado del processo, una proposta conciliativa, dovendosi, semmai, interpretare lo "sbarramento" normativo cristallizzato nella locuzione "sino a quando è esaurita l'istruzione" come rivolto non già ad impedire l'esercizio della facoltà conciliativa, bensì unicamente l'operatività del meccanismo "sanzionatorio" di cui all'art. 91 c.p.c. e dunque la condanna al pagamento delle spese processuali maturate dopo la proposta, ove quest'ultima sia stata rivolta alle parti in una fase successiva al completamento dell'istruttoria e sia rimasta non accolta; ma ancor prima perché vi è la possibilità, in un numero non trascurabile di casi, che siano proprio le parti a richiedere concordemente al giudice di formulare una proposta conciliativa anche dopo l'esaurimento della fase istruttoria, in funzione del migliore perseguimento dei propri interessi sostanziali, vieppiù alla luce dell'inapplicabilità al contenzioso più risalente dell'istituto della mediazione preventiva¹¹; inoltre, può accadere che talune

non superiore all'eventuale proposta conciliativa in precedenza formulata dal giudice.

¹⁰ Tribunale di Roma, sez. XIII, 23 settembre 2013, nonché Tribunale di Fermo, 21 novembre 2013.

¹¹ Si pensi alle ipotesi, non infrequenti, in cui le parti possano aver intravisto esiti probatori incerti su fatti dirimenti per le rispettive tesi difensive, ovvero abbiano in corso un contenzioso più ampio di quello sottoposto alla cognizione del giudice, ovvero, ancora, abbiano visto mutare nelle more del giudizio i propri interessi sostanziali, destinati a rimare in parte insoddisfatti da una definizione contenziosa ancorata ai principi della domanda e delle preclusioni allegatorie/probatorie. In tal senso, v. Trib. Milano, sez. IX civ., 14 novembre 2013, nonché Trib. Roma, 23 settembre 2013, precedenti entrambi ci-

cause, benché datate, necessitino di una rimessione sul ruolo per l'acquisizione di indispensabili integrazioni o chiarimenti¹², con conseguente riapertura della fase istruttoria e rimozione di ogni possibile ostacolo per l'esperimento di una parentesi conciliativa.

Sotto altro profilo, l'effetto virtuoso della conciliazione endoprocessuale non si esaurisce nella prospettiva del c.d. "smaltimento", dispiegandosi anche in chiave di "prevenzione" dell'arretrato patologico: in altre parole, il metodo conciliativo, se proficuamente adottato nel contenzioso di più recente iscrizione a ruolo, contribuisce ad impedire che l'arretrato da "fisiologico" possa diventare "patologico".

Un rischio di questo tipo non può essere sottostimato, specie nel contesto di Uffici Giudiziari particolarmente oberati da arretrato e gravati da un elevato tasso di sopravvenienze, in condizioni di invarianza delle risorse lavorative e dei volumi di contenzioso tradizionalmente definibili, essendo immaginabile che le controversie meno datate, in attesa della prioritaria definizione di quelle più datate¹³, possano comunque in larga misura oltrepassare il faticoso limite temporale oltre il quale la durata del processo si presume irragionevole¹⁴.

Se, invece, nel medesimo contesto, un nucleo razionalmente individuato di controversie infratriennali, risultato permeabile ad una soluzione transattiva, viene incanalato lungo un percorso conciliativo, si dischiude la possibilità di una definizione anticipata, compatibile con la calendarizzazione in rigoroso ordine di "anzianità" delle cause da definire con provvedimento contenzioso¹⁵.

tati da L. RAZETE, *Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis c.p.c.*, in *Questione Giustizia*, 1, 2015, pp. 138 s.

¹² Così anche L. RAZETE, *ibidem*.

¹³ Secondo la c.d. metodologia Strasburgo e l'adozione del modulo conosciuto con l'acronimo FIFO.

¹⁴ Cfr. "Aggiornamento del Progetto Strasburgo 2", Roma 30 settembre 2015, che ha individuato quale priorità la definizione delle cause di maggiore vetustà "anche a costo di sacrificare interi pacchetti di cause recenti", www.giustizia.it.

¹⁵ Un'opzione organizzativa di questo genere appare in armonia con le stesse "prescrizioni" della c.d. "metodologia Strasburgo", che annovera tra i me-

In tale ottica, anche la previsione normativa che prescrive la c.d. “calendarizzazione” del processo¹⁶, potrebbe essere letta ed interpretata in chiave di compatibilità con il potere/dovere del giudice di tentare/provocare la definizione bonaria della lite, eventualmente attraverso l’indicazione, nel calendario del processo, di un’apposita udienza per comparizione delle parti, tentativo di conciliazione e formulazione di una proposta conciliativa officiosa: la programmazione di una o più udienze dedicate potrebbe avvenire, a seguito di un’attenta valutazione prognostica sulla base della tipologia di contenzioso ovvero di ulteriori indici che rendono la causa permeabile alle ADR, anche a seguito dell’espletamento di uno o più incumbenti istruttori idonei a chiarire i principali punti controversi e, quindi, a favorire l’individuazione di soluzioni transattive¹⁷.

Non deve, poi, essere trascurato l’effetto moltiplicatore nella deflazione del contenzioso che è connaturato alla conciliazione endoprocessuale: il risultato deflattivo non può restare, infatti, atomisticamente inquadrato nella sua dimensione immediata e limitata al singolo procedimento giudiziario, ma va correttamente percepito nella prospettiva di una deflazione più genera-

todi adottabili per l’abbattimento e la gestione dell’arretrato il ricorso a *best practices* censite dal CSM, la spinta conciliativa, il coinvolgimento di tutte le risorse dell’Ufficio Giudiziario per il riconoscimento di un obiettivo comune e la condivisione tra giudici e personale amministrativo degli sforzi in vista della sua realizzazione.

¹⁶ Secondo l’art. 81-*bis*, co. 1, c.p.c., in tema di calendario del processo, il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, è tenuto a fissare, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive. Si è osservato che ove il giudice, dopo aver calendarizzato tutte le udienze di svolgimento dell’attività istruttoria, stimasse opportuno formulare una proposta di definizione bonaria, sarebbe costretto a riprogrammare le udienze successive, sia nell’eventualità di adesione delle parti alla proposta conciliativa, sia in quella, assai frequente, di semplice richiesta di uno o più termini per esaminarla e valutarla. Così sempre L. RAZETE, *loc. cit.*

¹⁷ Si pensi, esemplificativamente, all’audizione di un testimone chiave, alla produzione di documentazione dirimente per il sostegno alla tesi di una delle parti ovvero al deposito di una CTU che, all’esito degli opportuni accertamenti, consenta il raggiungimento di punti fermi in ordine a questioni tecniche di particolare complessità.

le, preventiva e trasversale, che si estende dagli Uffici di primo grado a quelli di grado superiore.

Di per sé la stessa pendenza del processo, con il connesso rischio di esasperazione nel tempo del conflitto sostanziale sottostante, è suscettibile di generare una serie non predeterminabile di sub-procedimenti e seguiti¹⁸, che la soluzione conciliativa consente, invece, di prevenire, evitando la superfetazione di un contenzioso che si autoalimenta ed appesantisce notevolmente il sistema giustizia, con costi ulteriori per l'Erario.

Inoltre, è di tutta evidenza come l'effetto virtuoso ottenuto presso l'Ufficio di primo grado si ripercuota automaticamente sugli organi giurisdizionali di grado superiore, dal momento che un contenzioso definito transattivamente non può dar luogo, diversamente da quello definito con modalità contenziosa, ad impugnazioni, e non genera, quindi, alcun flusso in ingresso presso le Corti d'Appello e la Corte di Cassazione.

Ulteriore precipitato virtuoso dell'espansione dell'effetto deflattivo consiste nel fatto che agli Uffici Giudiziari è consentito efficacemente di liberare risorse decisorie da concentrare sul contenzioso non permeabile alle ADR, che potrà essere trattato e risolto in tempi verosimilmente più contenuti.

Non da ultimo, vi è spazio per un recupero di efficienza e per un risparmio di risorse anche a beneficio delle Cancellerie, per le quali l'archiviazione di un fascicolo conciliato o estinto comporta molti meno adempimenti rispetto alla gestione di un fascicolo definito con un provvedimento contenzioso¹⁹.

I molteplici effetti benefici sin qui sinteticamente descritti possono essere, infine, massimizzati nell'ipotesi in cui la conci-

¹⁸ Come osservato ancora da L. RAZETE, *loc. ult. cit.*, è sufficiente ricordare: misure cautelari ed anticipatorie in corso di causa; reclami al Collegio ex art. 669-terdecies c.p.c.; procedimenti esecutivi e relative opposizioni ex artt. 615 e 617 c.p.c., con le relative fasi cautelari connesse alle istanze di sospensione; liquidazioni di compensi ad ausiliari e difensori di parti non abbienti ammesse al patrocinio a spese dello Stato e connesse fasi di opposizione ex art. 170, d.p.r. n. 115/2002, ecc.

¹⁹ Si pensi, esemplificativamente, agli adempimenti connessi alla pubblicazione, comunicazione alle parti ed invio all'Agenzia delle Entrate dei provvedimenti, nonché agli adempimenti connessi alla trasmissione degli atti al giudice di grado superiore in caso di impugnazione, ecc.

liazione venga perseguita in modo sistematico, alla stregua di vera e propria modalità organizzativa e gestoria del ruolo civile e/o dell'Ufficio Giudiziario nel suo complesso.

L'affinamento delle capacità del giudice nell'individuazione del contenzioso suscettibile di definizione conciliativa²⁰ e nella conduzione delle parti verso la soluzione più giusta o equa, in uno con l'adozione di metodiche uniformi e trasparenti nella conduzione del tentativo di conciliazione, costituiscono, infatti, premesse di enorme utilità per l'ottimizzazione delle probabilità di successo della conciliazione endoprocedurale.

È evidente, però, che il successo di tale strumento non può prescindere da una sua misurazione con metodo statistico e da un'adeguata progettualità anche formativa, aspetti, questi, sinora rimasti sostanzialmente negletti, benché cruciali per la diffusione di un'autentica cultura della conciliazione anche in sede giurisdizionale e per l'effettiva verifica dei risultati che essa è capace di conseguire.

Se la tipizzazione dell'art. 185-*bis* c.p.c. ha conferito pieno diritto di cittadinanza, nel nostro ordinamento giuridico, alla figura del giudice-conciliatore, e se vi sono, come si è cercato brevemente di esporre nelle pagine che precedono, seri e concreti elementi per affermare che dall'adozione di una buona prassi conciliativa possano derivare notevoli benefici in punto di deflazione del contenzioso civile, non può negarsi il rilievo, tutt'altro che teorico-speculativo, di una verifica incentrata sulla diffusione e sull'efficacia di questo innovativo strumento processuale, allo stato ancora inspiegabilmente trascurata²¹.

²⁰ Le prime applicazioni giurisprudenziali edite dell'istituto hanno variamente valorizzato il libero interrogatorio delle parti, l'esito dell'attività istruttoria sino a quel momento compiuta, l'apprezzamento in chiave attuale o prognostica dei profili di particolare "alea" del giudizio, l'esistenza e/o il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali idonei ad influire sulla soluzione delle questioni giuridiche contestate. Cfr. Trib. Roma, sez. XIII, 1 febbraio 2016; Trib. Milano, 21 marzo 2014; Trib. Roma, sez. XIII, 17 marzo 2014; Trib. Fermo, 21 novembre 2013; Trib. Roma, 23 settembre 2013.

²¹ Sulle prime forme di monitoraggio e traduzione in grafici dei dati deflattivi indotti dal metodo di conciliazione integrata si rimanda a quanto trattato *infra*, da M. DELIA, *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, § 4.

Tali riflessioni sono ormai da tempo maturate nell'ambito dell'esperienza virtuosa del Progetto "*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice conciliativa – B.D.D.C.*"²², e ne hanno alimentato e sostenuto ogni fase, in fedele esecuzione dei 4 punti in cui si articolano le sue linee guida²³, con una graduale progressione dal piano empirico verso quello scientifico.

3. *La fattibilità tecnica di una rilevazione statistica della conciliazione endoprocedurale.* – Le principali criticità di un'analisi che tenga conto dell'attività conciliativa del giudice sono tradizionalmente legate: a. all'indisponibilità di strumenti di rilevazione atti a differenziare i casi di conciliazione tentata o provocata da quelli in cui l'accordo sia stato, invece, autonomamente raggiunto dalle parti fuori dal contesto giurisdizionale; b. alla non integrale tracciabilità delle definizioni conciliative, ove non recepite e cristallizzate in un verbale di conciliazione giudiziale.

Dette criticità, suscettibili di tradursi in un dato statistico affetto da irrisolvibile ambivalenza, sono però allo stato agevolmente superabili, attraverso la semplice constatazione che l'ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. costituisce un provvedimento tipico, normativamente previsto dal vigente codice di rito: un monitoraggio mirato può consentire, in un primo momento, di censire i casi in cui il giudice, ricorrendo a tale tipologia provvedimento, abbia assunto un ruolo attivo, suggerendo alle parti una composizione bonaria del contenzioso, e, in un secondo momento, di seguire le sorti di quei procedimenti nei loro successivi sviluppi processuali.

Su tali presupposti è agevole costruire un collegamento – logico ed informatico, prima ancora che statistico – tra il provvedimento tipico ex art. 185-*bis* c.p.c. e la definizione del processo in una qualunque modalità non contenziosa, che potrà indifferentemente assumere la forma del verbale di conciliazione,

²² Buona prassi n. 2526 della Banca dati buone prassi CSM, validata a p. 24 del relativo Manuale ricognitivo.

²³ Il Protocollo del Progetto è reperibile sul sito istituzionale della Corte di Appello di Bari nell'area dedicata alle buone prassi, http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.

come pure quella dell'estinzione per intervenuta conciliazione stragiudiziale, ovvero, addirittura, della diserzione bilaterale protratta delle udienze, con correlativo abbandono del giudizio ex artt. 309-181 c.p.c.

Non sussiste dunque valida ragione per negare rilievo statistico ad una definizione per estinzione o cancellazione, atteso che ove un procedimento risulti così definito in un intervallo temporale prossimo all'emissione di un'ordinanza ex art. 185-bis c.p.c., l'associazione di questi due eventi conduce comunque alla conclusione, dotata di un alto livello di credibilità razionale, che l'abbandono della causa sia conseguenza dell'adesione delle parti alla proposta conciliativa del magistrato.

Né permangono ostacoli di natura pratica, essendo ormai disponibili, grazie all'informatizzazione dei registri di Cancelleria e dei principali processi di lavoro giudiziario, presidi tecnici idonei per il censimento di ogni attività giurisdizionale e per l'estrapolazione di report informatici mirati e dettagliati in relazione a *query* predeterminate come di specifico interesse²⁴. Onde ottenere la raf-

²⁴ Nel settore delle elaborazioni statistiche in ambito giudiziario è in corso una vera e propria rivoluzione nel senso dell'innovazione e dell'informatizzazione grazie al c.d. "Progetto Datawarehouse – DWGC": esso ha consentito il passaggio dalla rilevazione del dato indiretta e manuale, su impulso dei singoli uffici giudiziari, alla rilevazione automatizzata ed uniforme su tutto il territorio nazionale, con l'obiettivo di rendere più facilmente disponibili dati omogenei ed elaborazioni condivise tra le diverse articolazioni (Ministero, Uffici Giudiziari, ecc.). Il sistema DWH è integrato con i registri informatici ministeriali: SICID A.C., V.G., famiglia, lavoro e SIECIC e si avvia a divenire l'unico sistema di rilevazione, dopo un periodo parallelo tra rilevazioni tradizionali e DWH. Lo stesso CSM ha stipulato un'apposita convenzione con il Ministero della Giustizia, che permette l'acquisizione dei dati dalla *datawarehouse* civile ministeriale, con allineamento delle strutture dei database per garantire omogeneità di rilevazione. La DWH rappresenterà, quindi, nell'immediato futuro, anche la principale fonte per le valutazioni statistiche consiliari delle informazioni desunte dai registri informatizzati degli uffici giudiziari, da utilizzarsi anche nelle procedure tabellari, nell'ambito della procedura ex art. 37, nell'elaborazione degli standard di produttività, nelle valutazioni sulla professionalità dei magistrati e in tutte le procedure consiliari che richiedano una elaborazione numerica dei flussi di lavoro. I dati statistici elaborati verranno poi pubblicati a favore degli Uffici Giudiziari mediante apposito "Cruscotto". Per approfondimenti, si rinvia al materiale su http://www.csm.it/web/csm-internet/nuovo-sistema-informativo/il-progetto#Il_Datawarehouse_consiliare.

finazione delle rilevazioni statistiche disponibili, sarebbe sufficiente implementare i sistemi informatici già in uso nel settore civile, sviluppando semplici modifiche evolutive, che consentano a quei sistemi di tracciare le ordinanze ex art. 185-*bis* c.p.c. e le consequenziali definizioni non contenziose e, quindi, di estrarre un monitoraggio sempre più esaustivo ed attendibile dell'attività conciliativa endoprocessuale²⁵.

Una rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale fornirebbe indicazioni preziose anche in sede di verifica dell'oculatazza della scelta legislativa volta a potenziare il ruolo conciliativo del giudice – con l'espressa attribuzione della facoltà di indirizzare le parti processuali verso un'ipotesi risolutiva del conflitto sostanziale – e ciò anche nell'ottica di un'utile comparazione con i risultati della mediazione civile e commerciale, così da stimolare ogni opportuna riflessione sui vari strumenti di ADR disponibili e sulla loro eventuale interoperabilità²⁶.

²⁵ I provvedimenti diversi dalla sentenza confluiscono, attualmente, in una cartella archivio della "Consolle del magistrato" denominata "definiti in altro modo" e non sono recuperabili, nelle loro distinte tipologie, se non tramite una minuziosa ricerca fascicolo per fascicolo; a loro volta, i registri informatici (ad es. SICID) non annoverano, tra le opzioni disponibili, eventi/stati di sistema tipici per l'ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. e per la conciliazione ad iniziativa del giudice. Sarebbe, quindi, necessario prevedere un ampliamento del catalogo degli "eventi" associabili ai provvedimenti del magistrato ed allo "storico" del fascicolo nel registro informatico, mediante la creazione di un evento codificato del tipo "ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c.", e contestualmente adottare una soluzione tecnica per la ricerca automatica delle proposte di conciliazione del giudice e per il costante monitoraggio nel tempo dello stato dei fascicoli interessati. Tali misure dovrebbero essere accompagnate dalla predisposizione di un sistema di "associazione informatica automatizzata" dell' "evento 185-*bis*" con un catalogo di eventi definitivi predeterminati come rilevanti, perché logicamente indicativi del successo della proposta conciliativa del giudice, in modo tale da porre detta proposta in relazione qualificata con la definizione non contenziosa in tutte le sue variabili. In tal modo, con accorgimenti tecnici non particolarmente complessi, sarebbe possibile recuperare a livello statistico tutte le definizioni comunque riconducibili all'attività conciliativa endoprocessuale, evitandone la confluenza nella categoria neutra ed indifferenziata dei c.d. "altrimenti definiti".

²⁶ Cfr. M. DELIA, *Il giudice e le nuove combinazioni endoprocessuali nei moduli della mediazione. Gli artt. 185 e 185-*bis* c.p.c.*, in *La nuova procedura civile*, 6 febbraio 2015, www.lanuovaproceduracivile.com.

In un'ottica più pratica e di dettaglio, inoltre, un monitoraggio statistico permetterebbe l'esaustiva ed attendibile rappresentazione della quantità e qualità del lavoro giudiziario in ambito civile, con rilevanti implicazioni in tema di rendicontazione dei risultati e di programmazione degli obiettivi²⁷ e, verosimilmente, contribuirebbe pure all'ulteriore diffusione della cultura e del metodo della media-conciliazione, quale segmento di un'attività giurisdizionale a tutti gli effetti, misurabile e valutabile, con accrescimento della sensibilizzazione e del coinvolgimento motivazionale degli operatori del diritto²⁸, in primis degli stessi giudici²⁹, ed esponenziale accrescimento delle potenzialità di innesco di quel "circuito virtuoso" per la giurisdizione che si è innanzi descritto.

In attesa dell'auspicato adeguamento dei sistemi informatici in uso nel settore civile, è, tuttavia, già possibile adottare una so-

²⁷ L'utilità di un'elaborazione statistica mirata sulla conciliazione endoprocessuale può apprezzarsi nell'ottica di consentire ai Dirigenti degli Uffici Giudiziari, su cui grava l'incombenza di predisporre annualmente un programma di gestione dei procedimenti civili ex art. 37, d.l. n. 98/2011, di poter effettivamente tener conto, ai fini della determinazione della produttività sostenibile e del carico esigibile, di tutte le definizioni, anche diverse dalla sentenza e dell'attività conciliativa. Tale esigenza è stata efficacemente evidenziata da L. RAZETE, *Giudice e conciliatore. L'esperienza del nuovo articolo 185-bis c.p.c.*, in *Questione Giustizia*, 1, 2015, pp. 138 s., nel seguente passaggio: "Ardua una progettualità dell'incidenza sui procedimenti definiti nell'ambito dei programmi di gestione dell'arretrato civile ex art. 37 d.l. 98/2001, convertito nella legge 111/2011, delle proposte conciliative – affidate finora all'iniziativa individuale del singolo magistrato senza una precisa metodologia e rilevazione statistica – specie nel rapporto percentuale tra numero delle proposte ed esito positivi (in base agli attuali format ex art. 37 gli esiti positivi delle proposte conciliative ex art. 185-bis cpc si collocano tra i procedimenti "altrimenti definiti" cioè non definiti con sentenza ma senza una loro autonoma evidenza statistica che consentirebbe di misurare il tasso della litigiosità sul territorio)".

²⁸ In consonanza con le stesse indicazioni di cui alla c.d. "metodologia Strasburgo", che ha avvalorato, ai fini del raggiungimento dell'obiettivo di smaltimento e gestione dell'arretrato civile, la centralità del coinvolgimento anche emotivo dei protagonisti, giudici e personale amministrativo.

²⁹ Allo stato attuale, infatti, le conciliazioni endoprocessuali sono destinate a non lasciare alcuna traccia significativa nelle rilevazioni statistiche ufficiali concretamente utilizzate per la valutazione della professionalità e della laboriosità del 30, reperibile sul sito istituzionale della Corte di Appello di Bari nell'area dedicata alle buone prassi, http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.

luzione provvisoria, in gergo informatico nota come “*workaround*”, che permette di conseguire una mappatura digitale dell'attività conciliativa del giudice e dei connessi flussi deflativi.

È quanto si è cercato di dimostrare concretamente presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari, ove è stato ideato, elaborato ed attuato, nell'ambito del Progetto “*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice conciliativa – B.D.D.C.*”, in attuazione del punto 4) del Protocollo della Buona Prassi³⁰, un metodo di monitoraggio informatico³¹ in grado di pro-

³⁰ Reperibile sul sito istituzionale della Corte di Appello di Bari nell'area dedicata alle buone prassi, http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx

³¹ Per maggiore chiarezza espositiva, si riportano le linee guida condivise con il locale CISIA e le Cancellerie, che si articolano nei seguenti passaggi:

- fase 1: il giudice redige, mediante la creazione in ambito “consolle”, attraverso il “modellatore”, di un apposito modello intitolato “ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c.”, e deposita telematicamente le ordinanze contenenti proposte conciliative del Giudice ex art. 185-*bis* c.p.c. o comunque segnala alla Cancelleria ogni ordinanza 185-*bis* emessa anche in formato analogico;
- fase 2: il Cancelliere inserisce al momento della pronuncia dell'ordinanza da parte del giudice (se in udienza, come annotazione a margine della data di udienza, se fuori udienza al momento del deposito dello scioglimento della riserva), nelle “annotazioni” del fascicolo informatico, la voce omogenea ed univoca “art. 185-*bis*”, in modo da renderla visibile dallo storico SICID;
- fase 3: il CISIA effettua periodicamente un monitoraggio delle annotazioni registrate dalla Cancelleria mediante l'interrogazione del sistema SICID con ricerca per “parole chiave” e con stringa di ricerca “art. 185-*bis*”, corrispondente al testo dell'annotazione inserita dalla Cancelleria nello storico del fascicolo al momento dell'emissione dell'ordinanza da parte del Giudice;
- fase 4: il CISIA rileva trimestralmente le ordinanze ex art. 185-*bis* c.p.c. in correlazione con lo stato dei procedimenti in cui sono state emesse, estraendo e catalogando i seguenti dati: dei seguenti dati: a) numero ordinanze 185-*bis* emesse; b) stato dei fascicoli in cui sia stata emessa un'ordinanza 185-*bis*, catalogati in 4 sottogruppi: pendente/definito con sentenza o altra modalità contenziosa/conciliato (con verbale di conciliazione)/altrimenti definito (tra cui estinti, cancellati, archiviati, ecc.). I fascicoli in cui è annotata l'emissione di un'ordinanza 185-*bis*, che alla prima rilevazione risultano ancora pendenti, vengono monitorati nei trimestri successivi fino alla definizione.

durre un “report” statistico della conciliazione endoprocessuale³².

Si è scelto di seguire questa via, complessa, ma estremamente stimolante, nella prospettiva di consentire alla buona prassi di misurare i risultati concretamente conseguiti rispetto all’obiettivo iniziale prefissato, in termini di efficacia e di efficienza della giurisdizione, di rapporto con l’utenza e di abbattimento dell’arretrato, attraverso strumenti statistici idonei a consentire una reale rilevazione dei flussi³³ ed a superare la storica difficoltà di attribuire una misura ad alcune attività interne all’organizzazione ed all’attività giudiziaria con l’ausilio di un apparato di statistica gestionale di pronto e agevole utilizzo³⁴.

fase 5: i dati estratti trimestralmente vengono riportati dal CISIA in un foglio di lavoro EXCEL, contenente il riepilogo del totale delle ordinanze 185-bis emesse e dello stato dei procedimenti interessati, distinti per tipologia, e sono trasmessi, in forma numerica e depurati dai dati identificativi dei singoli fascicoli, al R.I.D. ed al referente distrettuale per le finalità strettamente necessarie all’attuazione ed allo sviluppo del Progetto.

³² Le linee guida di monitoraggio della conciliazione endoprocessuale e di estrazione del “report” statistico sono state presentate a cura del RID, unitamente al Referente del Progetto BDDC, nel corso dell’evento organizzato dalla SSM – Strutture della Formazione Decentrate della Corte di Cassazione e dei Distretti di Napoli e Salerno, in collaborazione con le Strutture per l’innovazione e l’informatizzazione della Corte di Cassazione – U.I.C. della Corte di Cassazione e U.D.I. di Napoli e Salerno, *Il magistrato, le innovazioni organizzative e le nuove forme degli atti del processo*, tenutosi a Capri, il 14 ottobre 2017, presso la Certosa di San Giacomo; a cura del Referente del Progetto nei corsi di formazione organizzati dalla SSM, Cod. D17488, *La Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC), le ordinanze ex art. 185-bis c.p.c. e la mediazione delegata: la qualità della giurisdizione civile fra riforme in rito, buone prassi organizzative ed evoluzione fra i professionisti di giustizia*, Cosenza - Arcavacata, 7 ottobre 2017, Aula Magna dell’Università della Calabria, nonché Cod. P17074, *Misure organizzative e buone prassi nella gestione del contenzioso*, Scandicci, 25-27 settembre 2017.

³³ In consonanza con quanto stabilito nella Delibera CSM del 17 giugno 2015 in tema di buone prassi, per cui devono considerarsi “buone” le prassi di organizzazione di cui l’ufficio stesso sia in grado di testimoniare la capacità di positiva incidenza sull’organizzazione pregressa, così da farne un modello da esportare.

³⁴ Cfr. Delibera CSM del 7 luglio 2016 in materia di Ricognizione delle buone prassi.

Le linee guida del monitoraggio elaborate in seno al Progetto si fondano, da un lato, su una soluzione provvisoria³⁵, consistente nella gestione informatica dell'ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c. come "atto non codificato", reso informaticamente visibile ed univocamente riconoscibile nel sistema grazie ad un'annotazione aggiuntiva sul registro SICID; dall'altro, sull'intuizione per cui il valore statistico della conciliazione endoprocessuale può essere informaticamente tracciato, oltre che attraverso il mero dato numerico dei provvedimenti giurisdizionali emessi ed annotati, anche in forma aggregata con gli ulteriori dati, concernenti gli eventi di definizione non contenziosa dei procedimenti interessati, così come risultanti dai registri di Cancelleria. Si è così implementato un metodo informatico capace di estrapolare un'elaborazione statistica attendibile ed agevolmente consultabile dei flussi deflativi riconducibili alle proposte conciliative del magistrato, ottenendo una differenziazione del dato statistico dei procedimenti contenziosi la cui definizione può dirsi effettivamente consequenziale all'attività conciliativa endoprocessuale, provvedimento formale tipico emesso ex art. 185-*bis* c.p.c.

Il monitoraggio è stato eseguito a partire dal 1.1.2016 presso il Tribunale di Bari, individuato come prima sede sperimentale, e poi esteso all'intero Distretto (presso il Tribunale di Foggia dal 1.1.2018 e presso il Tribunale di Trani dal 1.1.2019); da ultimo, a seguito della condivisione del Protocollo e delle Linee Guida in data 3.12.2018, ne è stata prevista l'implementazione anche presso il Tribunale di Taranto, con decorrenza 1.1.2019.

L'estensione del monitoraggio da un ufficio all'altro, in applicazione dello stesso Protocollo e delle medesime Linee guida, è indice di come la soluzione tecnico-informatica prescelta sia nell'immediato, in attesa delle auspiccate modifiche evolutive dei sistemi e modernizzazione delle rilevazioni statistiche, un'opzione valida e capace di offrire "report" statistici veritieri e potenzialmente esportabili, con garanzie di uniformità, su tutto il territorio nazionale.

³⁵ "Workaround" suggerito e validato dalla risposta ufficiale al ticket n. 15219 del 2016, aperto dal CISIA di Bari su richiesta dell'Ufficio referenti informatici - settore civile.

4. *Il monitoraggio sperimentale presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari ed i primi "report" sugli effetti deflativi del "Progetto Conciliativo"*. – Il Tribunale di Bari ha avviato il monitoraggio sin dal 1.1.2016 e ad oggi ha prodotto due "report" riassuntivi; il Tribunale di Foggia ha prodotto al 30.6.2018 un primo "report" sintetico relativo ai primi 8 mesi di rilevazione, mentre nei restanti uffici il monitoraggio è appena iniziato.

Ci si soffermerà, pertanto, sui "report" del Tribunale di Bari, in quanto maggiormente significativi, non solo per la durata del monitoraggio, ma altresì per consistenza numerica delle proposte conciliative e dei procedimenti civili censiti nel tempo.

Il "report" fotografa l'attività conciliativa, ove esitata nella pronuncia di un'ordinanza ex art. 185-*bis* c.p.c., unitamente agli esiti della stessa, da una duplice prospettiva: a) dall'inizio del monitoraggio (periodo 1.1.2016-30.6.2018); b) specificamente nell'intervallo annuale (1.7.2017-30.6.2018), normalmente considerato in sede di redazione dei programmi di gestione ex art. 37, d.l. n. 98/2011, a fini di comparabilità statistica e, dunque, di tendenziale omogeneità della base dati di riferimento.

Dall'analisi statistica emergono e si consolidano una serie di riscontri estremamente positivi, in primo luogo in termini di accresciuta consapevolezza, da parte dei magistrati addetti al settore civile del Tribunale di Bari, delle potenzialità insite nel corretto uso della proposta conciliativa ex art. 185-*bis* c.p.c., a decorrere dall'avvio del Progetto e per effetto delle attitudini divulgative delle Linee Guida del Protocollo (dal libero accesso on line alle varie aree tematiche della B.D.D.C., alla condivisione dei precedenti conciliativi nella mailing list dedicata della Formazione Decentrata S.S.M. del Distretto di Bari, agli eventi formativi organizzati anche oltre i confini del Distretto e a vocazione nazionale, al materiale di studio elaborato nei laboratori coordinati tra gli stagisti del Progetto, sino alle pubblicazioni di contributi e articoli su siti istituzionali e riviste di settore).

Invero, a fronte di un dato di partenza, riferito al periodo iniziale di operatività del Protocollo del Progetto, che ha consentito di rilevare complessivamente appena 15 proposte conciliative, è immediatamente apprezzabile un considerevole incremento di diffusione della conciliazione endoprocessuale nelle più varie materie del settore civile.

È, inoltre, immediatamente visibile come gli sforzi conciliativi si siano concentrati su alcune materie, particolarmente permeabili alla conciliazione (su tutte, contratti e responsabilità extracontrattuale, ma anche locazioni, diritti reali e contenzioso finanziario/bancario/societario).

L'osservazione del dato, per un verso, incoraggia il potenziamento della formazione sulle materie permeabili alle ADR in cui l'utilizzo dello strumento si è rivelato numericamente meno consistente, anche attraverso lo scambio di esperienze tra Uffici, per altro verso suggerisce di adottare veri e propri moduli organizzativi per la gestione delle tipologie di contenzioso in cui l'approccio conciliativo ha già dimostrato ottime capacità di incidenza.

In particolare, dall'inizio del monitoraggio (intervallo 1.1.2016/30.6.2018) sono state censite n. 914 ordinanze 185-*bis*, e, nel solo intervallo annuale 1.7.2017/30.6.2018, se ne registrano n. 375, dato che, oltre a rappresentare una tendenza oltremodo positiva, consente di effettuare analisi su una base di dati (pari a quasi 1000 fascicoli monitorati) che ha raggiunto un sufficiente livello di significatività.

Anche il dato sulla potenzialità definitoria della proposta conciliativa/transattiva del giudice è risultato assai rilevante, essendo state sin qui pienamente confermate – avuto riguardo sia alla rilevazione condotta nell'anno, sia a quella relativa al più lungo intervallo dall'inizio del monitoraggio all'attualità – l'utilità e l'elevata probabilità di successo di una proposta conciliativa del magistrato, in grado di condurre alla definizione non contenziosa della causa in circa l'80% dei casi.

Infine, è possibile dimostrare con una rappresentazione grafica come la stragrande maggioranza delle definizioni conciliative raggiunte, non cristallizzate in un verbale di conciliazione giudiziale, sarebbe rimasta non attinta da una rilevazione statistica tradizionale: esemplificativamente, dei procedimenti definiti nell'intervallo annuale dopo la proposta conciliativa del giudice, solo lo 0,98% (n. 5 fascicoli) è approdato alla redazione di un verbale di conciliazione giudiziale, laddove le restanti definizioni non contenziose, pari al 31,83% (n. 162 fascicoli) sono state censite in prima battuta dal sistema come estinzioni, cancellazioni ed archiviazioni; ciò dimostra che il dato più rilevante e numericamente consistente delle definizioni conciliative, in assenza del-

l'annotazione aggiuntiva nello storico SICID, su cui si fonda il "workaround" alla base del monitoraggio, sarebbe stato del tutto irrecuperabile in chiave statistica. Tale ultimo rilievo rende ragione della necessità di un complessivo ripensamento delle metodiche di rilevazione statistico-informatica del lavoro giudiziario, dal momento che una proposta transattiva del giudice, accolta dalle parti, quand'anche non estrinsecatasi in un evento processuale tradizionalmente significativo, non è certo accostabile o comparabile ad eventi definitivi indipendenti dall'attività del giudice ovvero a provvedimenti non interamente definitivi o di minore rilievo per lo sviluppo processuale.

V'è ancora da osservare che ben n. 69 delle definizioni non contenziose censite sono riferibili a proposte conciliative emesse dai giudici nel medesimo intervallo temporale (1.7.2017-30.6.2018), il che consente di stimare verosimile una significativa contrazione della durata dei processi interessati, come sembra essere confermato anche dal calcolo dell'intervallo temporale medio tra la proposta 185-bis e la definizione, pari a gg. 245, ossia inferiore all'anno, benché la rilevazione sia avvenuta al netto dei fascicoli ancora pendenti.

In ogni caso, anche a volersi fermare al semplice "peso" numerico, dall'inizio del monitoraggio (1.1.2016-30.6.2018) l'incidenza della conciliazione endoprocessuale sui flussi di smaltimento è stimabile in n. 332 procedimenti, definiti integralmente e senza strascichi.

Sono, poi, agevolmente apprezzabili le potenzialità di successo dell'opzione conciliativa sia in settori di contenzioso assai risalente (forbice 2002/2014), sia, in misura peraltro assai significativa, in settori di contenzioso infratriennale (forbice 2015/2017); trova, perciò, riscontro la tesi secondo cui l'ordinanza ex art. 185-bis c.p.c. è uno strumento in grado di sortire effetti deflativi sull'arretrato che, al momento della proposta, è già divenuto patologico, evitandone la ulteriore protrazione lungo le scansioni della decisione contenziosa, come pure sull'arretrato ancora fisiologico, di cui viene evitata la stessa evoluzione in chiave patologica, con limitazione della formazione di ulteriore giacenza ultratriennale.

Il monitoraggio ha consentito, infatti, di riscontrare come la conciliazione sia stata di fatto promossa e conseguita anche in

settori di contenzioso oltremodo datato, talora addirittura ultradecennale.

È evidente come i primi positivi esiti del monitoraggio statistico della conciliazione endoprocessuale meritino di essere approfonditi, da un lato attraverso la verifica del successo o del fallimento di proposte, relative a cause risultate ancora pendenti, in un più congruo intervallo temporale, che tenga conto dei tempi medi di rinvio da un'udienza all'altra e della fisiologica articolazione in molteplici passaggi del percorso conciliativo; dall'altro, mediante la promozione e l'acquisizione di tutti gli strumenti conoscitivi e valutativi per un'analisi statistica avanzata, che si proponga da un lato di affinare sempre più il monitoraggio e le metodiche di rilevazione delle tipologie definitorie censibili in collegamento con l'attività conciliativa, dall'altro di determinare la durata media dei procedimenti civili gestiti e portati a conclusione mediante tecniche tendenti alla conciliazione endoprocessuale e di comparare il dato con quello dei procedimenti civili affrontati e definiti con la tradizionale impostazione contenziosa.

Uno studio condotto sulla materia con criteri analitici rigorosi, oltre che interessante dal punto di vista scientifico e concretamente utile in chiave di orientamento della politica legislativa, consentirebbe di valorizzare adeguatamente il patrimonio di nuove specificità professionali che gli operatori del diritto hanno sin qui faticosamente acquisito attraverso l'auto-formazione, permettendo agli Uffici giudiziari ogni consapevole valutazione circa l'utilità di scelte organizzative incentrate su moduli e tecniche di conciliazione endoprocessuale, e di non disperdere i risultati conseguiti nel contesto di un'esperienza virtuosa che, benchè promossa localmente, è comunque ripetibile a livello nazionale, secondo la logica che è proprio alla base del suo riconoscimento come "buona prassi".

In questo quadro, i processi di innovazione nell'ambito dell'informatica giudiziaria, se adeguatamente sostenuti e sviluppati anche ai più elevati livelli di progettazione e manutenzione evolutiva, si prestano ad assumere e conservare nel tempo un ruolo chiave a supporto di quel "contagio positivo", proprio della capacità diffusiva ed estensiva di una buona prassi, funzionale ad una sua migliore circolazione tra gli Uffici Giudiziari, come pure ad una più efficace comunicazione e rappresenta-

zione a beneficio degli altri operatori del diritto (avvocati, professionisti ausiliari del magistrato, mediatori, ecc.) e dei cittadini stessi.

Nel frattempo, nella consapevolezza che il sapere tecnico-informatico sotteso alla conoscenza, all'utilizzo ed alla capacità propositiva di riprogettazione dei sistemi e dei registri implementati nell'area civile, in funzione delle concrete esigenze della giurisdizione, costituiscono parte integrante di una nuova cultura organizzativa, volta al miglioramento dell'efficienza e della fedeltà nella rappresentazione del rendimento e della produttività degli Uffici Giudiziari, è stato elaborato e reso fruibile un vero e proprio "*vademecum*" per l'estensione della buona prassi tra Uffici Giudiziari, sulla scorta dell'esperienza maturata in occasione del transito delle Linee guida sul monitoraggio informatico presso il Tribunale di Foggia. I Protocolli per l'estensione sono stati pubblicati sul portale della Corte d'Appello e del Tribunale di Bari, per lo spirito di divulgazione e condivisione che anima la buona prassi, anche in relazione ai suoi aspetti di innovazione informatica³⁶.

In tale contesto, sempre grazie alle risorse ed alle innovazioni tecnologiche, sono stati realizzati i links di collegamento diretto alla Banca Dati Digitale Conciliativa, allo stato disponibili sui portali ufficiali dei Tribunali di Foggia, Trani, Cosenza, Agrigento, Taranto, Matera e delle Corti di Appello di Salerno e L'Aquila, rappresentando graficamente come i siti web istituzionali degli Uffici Giudiziari possano divenire anche un luogo virtuale di interscambio di metodiche organizzative virtuose, di circolazione e condivisione di precedenti conciliativi utili per la formazione e l'informazione di tutti gli operatori del diritto, e, non da ultimo, di efficace promozione della c.d. "cultura conciliativa" nel suo complesso.

³⁶ All'URL http://www.giustizia.bari.it/buone_prassi_5.aspx.

PASQUALE MAURELLI

IL RUOLO DEL CTU NEGLI ISTITUTI DI GIUSTIZIA PARTECIPATA E L'AUSILIO DELLA BDDC

SOMMARIO: 1. Il legislatore italiano e i compiti affidati al CTU. - 2. I compiti del consulente-conciliatore - 3. Le fasi dell'iter e l'approccio del consulente con le parti. - 4. La consulenza tecnica in mediazione. - 5. La BDDC: un passo avanti.

1. *Il legislatore italiano e i compiti affidati al CTU.* – Con l'introduzione dell'art. 696-bis c.p.c. (*Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*) a seguito della legge 80/2005 di riforma del processo civile¹, il legislatore ha finalmente sancito affermandolo su scala generale la facoltà del CTU di tentare la conciliazione della controversia in amplissimi settori del contenzioso civile.

Pur contenendo l'istituto un profilo cognitivo che ha inevitabili riflessi nell'eventuale successivo giudizio di merito, la novità maggiore è rappresentata – senza dubbio – dall'aver esteso il tentativo di conciliazione condotto dal CTU oltre i limiti tradizionalmente imposti dall'art. 198 c.p.c., recependo non solo quanto previsto dal lavoro svolto dalla commissione Vaccarella, ma anche, nella sostanza, la prassi invalsa nelle aule di giustizia civile di demandare al consulente tecnico di ufficio il tentativo di conciliazione della controversia, per condurre le parti a un accordo ed estinguere così il procedimento giudiziario².

Infatti, il codice di rito attribuiva il potere di tentare la conciliazione solo al consulente tecnico nominato per l'esame di documenti e registri contabili: a quest'ultimo era permesso di redigere il

¹ A. CIAVOLA, *Il processo di cognizione dopo la l. 80/2005 e dopo la proroga del d.l. n. 115*, www.altalex.com, 2005.

² P. FREDIANI, *La conciliazione nella consulenza tecnica di ufficio*, in *Conciliazione*, www.odcec.mi.it, 2008.

verbale di conciliazione, atto suscettibile di diventare titolo esecutivo, esclusivamente nell'ambito del processo di cognizione³.

La spinta esercitata dalle riforme degli ultimi anni – sia a livello comunitario che nel nostro ordinamento – verso l'introduzione sempre più diffusa delle procedure di ADR, ha condotto, per coerenza sistematica, ad ampliare all'interno del processo civile la fiducia nel ruolo di supporto conciliativo assolto dal CTU, con proiezione del consulente oltre le fasi tipiche del processo ed affermazione della sua presenza nei tavoli conciliativi endoprocessuali e nelle sessioni di mediazione.

L'art. 696-*bis* cit. prevede, in particolare, che tutti i CTU (e quindi non solo quelli tecnico contabile) possano accertare e determinare i crediti che derivano dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito.

Il potere conciliativo del consulente è espressamente riconosciuto dalla norma, posto che:

- a) se le parti si conciliano, si forma processo verbale della conciliazione, sottoscritto anche dal CTU. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al verbale, che è esente dall'imposta di registro;
- b) se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal CTU sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito.

Da questo punto di vista il procedimento di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. assolve a due importanti compiti.

Innanzitutto, viene data alle parti la possibilità di fare chiarezza sull'oggetto della domanda, recuperando in via preventiva il dato tecnico, ove spesso si annida il vero nodo della controversia, e ciò grazie al compito delicato assolto in questa sede dal consulente d'ufficio⁴.

³ Recita tuttora l'articolo 198 del Codice di procedura civile «*quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico a un consulente tecnico, affidandogli il compito di tentare la conciliazione delle parti*».

⁴ P. IANNONE, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite nella nuova responsabilità medica*, www.filodiritto.com, 2017.

Inoltre, il CTU nominato dal giudice nell'ambito della procedura 696-*bis* somma al suo tradizionale obbligo di fornire risposta ai capitoli di prova, il nuovo compito di tentare una conciliazione tra le parti redigendo, se del caso, l'apposito verbale.

In punto di diritto va, peraltro, evidenziato *incidenter tantum* che, con l'entrata in vigore della legge 8 marzo 2017, n. 24 ("Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie"), proprio la CTU riveste un ruolo di protagonista assoluto, atteso che l'articolo 8 prevede espressamente che, qualora la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite non dovesse concludersi nell'arco di sei mesi, le parti dovranno esperire il procedimento sommario di cognizione (ex art. 702-*bis* c.p.c.) entro il termine perentorio di novanta giorni fissato dal giudice, al fine di salvare gli effetti della domanda.

Tornando, invece, sulle ragioni e generalità dell'istituto, giova rilevare che il ricorso 696-*bis* c.p.c. rappresenta un'opportunità per le parti, le quali potranno avvalersi di tale procedura anche in assenza dello stato di *periculum in mora*, requisito imprescindibile previsto per l'accertamento tecnico preventivo di cui all' art. 696 c.p.c. quale forma d'istruzione anticipata nel diritto processuale comune.

Altro elemento suscettibile di produrre effetti positivi per le parti è rappresentato nel procedimento ex art. 696-*bis* c.p.c., dalla circostanza che l'eventuale accordo raggiunto che viene sottoscritto nel processo verbale di conciliazione redatto dal CTU è esente dall'imposta di registro, con un evidente e ragguardevole risparmio economico per le parti stesse, le quali otterranno un verbale conciliativo che costituisce titolo per ogni specie di esecuzione forzata.

La norma in parola ha contribuito, a sua volta, a consolidare sempre più la tendenza dei giudici civili, all'atto del conferimento di incarico e giuramento anche nelle ordinarie CTU, di delegare al consulente tecnico la parentesi conciliativa.

I magistrati, essenzialmente per ragioni funzionali, affidano ormai regolarmente al consulente il compito di tentare di conciliare la lite, inserendolo fra i quesiti tecnici demandati all'ausiliario d'ufficio e dunque, in un certo senso, "ritualizzando" questa funzione.

2. *I compiti del consulente-conciliatore.* – Le attività del CTU nell’operare la conciliazione, tuttavia, se non differiscono da quelle impiegate dal conciliatore quanto alle tecniche di comunicazione e negoziazione, registrano sostanziali differenze riguardo alle regole a cui l’ausiliario d’ufficio deve attenersi.

In primo luogo, il CTU deve considerare la funzione conciliativa come parte sostanziale del proprio incarico dedicandovi tempo e attenzioni, in considerazione della complessità della funzione⁵.

Infatti, tentare la conciliazione tra le parti già impegnate in una causa è cosa ben diversa dal farlo tra coloro che sono ancora liberi da questo “vincolo contenzioso”.

Particolarmente impegnativa si mostra la fase della comunicazione, perchè risente fortemente delle dinamiche conflittuali tipiche delle procedure giudiziarie.

Il CTU deve tenere presente che questa fase ha come obiettivo primario (tutt’altro che scontato) quello di far passare le parti dall’“ordine imposto” a quello “negoziato” visto che, mentre nei sistemi di ordine imposto, le parti si confrontano con atteggiamento competitivo e affidano la decisione a un terzo, che sostituisce la volontà delle parti e che basa le sue scelte sulle norme, in quelli di ordine negoziato le parti lavorano insieme con atteggiamento cooperativo, cercando in piena autonomia e grazie al potere dispositivo che conservano, una soluzione basata sugli interessi reciproci piuttosto che sui diritti.

A ciò va aggiunto che lo strumento tecnico in questione consente maggiori margini per l’attività conciliativa al consulente nominato.

Invero, trattandosi di comunque di strumento di istruzione preventiva⁶ incardinato *ante causam*, questi non conosce le limitazioni “estrinseche” alla sua opera derivanti dal pregresso formarsi di un *thema decidendum* per lo spirare dei termini ex art. 183, comma 6 c.p.c., con l’evidente “cornice” costituita da domande, eccezioni e difese, per cui puo’ di fatto sentirsi più

⁵ G. D’ANGIO, A. RECCO, P. OTTOBRE, *La consulenza tecnica d’ufficio: la metodologia peritale*, in *Diritto e Diritti*, www.diritto.it, 2009.

⁶ Lo speciale procedimento è infatti inserito nella sezione IV, titolo I, libro IV del codice di rito.

libero, una volta individuato l'“elemento tecnico” che manca alla comune conoscenza delle parti, di condurre queste ultime verso la soluzione più idonea e “ragionata” del conflitto.

Naturalmente l'apporto del CTU varierà a seconda tanto dell'oggetto del futuro contendere che della tipologia di accertamento che gli viene richiesta.

Ad esempio la consulenza potrebbe avere un ruolo maggiormente incisivo o risolutivo laddove sia di carattere c.d. percipiente, perché con essa si richiede all'ausiliario di appurare fatti non altrimenti accertabili se non con l'impiego di tecniche o conoscenze particolari (p.es. accertamento della paternità⁷ del nesso causale tra condotta del medico e lesione alla salute in cause di colpa medica⁸, danno all'immobile per lavori eseguiti dal conduttore)⁹. Con essa il consulente potrà fornire al Giudice una vera e propria fonte oggettiva di prova¹⁰ dei fatti oggetto di contestazione, così connotandosi per un evidente maggior “peso probatorio”, tanto nella prospettiva conciliativa dell'istituto di cui all'art. 696-*bis* c.p.c. che del futuro ed eventuale giudizio di merito.

In altri casi la consulenza offre al Giudice conoscenze tecniche per valutare prove già raccolte (cd. consulenza deducente) come p.es. nella ricostruzione del saldo di un conto corrente e, ove si tratti p.es. di domanda fondata su prove documentali (quali p.es. proprio nelle controversie bancarie): anche qui la relazione peritale può avere un ruolo centrale nella risoluzione del conflitto, potendo il tecnico offrire l'elemento “scientifico” mancante per la verifica delle doglianze lamentate dalla parte.

È anche possibile che il “peso” del disposto accertamento possa essere più ridotto, perché limitato ad uno dei “tasselli” della controversia (p.es. il solo *quantum debeatur* nell'ipotesi di sinistro stradale), rimanendo da verificare con gli ordinari mezzi di prova ogni altra componente della domanda.

⁷ Cassazione civile, sez. I, 11/09/2012, n. 15157.

⁸ Cassazione n. 2225/14.

⁹ Cassazione n. 64620/07.

¹⁰ cfr. Cass. 1190/2015; Cassazione civile, sez. III, 26/02/2013, n. 4792, Cassazione civile, sez. I, 11/09/2012, n. 15157.

È evidente a questo punto la totale diversità dell'approccio al "tema controverso", dovendosi delineare per le parti regole comportamentali proiettate a regolamentare i loro interessi "controversi" verso il futuro, piuttosto che essere limitate ad accertare e decidere su condotte del passato. Ciò rende l'esperimento del tentativo di conciliazione del consulente tecnico avulso da una struttura rigida e rituale, dovendo rispondere essenzialmente solo a requisiti di funzionalità ed efficacia.

Alla luce di quanto sin qui argomentato appare utile rimarcare l'importanza del ruolo del CTU nel procedimento ex art. 696-bis c.p.c. Difatti, il consulente tecnico deve informare correttamente le parti sul probabile esito della causa di merito quale emergente dall'esame con occhio tecnico degli atti e all'esito degli approfondimenti compiuti in esecuzione del mandato, in modo da poter dissuadere le stesse dal coltivare il giudizio cercando una conciliazione. A tal fine apparirà utile formulare una diagnosi circoscritta e precisa sui risvolti giuridici futuri dovendo, tra l'altro, il CTU prospettare il possibile esito della causa di merito alla luce della perizia che andrà a redigere.

Tuttavia, anche questo potrebbe non bastare.

A ben guardare, la casistica dimostra come le parti siano divise sulla ricostruzione dei fatti e, pertanto, l'anticipata conoscenza dei risultati dell'istruzione non raggiunge spesso il fine ultimo della conciliazione. Ad ogni buon conto, appare doveroso precisare che tanto più è complessa la questione giuridica tra le parti, ancor più difficile risulterà la prospettazione di una futura previsione sull'esito del processo ordinario, già parzialmente istruito.

Le superiori considerazioni consentono una rilettura della procedura che non sempre consente una soluzione concordata della lite, poiché il *modus operandi* del CTU non può sempre raggiungere come risultato una prognosi precisa della futura decisione di merito da parte del giudice. D'altronde, il consulente tecnico può solo anticipare, secondo la propria porzione d'istruzione, l'esito di un futuro giudizio tra le parti, ove, giova ricordare, in ambito giuridico, la relazione peritale non può essere qualificata come mezzo di prova in senso proprio, perché la finalità è rappresentata dall'aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti.

3. *Le fasi dell'iter e l'approccio del consulente con le parti.* – Proprio per il particolare livello di conflittualità che caratterizza le liti giudiziarie, il consulente deve attuare le fasi in modo graduale¹¹.

Infatti le parti spesso non vedono il CTU come conciliatore ma solo come esperto del giudice dal quale si aspettano una determinazione a loro favorevole.

Non è quindi consigliabile tentare la conciliazione nelle primissime fasi dell'incarico, perché non è detto che tutti i soggetti coinvolti siano pronti a recepire immediatamente i suggerimenti in tal senso forniti dal consulente.

Per questo, dopo le operazioni di consulenza e dopo avere raggiunto la base di condivisione indispensabile con i difensori e i consulenti di parte, il CTU dovrebbe organizzare un incontro preparatorio per comunicare le attività, le caratteristiche e le finalità della procedura ma anche per consentire una modulazione del dialogo.

Inoltre, il CTU dovrebbe cercare di fare emergere il potere dispositivo delle parti, per consentire loro di confrontarsi anche al di là dei temi oggetto del giudizio.

Una volta poi ottenuto il consenso alle successive attività, compreso quello per le eventuali sessioni individuali, potranno iniziare gli incontri conciliativi, sempre alla presenza di tutti i protagonisti.

Il CTU, pertanto, aprirà la “sessione congiunta iniziale” con il discorso introduttivo e poi le parti stimolate, se occorre dal consulente, prenderanno la parola, esponendo i loro pensieri, poi sintetizzati in chiusura dal CTU.

A questo punto potranno avere luogo le sessioni separate del consulente tecnico con ciascuna parte, assistita dai rispettivi professionisti che consentiranno ai protagonisti un dialogo più libero e permetteranno al CTU di indagare gli interessi in conflitto, le necessità che vincolano le scelte, le possibili soluzioni, facendo emergere le alternative possibili.

Al termine di queste fasi, il CTU disporrà di un quadro chiaro in termini di interessi, necessità, alternative e potrà procedere

¹¹ A. BOTTI, *Manuale del consulente tecnico del tribunale civile, guida all'attività del Consulente Tecnico d'Ufficio e di Parte*, in *Legislazione Tecnica*, 5ª edizione, aprile 2013.

alla “sessione congiunta finale”, riformulando il conflitto e, mediante l’applicazione di criteri obiettivi, potrà offrire alle parti la scelta del miglior accordo possibile in base ai loro veri interessi.

Per un tentativo di conciliazione corretto ed efficace è essenziale l’approccio metodologico del consulente, tanto sotto il profilo sia comunicativo che di gestione della procedura e del conflitto. L’esperienza conciliativa, infatti, non può essere improvvisata, richiedendo una preparazione specifica da parte del consulente.

Occorre ricordare, in primo luogo, che l’obiettivo non è arrivare a una transazione qualsiasi ma raggiungere un vero accordo conciliativo: la prima risolve la lite, mentre il secondo estingue il conflitto, elidendo anche successive possibilità che questo possa “riaprirsi” tra le parti anche per il futuro (p. es. per difficoltà di esecuzione, per il mancato esame di aspetti “collaterali” non considerati durante la fase delle trattative).

Il CTU non deve però cadere nella tentazione di sollecitare soluzioni di accordo o di esercitare pressioni sulle parti.

Infatti, l’accordo sarà tanto più forte quanto le parti saranno realmente convinte della sua convenienza e utilità.

Il CTU dovrà inoltre guidare le parti da un sistema di ordine imposto a uno di ordine negoziato; le parti devono infatti comprendere che, durante il tentativo di conciliazione del CTU, non hanno di fronte un giudice da convincere. Piuttosto, sono gli stessi contendenti a decidere in ragione dei reciproci interessi.

Il principale compito del conciliatore è quindi quello di individuare non una soluzione “giusta” – come sarebbe compito del giudice o dell’arbitro – quanto una soluzione “conveniente” per le parti.

E per far ciò è necessario passare dal piano dei diritti al piano degli interessi a questi sottostanti.

4. *La consulenza tecnica in mediazione.* – La fiducia concessa dal legislatore all’apporto “tecnico” del CTU nella pacificazione dei conflitti viene dimostrata anche nei procedimenti di mediazione.

In tale settore, infatti, è stata prevista la possibilità di avvalersi di figure che possiedono specifiche competenze tecniche, (art. 8,

ai comma 1 e 4, del d.lgs n. 28/2010), le quali, in affiancamento al mediatore, sono in grado di eliminare ogni e qualsivoglia dubbio che possano avere le parti, evitando che sfumi l'accordo a causa di mancate conoscenze tecniche al tavolo di mediazione. A tal fine appare utile rimarcare che l'uso delle perizie nelle procedure conciliative è ricorrente, nonostante la normativa sia, al riguardo, estremamente sintetica. Difatti, l'unico riferimento alla consulenza tecnica è previsto al quarto comma dell'art. 8 del d.lgs. 28/2010¹²⁻¹³, laddove il d.l. n. 69/2013, convertito in legge n. 98/2013, non ha mutato i commi 1 e 4.

La suesposta previsione normativa, estremamente generica, probabilmente ha scoraggiato, a lungo, il ricorso alla consulenza tecnica, indispensabile soprattutto ove solo conoscenze specifiche possano dissolvere dubbi eliminando tutto ciò che forma, nel corso della controversia stragiudiziale, una nebulosa dai contorni incerti delle fattispecie mutabili dalle parti, a seconda delle differenti ricostruzioni fattuali a sé più favorevoli. Ad ogni modo, il mediatore, quale soggetto terzo imparziale e responsabile del corretto andamento della procedura, può avvalersi dell'ausilio tecnico di un consulente, scelto a sua completa discrezione, al fine di essere coadiuvato nella conduzione della conciliazione tra le parti.

Tuttavia, non mancano dubbi interpretativi sulle modalità in cui debba svolgersi la perizia nel corso della mediazione, vista l'assenza di un'espressa previsione legislativa in tal senso. Per quanto invece concerne la scelta del consulente si rileva utile richiamare il quarto comma dell'art. 8 del d.lgs. 28/2010, laddove il mediatore deve avvalersi di un esperto iscritto nell'albo dei consulenti del tribunale territorialmente competente, con riferimento alla sede dell'Organismo ove si svolge la conciliazione, fatta salva la possibilità di poter derogare tale competenza tramite accordo delle parti.

¹² L'organismo di conciliazione *“nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, può nominare uno o più mediatori ausiliari”* (Art. 8 comma 1). *Il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali”* (Art. 8 comma 4).

¹³ O. ARIANNA, *La consulenza tecnica in mediazione*, in *ISDACI, Arbitrato e mediazione*, I Contratti, n. 2, 2016, <http://www.isdaci.it>.

Ulteriori criticità sono state intraviste all'utilizzo della relazione peritale nell'eventuale giudizio di merito futuro, in caso di esito negativo della mediazione. Sul punto la giurisprudenza ha operato, probabilmente, una comparazione normativa con l'art. 696-bis c.p.c., laddove il quarto comma prevede espressamente che: «*se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito*». Difatti, le Corti di merito non potranno non tener conto del procedimento di mediazione, ove ha preso parte il consulente tecnico che ha risposto ai quesiti posti sulla questione giuridica trattata, purché la procedura conciliativa sia stata espletata nel rispetto delle norme previste dal d.lgs. 28/2010.

Di conseguenza, la consulenza tecnica elaborata in mediazione può essere acquisita negli atti di causa se rispetta semplici regole predeterminate (rispetto del contraddittorio, consenso sulle dichiarazioni delle parti, rispetto dei quesiti formulati), oltre ad avere costi inferiori rispetto a quella del giudizio, nonché svolta nei tempi concordati tra parti e mediatore, senza il rigido formalismo processuale. D'altronde, gli accertamenti tecnici racchiusi nella relazione peritale potranno essere acquisiti come parere specialistico. Tale indagine, ovviamente, non va a minare il principio della riservatezza che ispira la procedura di mediazione (ex art. 3 d.lgs. 28/2010), atteso che la finalità della CTU è rappresentata dall'aiutare il giudice nella valutazione degli elementi che formano l'oggetto della domanda. Eppure, in alcuni casi, i giudici di legittimità hanno ritenuto che: «*la consulenza tecnica d'ufficio che di norma non è un mezzo di prova, lo diventa allorché la prova del danno sia impossibile od estremamente difficile a fornirsi con i mezzi ordinari*»¹⁴.

Proprio nei casi in cui siano i nodi tecnici ad impedire l'accordo, il consulente capace di fare chiarezza sull'oggetto della controversia risulta soggetto essenziale per far scaturire proposte valide con cui addivenire alla conciliazione delle parti. Al riguardo giova rilevare che questi, soggetto terzo imparziale come il mediatore, assume un ruolo vantaggioso per le parti stesse, occasione spesso influente per il buon esito della mede-

¹⁴ V. Cass. Civ., sez. III, sent. n. 9249/2015, depositata il 7 maggio 2015.

sima procedura: prestando la propria opera professionale dà risposta a quesiti meramente tecnici, rischiando i confini della lite agli occhi delle parti.

In tale prospettiva, il confronto aperto durante tutta la procedura aumenta le possibilità per le parti di giungere ad un accordo condiviso e soddisfacente

5. *La BDDC: un passo avanti.* – È cosa evidente che la qualità del lavoro e l'esigenza di reperire informazioni in tempi brevi sono obiettivi che possono migliorare qualunque servizio offerto alla collettività, primo fra tutti quello di giustizia, superandone le note lentezze.

In questa prospettiva si colloca la portata innovativa della BDDC (Banca Dati Digitale Conciliativa), strumento adottato presso il Tribunale di Bari per rilanciare l'opportunità conciliativa tra tutti gli operatori del diritto¹⁵, migliorando – in una logica di gius-sostenibilità – la qualità delle risposte di giustizia.

Difatti, il continuo aggiornamento dei dati informatici in chiave di raccolta dei precedenti conciliativi emessi negli Uffici giudiziari del distretto barese, di loro gestione e classificazione, intende proporre un metodo di lavoro analogo a quello solitamente offerto ai magistrati e avvocati dalle banche dati giurisprudenziali.

Con un'unica differenza: chi consulta la BDDC può usufruire di tecniche redazionali efficaci comuni da impiegare negli accordi bonari.

La gestione della Banca-Dati dei verbali di conciliazione e finanche delle ordinanze ex art 185-*bis* c.p.c. e di mediazione delegata, tradotta in un prodotto informatico di agevole e gratuita consultazione, finisce per essere un concreto supporto alla stessa attività del CTU.

L'ausiliario tecnico d'ufficio potrà, con poche e semplici mosse, non solo verificare se e come siano state risolte controversie per casi simili o analoghi a quello che sta esaminando,

¹⁵ Cfr. M. DELIA, *La modernità del giudice e la B.D.D.C.: viaggio virtuoso fra le vie dell'organizzazione e della formazione*, pubblicato su *La magistratura* organo dell'Associazione Nazionale Magistrati, II, 192, 2017, <http://www.associazionemagistrati.it>.

ma anche beneficiare di una vera e propria “biblioteca digitale” contenente utili spunti per affinare le proprie capacità conciliative e le tecniche per la gestione dei conflitti e la migliore composizione degli interessi di cui sono portatori le parti tra loro “antagoniste”, apprendendo – e potendo, se del caso, recepire, sempre con la collaborazione delle parti e dei loro difensori, e con i doverosi adattamenti imposti dal caso concreto – le migliori traduzioni negoziali delle soluzioni sostanziali individuate attraverso l’applicazione delle sue cognizioni prettamente tecniche.

Ad accompagnare la navigazione all’interno dell’archivio informatico, sono stati predisposti dei sommari “ad albero” che suggeriscono le aree sotto cui è possibile individuare i verbali di conciliazione di specifico interesse per l’utente.

L’accesso alla banca dati è semplice.

Nell’home page del portale istituzionale è possibile consultare il sito <http://www.tribunale.bari.giustizia.it> ed è possibile individuare tra i “banner” a sinistra il richiamo alle “Best-Practices” *Ufficio del processo e ragionevole durata: la Banca Dati Digitale Conciliativa (BDDC)* .

Cliccando sul pulsante navigabile “accedi” si entra nel menù di scelta, all’interno del quale si prosegue agevolmente ed intuitivamente alla consultazione.

Insomma, si tratta di una sorta di “filo di Arianna” che resterà ben visibile durante tutta la navigazione e che permetterà di tornare rapidamente alle prime fasi dell’esplorazione per effettuare ulteriori ricerche tematiche.

La medesima navigazione puo’ compiersi attraverso il sito istituzionale della Corte di Appello di Bari, accedendo da <http://www.giustizia.bari.it/>.

ROSITA STELLA BRIENZA, DAVIDE SPORTELLI,
FRANCESCA ROMANA DE TULLIO

LA COMUNICAZIONE A SERVIZIO DELLA BANCA DATI DIGITALE CONCILIATIVA

SOMMARIO: 1. Gli strumenti di comunicazione istituzionale al servizio della “mission” della BDDC. - 2. Le locandine e la mappa. - 3. La formula convegnistica. - 4. La BDDC come strumento per “mediare”: scelte di forma e contenuti - modalità di accesso online. - 5. L’accesso alla BDDC da altri siti istituzionali.

1. *Gli strumenti di comunicazione istituzionali al servizio della “mission” della BDDC.* – Il passaggio dalla logica della contrapposizione contenziosa a quella della ricerca ed elaborazione di una soluzione condivisa per la gestione ed il superamento dei conflitti, quale metodo virtuoso su cui si fonda la *best practice* conciliativa, impegna un cambiamento di prospettiva incentrato sulla c.d. “cultura della conciliazione”.

In tale ottica, meritevole di una riflessione è la modalità comunicativa con cui il messaggio sotteso alla BDDC ed all’intero Progetto viene divulgato a beneficio, prima ancora che degli operatori del diritto, dell’utenza del sistema giustizia.

Lo schema comunicativo elaborato per la divulgazione del Progetto “*Ufficio del Processo, Ragionevole Durata e Best Practice Conciliativa – B.D.D.C.*” è caratterizzato dalla scelta di strumenti semplici, fondati sulla chiarezza del messaggio e sulla capacità di evocare immediatamente le potenzialità virtuose.

In primo luogo, la collocazione della Banca Dati dei precedenti giurisprudenziali conciliativi sui portali istituzionali del Tribunale e della Corte d’Appello e la sua libera accessibilità on line consentono all’utente di riporre affidamento sull’autorevolezza ed affidabilità della selezione contenutistica e dello strumento di consultazione.

In secondo luogo, la scelta di identificare il Progetto con acronimi (si pensi a quello – BDDC – utilizzato per contraddistin-

guere il prodotto informatico) e icone grafiche dal valore fortemente simbolico è funzionale a favorirne la memorizzazione e a farne cogliere immediatamente la caratterizzazione. Con queste modalità si agevola il reperimento, in fase di ricerca e selezione, fra le numerosissime fonti giuridiche disponibili sul web.

In particolare, l'identificazione grafica del Progetto in un faro vuole esprimere la raggiunta consapevolezza di come una buona prassi conciliativa possa diventare uno degli strumenti più idonei ed efficaci nella prospettiva di migliorare l'efficienza del sistema giustizia, agevolare lo smaltimento dell'annoso arretrato dei processi civili e contenere la durata dei giudizi.

L'immagine è ispirata all'isola di *Pharos*, di fronte ad Alessandria d'Egitto, dove anticamente (III secolo a. C.) era stata costruita una torre sulla quale ardeva costantemente un fuoco utile ai naviganti per districarsi dalla palude Mareotide.

Il faro rappresenta, dunque, un'icona di "orientamento", che si prefigge di illuminare e rischiarare il percorso da compiere per i diversi soggetti coinvolti nel processo.

L'efficacia della rappresentazione iconografica si affianca ad una collaudata formula comunicativa degli obiettivi e dei risultati del Progetto, basata sulla divulgazione convegnoistica e seminariale, in una dimensione aperta a tutti gli operatori del diritto ed alla stessa utenza, coerentemente con l'idea di destinazione della stessa Banca Dati ad una fruizione libera e pubblica.

Le occasioni di riflessione e condivisione seminariale, adatte ad assolvere a finalità spiccatamente formative, sono debitamente anticipate da locandine "ad hoc" che richiamano la simbologia e la grafica proprie del Progetto.

2. *Le locandine e la mappa.* – La mappa dei fari è uno strumento semplice e intuitivo per rendere visibili i luoghi in Italia in cui è avvenuta la divulgazione della BDDC e i soggetti coinvolti.

L'immagine del faro viene proposta come simbolo della divulgazione scientifica operata attraverso le presentazioni delle utilità della Banca Dati sul territorio nazionale.

Come si può intuire dalla consultazione della legenda che corredda la mappa, ogni faro, a seconda delle combinazioni di colori rappresentate, sta ad indicare il coinvolgimento dei tre

principali contesti cui si è indirizzato il messaggio culturale e formativo legato alla BDDC, per effetto delle iniziative di cui si è detto: in particolare, l'Università, gli Uffici Giudiziari e la Scuola Superiore della Magistratura, unitamente agli Ordini o associazioni professionali.

La collocazione dei fari varia a seconda del progressivo avanzamento della BDDC sul territorio. Per rendere, quindi, sempre attuale la mappa si è pensato di indicare la data dell'ultimo aggiornamento, corrispondente cioè all'ultimo evento divulgativo svoltosi.

Nelle locandine dei convegni, invece, si evidenziano i riferimenti a tutti gli enti, gli organismi, gli ordini professionali coinvolti nella diffusione o fruizione del Progetto, unitamente alla Scuola Superiore della Magistratura (SSM), ad ulteriore esemplificazione della attitudine della Buona Prassi di estendersi al di fuori del delimitato contesto delle aule di giustizia.

3. *La formula convegnistica.* – La modalità di “interlocuzione” utilizzata negli eventi formativi è risultata particolarmente innovativa, consentendo da un lato la divulgazione della Banca Dati Digitale Conciliativa, e dall'altro una rinnovata “apertura culturale” dei temi attinenti al servizio giustizia, con la partecipazione sia degli operatori “giuridici” (magistrati, avvocati), sia degli esponenti degli ordini professionali (medici, architetti, ingegneri, altro) chiamati dai primi – in quanto “tecnici qualificati” – a fornire il loro prezioso contributo nella risoluzione delle controversie involgenti profili tecnici. Fra i relatori, infine, sono stati invitati docenti universitari e consiglieri degli organi rappresentativi nazionali di alcuni degli ordini professionali (Consiglio Nazionale Ingegneri e Consiglio Nazionale Commercialisti).

Durante gli incontri, sono stati analizzati e discussi i nuovi istituti volti a favorire il riavvicinamento delle parti a mezzo della bonaria composizione delle controversie (in particolare la proposta conciliativa del giudice ex art. 185-*bis* c.p.c.), senza trascurare gli aspetti più squisitamente pratici, attraverso la previsione di uno spazio privilegiato dedicato alla divulgazione delle iniziative organizzative degli uffici giudiziari. Iniziative quest'ultime che, pur focalizzando il loro obiettivo principale nel velocizzare la

gestione delle liti civili, non intendono sacrificare la qualità delle risposte di giustizia e puntano a sensibilizzare ogni operatore del diritto verso le nuove frontiere del processo civile.

In occasione degli eventi formativi tenutisi in Matera, Potenza, L'Aquila, Cosenza, Genova, Cagliari, Lecce, Salerno, Scandicci (FI), i partecipanti, accanto all'esame ed all'approfondimento – da varie prospettive – degli aspetti salienti delle iniziative legislative in materia di giustizia civile, hanno potuto compiere esercitazioni pratiche, attraverso vere e proprie simulazioni di accesso alla Banca Dati Digitale Conciliativa, tramite i siti istituzionali www.tribunale.bari.giustizia.it e www.giustizia.bari.it.

4. *La BDDC come strumento per “mediare”*: scelte di forma e contenuti - modalità di accesso on line. – Come già innanzi accennato, la Banca Dati è liberamente consultabile sia nel sito del Tribunale di Bari www.tribunale.bari.giustizia.it, sia nel sito ufficiale della Corte di Appello di Bari www.giustizia.bari.it.

Il collegamento alla Banca Dati è facilitato dalla predisposizione di un pulsante navigabile direttamente nella *home page* dei predetti portali istituzionali.

Si è scelto di strutturare la Banca Dati come un prodotto informatico semplice e dall'interfaccia schematica, adoperando un sistema di classificazione dei documenti, inseriti in una Tabella, idoneo a favorire il più possibile una navigazione intuitiva, basata su elementari collegamenti ipertestuali.

Le schermate di accesso alla Banca Dati sono consultabili attraverso il link navigabile posto sulla colonna destra della *home page*, nella sezione denominata buone prassi (*best practices*).

In alto è rappresentato il riquadro interattivo che si può trovare in basso a destra della *home page* del sito del Tribunale di Bari, mentre in basso quello reperibile nella *home page* del sito della Corte di Appello di Bari.

Cliccando su “buone prassi” si aprirà, per entrambi i siti di accesso, la identica schermata interattiva.

Tale area si suddivide in tre sezioni: banca dati dei verbali di conciliazione – Articolazione di Modugno, banca dati digitale conciliativa/185-bis, ed infine banca dati della mediazione delegata.

Ciascuna delle tre sezioni si compone ulteriormente di una Tabella suddivisa in colonne che ne definiscono l'area tematica di riferimento.

La classificazione del materiale per aree tematiche e le ulteriori titolazioni predisposte all'interno di ciascuna area tematica agevolano una ricerca mirata del materiale disponibile in relazione alle particolari esigenze dell'utente.

Esemplificativamente, la schermata relativa all'area dedicata alla raccolta dei verbali di conciliazione – Articolazione di Modugno – è stata suddivisa in otto macroaree (condominio, scioglimento comunione, divisioni, locazioni, responsabilità *ex delicto*, diritti reali, lavoro ed infine contratto).

Esplorando attraverso i *link* ogni macroarea, è possibile visualizzare i verbali di conciliazione in formato pdf, privati dai dati sensibili con un sistema di oscuramento semplice e omogeneo, che non pregiudica l'intelligibilità del caso giuridico sottostante, ulteriormente assicurata dalla selezione di quei precedenti corredati dal riassunto dei fatti di causa, delle relative problematiche e delle soluzioni raggiunte.

Tale modalità di consultazione, liberamente fruibile, permette anche all'utente non qualificato, quale può essere un semplice cittadino, di poter identificare/confrontare il proprio rovello giuridico nei "filoni" di contenzioso e nei casi pratici catalogati, assimilando così un modo diverso di accostarsi alla giustizia; comprendendone possibili dinamiche alternative alla esasperazione del conflitto; acquisendo consapevolezza dei benefici della conciliazione, sotto il profilo della durata processuale e dei costi ridotti; in definitiva, vincendo la diffidenza verso gli istituti di ADR, ancora poco noti al pubblico.

La BDDC diventa, da questa angolazione, anche veicolo per la diffusione di un rinnovato approccio alla risoluzione alternativa delle controversie, e contenitore didattico per un uso più attento e consapevole del precedente conciliativo.

E ciò tanto nell'ottica della prevedibilità di un possibile esito del giudizio – elemento interpretabile dagli operatori del diritto – che di una maggiore comprensione e partecipazione da parte del cittadino, spesso privo di conoscenze qualificate della materia giuridica e dei meccanismi processuali che regolano l'oggetto del proprio contendere.

5. *L'accesso alla BDDC da altri siti istituzionali.* – Come si è già accennato nelle pagine che precedono¹, la Banca Dati è stata resa fruibile, con appositi *link* di accesso, dai siti ufficiali del Tribunale di Foggia, Trani, Taranto, Cosenza, Agrigento, Matera, nonché della Corte di Appello di Salerno e dell'Aquila. I *link* rispondono all'esigenza di semplificare l'accesso alla Banca Dati con il reindirizzamento diretto dai portali ufficiali di altri Uffici giudiziari e di conservare, attraverso la ripetizione della medesima struttura della pagina *web* e/o del collegamento e l'adozione di parole chiave immediatamente evocative, legate all'acronimo BDDC ed alla denominazione del Progetto, un'omogeneità grafica di fondo che garantisca l'immediata identificazione della buona prassi e dei suoi Protocolli di riferimento.

Sono il simbolo, inoltre, della potenzialità dispiegata dagli Uffici giudiziari e dagli stessi utenti e fruitori nel "fare rete" attorno ad un Progetto riconosciuto virtuoso.

¹ Si rimanda a quanto trattato *infra* da M. Delia, *La conciliazione fra organizzazione, formazione e tecnologia*, § 9 e da V. SPAGNOLETTI, *La rilevazione statistica della conciliazione endoprocessuale: l'esperienza del monitoraggio informatico presso il Distretto di Corte d'Appello di Bari*, § 4.

ERIC BATTISTONI, CÉCILE BATTISTONI

LES ORGANISATIONS HUMAINES: COMMENT TRAITER LA CONFLICTUALITÉ? COMMENT ANTICIPER LES RISQUES CONFLICTUELS?

SOMMAIRE: 1. Les conflits relationnels dans les organisations: un besoin de modèle de justice. - 2. Un guide théorique: la médiation organisationnelle comment agir sur les systèmes régulateurs et sur leurs contrariétés? - 3. Un guide pratique: les actions médiationnelles curatives et/ou préventives. - 4. Agir c'est intervenir sur le terrain: agir sur les systèmes régulateurs inter-organisationnels et agir sur les systèmes régulateurs intra-organisationnels. - 5. Agir, c'est aussi prévenir: un organe préventif permanent «la médiatrice» et des formations comme instrument de prévention, une structure rendue attentive. - 6. Conclusion.

1. *Les conflits relationnels dans les organisations: un besoin de modèle de justice.* – Le mot «organisation» est la forêt qui abrite toutes les interactions produites dans un groupe humain. Vivre en groupe, c'est vivre un rapport aux autres qui nous entourent, et aussi aux choses auxquelles on s'attache. Autrement dit, c'est nécessairement éprouver nos rapports aux autres et aux choses: toutes nos interactions. Le mot "organisation" n'est pas neutre. Pour être «utiles», «profitables», les interactions relationnelles doivent être organisées, c'est-à-dire coordonnées (ordonnées) sinon même cadrées (limitées, prohibées). L'organisation implique donc des phénomènes de régulation: il y a organisation parce que des prescrits fabriquent un groupe organisé, en le différenciant d'un groupe inorganisé car sans règle ni ordre. Comme tout moteur, l'organisation humaine requiert un réglage de sa carburation. Grâce aux règles, une entreprise ou une administration publique atteignent un résultat meilleur que la somme des actions individuelles agrégées sans coordination. John Rawls appelle cela: «la plus-value du collectif». L'enjeu de toute organisation, c'est de trouver les règles qui maximiseront au mieux cette plus-value du collectif. Quelles règles ordonnent le

groupe? Qui fixe ces règles, et comment? Quelle finalité garantiront les règles? Pour y répondre convenablement, il faut inverser l'ordre de ces trois questions: Pourquoi? Comment? Quoi? Pourquoi? La finalité des règles organisationnelles est d'apporter un juste équilibre entre les attentes des individus et les exigences du groupe. Toute personne sait que ses besoins vitaux seront mieux remplis grâce au groupe, plutôt que solitaire. En contrepartie, tout collectif humain enjoint à chacun des membres, une contribution au bien commun. Comment? «Chaque personne possède une inviolabilité fondée sur la justice que, même au nom du bien-être de l'ensemble de la société, l'on ne peut transgresser». À peine d'être contreproductives, les règles du groupe ne peuvent donc empiéter sur certains domaines privés que les individus se réservent: si pas de justice perçue, alors plus aucune coopération ni implication au service du groupe, et la plus-value du collectif s'anéantit. Quoi? Deux conceptions des règles organisationnelles s'opposent lorsqu'il faut déployer leurs déclinaisons. L'approche positiviste vise exclusivement la légalité: la règle est posée, objectivable, imperturbable, sans influence possible des subjectivités individuelles. C'est le prix pour l'isonomie, pour que la loi soit identique pour tous. La règle est toujours «impérative»; les dérogations ne sont pas justifiables. L'approche constructiviste (notre cerveau filtre, invente, construit la réalité qui nous entoure) vise la légitimité: la règle est applicable si, dans sa subjectivité profonde, l'individu la juge tolérable, non indigne, non incompatible avec ses valeurs. On parle ici de «règle opposable». La règle n'est plus toujours impérative; elle devient négociable lorsqu'on a des raisons de s'y opposer. Le carburant du moteur organisationnel, ce sont les interactions, les communications entre individus. Le relationnel humain se vit, se tisse, au travers d'un enchaînement interactionnel, c'est-à-dire dans une succession de communications qu'on évalue comme bonnes ou comme conflictuelles. Pour être bonnes, mes communications nécessitent que mon comportement soit rendu compréhensible aux autres, y compris le contenu de mes paroles ou de mes pensées (mes valeurs et les représentations mentales qui les justifient). Un désaccord surgit lorsque la compréhension n'a pas eu lieu, et cela dégénère vite en conflit. Autrement dit, la coexistence avec des autres passe par des ac-

cords sur la compréhension des actes, des paroles, des attitudes; ou sinon, cette coexistence se passe en désaccord¹. Quant aux communications organisationnelles, celles qui règlent la vie du groupe, elles nécessitent pareillement des accords sur la compréhension des règles et des hiérarchies; ou sinon, elles produisent des conflits. Toutes les communications suivent le chemin de deux mots: disputes et ententes. L'analyse sociologique montre que les personnes préfèrent souvent manifester leur désaccord sans recourir à la force ni à la violence. On essaie d'abord de se parler, de s'entendre. Dans ce cas, le désaccord s'exprime sous la forme d'une communication particulière: c'est la confrontation discursive entre les justifications. Or, dans les justifications soutenues par les individus, ces derniers se réfèrent toujours à l'argument du *juste*. On peut ainsi affirmer que les individus raisonnent leur désaccord sur le fondement d'une prétention à la justice; mon grief, ma plainte, ma doléance s'indigne à cause de l'injustice commise par l'autre: «ce qu'il m'a fait, n'est pas juste»; «il n'a pas le droit de me faire cela», et en filigrane, le raisonnement renvoie à une règle. L'échange des justifications est un moment-clé dans la vie organisationnelle. C'est même le moment de la vérité. Alors que les individus échafaudent en général la rationalité de leurs conduites après coup, les disputes requièrent de se justifier au moment de l'indignation, dans le but de provoquer une communication confrontant les justifications en présence. Le moment du conflit est donc un moment particulier dans la vie d'un groupe. La particularité des conflits réside dans leur vérité non travestie: l'explicitation vraie, émotionnelle ou raisonnée, du désaccord avant de faire dispute, avant de faire preuve d'hostilité ou de violence. Quand le désaccord n'est pas apaisé par une entente, les communications cessent. On ne fait plus groupe vu que l'individu actionne de la rétorsion sinon active une sécession. Le moteur organisationnel est alors privé de son carburant. Il appartient au système régulateur du groupe, de normaliser les communications entre membres, car, à défaut d'un système de régulation des disputes, les interactions ne produisent plus qu'uniquement du conflit.

¹ L. BOLTANSKI, L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.

Les règles organisationnelles qui régissent la régulation des disputes, peuvent être qualifiées de «système de justice». Plusieurs modèles offrent des systèmes possibles de justice. Le système judiciaire est un modèle de justice parmi d'autres. Il est caractérisé par sa conception positiviste de la légalité: des règles et des contraintes impératives qui fonctionnent au moyen de sanctions. La médiation offre un autre modèle de justice. La médiation régule les disputes en renouvelant et en réorientant la communication qui a donné naissance au conflit. Le travail sur la communication se caractérise par une conception constructiviste qui œuvre sur les représentations individuelles purement subjectives, c'est-à-dire sur les justifications du sujet. La déontologie professionnelle du médiateur assure les gestes du métier, à savoir «faire tiers de confiance». Dans ce but, il lui faut développer les actes de langage qui soumettront les protagonistes à l'épreuve de justice: confronter des justifications dans un espace de respect, dépourvu de coups de force ou de violence. Cette épreuve de justice s'opère suivant un processus spécifique, garantissant l'éthique communicationnelle, ainsi que la liberté et la responsabilisation des parties en pleine autonomie. En d'autres mots, le tiers de confiance aura pour mission d'aider les protagonistes à s'écouter, pour rebâtir une bonne communication, et partant, pour rechercher l'entente. Le royaume du «tiers de confiance», ce sont des questions jamais des réponses, c'est son travail sur les actes de langage et sur la négociation de leurs effets. Toutefois, plusieurs niveaux d'action lubrifiante sont possibles pour un médiateur: la médiation des litiges interindividuels (il s'agit de la fraction des désaccords accessibles au judiciaire, à savoir les justifications se limitent à des prétentions juridiques) et la médiation des conflits (il s'agit de traiter tout les désaccords entre deux personnes, sans se limiter aux prétentions juridiques); aussi la médiation organisationnelle (ou «médiation sur les règles régissant le vivre ensemble»). Le médiateur traite ici des désaccords nés en réaction aux règles du groupe ou aux ordres hiérarchiques. Le médiateur questionne les justifications qui se fondent sur des prétentions au bien commun. Négocier, c'est produire des règles. La médiation organisationnelle distingue deux axes de règles à négocier: l'axe des désaccords intra-organisationnels ou les membres du groupe se disputent

quant aux règles du vivre ensemble au sein de la collectivité et l'axe des désaccords inter-organisationnels; en ce cas les membres d'un groupe se disputent avec les membres d'un autre groupe, quant aux règles régissant la vie commune de ces deux collectivités. Ces désaccords naissent dans les communications au sein d'entités juridiquement réunies (partenariats d'affaires, contrats avec des intervenants concomitants).

Dans le second chapitre, nous analyserons plus finement en quoi consiste la négociation des règles. Pour agir sur les règles dirigeant la vie commune d'une organisation humaine, le médiateur doit questionner les griefs et les plaintes qui fondent les indignations d'injustice: toutes les doléances ramènent aux deux pôles de la conflictualité: 1. la règle perçue comme injuste; 2. l'origine de la règle injuste: un système régulateur injuste. Dans le troisième chapitre, nous concluons en imaginant une prospective opérationnelle sur nos deux axes. Comment dépeindre concrètement le médiateur organisationnel qui fait son métier d'être «tiers de confiance»? On appelle un médiateur quand le conflit écartèle le groupe, après avoir déjà mis en péril la plus-value collective. Mais on peut améliorer les usages, par une action préventive sur la conflictualité, en créant une «médiation». Comment faire pour concevoir et pour mettre sur pied un organe permanent de prévention, cette «médiation»?

2. Un guide théorique: la médiation organisationnelle comment agir sur les systèmes régulateurs et sur leurs contrariétés? – On traite maintenant la médiation organisationnelle. Depuis le prix Nobel d'économie décerné par la Banque de Suède en 2007 à la professeure Elinor Ostrom², on a pris conscience de l'importance d'un système régulateur: c'est lui qui fabrique le groupe. Sans système régulateur, pas de groupe ni d'organisation humaine, seulement un agrégat d'individus. Or le système régulateur est à l'origine de la plupart des interactions conflictuelles au sein des groupes: tantôt parce que ses règles ont créé du sentiment d'injustice, tantôt parce qu'en réponse aux griefs, les régulateurs refusent d'adapter

² E.OSTROM, X. BASURTO, *Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel*, in *Revue de la Régulation*, 2013.

les règles en vue d'une moindre conflictualité, tantôt parce que les régulateurs dérogent eux-mêmes aux règles (puisqu'ils ont aussi le droit d'interpréter les règles en justifiant des exceptions en leur faveur). En observant la gestion des règles et la naissance d'un groupe, Elinor Ostrom a constaté que sept problématiques distinctes étaient de nature à faire avorter l'organisation humaine. Autrement dit, tout système régulateur doit satisfaire à sept conditions particulières pour réussir la meilleure coordination du groupe, pour atteindre son but en optimisant la «plus-value collective». Les théories de la régulation d'Elinor Ostrom, aideront le médiateur à questionner le leadership et toute la hiérarchie intermédiaire d'une organisation humaine, notamment en se saisissant des idées-clés suivantes: tout groupe informel tend à se formaliser pour devenir une organisation; c'est la règle qui est l'instrument d'institutionnalisation d'un groupe, et donc la colonne vertébrale de son organisation; pour être acceptée, la règle doit remplir sept fonctions cumulatives qui sont ses conditions de succès. C'est le «changement organisationnel adapté»: toute règle reste renégociable, discutable dans l'arène de choix collectif sitôt qu'une indignation résultant de cette règle s'exprime démocratiquement comme grief/doléance formulé par l'un des membres de l'organisation. On peut distinguer entre une première école qui est «gestionnaire», d'orientation plutôt psychologique et économique: c'est la théorie de la justice organisationnelle et une seconde école qui est «pragmatique», d'orientation plutôt sociologique et philosophique: c'est la théorie de la justification et de la normation. Dans les deux écoles, la mission du médiateur implique l'interpellation du système régulateur (à savoir règles et leadership qui les édicte), sur la satisfaction ou l'insatisfaction des attentes de justice chez les collaborateurs. À cette fin, le leadership doit être préalablement informé sur les problèmes dont il faut débattre, et donc, être en mesure de décider si et pourquoi il doit être fait appel à un médiateur. C'est toute la question du diagnostic des sentiments de justice et d'injustice: questionner et sonder les acteurs; nous verrons comment dans le chapitre III, en théorisant les phases opérationnelles.

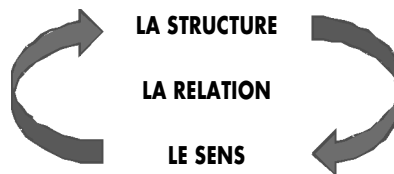
Pour faire brève explication, dans la théorie de la justice organisationnelle, les principes théoriques et les preuves empiriques des perceptions de justice s'enseignent selon le schéma

suivant: définition et dimensionnalité de la justice organisationnelle; les indicateurs de justice perçue; les facteurs explicatifs; les effets induits négatifs (constats de carence), en cas d'absence/insuffisance de justice organisationnelle; les conséquences organisationnelles positives, en cas d'une meilleure justice perçue; l'élaboration d'un sondage de justice/injustice perçue. Dans la théorie de la justification et de la normation, il s'agit d'investiguer les univers de sens et de justice selon un schéma d'interrogations, individuelles ou en groupe, des griefs et des répliques qui font conflit ou qui pourraient dégénérer en conflit. Les causes d'indignation sont questionnées selon des situations classiquement perçues comme injustes. Par des interrogations très pragmatiques, il s'agit de mettre à l'épreuve, les protagonistes du conflit. Donc, la «théorie de la justification» met le conflit en situation et ouvre la voie mutative du dialogue. Dans la foulée de la sociologie pragmatique américaine³, c'est «l'action située» qui intéresse le médiateur. En mettant les personnes à l'épreuve de l'injustice située par ses questions, le médiateur observe les protagonistes en action. Il comprend les compétences que ces personnes mettent en œuvre pour se disputer: que se disent-ils? Quelle logique sous-tend leur régime d'action dans la dispute? En se justifiant, les protagonistes ouvrent un chemin dialogique car, au-delà de leur compétence à se disputer, ils ont aussi une compétence à s'entendre. Sauf violence persistante, les protagonistes cherchent toujours à d'abord s'entendre sur une justification partagée quant à la règle pacificatrice, c'est-à-dire à se réconcilier. Lorsque le conflit s'est déclaré, un médiateur tente de ramener d'abord les protagonistes sur ce chemin dialogique, et ensuite, les questionne pour trouver les règles qui seront adéquates et qui les accorderont.

3. *Un guide pratique: les actions médiationnelles curatives et/ou preventives.* – En médiation interorganisationnelle (différends entre entreprises et/ou administrations), le médiateur questionne les griefs et les doléances exprimées à l'occasion du différend: quelle est l'origine de l'indignation? quelle règle convien-

³ J. DEWEY, *La réalité comme expérience*, in *Revue Tracés*, 2005, pp. 83-92.

drait-il d'adapter ou d'améliorer? Lorsqu'il se pose, le conflit masque une double émotion sur laquelle il importe de communiquer, à savoir de la colère (l'irritation, l'exaspération, l'antipathie, l'emportement, l'agressivité, l'exécration, le mépris) et de l'indignation (le dégoût, l'écœurement, l'aversion, la répugnance, la répulsion, la méfiance). En questionnant les raisons de l'indignation, le médiateur obtient le plus souvent une rationalisation des émotions de colère. Le conflit devient rationalisable, c'est-à-dire «raisonnable» et donc négociable. La négociation porte principalement sur les règles régissant la justesse perçue: à savoir l'adéquation des règles, aux intérêts rationnels. Le médiateur investigate des modalités relationnelles: «la conventionnalité du vivre ensemble» inter-organisationnel et interpersonnel, qui fait problème. Toujours en médiation intraorganisationnelle (conflictualité interne aux entreprises ou aux administrations publiques, comme par exemple les Risques Psycho-Sociaux: RPS), le médiateur questionne pareillement l'indignation qu'expriment les personnes envers la structure, envers leur hiérarchie ou envers leurs collègues. Le questionnement du médiateur à propos du conflit pose pareillement des questions relatives à la colère et à l'indignation des protagonistes. Mais ces deux émotions sont plutôt investiguées dans leurs dimensions de réciprocité et d'empathie. La négociation portera surtout sur les règles régissant la justice perçue: à savoir l'adéquation des règles, aux sentiments de justice et au bon sens (le sens orienté vers le bon, vers l'éthique et les valeurs, au niveau interpersonnel; vers le bien commun et vers la plus-value collective, au niveau du groupe). On pourrait illustrer la médiation intra-organisationnelle en un schéma simple de la conflictualité:



4. Agir c'est intervenir sur le terrain: agir sur les systemes régulateurs inter-organisationnels et agir sur les systemes régulateurs

intra-organisationnels. – La prévention par la médiation, c'est un double niveau d'action, tant en médiation inter-organisationnelle qu'en médiation intra-organisationnelle. Dans les deux types de médiation, il faut agir sur la structure en créant un organe préventif permanent: la «médiature» et il faut aussi agir par la formation comme instrument de prévention: une structure rendue attentive. Comment déployer une médiature et une formation, spécifiques à la médiation inter-organisationnelle? Les différends inter-organisationnels les plus fréquents gisent dans les contrats complexes conclus entre entreprises, tels les partenariats d'entreprise («joint-ventures») ou les contrats à intervenants multiples (sous-traitance, «outsourcing»). On retrouve l'administration publique aux prises des différends de nature similaire, dans le cadre des marchés publics ou dans le cadre des PPP (partenariats privé-public).

Comment déployer une médiature et une formation, spécifiques à la médiation intra-organisationnelle? Les conflits intra-organisationnels se traduisent essentiellement par des tensions relationnelles qui remettent en cause le fonctionnement des lignes hiérarchiques. Les problèmes conflictuels découlant d'une «injustice» perçue sont plus délicats à traiter que ceux qui résultent d'une «injustesse» perçue. Un service interne de médiature ou une formation au management équitable nécessiteront donc un investissement plus important en temps, en savoirs, en toutes ressources plus généralement. Jusqu'à présent, la médiation européenne des conflits entre entreprises s'est surtout développée en tant qu'intervention curative. C'est la «médiation de droit commercial», impulsée sous la houlette essentiellement des avocats et des chambres de commerce. A différence des pratiques anglo-saxonnes, cette médiation européenne est assez strictement curative; il n'y a pas vraiment de prévention du risque conflictuel. C'est pourquoi un premier service de médiation préventive pourrait être offert aux entreprises et/ou aux administrations européennes, grâce à la création d'une «médiature», un organe permanent de prévention et de résolution des griefs, des doléances, des plaintes, agissant en temps réel et non pas en temps décalé (comme le juge ou l'arbitre). Un service de médiature commune conviendrait pour trois types assez usuels de différends inter-organisationnels: la prévention des différends entre socié-

tés associées en partenariat d'affaire; la prévention des différends entre contractants multiples dans un seul programme économique (par exemple, entre entrepreneurs principaux et leurs sous-traitants ou entre sous-traitants eux-mêmes); la prévention dans certains contrats complexes (type Bâtiment et Travaux Publics); la prévention dans certains contrats complexes. Dans ces trois cas, la prévention passe par la constitution d'un organe permanent de médiation, qui sera disponible pour s'occuper en temps réel de tout grief surgissant dès la conclusion du contrat d'affaires, ou du contrat de partenariat, ou dès l'obtention du marché public. La médiation préventive par une formation-action sur les responsables de l'entreprises/de l'administration. Pour opérationnaliser une réelle prévention des risques conflictuels, il ne suffit pas de créer un service interne de médiation. Comme soulignait la Cour de Cassation française en son arrêt du 1er juin 2016, « ... la seule circonstance qu'il (l'employeur) a pris toutes les mesures immédiates propres à faire cesser le harcèlement moral et qu'il l'a fait cesser effectivement, circonstance nécessaire, n'est pas suffisante. Il importe également qu'il ait pris toutes les mesures de prévention visées aux articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et notamment qu'il ait (préalablement) mis en œuvre des actions d'information et de formation propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement moral».

5. *Agir, c'est aussi prévenir: un organe préventif permanent «la médiatrice» et des formations comme instrument de prévention, une structure rendue attentive.* – Quelles actions d'information et de formation faut-il mettre sur pied? Comment coupler celles-ci avec d'éventuelles prestations d'intervention, qui s'avèreraient nécessaires? Trouver l'articulation congruente entre l'information, la formation et l'intervention constitue une réelle difficulté car ces trois types d'action s'interpénètrent: en amont de tout plan de formation, il devrait y avoir des prestations de consultance. Cette consultance liminaire prendrait la forme d'un outil diagnostique du risque conflictuel entre et/ou au sein des organisations. Il existe des acteurs déjà spécialisés en Europe, dans le diagnostic de la conflictualité et des risques psycho-sociaux, ou plus largement dans le diagnostic des dysfonctionnements organisa-

tionnels. En pointant les carences du système régulateur et les défauts du climat organisationnel, on oriente les risques conflictuels vers des préconisations de formation ou d'intervention par des médiateurs spécialisés ou par une «médiation» interne à l'organisation ou à ses partenariats. Ce diagnostic et ces préconisations liminaires relèveraient d'un centre d'expertise en gestion équitable. D'une part, pour amorcer concrètement l'intérêt des responsables d'entreprise ou d'administration, on peut imaginer la conception et la mise en application d'un site internet avec sondage en ligne et premier système d'aide à la décision (quel risque conflictuel existe dans votre organisation/dans votre partenariat? comment le traiter préventivement? comment un «Centre d'expertise» peut-il vous aider plus avant? quelles préconisations concrètes d'intervention ou de prévention pourrait-il vous proposer?). Par exemple, pour les différends interentreprises, on peut imaginer un site web avec questionnaire en ligne qui fournirait des indications de prévention ou de règlement des différends (PRD) susceptibles de rencontrer 80 % des situations de risques conflictuels dans les partenariats ou dans l'exécution des marchés publics. A l'appui du sondage, une brochure «favoriser les mécanismes de prévention et de résolution des différends» pourrait suggérer plusieurs clauses et protocoles adéquats en vue de prescrire une médiation préalable au procès judiciaire, ou expliquerait comment constituer un organe permanent de médiation. D'autre part, pour promouvoir l'intérêt des responsables d'entreprise ou d'administration publique, un adjuvant financier serait appréciable. Dans ce but, il conviendrait d'explorer les contrats usuels d'assurance des entreprises (protection juridique, risque commercial, responsabilité civile professionnelle ...). En médiation inter-organisationnelle, les assureurs auraient avantage à couvrir les coûts de médiation, par exemple en prévoyant l'octroi d'un bonus sur les primes annuelles en fonction du degré de réduction des risques de procès, grâce à l'instauration d'un organe permanent de médiation. En effet, les marchés publics de Californie et de Floride démontrent qu'en moyenne, sur 6000 griefs traités préventivement, le nombre des procédures judiciaires a décliné à concurrence de 98%, tandis que les surcoûts liés aux suppléments imprévus s'est réduit de 17% à 11% en regard de la valeur initiale des marchés ou des contrats. En aval de tout plan de

formation, il devrait aussi y avoir des prestations de consultance; cette dernière après diagnostic servirait à bâtir le service de «médiature». Une équipe pluridisciplinaire est ici nécessaire, qui serait spécialisée pour traiter la médiation préventive des risques conflictuels, en couplage avec les acteurs représentatifs existant. Pour les différends inter-organisationnels, on pense aux chambres de commerce ou patronales. Pour les différends intra-organisationnels, on pense aux organes légaux garantissant la prévention, notamment des accidents ou des RPS (lesquels semblent aujourd'hui insuffisamment pluridisciplinaires, tels les services médicaux du travail ou les organes internes de santé et sécurité au travail). Pour ce qui concerne l'information, il y a 3 niveaux pédagogiques: la sensibilisation de l'encadrement organisationnel (ceux qui exercent une influence déterminante sur le climat organisationnel); la formation au management équitable, pour des responsables d'entreprise (les futurs prescripteurs) et la formation des médiateurs qui composeront ces organes permanents de médiation (médiateurs internes aux sociétés, médiateurs spécialisés en médiation des marchés publics, ou encore médiateurs formés et conventionnés en tant que profession réglementée). À titre indicatif, une trentaine d'heures (quatre journées de formation) devraient être animées pour la sensibilisation des responsables des entreprises (juristes, commerciaux, financiers, gestionnaires) ou des administrations publiques (chefs de service ou de département). Soixante heures (huit journées de formation) correspondraient à une formation au management équitable dans les différends inter-entreprises (ingénieurs, juristes, comptables, essentiellement) ou intra-organisationnels (DRH, préventeurs RPS, organes représentatifs légaux). Enfin, un minimum de 90 heures (douze journées de formation) devraient être prévues pour les futurs médiateurs préventifs (prestataires en médiation interne ou intervenants de terrain).

6. *Conclusion.* – En conclusion, il serait nécessaire un plan global de diagnostic, de formation et d'intervention. Focalisons notre attention sur la médiation spécifiquement intra-organisationnelle, sachant que nos propos seraient transposables aux médiations inter-organisationnelles. Deux types de prestations émer-

gent: des prestations non commerciales (purement pédagogiques) et des prestations typiquement commerciales (consultance de diagnostic et d'intervention). Pour ce qui concerne les prestations pédagogiques, chaque niveau de formation engagerait son propre contenu pédagogique. Le premier niveau, celui d'une simple sensibilisation, reposerait sur un nano-programme de 30 heures de formation sur le thème: «Climat organisationnel et culture de la prévention»; le second niveau, celui d'une implication, se déclinerait en un micro-programme de 60 heures de formation sur le thème du «management équitable». Il s'agirait de former les cadres dirigeants d'administrations publiques belges à améliorer les systèmes régulateurs de leurs organisations. On est dans la «culture médiation». Le troisième niveau, celui d'une formation des intervenants de terrain, se déploierait en un micro-programme de 100 à 150 heures de formation, en vue de spécialiser des «médiateurs organisationnels» qui seront les futurs membres composant les organes permanents de médiation. Pour consolider l'image internationale de ces programmes de formation, il conviendrait de créer une plate-forme de coordination pédagogique entre ces diverses institutions universitaires et les formateurs intéressés. En fédérant plusieurs institutions universitaires francophones (France, Belgique, Québec), cette plate-forme validerait ces micro-programmes de formation grâce à un contenu pédagogique commun qui serait «cocertifié». Le caractère pluri-universitaire apporterait une double plus-value à ces micro-programmes de formation: offrir un ancrage local pour les participants aux formations; permettre l'échange des enseignants et une théorisation des savoirs de médiation organisationnelle. Au contraire, pour les prestations commerciales, un tel projet global doit être attentif à intégrer en son sein, les professionnels qui œuvrent déjà comme conseils ou consultants des entreprises et des administrations publiques. Pour s'assurer des compétences de ces professionnels, on pourrait imaginer une inscription sur liste d'intervenants, pour ceux qui ont suivi les programmes de formation ci-dessus.

Références citées:

- J. RAWLS, *A theory of justice*, Harvard, HUP, 1971; ID., *Une théorie de la justice*, Seuil, 1987.
- L. BOLTANSKI, L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, 1991.
- J. DEWEY, *La réalité comme expérience*, in *Revue Tracés*, 2005, pp. 83-92; ID., *La théorie de la valuation*, in *Revue Tracés*, 2008, pp. 217-228; ID., *La formation des valeurs*, in *La découverte*, Paris, 2011.
- L. ISRAEL, J. GROSDIDIER, *John Dewey et l'expérience du droit. La philosophie juridique à l'épreuve du pragmatisme*, in *Revue Tracés*, 2014, pp. 163-180.
- E. OSTROM, X. BASURTO, *Façonner des outils d'analyse pour étudier le changement institutionnel*, in *Revue de la Régulation*, 2013, Traduction Jean-Pierre Chanteau et Agnès Labrousse, in <https://regulation.revues.org/10437>.

MARÍA INÉS LAVERDE*

CONTRIBUCIÓN DE LA CONCILIACIÓN
Y LA MEDIACIÓN A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
EN EL CAMPO DE FAMILIA EN COLOMBIA E ITALIA

AVANCES DE LA CONCILIACIÓN EN COLOMBIA
EN CONFLICTOS DE CARÁCTER FAMILIAR

La aplicación del Derecho de Familia en Colombia se desarrolla en un ambiente con alto grado de informalidad: muchísimas uniones de hecho, y una muy deficiente educación para la convivencia, abundante y oculta violencia intrafamiliar, que da como resultado un panorama familiar con muchos problemas por resolver y con una frecuencia que supera rápidamente la aplicación de la Justicia Ordinaria. En estas circunstancias se vuelve indispensable la aplicación de métodos alternativos que ayuden en la solución de los problemas consecuentes.

Es por esto que a nivel internacional se está creando la conciencia necesaria para tratar de solucionar los conflictos de una forma pacífica y negociada que preserve la dignidad de las personas.

Considero importante analizar y resaltar qué significan estas dos figuras que son parte de los denominados medios (métodos, mecanismos, medidas) alternativos (alternos, adecuados, apropiados) de resolución (solución) de conflictos (disputas) o MARC. Se caracterizan por contar con un tercero denominado mediador o conciliador que conduce el proceso para que dos o más partes en conflicto busquen una solución de común acuerdo.

Lo que hacen tanto la conciliación como la mediación es que se logre un acceso a la justicia. La mediación forma parte de políticas encaminadas a promover el acceso a la justicia y

* Universidad Católica de Colombia

que los resultados observados indican que realmente pueden llegar a cumplir, en mayor o menor grado¹.

Igualmente, la Corte Constitucional hace una descripción de estos mecanismos teniéndolos como instrumentos que contribuyen enormemente a que los particulares tengan un acceso a la justicia para resolver sus conflictos: *“Por ello, mecanismos como la mediación y la conciliación, más que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos”*².

En América Latina existen escuelas y tratadistas donde se investiga y profundiza en esta disciplina a nivel del viejo continente, también pero encontramos que se trata no solo de la conciliación, sino diversos métodos de solución de conflictos y observamos que se tiene la conciliación en Colombia, mientras en Italia tiene este mismo MASC como la mediación.

La conciliación ya se ha venido posicionando como una disciplina importante a nivel universal para solucionar los conflictos.

El ser humano por naturaleza es conflictivo, como se afirma en la revista de filosofía ekasia³, este conlleva algo positivo, que puede reaccionar, reconocer que existe y finalmente puede intentar buscar una solución.

Es así, que ya crea conciencia para combatirlo. Tratar de solucionar los conflictos de una forma pacífica, dialogada y negociada.

En Colombia encontramos el MASC mediación y aunque tiene similitudes con la conciliación no es lo mismo pero considero que lo importante es que los dos buscan resolver conflictos la mediación busca a un tercero facilitador colabora con las partes para que en conjunto construyan la solución de un conflicto y logran así establecer acuerdos.

La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos través del cual, dos o más personas gestionan por si mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral calificado denominado conciliador. Ilustrar a las partes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1196 de 2001, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

² *Ibíd.*

³ <http://www.revistadefilosofia.org/50-09.pdf>.

Motiva para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.

Formula propuestas de arreglo funciones del conciliador, art. 8 de la Ley 640 2001⁴, normas relativas a la conciliación.

La diferencia entre conciliación ha suscitado muchas discusiones, pero lo que importa es buscar solución de un conflicto contando con un tercero neutral que ayuda desarrollar esta labor.

Colombia con la Constitución de 1991⁵ en su art. 116 menciona que los particulares podrán ejercer como conciliadores habilitados por las partes.

La Ley 23 de 1991⁶ llamada Ley de descongestión la que por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar despachos judiciales la posiciona y comienza darle tal importancia que trata la conciliación en laboral, en familia y ya comienza a mencionar que se debe acudir a ella antes de acudir a la jurisdicción ordinaria. Y describe concretamente qué se puede tratar de conciliar.

En sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, la Corte Constitucional indica las características fundamentales de la conciliación: *“La conciliación es un mecanismo de acceso a la administración de justicia. Y lo es porque, como se desprende de sus características propias, el acuerdo al que se llega entre las partes resuelve de manera definitiva el conflicto que las enfrenta, evitando que las mismas acudan ante el juez para que éste decida la controversia. Independiente del fracaso o del éxito de la audiencia, la conciliación permite el acercamiento de las partes en un encuentro que tiende hacia la realización de la justicia, no como imposición judicial, sino como búsqueda autónoma de los asociados”*.

“La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que puede realizarse por fuera del proceso judicial o en el curso del mismo. Puede ser voluntaria, u obligatoria como requisito para iniciar un proceso. Puede llevarse a cabo por un ter-

⁴ Ley 640 2001, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0640_2001.html.

⁵ Constitución Política de Colombia de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf>.

⁶ Ley 23 de 1991, https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm.

zero independiente o por una institución como un centro de conciliación. Además, puede ser conciliación nacional o internacional para la solución de conflictos privados entre personas de distinta nacionalidad o entre Estados e inversionistas de otros Estados, o entre agentes económicos de distintos Estados. Conciliación hay en las distintas ramas del derecho como civil, comercial, laboral, contencioso administrativo y en ciertos aspectos del proceso penal”.

“Es una forma de resolver los conflictos con la intervención de un tercero que al obrar como incitador permite que ambas partes ganen mediante la solución del mismo, evitado los costos de un proceso judicial”⁷.

Igualmente, la Corte nos sigue indicando cuál es la función del conciliador y su habilitación que recibe por las partes para administrar justicia: *“La función del conciliador es la de administrar justicia de manera transitoria, mediante habilitación de las partes, en los términos que determine la Ley. A propósito de esta disposición, que es la contenida en el artículo 116 constitucional, debe decirse que la habilitación que las partes hacen de los conciliadores no ofrecidos por un centro de conciliación, es una habilitación expresa, en la medida en que el particular es conocido por las partes, quienes le confieren inequívocamente la facultad de administrar justicia en el caso concreto.*

(...) Existe también la habilitación que procede cuando las partes deciden solicitar el nombramiento de un conciliador, de la lista ofrecida por un determinado centro de conciliación. En principio, esta habilitación supone la aquiescencia de las partes respecto del conciliador nominado por el centro, pero también implica la voluntad que conservan las mismas para recusar al conciliador, si consideran que no les ofrece la garantía de imparcialidad o independencia para intervenir en la audiencia.

(...) En este sentido, puede decirse que las figuras del impedimento y la recusación son esenciales a la Conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario. Además, en esta materia se siguen las normas del Código de Procedimiento Civil”⁸.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-902/08, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-902-08.htm>.

Igualmente, la Corte considera el acuerdo a que llegan las partes, tiene toda la fuerza y la equipara con una sentencia judicial. Esta es la bondad de la conciliación y el apoyo que brinda en la administración de justicia. Acorde con la CN. art. 116, *“Es un acto jurisdiccional, porque la decisión final, que el conciliador avala mediante un acta de conciliación, tiene la fuerza vinculante de una sentencia judicial (rei iudicata) y presta mérito ejecutivo”*⁹.

La conciliación es un mecanismo excepcional, porque dependiendo de la naturaleza jurídica del interés afectado, sólo algunos de los asuntos que podrían ser sometidos a una decisión jurisdiccional, pueden llevarse ante una audiencia de conciliación. En general, son susceptibles de conciliación los conflictos jurídicos que surgen en relación con derechos disponibles y por parte de sujetos capaces de disponer.

Finalmente, por definición, la conciliación es, *“un sistema voluntario, privado y bilateral de resolución de conflictos, mediante el cual las partes acuerdan espontáneamente la designación de un conciliador que las invita a que expongan sus puntos de vista y diriman su controversia. La intervención incitante del tercero conciliador no altera la naturaleza consensual de la composición que las partes voluntariamente concluyen, sino que la facilita y la estimula”*¹⁰.

La Ley 640 2001 en su art. 35 dispone requisito de procedibilidad el mismo requisito que ya había contemplado *“En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civil, contencioso administrativa, laboral y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente Ley para cada una de estas áreas”*¹¹.

Esto significa que antes de acudir a la justicia ordinaria se debe acudir a la conciliación. Se encuentran en materia de familia específicamente los casos. Igualmente, así no tenga el re-

⁹ Ley 446 de 1998, Art. 66, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0446_1998.html.

¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-893 del 23 de agosto de 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-893-01.htm>.

¹¹ Ley 23 1991, Art. 35, https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0023_1991.htm.

quisito y sí el asunto se transigible puede acudir teniendo en cuenta la facultad, su autonomía y capacidad.

La sentencia C-1195 2001 dispone que: *“varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales. La exigencia de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad es un límite principalmente temporal para el acceso a la justicia del Estado, el cual sólo impone a las partes esperar que llegue la fecha fijada para la audiencia de conciliación, pero no las obliga a adoptar ninguna decisión dentro de esa audiencia. Las partes mantienen el control del proceso y de los resultados de la audiencia, pueden fijar la duración de esa audiencia, pueden decidir si concilian o no, pueden decidir autónomamente el grado de intervención del conciliador, cuyo papel se puede limitar a certificar los resultados de esa audiencia, o llegar a tener un rol más activo, facilitando la búsqueda de soluciones o proveyendo información experta necesaria para aclarar los puntos de discusión o formulando propuestas. Este límite temporal puede ser superado por voluntad de las partes, quienes durante los primeros minutos de la audiencia de conciliación, por ejemplo, pueden manifestar su decisión de no conciliar y acudir directamente a la jurisdicción”*¹².

Lo que deseo resaltar con esto es que el Estado pone en manos de los particulares herramientas para que solucione sus conflictos. Es así que en nuestra área de familia existen muchos conciliadores autorizados para colaborar.

Tomando nuestro tema conciliación en el área de familia, no existe tanta restricción como en otras áreas del derecho, Colombia ha buscado que el área de familia sea una de las más amplias en materia de conciliación.

Es importante resaltar las clases de familia que existen: quienes constituyen una familia y para ellos, según la Constitución

¹² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1195 2001, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1195-01.htm>.

de 1991 se dio más auge a las diferentes clases de familia ojo autor en descargas. Luego de analizar la conciliación incluyendo lo dicho por la Corte, encuentro que la conciliación es una figura que juega un papel importante frente a la problemática familiar en Colombia.

Si nos basamos en que la familia de acuerdo al art. 42 de la CN¹³ se considera como núcleo fundamental de la sociedad, es indispensable definir qué es familia y quiénes la conforman, la familia conformada por padre madre e hijo es la llamada familia nuclear, encontramos la familia extendida formada por padre, madre, hijos, abuelos. Igualmente, la familia ensamblada se observa con los cambios que ocurren y los diferentes cambios dentro de la sociedad uniéndose y formando nuevas familias aportando hijos habidos en uniones anteriores. Están protegidas por el Estado según el art. 44 CN.

Es por esto que entrando al campo de la conciliación para solucionar conflictos, el Estado cumpliendo con su función de protección ha diseñado un esquema grande para que los miembros de la familia tengan acceso directo a poder solucionar sus conflictos y qué mejor por medio de un mecanismo que les ofrece la posibilidad de opinar, dar fórmulas de arreglo para que guiados por un conciliador experto y preparado lo logren; si no lo logran al menos han debatido, han tenido un acercamiento, en el evento de que no asista una de las partes ya la justicia entrará a valorar.

Sin tener que acudir en principio a estrados judiciales les pues si se llega a ellos se logra una solución al conflicto pero siempre con un gana-pierde, tal como lo enseña la escuela de Harvard cuando no se logra una solución donde se satisface el interés de las dos partes tratando de llegar a un gana-gana.

Es aquí donde vamos a mirar cómo puede entrar la figura de la conciliación para ayudar a resolver todos los problemas que se pueden presentar a nivel familiar y para ello la Ley taxativamente nos dice cuáles son susceptibles de conciliar.

La Ley 640 de 2001 (normas relativas a la conciliación) contempla dos artículos 31 y 40: el art. 31 describe que es concilia-

¹³ Constitución Política de Colombia de 1991, <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf>.

ble en el área de familia concordante con el art. 217 del Código de la Infancia y Adolescencia (Ley 1098 2006)¹⁴; el art. 40 de la misma Ley habla más exactamente del requisito de procedibilidad en asuntos de familia. El requisito de procedibilidad es ampliamente ponderado por la Corte.

Considero importante mencionar nuevamente la sentencia C-893 de 2001 la cual nos aclara muy bien el requisito de procedibilidad, no es como muchos creen una exigencia para acudir a la conciliación sino el intento de lograr solución del conflicto, pero teniendo en cuenta la autonomía de la persona, pero en ningún momento se está obligando a que lo haga, puede manifestar que no tiene el ánimo de conciliar, pero al menos lo intentó, analizó su problema con el conciliador y las partes, y es posible que tenga una visión más clara acerca del conflicto que los aqueja.

Las partes mantienen el control del proceso, de los resultados de la audiencia, fijan la duración de la audiencia y lo que considero de suma importancia: las partes pueden conciliar o no. Igualmente, son ellas las que determinan hasta donde permiten la intervención del conciliador.

Teniendo en cuenta esos dos artículos hago mención de los siguientes asuntos:

- a) Custodia, regulación de visitas, alimentos (aumento disminución, exoneración).
- b) Fijación provisional de residencia separada.
- c) Separación de cuerpos matrimonio civil o religioso.
- d) Suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes.
- e) Disolución y liquidación de sociedad conyugal.
- f) Declaración de unión marital de hecho de compañeros permanentes.
- g) Declaración de sociedad patrimonial de hecho.
- h) Liquidación de sociedad patrimonial (Ley 979 2001).
- i) Declaración de unión marital de hecho entre parejas del mismo sexo. Reconocimiento constitucional mediante la sentencia C-075 2007.

¹⁴ Ley 1089 2006, http://www.secretariasenado.gov.co/senado//basedoc/ley_1098_2006.html.

Estas conciliaciones las realizan o las pueden realizar conciliadores capacitados que colaboran con las partes para lograr un feliz acuerdo. Dentro de ellos se cuentan: conciliadores privados que se pueden tener en cuenta, los abogados titulados, notarios, los estudiantes de derecho practicantes de Consultorio Jurídico.

Los abogados titulados que han realizado el diplomado de conciliación y se han capacitado para ello en una entidad avalada y fungen como tales en Centros de Conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho y que de acuerdo al estatuto de administración de justicia pueden cobrar honorarios por sus servicios¹⁵.

Los estudiantes de consultorio jurídico practicantes que lo realizan en el Centro de Conciliación y realizan su práctica como conciliadores, quienes han recibido capacitación en mecanismos alternos de solución de conflictos lo pueden hacer con base en la Ley 640 2001 art. 11. Los trámites conciliatorios ante Centros de Conciliación de Consultorio Jurídico deberán ser atendidos por estudiantes cuando la cuantía del conflicto no supere los cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 smmlv). El servicio es gratuito y está dirigido a personas de escasos recursos. Disposición del Ministerio de justicia y del Derecho¹⁶.

Los nombrados específicamente como funcionarios que ejercen aparte de la conciliación otras labores que podemos describir administrativas y jurisdiccionales pero en el campo que nos preocupa cuando fungen como conciliadores contribuyen grandemente a solucionar conflictos de carácter familiar. Están ejerciendo exactamente igual a los privados cuando se trata de: alimentos, custodia, visitas, liquidación de sociedad conyugal, de sociedad patrimonial, declarar unión marital de hecho, sociedad patrimonial; todo ello teniendo en cuenta la autonomía, la voluntariedad y celeridad, elementos indispensables de la conciliación.

¹⁵ Art 8 Estatuto de administración justicia, https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0270_1996, reformada por la Ley 1285 2009, art. 3.

¹⁶ Resolución 299 de 2002, https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_minjusticia_rj029902.htm.

Entre ellos están los Jueces de familia y los comisarios, la Ley 1098 de 2006, determinó que las Comisarías de Familia son entidades distritales, municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y cumplen una función de entidades conciliadoras, competencia que les atribuye el Código de la Infancia y Adolescencia y la Ley 640/ 2001.

Los defensores de familia son entidades del nivel central propias del ICBF, el estatuto integral del defensor de familia describe sus funciones entre estas una de ellas es la conciliación: adelantan la conciliación extrajudicial en materia de familia en asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.

Aprueban, las conciliaciones en relación con la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la Ley a los notarios¹⁷.

Se puede diferenciar en que los privados deben estar inscritos como tales en un centro de conciliación autorizado por el Ministerio de Justicia mientras que los comisarios, jueces y defensores son nombrados y fungen como conciliadores en razón de su oficio

Podría llegar a concluir, que las conciliaciones en familia ocupan el primer lugar pero ingresando a la página del sistema de información de Ministerio de Justicia SICAAC encontré sor-

¹⁷ Funciones específicas del defensor de familia, <https://docs.google.com/document/d/1eNXN36TLHHNoPsgTOCDnsaPqPgoGAD9RCua9zEPqIM/edit>.

prendentemente, que a pesar de que el estado ha prestado gran apoyo en materia de la conciliación en familia, teniendo en cuenta la gran cantidad de conciliadores en las diferentes entidades que les permite ejercer o fungir como conciliadores en las funciones encaminadas a tratar de colaborar en la solución de conflictos en el área de familia tal como lo hemos estudiado y descrito, el resultado no es el mejor: hay más solicitudes de conciliación en áreas civil y comercial superando las de familia.

Con esta información se crea un gran interrogante: las personas tienen poco interés en acudir para solucionar sus conflictos familiares o le dan más importancia a solucionar los conflictos de carácter civil.

ANTONELLO CARIA*

LA BONARIA COMPOSIZIONE DEI PRIVATI DISSIDI

SOMMARIO: 1. Introduzione all'istituto della "bonaria composizione dei privati dissidi". - 2. Natura giuridica dell'istituto e finalità di tutela. - 3. Ambiti di applicazione. - 4. Invito alle parti a comparire dinanzi all'autorità di pubblica sicurezza per il tentativo di conciliazione. - 5. Procedura della composizione bonaria dei privati dissidi. - 6. Conclusioni. - 7. Bibliografia.

"Laddove non vedete alcun conflitto, potete essere sicuri che non c'è libertà..."

Charles Louis Montesquieu

1. *Introduzione all'istituto della "bonaria composizione dei privati dissidi".* – Anche in Italia, sebbene il suo ordinamento sia caratterizzato da un sistema giuridico di *civil law*, la visione di una giustizia "processo-centrica", in linea con un trend internazionale e comunitario, sta lasciando progressivamente spazio al c.d. "diritto mite o di collaborative law", che consiste in un sempre maggiore e più diffuso ricorso ai diversi metodi di risoluzione conciliativa delle controversie, come la mediazione, la conciliazione, la negoziazione assistita e l'arbitrato, più tradizionalmente in uso nei sistemi giuridici di *common law*.

Come più volte raccomandato agli Stati membri dall'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa, il ricorso alla tutela giurisdizionale, che resta sempre e comunque liberamente azionabile dai soggetti interessati nel pieno rispetto delle previste garanzie costituzionali, deve essere considerata come ultima opportunità di accesso ai diversi sistemi di giustizia.

Il Legislatore italiano, per aderire alle raccomandazioni dei vari organismi internazionali ed europei, da qualche tempo risulta molto attento ad emanare norme che tendono a sottrarre

* Commissario della Polizia di Stato, Mediatore Civile e Commerciale.

al giudice, con differenti e variegati meccanismi di soluzione conciliativa, la cognizione della controversia.

Si conferma così l'orientamento legislativo che punta a preferire la soluzione consensuale delle parti, ovvero sia la "soluzione autonoma" a "soluzioni eteronome" imposte da un terzo, giudice o arbitro che sia.

Le "soluzioni eteronome" risultano condizionate pesantemente dal vincolo della corrispondenza tra il "chiesto ed il pronunciato" mentre la risoluzione consensuale della controversia consente che le parti in sede conciliativa possano disporre anche di altre situazioni sostanziali estranee alla controversia, magari neppure lontanamente prese in considerazione all'inizio della contesa.

La mediazione risulta essere, quindi, uno strumento di giustizia consensuale preferibile ad altre soluzioni eteronome, in forza della sua maggiore duttilità rispetto agli effettivi interessi delle parti nonché alle loro situazioni sostanziali ed alle loro aspettative di giustizia.

Nonostante, in Italia la mediazione abbia trovato solo di recente pieno riconoscimento e diffusa applicazione in numerosi ambiti di tutela legale, da tempi piuttosto remoti il nostro ordinamento giuridico ha previsto un particolare istituto di conciliazione in grado oggi di garantire, con rinnovata forza ed efficacia operativa, la soluzione stragiudiziale del conflitto tra le parti in contesa: "la composizione bonaria dei privati dissidi".

L'Istituto in esame risulta funzionale al mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico, materia questa che appartiene al diritto amministrativo di prevenzione e più specificatamente al diritto di polizia di sicurezza.

Per meglio comprendere la funzione giuridica e sociale che tuttora esplica questo particolare istituto di conciliazione, si ritiene opportuno prestare particolare attenzione all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che il "diritto di polizia" ha avuto nel tempo in virtù dei numerosi e profondi adeguamenti normativi effettuati dapprima dal Legislatore costituente¹ e successivamente dal Legislatore ordinario nonché dalla Corte Costituzionale.

¹ Cfr. L. MONE, *L'Amministrazione della Pubblica Sicurezza e l'ordinamento del Personal*, ed. Laurus Robuffo, Roma 2017, cit., p. 27. Con l'entrata in vigore della Costituzione italiana e con l'affermazione del principio della tutela delle posizioni di libertà, si è instaurato un nuovo rapporto Stato-cittadino

In considerazione di questo mutato quadro legislativo e giurisprudenziale, l'istituto in parola si presenta oggi come un valido ed efficace strumento normativo che l'ordinamento, per l'importanza primaria dei beni giuridici e degli interessi generali tutelati, continua a riservare alle esclusive attribuzioni dell'autorità di pubblica sicurezza².

Tale esclusiva riserva di attribuzioni è stata mantenuta nel tempo, nonostante negli ultimi decenni si sia andato affermando in Italia un modello di Stato ordinamentale che ha portato il Legislatore ad estendere rilevanti competenze in materia di attività di polizia amministrativa anche in capo ad altri soggetti istituzionali, ad iniziare dall'entrata in vigore del D.P.R. 616/77 con il quale sono state trasferite diverse e numerose di queste specifiche funzioni di prevenzione alle Regioni ed agli Enti locali, nell'ambito del c.d. "*decentramento amministrativo*"³.

Anche il nuovo assetto ordinamentale delineato dall'articolo 117 della Costituzione in seguito alla riforma del titolo V ha di recente confermato che lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in materia di ordine e sicurezza pubblica⁴, ad esclusione della polizia amministrativa locale.

che privilegia il momento della tutela costituzionale delle libertà fondamentali nei confronti del momento autoritativo e si assiste ad una puntuale applicazione del principio di legalità. Si assiste inoltre ad un'ulteriore riduzione degli spazi di scelta discrezionale demandata agli organi di polizia: ne sono testimonianza le riserve di legge assolute e di giurisdizione che ritagliano entro limiti molto ristretti la discrezionalità degli organi di polizia nell'esercizio di quei poteri che incidono sulle libertà costituzionalmente garantite.

² A norma degli artt. 1, 13, 14 e 15 della legge 1/4/1981, n. 121, l'Autorità di P.S. è nazionale, provinciale e locale. Il Ministro dell'Interno (autorità nazionale); il Prefetto (autorità provinciale); il Questore (autorità provinciale e locale, nel capoluogo di provincia); il Funzionario di P.S. preposto al Commissariato distaccato di Polizia (autorità locale); il Sindaco (in veste di Ufficiale di Governo), nei Comuni ove non siano istituiti Commissariati di P.S.

³ Cfr. L. MONE, *L'Amministrazione della P.S. e l'ordinamento del personale*, Edizioni *Laurus Robuffo*, Roma, 1991, pp. 23-24 ss. L'art. 19 del D.P.R. 616/77 conferisce infatti ai Comuni una serie di poteri previsti dalle leggi di P.S., ma nello stesso tempo lascia al Prefetto poteri di intervento sostitutivo.

⁴ Cfr. G. CALESINI, *Leggi di Pubblica Sicurezza e illeciti amministrativi*, Edizione XXVII *Laurus Robuffo*, 2018, cit., pp. 41 ss. La sicurezza, secondo un tradizionale indirizzo della Corte Costituzionale è un settore riservato allo Stato

Accanto alle norme del T.U. leggi di P.S. ed alle norme del suo Regolamento di esecuzione, nonché alle numerosissime disposizioni di legge che, in epoche successive, hanno disciplinato i particolari settori del diritto amministrativo della pubblica sicurezza, occorre qui ricordare l'importante riforma ordinamentale introdotta con l'entrata in vigore della legge 1/4/1981, n. 121. La citata normativa, non solo ha riformato l'ordinamento del personale appartenente ai ruoli della Polizia di Stato ma ha anche modificato profondamente i compiti e le finalità dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, modellandoli alla luce dei principi e dei diritti di libertà garantiti e tutelati dalla Costituzione.

A tal riguardo, appare significativo fare un rapido confronto tra l'articolo 1 del T.U. leggi di pubblica sicurezza e l'articolo 24 della legge 121/81, in considerazione del fatto che quest'ultima norma, in una visione istituzionale aperta ad una nuova prospettiva democratica, prevede espressamente che le attività di prevenzione dei reati e di mantenimento dell'ordine pubblico debbano essere svolte dall'Amministrazione della pubblica sicurezza: *"al servizio delle istituzioni democratiche e dei cittadini, sollecitandone la collaborazione"*.

Con l'entrata in vigore della legge 121/81, si può certamente affermare che sia stata definitivamente superata la vecchia con-

relativo alle misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico, da configurare in contrapposizione ai compiti di polizia amministrativa regionale e locale (Sent. n. 97/2001; Sent. n. 290/2001; Sent. n. 407/2002). Secondo la Corte (Sent. n. 218 del 1988) il contenuto del concetto di ordine pubblico si sostanzia con i beni giuridici fondamentali o da quegli interessi pubblici primari sui quali, in base alla Costituzione ed alle leggi ordinarie si regge l'ordinata e civile convivenza dei consociati della comunità nazionale. In essi rientrano l'integrità fisica e psichica delle persone, la sicurezza e il rispetto o di ogni altro bene giuridico di fondamentale importanza per l'esistenza o lo svolgimento dell'ordinamento. La tutela di questi interessi, che rappresenta il nucleo centrale delle funzioni di polizia di pubblica sicurezza, è attribuita in via esclusiva allo Stato (art. 117 lett. h della Costituzione). Con la Sent. 218/88 la Corte Costituzionale ha meglio specificato la ripartizione delle attribuzioni fra lo Stato e le Regioni in relazione alle funzioni di polizia, fondata sulla distinzione tra: a) le competenze attinenti alla pubblica sicurezza, riservate in via esclusiva allo Stato; b) le altre competenze enucleate dall'ampia categoria della polizia amministrativa e trasferite alle Regioni come funzioni accessorie ai settori loro attribuiti.

cezione della polizia di prevenzione e sicurezza, che discendeva dallo Stato liberale⁵.

In questa cornice di accresciute tutele delle libertà dei cittadini lo strumento della conciliazione di polizia si è rivelato sempre più di particolare importanza nell'ambito della prevenzione di numerosi reati perseguibili a querela di parte nonché per la prevenzione e la deflazione del contenzioso giudiziario soprattutto di competenza cognitiva del giudice di pace.

L'ufficiale di pubblica sicurezza, pertanto, è chiamato a svolgere, come vedremo meglio in seguito, nel rispetto di una procedura disciplinata dalle disposizioni normative condensate in soli tre articoli di legge, una efficace attività di mediazione volta a raggiungere un accordo conciliativo tra le parti in lite, allo scopo di scongiurare il pericolo che il conflitto possa degenerare in violazioni ben più gravi tutelando in tal modo l'incolumità e la sicurezza degli stessi nonché, più in generale, l'ordinata e pacifica convivenza civile.

In ragione della longevità giuridica dell'istituto in argomento, si può certamente affermare che l'ufficiale di pubblica sicurezza, chiamato da un lato a tutelare beni giuridici ed interessi generali di primaria importanza per la comunità e dall'altra a provvedere ad una possibile conciliazione tra le parti in contesa, possa a pieno titolo oggi considerarsi un "*mediatore ante litteram*"⁶.

2. *Natura giuridica dell'istituto e finalità di tutela.* – Questo particolare istituto di natura conciliativa è previsto al secondo comma dell'articolo 1 del T.U. leggi di pubblica sicurezza, di cui al R.D. 18 giugno 1931, n. 773⁷, e le sue modalità applicati-

⁵ Cit. L. MONE, *L'Amministrazione della Pubblica Sicurezza e l'Ordinamento del Personale*, p. 24, ed. Laurus Robuffo, Roma, ed. 1991.

⁶ Cfr. art. 35, comma 1, R.D. 31 agosto 1907, n. 690: *Gli Ufficiali di pubblica sicurezza prestano la loro opera a richiesta delle parti per comporre privati dissidi.*

⁷ R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (G.U. 26.6.1931, 146) – Delle attribuzioni dell'autorità di pubblica sicurezza e dei provvedimenti di urgenza o per grave necessità pubblica – articolo 1 T.U.L.P.S. – (1) *L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle*

ve sono disciplinate dagli artt. 5 e 6 del relativo Regolamento di esecuzione approvato con R.D. 6 maggio 1940, n. 635.

Caratterizzato, come vedremo in seguito, da specifiche ed autonome modalità di funzionamento⁸, il Legislatore di quel tempo lo ha voluto inserire tra i principali compiti attribuiti all'autorità di pubblica sicurezza per ampliare quanto più possibile ogni forma e modalità di tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza, dell'incolumità dei cittadini e della proprietà, riservando ai privati in contesa tra loro la possibilità di rivolgersi all'autorità amministrativa di pubblica sicurezza per espletare un tentativo di conciliazione.

“La composizione bonaria dei privati dissidi” è, pertanto, uno tra i principali compiti istituzionali che la legge attribuisce alla competenza esclusiva dell'autorità di pubblica sicurezza. Come anticipato, è prevista al secondo comma dell'art. 1 del T.U. Leggi di pubblica sicurezza che stabilisce: *(l'autorità di pubblica sicurezza) “... Per mezzo dei suoi ufficiali⁹, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati...”*.

leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni. (2) Per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati. (3) L'autorità di pubblica sicurezza è provinciale e locale.

⁸ Cfr. E. BONICHI, *Le Leggi di Pubblica Sicurezza*, ed. Piazza Navona, vol. I, 1990, cit., p. 21. *“... Gli altri compiti più importanti della polizia fissati nell'art. 1 del T.U. leggi di P.S., e cioè la prestazione di soccorsi e la “composizione dei privati dissidi”, sono compiti secondari, sotto il profilo giuridico, nello svolgimento dei quali non vi ha estrinsecazione della potestà di polizia, ma attività di prestazione di soccorsi o di ravvicinamento delle parti al fine di conciliare tesi contrapposte”*.

⁹ T.U. della legge sugli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza approvato con R.D. 31 agosto 1907, n. 690 nonché Regolamento R.D. 20 agosto 1909, n. 666. Alle autorità di pubblica sicurezza, spetta, oltre la direttiva e la responsabilità dei servizi di polizia di sicurezza, anche il potere di emanare, nell'ambito della loro circoscrizione, provvedimenti di polizia (ordini, autorizzazioni, ordinanze, decreti, ecc.) – che costituiscono atti che producono effetti giuridici propri – che possono incidere sui diritti dei cittadini. Gli ufficiali di pubblica sicurezza non emettono atti amministrativi. Sono organi direttivi che hanno la diretta rappresentanza dell'autorità di pubblica sicurezza di cui sono chiamati a tradurre in atto la potestà di comando, secondo le specifiche attribuzioni loro affidate dal Regolamento 20 agosto 1909, n. 666.

Risulta del tutto evidente che la *mens* e la *ratio legis* della norma in esame trova il suo fondamento giuridico nell'esigenza di mantenere e tutelare la pacifica convivenza civile e sociale dei cittadini, nel fare in modo cioè che i conflitti tra privati, anche quelli apparentemente privi di una reale carica offensiva, possano trovare sempre e comunque una soluzione conciliativa davanti ai diretti rappresentanti dell'autorità di pubblica sicurezza allo scopo di prevenire tutte quelle condotte illecite che possano concretamente mettere in pericolo o possano arrecare danno all'ordine pubblico e alla sicurezza della collettività.

Non si può negare che la composizione bonaria dei privati dissidi sia un istituto che risenta di una visione autoritaria dello Stato e di una vecchia concezione del rapporto tra istituzioni e cittadini.

Essi esercitano anche la vigilanza, ai fini di prevenzione; dirigono servizi di ordine pubblico ed assicurano l'esecuzione delle disposizioni emanate dalle autorità di pubblica sicurezza. Sono ufficiali di pubblica sicurezza: gli appartenenti al ruolo dei dirigenti ed al ruolo dei commissari del personale di pubblica sicurezza; gli ufficiali dell'arma dei carabinieri. Ai sensi dell'art. 6 e 12 del R.D. 31 agosto 1907, n. 690, modificato dall'art. 2 legge 14 agosto 1974, n. 360, il Sindaco o chi ne fa le veci esercita le funzioni di ufficiale di pubblica sicurezza nei Comuni ove non vi sia un ufficiale di pubblica sicurezza (Cass. pen. Sez. I, 10 aprile 1995). Cfr. G. CALIENDO, *L'Amministrazione della pubblica sicurezza: il profilo dell'organizzazione tra pluralismo e coordinamento*, cit., par. 2.4, p. 81. In via generale, non si può ritenere per questi ammissibile la completa titolarità del suddetto potere, dal momento che la legge ne prevede l'esercizio – su direttiva dell'autorità di pubblica sicurezza – solo da parte dei soggetti che rivestono in via permanente la qualifica o qualità di ufficiale di pubblica sicurezza. Ciò nondimeno, richiamando ancora il dettato testuale dell'art. 6 R.D. n. 690/1907 – per cui il Sindaco, in presenza di determinate condizioni, svolge le funzioni di ufficiale di pubblica sicurezza – dottrina prevalente ritiene che anche al Sindaco (cfr. anche L. MONE, *L'Amministrazione della P.S. e l'ordinamento del Personale*, ed. Laurus Robuffo, Roma 2017, cit., p. 96) sia consentito esercitare il potere di dirimere le controversie tra privati nei Comuni in cui non sia presente un ufficiale di pubblica sicurezza, quando sia stato a ciò incaricato dal Questore e sulla base delle indicazioni provenienti da quest'ultimo.

Sono Sostituti Ufficiali di P.S.: gli appartenenti al ruolo Direttivo del Corpo di Polizia Penitenziaria (artt. 6 e 21 del d.lgs. 21 maggio 2000, n. 146); I Sostituti Commissari e gli Ispettori Superiori SUPS della Polizia di Stato (art. 26 del D.P.R. 24 aprile 1982, n. 335); I Luogotenenti e i Marescialli Aiutanti - SUPS dell'Arma dei Carabinieri (art. 179 d.lgs. 66/2010). Essi sono Agenti di P.S., ma in qualche caso assumono temporaneamente la qualifica di Ufficiali di P.S.

Tuttavia, per esaminare e comprendere meglio l'evoluzione che ha avuto l'istituto, da un punto di vista ontologico e teleologico, si ritiene necessario prendere in considerazione le numerose ed importanti innovazioni normative apportate nel tempo dal legislatore nazionale ed europeo in materia di giustizia alternativa alla tutela giudiziale.

La sua disciplina, abbiamo detto, trova collocazione normativa in seno al T.U. delle Leggi di pubblica sicurezza ed al suo relativo Regolamento di esecuzione, mentre *l'incipit* per attivare la relativa procedura amministrativa richiede necessariamente la presentazione all'autorità di pubblica sicurezza di una formale richiesta, chiamata *esposto*, da parte di una o entrambe le parti. A caratterizzare ulteriormente la natura giuridica dell'istituto in argomento è certamente la sua stessa finalità preventiva, in quanto tale condizione viene soddisfatta nel momento stesso in cui si raggiunge un accordo di conciliazione tra le parti in conflitto.

Come vedremo meglio nel capitolo in cui verranno trattate le diverse fasi della procedura prevista dall'articolo 6 del citato Regolamento di Esecuzione, tale accordo di conciliazione deve essere necessariamente raggiunto dalle parti, in stretta aderenza al dettato letterale della norma, attraverso una mediazione di tipo esclusivamente *consensuale* o *facilitativa*, ovvero sia effettuata con l'assistenza dialogica di un autorevole, imparziale e competente mediatore.

Nel pieno rispetto di quanto espressamente disposto dalla prefata norma, pertanto l'ufficiale di pubblica sicurezza incaricato di facilitare il dialogo tra le parti in contesa non potrà mai dare luogo ad una mediazione *aggiudicativa*, non essendo a lui richiesto di esprimere alcun tipo di giudizio, né di diritto né di equità.

La disposizione normativa in esame con la parola "*provvede*" attribuisce un *potere-dovere* esclusivamente all'autorità di pubblica sicurezza e, più specificatamente, agli ufficiali di pubblica sicurezza, cioè funzionari di pubblica sicurezza o ufficiali dei carabinieri, per qualificarne l'importanza e sottolinearne l'alto rilievo della funzione giuridica e sociale.

Dalla lettura dell'articolo 1 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza appare chiaro che il legislatore dell'epoca abbia voluto prevedere i compiti istituzionali attribuiti all'autorità di pubbli-

ca sicurezza in due distinti commi, per distinguere, in modo intellegibile, in relazione al medesimo bene protetto, due differenti modalità di tutela giuridica.

Secondo autorevole dottrina e costante giurisprudenza, è pacifico, infatti, che i compiti attribuiti all'autorità di pubblica sicurezza nel primo comma dell'articolo 1 del T.U. leggi di pubblica sicurezza siano finalizzati a difendere e tutelare in modo immediato e diretto l'ordine e la sicurezza pubblica, anche attraverso l'impiego della forza pubblica e l'adozione di ogni altro provvedimento amministrativo che trovi piena legittimazione nell'ambito dell'esercizio della potestà di polizia.

In considerazione del fatto che nella previsione normativa di cui al secondo comma del medesimo articolo 1 del T.U. leggi di pubblica sicurezza il Legislatore abbia voluto subordinare alla richiesta di una o entrambe le parti l'avvio della relativa procedura amministrativa di conciliazione delle parti in contesa, autorevole dottrina e costante giurisprudenza ritengono altrettanto pacifico che l'esercizio della potestà di polizia raggiunga la sua piena legittimazione giuridica soltanto nel momento in cui l'ufficiale di pubblica sicurezza, incaricato di gestire il tentativo di conciliazione, ravvisi che i "*privati dissidi*" possano effettivamente e concretamente degenerare in azioni e/o situazioni di pericolo o danno per "*l'ordine e la sicurezza pubblica*".

Soltanto allorquando si renda necessario soddisfare queste specifiche esigenze di tutela, come vedremo meglio quando andremo a trattare le questioni di legittimità che si profilano in relazione "*all'invito delle parti a comparire dinnanzi all'autorità per la composizione dei privati dissidi*", l'adozione di eventuali provvedimenti di polizia, caratterizzati, come è noto, dall'esecutorietà¹⁰, può trovare, infatti, piena legittimazione ed efficacia

¹⁰ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 293. L'esecutorietà dei provvedimenti di polizia è definita dalla dottrina (ZANOBINI) "*una speciale manifestazione dell'efficacia dei provvedimenti amministrativi, per cui essi, quando impongono doveri e restrizioni ai privati, possono essere attuati anche contro la loro volontà dagli organi diretti dell'amministrazione, senza che sia necessario il preventivo intervento dell'azione dichiarativa degli organi giurisdizionali*". L'esecutorietà non è da confondersi con l'esecutività, che, secondo lo stesso autore, altro non è che la condizione dell'atto ad essere eseguito, in quanto efficace, perché completo in ogni suo elemento. È

giuridica, quantunque gli stessi possano apparire difficilmente compatibili con la natura conciliativa dell'istituto in parola.

3. *Ambiti di applicazione.* – Dopo aver brevemente esaminato la natura giuridica e le finalità di tutela dell'istituto in parola, appare opportuno ora illustrare i suoi ambiti di applicazione passando in rassegna i principali casi che rientrano più comunemente nella categoria dei c.d. "privati dissidi".

Questa particolare forma di "conciliazione di polizia" trova larga applicazione nell'ambito dell'attività di prevenzione svolta dall'amministrazione della pubblica sicurezza soprattutto con riferimento alla sfera dei reati perseguibili a querela di parte di competenza del giudice di pace, in quanto, nell'ambito di tali fattispecie penali, il diritto di tutela giudiziale dinnanzi al giudice naturale, nel rispetto delle garanzie offerte dalla Costituzione e dalle Leggi ordinarie, può comunque essere sempre esercitato anche dopo che la persona offesa dal reato abbia effettuato un tentativo di conciliazione davanti all'ufficiale di pubblica sicurezza.

In una società aperta, complessa e articolata come quella contemporanea, l'istituto in parola trova altresì frequente e larga applicazione per ricomporre bonariamente quel genere di

da notare che mentre l'esecutività è propria di qualunque atto amministrativo completamente formatosi, l'esecutorietà è caratteristica riferibile solo a quegli atti che, come i provvedimenti di polizia, impongono ai destinatari doveri positivi o negativi. La esecutorietà presuppone che l'atto sia esecutivo, cioè efficace e consiste in un modo particolare di comportarsi di tale efficacia: ossia la possibilità per l'amministrazione di attuare essa stessa il contenuto dell'atto mediante l'uso di mezzi coercitivi. Per quanto riguarda i provvedimenti di polizia, è da ritenersi che in essi l'esecutorietà trova la sua giustificazione nella particolare natura dell'attività di prevenzione di cui costituiscono una manifestazione, e che non tollera indugi di sorta, se si vuole che sia raggiunto lo scopo avuto di mira dal legislatore in tale materia, di prevenire i pericoli all'incolumità fisica dei cittadini e dell'integrità dei loro beni. L'esecuzione forzata dei provvedimenti di polizia è disciplinata nell'art. 5 del T.U. Leggi di pubblica sicurezza che così dispone: "I provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza sono eseguiti in via amministrativa indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale. Qualora gli interessati non vi ottemperino, sono adottati, previa diffida di tre giorni, salvi i casi di urgenza, i provvedimenti necessari per l'esecuzione di ufficio. È autorizzato l'impiego della forza pubblica".

controversie che per loro stessa natura si presentano in prima istanza di lieve entità o di particolare tenuità nella condotta offensiva e che durante l'attività di mediazione rivelano invece essere portatrici di elementi conflittuali potenzialmente idonei a far insorgere situazioni di più grave e serio pericolo sia per l'incolumità e la sicurezza delle parti in lite sia, più in generale, della collettività.

La situazione di fatto che giustifica l'attivazione del procedimento è l'esistenza di un privato dissidio, nozione questa non meglio definita e sostanziata dalla legge.

Nel suo significato etimologico, la parola trova origine nel latino *discidium*, derivazione di *discendere* "fendere, squarciare"; dal latino medioevale *dissidium*; *dissidere*, essere discorde. Letteralmente, con il termine dissidio si intende il dissenso o contrasto tra due o più persone: la discordia, il litigio.

In considerazione della sua collocazione funzionale nell'ambito del sistema della pubblica sicurezza, può definirsi privato dissidio ogni ipotesi di contrasto o lite tra due o più persone che potenzialmente può ledere o mettere in pericolo l'ordine pubblico, la sicurezza e l'incolumità dei cittadini, il pacifico possesso di beni e la protezione dei diritti, cagionare eventuali incidenti, nonché più in generale impattare in senso negativo sulla corretta osservanza dell'ordine giuridico.

La casistica è assai ampia, sicché l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza può riguardare conflitti che, sebbene non abbiano ancora integrato un illecito civile o penale, rischiano di degenerare in situazioni di pericolo o di danno per l'ordine giuridico e la sicurezza pubblica. Nell'ambito di tali ipotesi rientrano tutte quelle situazioni, afferenti rapporti professionali e/o personali, per i quali non si possa o non si voglia attivare la tutela giudiziaria e che pertanto possono trovare nell'istituto in esame la sede naturale di soluzione conciliativa.

I suoi campi di applicazione spaziano quindi da quello civilistico a quello penale e possono riguardare conflitti prevalentemente di carattere condominiale e familiare, con particolare riferimento alle liti di coppia, soprattutto allorquando le stesse si trovino coinvolte in una dinamica conflittuale di separazione o nei casi in cui il loro rapporto affettivo relazionale sia stato interrotto per volontà di una sola delle parti.

Sono numerosi anche i casi di reati perseguibili a querela di parte, soprattutto di competenza del giudice di pace¹¹, caratte-

¹¹ Cfr. F. REGGIO, *Giustizia dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, ed. Franco Angeli, 2010, cit., p. 46. Il percorso di mediazione/conciliazione tra autore e vittima del reato mette in risalto in maniera più evidente come il termine “riparazione” non allude ad un semplice risarcimento del danno in termini economici, ma assume una valenza più ampia ed etica che ha come obiettivo quello di (re) instaurare la comunicazione tra autore del reato e vittima, interrotta dalla commissione del reato e favorisce la diffusione di un maggiore senso di sicurezza sociale. La mediazione pertanto è finalizzata a promuovere una maggiore responsabilizzazione e rieducazione del reo che spesso una sanzione penale di tipo tradizionale non riesce ad assicurare; a ridurre il rischio della c.d. “seconda vittimizzazione” che la vittima inevitabilmente subisce con il processo, e a cercare di alleviare, per quanto possibile, le sofferenze psicologiche ed emotive inflitte alla persona offesa dal reato. Nei Paesi di *civil law* la restituzione/riparazione raramente è stata concepita come sanzione autonoma, soprattutto nei Paesi come l’Italia, dove la vittima ha la possibilità di esercitare l’azione civile nel processo penale al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della commissione del reato. Tuttavia, la condotta riparatoria è stata espressamente prevista nel d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza penale del giudice di pace all’art. 35 (Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie) e all’art. 28 (Sospensione del processo e messa alla prova), come causa estintiva del reato; tali previsioni confermano la tendenza in atto al cambiamento, anche culturale, dell’ordinamento giuridico italiano. Più specificatamente, le norme che fanno esplicito riferimento alla mediazione sono il quarto comma dell’art. 29 della suddetta legge istitutiva della competenza penale del giudice di pace ed il secondo comma dell’art. 28 D.P.R. 1988, n. 488, il quale dispone che con l’ordinanza con cui il giudice dispone la sospensione del giudizio e affida il minore ai servizi minorili dell’amministrazione della giustizia “può impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato”. Anche l’art. 564 c.p.p., oggi sostituito dal terzo comma dell’art. 555 c.p.p. prevedeva un “tentativo di conciliazione” ad opera del pubblico ministero nell’ambito del processo pretorile per i reati perseguibili a querela, finalizzata alla remissione della stessa. Più specificatamente la prefata norma prevedeva che, nel caso di reati perseguibili a querela di parte, il pubblico ministero anche prima di compiere atti di indagine preliminare potesse invitare il querelante ed il querelato a comparire davanti a sé al fine di verificare se il querelante fosse disposto a rimettere la querela ed il querelato ad accettare la remissione. (La legge CAROTI ha poi trasferito tale competenza al giudice monocratico). Tale norma si coordina con quanto stabilito dall’art. 155 del codice penale, secondo cui la remissione della querela non produce effetto solo se il querelato l’ha espressamente o tacitamente riacquisita – Come è stato puntualmente osservato, al di là delle controversie sulla natura di negozio bilaterale (cfr. F. CORDERO, *Procedura Penale*, VII ed., Milano 2003, p. 415) o

rizzati per essere espressione di una diffusa microconflittualità interindividuale, come ad esempio ingiurie, diffamazione, danneggiamento, minacce, lesioni personali nonché altri tipi di reato per i quali il codice penale prevede pene molto lievi.

È sempre bene sapere a priori che, stante la durata media dei processi, nel caso in cui ci si ritrovi a dover querelare una persona per un reato di competenza del Giudice di Pace i tempi di attesa delle aspettative di giustizia risulteranno essere molto lunghi e pertanto, in considerazione di ciò, si dovranno sostenere anche costi legali piuttosto esosi.

Occorre altresì avere piena consapevolezza del fatto che la prima udienza avrà, sempre e comunque, una funzione conciliativa, in quanto, nei casi dei reati perseguibili a querela di parte, l'Autorità Giudiziaria dispone quasi sempre delega alla polizia giudiziaria al fine di espletare un tentativo di conciliazione tra querelante e querelato. In caso di esito positivo, si procede alla redazione del verbale di remissione di querela e di contestuale accettazione della remissione della stessa.

Alla luce di tali considerazioni, ancor prima di sporgere querela, laddove ne sussistano i presupposti, appare opportuno in via preliminare, in alternativa alla domanda di tutela giudiziale, espletare un tentativo di conciliazione con la parte in contesa inoltrando formale richiesta alla competente autorità di pubblica sicurezza.

L'istituto in esame risulta essere anche un valido ed efficace strumento per scongiurare inutili e dispendiosi procedimenti penali nei casi in cui, stante il trascorrere del tempo, siano ve-

di atto unilaterale, abdicativo, della remissione di querela (cfr. A. CANDIAN, *La querela*, Milano 1951, p. 277) tale strumento consente ai soggetti direttamente interessati alla vicenda penale di disporre del procedimento (M. GIALUZ, *Mediazione e Conciliazione*, cit., p. 111), ponendovi fine. Diversamente dall'omonimo istituto civilistico (artt. 185 e 430 c.p.c.), nel quale la chiusura concordata del processo è segnata dalla soluzione della lite stessa, in ambito penale tale chiusura rappresenta non la soluzione quanto la tacitazione della controversia. Per quanto infatti esso non addivenga all'applicazione di una pena bensì all'estinzione di un procedimento, la conciliazione ex art. 564 c.p.p., oggi art. 555 c.p.p., non pone alcun obbligo di comporre tale conflitto attraverso strumenti che consentano di valutarne i contenuti e, soprattutto, che mettano le parti nelle condizioni di superarlo mediante un confronto delle loro rispettive istanze.

nute meno le pretese di tutela giudiziaria da parte della persona offesa del reato perseguibile a querela di parte.

Nell'ambito di questo terreno giuridico le norme vigenti in tema di mediazione sono, a dir poco, esigue. Esplicito riferimento alla materia è contenuto nella legge istitutiva della competenza del giudice di pace¹², dove, all'articolo 29, si prevede la facoltà di avvalersi di "centri pubblici o privati di mediazione" per i reati procedibili a querela di parte.

Le esperienze di mediazione hanno comunque trovato spazio applicativo nel diritto processuale e sostanziale civile, penale e amministrativo, in tutti i casi in cui si possa dare rilevanza giuridica ad aperture conciliative, alla rieducazione del reo o in generale ad una operosità costruttiva, a dimensioni premiali collegate direttamente al comportamento positivo del destinatario della norma.

Sovente nella procedura in argomento vi rientrano anche tutti quei comportamenti che potrebbero successivamente configurare, laddove l'autore non aderisse all'invito di cambiare condotta, fattispecie criminose come il "cyberbullismo" e lo "stalking".

In relazione a quest'ultima fattispecie di reato, il numero degli esposti, secondo i dati statistici riferiti al territorio della provincia di Cagliari, ha subito un significativo incremento successivamente all'entrata in vigore del decreto-legge 11/2009 convertito in legge n. 38/2009 con cui è stato introdotto nel codice di procedura penale l'art. 612-bis, che punisce appunto il reato di atti persecutori.

4. *Invito alle parti a comparire dinanzi all'autorità di pubblica sicurezza per il tentativo di conciliazione.* – L'articolo 5 del Regolamento di esecuzione del T.U. Leggi di pubblica sicurezza¹³, prevede testualmente: "Per la composizione dei privati dissidi di cui all'articolo 1 della Legge, l'autorità di pubblica sicurezza invita le parti a comparire dinanzi ad essa in un termine congruo pel tentativo di conciliazione".

¹² Cfr. d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 "disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace".

¹³ Regolamento di esecuzione del T.U. Leggi di pubblica sicurezza approvato con R.D. 6 maggio 1940, n. 635 (G.U. 26/6/1940, n. 149).

La suddetta disposizione legislativa ha sempre assunto particolare e significativo rilievo in dottrina ed in giurisprudenza, in quanto se la norma giuridica da un lato lascia ampio spazio all'iniziativa dei privati di rivolgersi all'autorità di pubblica sicurezza per attivare un autorevole ed imparziale intervento di mediazione e di tutela stragiudiziale dei diritti disponibili, dall'altro lato ci si chiede se e quando la medesima autorità possa legittimamente adottare tale invito a comparire davanti ad essa, posto che questo rappresenta, ex articolo 15 T.U. Leggi di pubblica sicurezza¹⁴, un obbligo personale di carattere infungibile, che può essere portato ad esecuzione, trattandosi di un vero e proprio ordine, contro la stessa volontà del destinatario e anche con l'impiego della forza pubblica.

Non è ammessa in alcun caso la procedura conciliativa in contumacia. L'invito è, e rimane, condizione indispensabile per poter dare avvio al tentativo di conciliazione che richiede necessariamente, per il suo buon esito e per la stessa adesione alla procedura, non solo la presenza ma soprattutto il coinvolgimento diretto e la partecipazione attiva di entrambe le parti in contesa.

¹⁴ L'art. 15 T.U. Leggi di pubblica sicurezza inserito nel capo IV – Dell'inosservanza degli ordini dell'autorità di pubblica sicurezza e delle contravvenzioni – dispone che: *"Salvo che il fatto costituisca reato, chiunque, invitato dall'autorità di pubblica sicurezza a comparire davanti ad essa, non si presenta nel termine prescritto senza giustificato motivo, è soggetto alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da € 154 ad € 516 (1) comma così sostituito ex art. 1, d.lgs. 13 luglio 1994, n. 480"*. L'autorità di pubblica sicurezza può disporre l'accompagnamento per mezzo della forza pubblica, della persona invitata a comparire e non presentatasi nel termine prescritto. La norma dell'art. 15 T.U. Leggi di pubblica sicurezza, fornendo all'autorità di pubblica sicurezza il potere di invitare i privati a comparire innanzi ad essa, consente di svolgere le importanti funzioni che, secondo l'art. 1 del T.U. Leggi di pubblica sicurezza rientrano nella sua competenza. Non sarebbe infatti possibile l'esercizio di quelle funzioni se l'autorità di pubblica sicurezza non avesse, tra gli altri poteri, quello di procurare la presenza delle persone, nei confronti delle quali sia ritenuto necessario procedere ad accertamenti, informazioni, contestazioni, diffide, ecc. La legge parla di invito, ma in realtà come osserva autorevole dottrina, l'invito dell'autorità ha carattere di ordine, che impone doveri giuridici, la cui inosservanza importa la duplice conseguenza della coercizione diretta a mezzo della forza pubblica e della sanzione amministrativa.

Perciò la mancata comparizione dinanzi all'autorità di pubblica sicurezza va intesa, in via generale, come un legittimo rifiuto di una delle parti di aderire alla composizione del dissidio, e non può quindi comportare l'adozione di provvedimenti autoritativi, quale l'accompagnamento coattivo in ufficio, ai sensi dell'articolo 15 del T.U. Leggi di pubblica sicurezza¹⁵.

A questo punto occorre capire cosa succede se la parte, invitata in ufficio dall'ufficiale di pubblica sicurezza incaricato di effettuare un tentativo di composizione di un privato dissidio, non si presenti.

In merito, si è già detto che l'autorità di pubblica sicurezza, salvo le ipotesi in cui si ritiene che i dissidi possano mettere in concreto pericolo il turbamento dell'ordine e la sicurezza pubblica, non può adottare provvedimenti autoritativi.

Vi possono essere però casi nei quali l'ufficiale di pubblica sicurezza, nell'ascoltare un privato che si duole per un dissidio insorto con altra persona, acquisisca concreti elementi informativi che lo inducono a ritenere che l'exasperazione degli animi dei dissidenti, o anche altre circostanze, possano far degenerare il dissidio in fatti ben più gravi per l'incolumità pubblica e privata. In questi limitati casi non vi è dubbio che l'autorità e gli ufficiali di pubblica sicurezza possano invitare in ufficio, ai sensi dell'articolo 15 del T.U. Leggi di pubblica sicurezza, la parte in contrasto e, se essa non si presenta, farla anche accompagnare a mezzo della forza pubblica¹⁶.

¹⁵ Non è ravvisabile la sanzione amministrativa prevista attualmente dall'art. 15 del T.U. Leggi di pubblica sicurezza nei casi in cui la mancata osservanza dell'invito a presentarsi, si riferisca ad un ordine alla cui base non vi siano ragioni strettamente collegate ai principi istituzionali della pubblica sicurezza (Cassazione penale. – sez. IV – 3 febbraio 1978, n. 1173). L'invito a presentarsi, rivolto al cittadino per finalità connesse con l'attività di polizia giudiziaria, rientra tra gli ordini legittimi menzionati nell'art. 650 c.p. e non già nella disciplina dell'art. 15 T.U. Leggi di pubblica sicurezza.

¹⁶ Cfr. E. BONICHI, *Le Leggi di Pubblica Sicurezza*, ed. Piazza Navona, 1990, cit., p. 30 – Cfr. anche G. CALESINI, *Leggi di Pubblica Sicurezza e illeciti amministrativi*, ed. XXVII Laurus Robuffo, Roma, 2018, pp. 48 ss. – I concetti di forza pubblica, forze di polizia, forze dell'ordine e forze armate non coincidono. Nella legge 121/81 del 1981 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza all'art. 16 sono indicate quali forze di polizia: a) la Polizia di Stato; b) l'Arma dei Carabinieri, quale forza armata in servizio per-

Alla base della legittimità dell'art. 15 T.U. Leggi di pubblica sicurezza c'è il dovere dei cittadini di collaborare con l'autorità di pubblica sicurezza per la prevenzione e la repressione dei reati, per la sicurezza, la tranquillità pubblica e la pace sociale.

Sebbene dottrina e giurisprudenza¹⁷ ritengano che non si possa contestare la legittimità del potere di invitare una persona allorquando si agisca per comporre un privato dissidio, va a tal proposito precisato che l'uso di questo potere in tale specifica materia è da limitarsi ai soli casi in cui sia effettivamente necessario svolgere una specifica attività di prevenzione.

Pertanto l'autorità competente è tenuta a valutare se disporre l'accompagnamento coattivo, o meno, alla luce del concreto atteggiarsi degli interessi in gioco, ossia: da un lato l'interesse generale alla pace e tranquillità sociale e dall'altro la libertà del cittadino.

Secondo autorevole dottrina l'invito deve essere formulato in forma scritta, in modo tale da rendere possibile al cittadino accertarne la legittimità, e precisando, sia pure in modo sommario, il motivo dell'invito.

manente di pubblica sicurezza; c) il Corpo della Guardia di Finanza, per il concorso al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica. È altresì forza di polizia e può essere chiamata a concorrere all'espletamento dei servizi di ordine e sicurezza pubblica il Corpo degli Agenti di Custodia. Il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177 ha stabilito l'assorbimento del Corpo Forestale dello Stato nell'Arma dei Carabinieri ed il trasferimento di alcune funzioni alla Polizia di Stato, alla Guardia di Finanza ed ai Vigili del Fuoco. Secondo l'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'art. 329 c.p. (rifiuto o ritardo di obbedienza commesso da un militare o da un agente della forza pubblica) sono compresi nella forza pubblica gli appartenenti alla Polizia di Stato, all'Arma dei Carabinieri, alla Guardia di Finanza, i Vigili del Fuoco, gli Agenti di Custodia, la Capitaneria di Porto, la Guardia Costiera e le persone ad essi equiparate, nonché i dipendenti di tutti gli organismi pubblici non militarizzati quando sono investiti di potestà di coercizione diretta sulle persone o sulle cose ai fini dell'ordine e della sicurezza pubblica (Cass. Pen. Sez. 6, 5 dicembre 1986). Dall'esame della normativa e della giurisprudenza non si ricava il concetto giuridico di forze dell'ordine, in quanto la locuzione viene usata di volta in volta con differente significato, che va ricercato nel contesto della materia o interpretando l'intenzione del legislatore. Le forze armate italiane sono: a) Esercito; b) Marina; c) Aeronautica d) Carabinieri. Si comprende nelle forze armate anche la Guardia di Finanza, quale corpo armato dello Stato.

¹⁷ Cass. Sez. I, 20/10/2004, n. 41201 è ammessa la convocazione d'autorità ex art. 15 T.U. Leggi di pubblica sicurezza.

Appare opportuno anche rammentare che secondo il Consiglio di Stato la facoltà di invitare le persone è dalla legge attribuita solo all'autorità di pubblica sicurezza impropriamente, in quanto essa deve essere estesa anche ai soggetti che debbono attuare le direttive e gli ordini di detta autorità: vale a dire a tutti coloro, appartenenti alla Polizia di Stato o all'Arma dei Carabinieri, che rivestono la qualità di ufficiali e agenti di pubblica sicurezza in servizio permanente¹⁸ e che ai sensi della normativa in vigore fanno parte dell'autorità di pubblica sicurezza¹⁹.

5. *Procedura della composizione bonaria dei privati dissidi.* – La fase istruttoria del procedimento è disciplinata dall'art. 6 del R.D. 6 maggio 1940, n. 635 – Regolamento di Esecuzione del T.U. Leggi di pubblica sicurezza – che espressamente stabilisce: *“L'autorità di pubblica sicurezza chiarisce alle parti la questione di fatto e i principi di diritto ad essa applicabili senza imporre il suo giudizio, e, salvi gli eventuali provvedimenti di competenza dell'autorità giudiziaria, adotta, ove sia il caso, o un provvedimento conservativo di soddisfazione delle parti in contesa o un temperamento di equità che valga a prevenire eventuali incidenti”*.

Il procedimento si apre con un esposto presentato da una o da entrambe le parti coinvolte nel privato dissidio, con cui viene richiesto l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza per espletare un tentativo di conciliazione. Il suddetto esposto risulta esente dall'imposta di bollo, come chiarito dalla Direzione Centrale dell'Agenzia delle Entrate²⁰.

¹⁸ Cassazione Sez. I, 28 settembre 1993, n. 659.

¹⁹ R.D. 31 agosto 1907, n. 690; R.D. 14 giugno 1934, n. 1169; T.U. Leggi di pubblica sicurezza; Legge 1 aprile 1981, n. 121.

²⁰ Agenzia delle Entrate – Ris. 11-2-2003, n. 29 – Esposti all'autorità di pubblica sicurezza – Imposta di bollo. Codesto Dipartimento ha chiesto chiarimenti sul trattamento tributario ai fini dell'imposta di bollo delle istanze che i privati cittadini presentano all'autorità di pubblica sicurezza per la *“bonaria composizione dei dissidi privati”*. Analizzata la questione, anche alla luce delle disposizioni degli articoli 5 e 6 del Regolamento per l'esecuzione del T.U. Leggi di pubblica sicurezza, questa Direzione Centrale osserva che le istanze dei privati cittadini, intese ad ottenere l'intervento dell'autorità di

Nella suddetta istanza l'interessato dovrà esporre brevemente natura e circostanze dei fatti che hanno dato origine al dissidio ed indicare la persona o le persone con le quali è in corso la contesa. Esso non produce alcuna conseguenza amministrativa, né tantomeno penale, nei confronti della persona indicata quale responsabile del dissidio.

La procedura di conciliazione potrà svolgersi sempre che la controparte aderisca all'invito ed accetti di affidare all'ufficiale di pubblica sicurezza incaricato la composizione della controversia. La persona chiamata a comparire sarà libera di valutare se interrompere o meno le condotte ritenute moleste o di disturbo e nel caso lo ritenesse opportuno procedere contro l'esponente anche presentando un'eventuale querela.

L'attivazione della procedura lasciata all'autonomia dei privati è pienamente coerente con la natura conciliativa di questo istituto e con l'aspirazione del richiedente ad ottenere un provvedimento che sia pienamente soddisfattivo delle sue pretese.

Non si rileva alcuna problematica laddove il procedimento amministrativo in esame sia incardinato davanti alle autorità provinciali o ai locali Commissariati di pubblica sicurezza. Così come non si ravvisa altresì alcun dubbio di competenza qualora il procedimento sia avviato presso una Compagnia o una Tenenza dei Carabinieri.

Qualora, invece, l'esposto sia presentato presso le locali Stazioni dei Carabinieri, la competenza ad avviare e gestire la relativa procedura di conciliazione spetta al comandante della Stazione, soltanto nel caso in cui questi rivesta la qualifica di sostituto ufficiale di pubblica sicurezza.

In caso contrario, la medesima procedura dovrà essere esercitata dal Sindaco in quanto questi, oltre ad essere autorità locale di pubblica sicurezza, come confermato dalle diverse sentenze della suprema Corte di Cassazione, rivestirà, ai sensi dell'art. 6 del R.D. 690/1907, anche la qualità di ufficiale di pub-

pubblica sicurezza per la composizione di dissidi privati, sono da considerare atti della fase iniziale e preparatoria del procedimento poiché hanno funzione propulsiva. Sono pertanto da ricomprendere tra gli "*Atti, documenti e provvedimenti dei procedimenti in materia penale, di pubblica sicurezza e disciplinare...*", per i quali l'articolo 3 della tabella allegata al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 stabilisce l'esenzione dall'imposta di bollo in modo assoluto.

blica sicurezza, sebbene le relative funzioni verranno da lui svolte sempre sotto la direzione e la guida del Questore della provincia di competenza.

La procedura di conciliazione deve essere conclusa entro trenta giorni, ai sensi dell'art. 2 della legge 241 del 1990. Il rifiuto a proseguire il procedimento o l'eventuale inerzia ingiustificata potrebbero dar luogo, in alcuni casi, anche ad eventuali responsabilità penali da parte dei pubblici ufficiali.

Una volta avuta la presenza delle parti, l'autorità di pubblica sicurezza chiarisce alle stesse la questione di fatto ed i principi di diritto ad essa applicabili senza imporre il suo giudizio, e, all'esito del dialogo tra gli interessati, può adottare un provvedimento conservativo di soddisfazione delle parti in contesa o un temperamento di equità che valga a prevenire eventuali incidenti.

Il ruolo dell'ufficiale di pubblica sicurezza si limita a promuovere e favorire il dialogo tra le parti in conflitto al fine di far emergere tra queste una piena consapevolezza in merito alle loro eventuali responsabilità personali; sulle conseguenze amministrative ed eventualmente civili e penali cui potrebbero andare incontro nel caso in cui non aderissero all'invito di cambiare condotta, nonché sui loro effettivi interessi giuridici ed economici rispetto alle posizioni di blocco e chiusura comunicativa determinatesi nel momento in cui aveva avuto inizio la controversia.

Il citato articolo 6, con l'inciso *"salvi gli eventuali provvedimenti di competenza dell'autorità giudiziaria"* stabilisce la reciproca non interferenza tra il procedimento di conciliazione, di competenza dell'autorità amministrativa, ed eventuali questioni civili o penali di competenza dell'autorità giudiziaria.

L'unica ipotesi in cui l'autorità di pubblica sicurezza deve dichiararsi incompetente si verifica quando la procedura abbia ad oggetto reati procedibili d'ufficio, per la semplice ragione che questi rappresentano situazioni giuridiche indisponibili alle parti e quindi, nessun senso avrebbe il tentativo di conciliazione; o ancora nel caso in cui, in merito ai fatti per i quali ci si rivolge in via amministrativa all'autorità di pubblica sicurezza per ottenere tutela stragiudiziale, l'istante abbia già presentato querela alla competente autorità giudiziaria.

Allorquando emergano nel corso della procedura possibili reati procedibili d'ufficio, l'ufficiale di pubblica sicurezza, rivestendo

anche la qualità di ufficiale di polizia giudiziaria, è tenuto a trasmettere gli atti alla Procura della Repubblica per le valutazioni di competenza, ma non può interrompere la procedura, a meno che non si tratti proprio dei reati oggetto della stessa procedura.

Come già detto, infatti, le parti in lite possono rivolgersi all'autorità di pubblica sicurezza per un tentativo di conciliazione soltanto in un momento antecedente alla presentazione di una querela all'autorità giudiziaria.

Questo significa che in caso di fallimento della conciliazione la persona offesa dal reato può comunque sempre esercitare il suo diritto a presentare querela per ottenere, nel rispetto dei principi e delle garanzie costituzionali, una tutela giudiziale.

Il senso pratico e operativo di tali meccanismi è facilmente comprensibile laddove si consideri che l'istituto in esame opera esclusivamente nel campo della prevenzione dei reati e svolge a largo spettro un'azione di tutela dell'ordinata convivenza civile e sociale.

Inoltre, il senso di tale logica operativa va senz'altro ricercata anche nel fatto che esso tende a svolgere, al pari di tutti gli altri procedimenti di mediazione, un'azione di prevenzione e deflazione del contenzioso giudiziario.

Si tratta quindi di un vero procedimento di conciliazione che rappresenta un percorso alternativo al processo, potendo appunto offrire alle parti in contesa una risposta di giustizia stragiudiziale capace di soddisfare le aspettative e le attese in termini di difesa, protezione e tutela dei loro reciproci diritti ed interessi giuridici.

Per tale motivo la procedura di conciliazione viene svolta dall'ufficiale di pubblica sicurezza adottando le metodologie proprie della mediazione.

In ambito penale la mediazione è stata definita dalla Raccomandazione (99) 19 del Consiglio d'Europa²¹ come *“ogni pro-*

²¹ Cfr. D. MARINELLI, *Professione Mediatore – Guida operativa per mediatori, conciliatori ed arbitri* – Edizioni Giuridiche Simone, 2011, cit., p. 150 – *La mediazione penale* – Già nel 1985 – nel VII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei delinquenti – L'ONU sottolineava l'importanza dei mezzi non giudiziari d'intervento in campo penale, raccomandando, appunto, la previsione di misure conciliative per garantire un miglior accesso alla giustizia e la partecipazione della collettività, il tutto basato su sistemi non giudiziari delle controversie improntati alla mediazione.

cedura dove la vittima e l'autore del reato sono autorizzati, se liberamente ne acconsentano, a partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivate dal reato attraverso l'aiuto di un terzo imparziale, il mediatore".

In ambito civile viene definita dall'articolo 1 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28²² come *"l'attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa"*. Secondo tale ultima definizione rientrano nella mediazione sia l'attività di facilitare l'accordo (*mediazione consensuale o facilitativa*) sia quella di formulare la proposta (*mediazione aggiudicativa o valutativa*)²³.

Il mediatore nella fase *facilitativa* dovrà essere in grado di personalizzare il conflitto attraverso tecniche comunicative di persuasione e di conciliazione finalizzate a trovare soluzioni soddisfattive per entrambe le parti e probabilmente impensabili all'inizio del procedimento.

Nella fase *aggiudicativa* viene assunto un ruolo completamente diverso: non vengono in rilievo le tecniche conciliative

²² Cfr. C. PILIA, *Quaderni di Conciliazione*, n. 2, Edizioni AV, Cagliari, 2011, cit., pp. 11-12 – *"La scelta europeista dell'Italia sulla mediazione"*. L'Italia ha varato con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 l'importante riforma del sistema della mediazione in materia civile e commerciale, scegliendo in maniera decisa di percorrere la strada tracciata dall'Europa. La direttiva comunitaria 2008/52/CE è stata infatti pienamente recepita, non solo quanto all'ambito normativamente imposto, relativo alle controversie transfrontaliere, ossia intercorrenti tra contendenti dislocati in Stati differenti, ma anche quanto all'ulteriore ambito applicativo facoltativo, ossia lasciato alla valutazione discrezionale di ciascun Stato membro con riferimento alle controversie interne ai suoi confini nazionali. L'obiettivo di mantenere e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale sia assicurata la libera circolazione delle persone, in particolare, ha spinto l'Unione Europea a garantire il migliore accesso alla giustizia anche mediante lo sviluppo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale.

²³ Cfr. C. PILIA, *La Mediazione Volontaria, Quaderni di Conciliazione*, serie monografica, n. 1, Edizioni AV, Cagliari, 2012, cit., p. 157. – *La Conciliazione* – dell'intero procedimento, il momento sicuramente più qualificante è costituito dall'impiego alternato ad opera del mediatore delle due tecniche di assistenza *facilitativa* e *aggiudicativa*, che si ripercuotono sulle sequenze finali e sull'esito della mediazione.

in quanto la conciliazione ha fallito ed il mediatore, formulando una proposta, acquista caratteri molto più vicini a quelli di un giudice o di un arbitro.

Tale differente modalità di mediazione si traduce in un “*diverso approccio*” ed un diverso “*modus operandi*” del mediatore: in veste di facilitatore, tenderà di stimolare l’emersione di una conciliazione attraverso delle sessioni separate – c.d. mediazione indiretta – *mediation one to one o shuttle mediation*, mentre in fase propositiva tenderà a instaurare un vero e proprio contraddittorio tra le parti – c.d. mediazione diretta – *mediation face to face*.

Considerato che una volta avuta la presenza delle parti in contesa l’ufficiale di pubblica sicurezza deve limitarsi, come espressamente disposto dal Legislatore, a “*chiarire alle parti la questione di fatto e i principi di diritto ad essa applicabili senza imporre il suo giudizio*”, vale a dire cercando di svolgere una efficace opera di persuasione al di fuori di ogni veste di potere, il significato semantico e la portata letterale della norma sembrano indicare in maniera inequivocabile che la composizione bonaria dei privati dissidi rientri esclusivamente nel modello di mediazione “*facilitativa*”.

Di conseguenza, l’ufficiale di pubblica sicurezza non si dovrà comportare in alcun modo come un giudice, un arbitro o un avvocato. La sua abilità professionale dovrà consistere nel saper motivare e condurre le parti in lite sino alla fase ultima della mediazione senza proporre una soluzione alla disputa ma facendo in modo che le parti stesse arrivino ad indicare, di comune intesa, un possibile accordo di conciliazione.

Egli interverrà in modo direttivo solo all’inizio della procedura per spiegare natura e regole della mediazione e, nella fase finale, per trarre le conclusioni, mentre nella fase intermedia, salvo particolari esigenze di tutela e sicurezza, saranno le parti ad essere protagoniste degli incontri con un intervento minimo del mediatore (chiarire delle questioni circoscritte, evitare aggressioni verbali e così via).

L’ufficiale di pubblica sicurezza sarà chiamato a svolgere, quindi, da un lato, un ruolo pubblico di tutore della sicurezza e della legalità, e dall’altro una funzione “*super partes*” di autorevole garante, imparziale e riservato facilitatore di un dialogo tra

le parti in conflitto su questioni che hanno ad oggetto diritti disponibili.

Grazie all'aiuto dell'ufficiale di pubblica sicurezza le parti in contesa, anziché subire una decisione calata dall'alto "ordine imposto", verranno poste in condizioni di raggiungere un accordo di conciliazione "ordine negoziato"²⁴.

La mediazione si caratterizza quindi per la sua particolare attitudine al dialogo ed al riconoscimento dell'avversario, contrariamente a quello che invece accade alle parti che si ritrovano coinvolte nella contrapposta dialettica processuale di accusa e difesa.

Tale complessa attività la effettuerà applicando al caso concreto le poche norme previste in materia dal T.U. Leggi di pubblica sicurezza e dal relativo Regolamento di esecuzione, facendo ricorso ai comuni criteri di buon senso e di ragionevolezza nonché al concetto di diligenza professionale, che richiede l'utilizzo delle migliori pratiche e delle buone prassi acquisite in diversi anni di esperienza non solo nel campo giuridico ma più specificatamente nel campo della comunicazione e della mediazione.

Inoltre la composizione dei privati dissidi oltre ad essere volontaria, gratuita, rapida, riservata e, come abbiamo visto, flessibile svolge una importante funzione di pedagogia giuridica e sociale in quanto propone un modello di gestione del conflitto che attraverso dinamiche dialogiche favorisce processi di empowerment personale, autoresponsabilizzazione, ricostruzione di relazioni deteriorate, rieducazione e condivisione di regole sociali e valori etici della propria comunità di appartenenza.

²⁴ Cfr. S. SASSU, *La Rasgioni in Gallura – La Risoluzione dei conflitti nella cultura degli stazzi*, Armando Editore, Roma, 2009, cit., pp. 31 ss. "Grazie all'aiuto del mediatore le parti in contesa, anziché subire una decisione calata dall'alto (ordine imposto), verranno poste in condizioni di raggiungere un accordo di conciliazione (ordine negoziato). La mediazione si caratterizza quindi per la sua particolare attitudine al dialogo ed al riconoscimento dell'avversario (non più nemico), come premessa per la costruzione di un rapporto giuridico duraturo, che contemperi efficacemente gli opposti interessi in campo. I mediatori sono guidati dall'idea che il conflitto possa costituire un'occasione positiva di dialogo. Se la procedura di mediazione avrà successo, non soltanto si sarà svolta un'opera di prevenzione, ma l'intera comunità ne avrà guadagnato in termini di inclusione e coesione sociale".

Se la mediazione avrà successo, non soltanto si sarà svolta un'opera di prevenzione, ma l'intera comunità ne avrà guadagnato in termini di giustizia sostanziale nonché di inclusione e coesione sociale.

A conclusione della procedura, in caso di accordo conciliativo, l'ufficiale di pubblica sicurezza dovrà redigere il verbale da far sottoscrivere alle parti.

In merito, il secondo e terzo comma dell'articolo 6 del R.D. 635/1940 letteralmente dispongono: (...) *"Del seguito procedimento si prende nota negli atti di ufficio e si stende processo verbale, ove lo si ritenga necessario. Il verbale, debitamente firmato dalle parti e dall'ufficiale di pubblica sicurezza, può essere prodotto e fa fede in giudizio, avendo valore di scrittura privata riconosciuta. Se le parti non possono sottoscrivere, se ne fa menzione"*.

Pertanto, qualora la mediazione si concluda con il raggiungimento di un accordo di conciliazione, laddove ritenuto necessario, l'ufficiale di pubblica sicurezza redigerà un verbale che, avendo valore di scrittura privata riconosciuta, nel caso non venga rispettato dalle parti può essere utilizzato anche davanti ad un giudice in quanto fa piena prova in giudizio, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da parte del sottoscrittore.

Nel suo significato tecnico giuridico, risulta riconosciuta legalmente quella scrittura autenticata da notaio o da altro pubblico ufficiale che, accertando l'identità del soggetto o dei soggetti, attesti che la sottoscrizione o le sottoscrizioni delle parti sono state apposte in sua presenza.

Al contrario, la verità e l'esattezza del contenuto sostanziale delle dichiarazioni rese dalle parti è come se fossero sempre soggette ad un potenziale scorporamento dalla "carta" che le contiene, dato che possono essere, da sole, contrastate con ogni mezzo di prova.

6. *Conclusioni.* – In considerazione del fatto che anche in Italia, nell'ultimo decennio, al pari di tutti gli altri Stati dell'Unione Europea, è aumentato esponenzialmente il ricorso alle procedure di conciliazione per la soluzione alternativa dei conflitti, ritengo che questo particolare istituto dovrebbe essere meglio ri-

valutato e riqualificato anche attraverso opportuni adeguamenti normativi e legislativi.

Nonostante non si possa fare riferimento ad una specifica letteratura giuridica, le indicazioni ed i riscontri empirici mostrano come la mediazione di polizia possa rappresentare per la nostra cultura giuridica una grande opportunità; un'alternativa alla gestione del conflitto ed alle soluzioni impositive che tradizionalmente vengono perseguite per tentare il superamento della disputa.

Credo che si possa affermare, quindi, che l'ufficiale di pubblica sicurezza nell'esercizio della sua funzione conciliativa, possa rappresentare, a pieno titolo, tutta la comunità nella ricerca della salvaguardia e della tutela dei valori comuni messi in crisi dalle conflittualità delle parti in contesa.

L'applicazione di questo istituto è in piena coerenza e sintonia con l'evoluzione culturale e professionale che il Dipartimento della pubblica sicurezza ha saputo interpretare e sollecitare in tutti questi anni di cammino e modernizzazione istituzionale. Nell'ambito della sua specifica funzione di prevenzione esso riesce infatti a tradurre in senso operativo sia il concetto di "*polizia di prossimità*" sia il concetto di "*sicurezza partecipata e condivisa*".

A titolo di mero esempio e riferimento esperienziale, voglio qui citare un progetto che dal 2011 è operativo presso la Questura di Trento. Si tratta di un nuovo servizio di mediazione sociale finalizzato a dirimere liti e controversie tra i cittadini ed evitare che piccoli dissidi quotidiani possano trasformarsi, con il tempo, in veri e propri procedimenti penali.

Il progetto in questione si chiama "*comunitando*" e vede la stretta collaborazione tra il centro di mediazione della Regione e la Questura di Trento.

In tal modo, la ricomposizione dei conflitti è attuata in via principale da ufficiali di pubblica sicurezza, i quali possono anche avvalersi della collaborazione di esperti in mediazione o, nei casi in cui l'attività conciliativa necessiti di specifiche competenze, inviare le parti presso gli organismi di mediazione, in particolar luogo quando si tratti di conflitti di vicinato, familiari, interculturali, o intervenire nei casi in cui si verificano incomprensioni, offese, minacce e lievi violenze.

Tale forma di mediazione viene applicata anche in ambito sociale, interfamiliare, amministrativo e nel contesto scolastico, per prevenire e contrastare fenomeni di bullismo o di disagio.

Il relativo protocollo prevede che i mediatori della Regione, una volta ricevuta la segnalazione dalla Questura, si adoperino per trovare un accordo conciliativo che possa soddisfare le esigenze delle parti in causa.

Il progetto è partito, in via preliminare, con una serie di incontri tra mediatori e personale della polizia di stato con l'obiettivo di individuare gli ambiti di intervento attraverso l'analisi di situazioni specifiche. È seguita poi una seconda fase sperimentale durante la quale mediatori e personale della polizia di stato hanno individuato alcuni casi pilota con cui attivare i primi percorsi di mediazione sociale.

Caratteristiche fondamentali di questo servizio di mediazione, completamente gratuito, sono la libera adesione al tentativo di risoluzione del conflitto e l'autonomia nella stesura dell'eventuale accordo.

La mediazione di polizia richiama alla nostra attenzione anche un altro elemento valoriale importante per la crescita e lo sviluppo della cultura della legalità nell'ambito di una comunità locale: quello del concetto di *"cittadinanza attiva"*.

Il sistema valoriale espresso dal concetto di *"cittadinanza attiva"*, unito a quello della *"sicurezza partecipata e condivisa"* svolge infatti in seno alle dinamiche di relazione della mediazione di polizia una importante funzione socio pedagogica per la formazione dei giovani alla cultura dell'inclusione e della coesione sociale.

Anche per questo motivo il Dipartimento della Polizia di Stato già da diverso tempo ha inserito nei programmi di formazione del personale dirigente e direttivo specifici moduli tematici dedicati al perfezionamento di tecniche di comunicazione da utilizzare nella gestione della mediazione nonché nella negoziazione di conflitti.

Appare opportuno anche evidenziare che la Questura di Cagliari riceve mediamente 300 esposti nell'arco di un anno e che circa il 90 % delle relative procedure vengono concluse con un accordo conciliativo tra le parti in contesa.

Per tali ragioni è opinione diffusa che l'istituto in parola meriti di essere attuato con maggiore frequenza, anche attraverso

A. Caria

progetti di collaborazione con organismi esterni di mediazione, perché esso si pone come esempio concreto di quell'attività di prevenzione che è tipica della pubblica sicurezza, come è altrettanto tipica della polizia giudiziaria l'attività di repressione dei reati.

OMAR HUERTAS DÍAZ*, ADRIANA PATRICIA ARBOLEDA LÓPEZ**

FORTALECIMIENTO DE LA AUTOSTIMA Y EDUCACION EMOCIONAL PARA UNA CULTURA DE PAZ

SUMARIO: 1. Resumen. - 2. Introducción. - 3. El conflicto. - 4. Autoestima en el conflicto. - 5. Cultura de paz desde la educación emocional. - 6. Conclusiones.

“La tensión, por lo tanto, en este caso es la del incambiamiento que se reconoce como razón de ser de la propia búsqueda y la de conflictos no antagónicos; no la creada por el miedo, por la prepotencia, por el cansancio existencial, por la anestesia histórica o por la venganza que estalla por la desesperación frente a la injusticia que parece perpetuarse”

Paulo Freire (1993)

1. *Resumen.* – Qué relación tiene la autoestima con el conflicto? ¿El afecto ayuda a disminuir las reacciones agresivas? ¿Puede la educación emocional contribuir con una cultura de paz? Este

* Post Doctor y Doctor en Derecho y Profesor Asociado de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derecho Penal, Universidad Libre. Doctor en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Magíster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá. Magíster en Educación, Universidad Pedagógica Nacional y Universidad Nacional. Líder del Grupo de Investigación Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN.

** Post Doctora en Ciencias de la Educación con Enfoque en Complejidad e investigación Transdisciplinar de la Universidad Simón Bolívar Barranquilla, Colombia. Investigadora Senior. Posdoctorado en Derecho de la Universidad de Nacional de Colombia. Docente investigadora asociada de la Corporación Universitaria Americana. Miembro de la Red de Derecho Procesal y de la Red de Consultorios Jurídicos y Centros de Conciliación de Antioquia.

artículo intenta dar elementos para responder a estos interrogantes, relacionando el carácter transformativo de la autoestima con el conflicto. Esto es, que al cuestionarnos sobre el cómo sanar y reevaluar las emociones sobre sí mismos, se puede potenciar la capacidad de resolver conflictos de manera asertiva y en esa medida, brindar alternativas para la consolidación de una cultura de paz. El trabajo parte entonces de unos planteamientos generales acerca del conflicto, dándole fuerza a su connotación positiva, en aras de conectar y presentar a la autoestima como una herramienta capaz de sumarse a los propósitos de sociedades más pacíficas en medio de la conflictividad, tal y como lo plantea la cultura de paz.

Palabras Clave: Conflicto, autoestima, educación emocional, cultura de paz.

2. Introducción. – La búsqueda de sociedades más pacíficas, exige que no sólo las instituciones y las colectividades se pongan en disposición a ello, requiere además que los individuos comiencen a cuestionarse desde sus propias construcciones emocionales y relacionales, cuál ha sido su posición frente a la diferencia y cuál ha sido su aporte en la consecución de nuevos escenarios que permitan un manejo constructivo del conflicto. El incansable que hacer por la paz, nos lleva entonces a encontrarnos con las subjetividades presentes en el conflicto; a remover desde los procesos de la autoestima y el auto-concepto las formas en las que asumimos al otro y el cómo estamos dispuestos a construir con la otredad aún desde el desencuentro de ideas, intereses o prácticas.

En esa medida, los interrogantes sobre la identidad del individuo, le representan una fijación detallada de todos sus relacionamientos, incluidos aquellos que traen situaciones de conflicto, entendido éste como un aspecto connatural a la historia de la humanidad. Por ello, este trabajo reflexiona sobre el vínculo de la autoestima con la cultura de paz, asumiendo los ires y venires de la conflictividad humana, como un punto de partida para el logro de pequeñas transformaciones en las relaciones sociales.

3. *El conflicto*. – Cuando pensamos en los distintos relacionamientos sociales, nos adentramos en un mar de posibilidades enlazadas a la historia de la humanidad. Esa apertura analítica, nos lleva también a considerar las diversas posiciones, percepciones e intereses que emergen en ese relacionamiento, lo cual, indudablemente nos presenta situaciones de conflicto donde esa diversidad de pensamientos y formas de actuar, han entrado en confrontación en distintos niveles y escenarios de la vida.

El conflicto entonces, puede traer o no consigo situaciones de violencia física, simbólica o psicológica, todo depende de la manera en la que se tramite y del nivel de confrontación manifiesto. Para algunos teóricos del conflicto como Morton Deutsch¹, el conflicto se da cuando hay actividades incompatibles, haciendo que una interfiera o impida la ocurrencia efectiva de la otra. Otros autores como Ramón Álzate², exponen que el conflicto consiste en una divergencia percibida de intereses o en la creencia de que las aspiraciones no pueden ser alcanzadas de manera simultánea, es decir, que los intereses del otro pueden trincar la realización de los propios y en esa medida ser percibidos como una amenaza.

En términos psicológicos, las autoras Faber y Mazlish, definen el conflicto como *“la coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos emocionales”*³. En esa medida, se entiende que el conflicto no es únicamente una situación de tensión con otro en confrontación, sino también, una de contradicción con uno mismo, especialmente cuando las vías de tramitación son erróneas y lo que hacen es acrecentar la disputa existente.

El conflicto entonces surge de modo natural en la vida cotidiana⁴, se entiende como una manifestación inherente al relaciona-

¹ M. DEUTSCH, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven, Yale University Press, 1973.

² R. ÁLZATE, *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*, Bilbao, 1998.

³ A. FABER, E. MAZLISH, *Cómo hablar para que los niños escuchen y cómo escuchar para que los niños hablen*, Medici, 1997, pp. 126-127.

⁴ G. PÉREZ, V. PÉREZ, *Aprender a convivir. El conflicto como oportunidad de crecimiento*, en *Contexto educativos: Revista de educación*, 2011, pp. 227-228.

miento social, que además genera transformaciones en nuestro interior; en nuestra individualidad y nuestras creencias a partir de una relación constante, pero diversa, con el mundo que nos rodea. Por lo tanto, esa inherencia y conmoción interior nos permite sostener lo posible de un conflicto que ha contribuido con el desarrollo mismo de la historia social, política y económica de la humanidad. Sin embargo, hasta hace poco, comenzó a considerarse la connotación positiva del conflicto y de sus impactos en las relaciones humanas, pues incluso desde su origen etimológico, éste genera unas asociaciones que se tornan negativas. La palabra conflicto viene del latín *conflictus*, compuesta por el prefijo *con* que es convergencia o unión y el participio *fligere* que significa choque, golpe o encontronazo; asociado al verbo *fligere* con las palabras infligir o afligir. Se cierra así la posibilidad de un conflicto que no implique antagonismos o aflicciones, llevando a que gran parte de los esfuerzos analíticos del conflicto, robustecieran la concepción fatalista de la conflictividad, muy ligada a los determinismos y tensiones políticas dadas durante el escenario de las guerras mundiales.

Por fortuna, el contexto de posguerra dio ruta a nuevos análisis y estudios del conflicto en todas las relaciones sociales, tanto por la necesidad humana de preservación, como por la oportunidad académica de observar otro tipo de relacionamientos en el micro-contexto. Esto a su vez, ha permitido un cambio en la definición y asimilación de las disputas, de los paradigmas sobre la conflictividad, dando paso al reconocimiento del conflicto como un motor para el crecimiento personal y colectivo con miras a una convivencia pacífica.

Lo anterior no significa que se oculte o prescinda de la tensión natural que emana en las relaciones sociales, al contrario, implica un replanteo en las formas de resolver las desavenencias que se dan en medio de un desequilibrio social donde la conflictividad existente está compuesta por fenómenos de diferente naturaleza y magnitud. No darle un adecuado tratamiento a la diferencia de intereses, puede acrecentar los problemas volviéndolos funcionales al escalamiento del conflicto y a escenarios violentos de mayor contundencia y alcance.

En ese sentido, se parte de la aceptación de que toda convivencia necesita de periodos de desencuentro o redefinición de

los vínculos, pues la ausencia de problemas aparentes, no es sinónimo de convivencia. Convivir no es asumir una estabilidad histórica, sino que la diversidad de opiniones, la negociación, el debate y el diálogo, son síntomas de buena convivencia⁵.

En últimas, los virajes analíticos en torno al conflicto, apuntan a mejorar las formas de abordar y tramitar las disputas que se presentan en la cotidianidad, ello implica además, replantearnos como sujetos pensantes; reevaluar nuestras emociones y reacciones en el relacionamiento y la convivencia con el otro. Apostar por procesos de resolución de conflictos desde una revisión al interior de la emocionalidad propia no es un asunto menor, pues las teorías psicológicas han demostrado que muchas conductas antisociales son expresión de un malestar anímico⁶.

En esa medida, entender al conflicto como escenario de transformación, es también reconocer la posibilidad de generar procesos de aprendizaje emocional, que al trabajar en los malestares anímicos de manera adecuada, puede brindar alternativas para la construcción de un relacionamiento social más armónico o por lo menos, para forjar actitudes menos agresivas a la hora de afrontar las disputas que emergen en todo relacionamiento humano.

4. *Autoestima en el conflicto.* – La conciencia del propio ser, sus formas de desenvolverse en el mundo exterior y la manera en la que se proyecta en las distintas situaciones de la vida, suelen ser asuntos claves para el desarrollo humano y el equilibrio de las relaciones sociales más inmediatas. Sin embargo, pese a esta relevancia, los procesos de autoconocimiento que soportan a la autoestima, no se han posicionado como un tema crucial a la hora de tramitar la conflictividad desde los distintos niveles donde ésta se manifiesta. Situarnos en la subjetividad propia de

⁵ R. ORTEGA, R. REY, *La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia*, en *Avances en supervisión educativa*, 2006, pp. 1-7.

⁶ M. SÁNCHEZ, *Educación para la cultura de paz. Una aproximación psicopedagógica*, Bogotá, USTA, 2016.

la autoestima, tal vez nos permite, estudiar con mayor rigor y profundidad el conflicto, pues *“los humanos no tenemos conflictos en abstracto, los construimos personalmente desde la interpretación subjetiva de una situación y la identificación y valoración que hagamos de nuestros intereses y los de las otras partes en dicha situación”*⁷. Esto quiere decir que el conflicto nace en nosotros incluso antes de ser una realidad concreta, por lo cual, es necesario remover las estructuras internas que nos hacen percibir, actuar o tramitar de determinada un conflicto.

Ahora bien, la remoción de viejas estructuras de pensamiento y comportamiento requieren de un proceso de aprendizaje que ayuden a la formación de la autoestima, desechando lentamente los aspectos negativos que nos impiden amarnos completamente y entregar ese mismo afecto a los demás. Para ello, la profesora e investigadora Mariela Sánchez⁸ propone varias maneras de evolucionar en la relación consigo mismo y con los demás:

- Flexibilidad mental: adoptar lentes más flexibles para observar la realidad del mundo donde interactúan seres imperfectos. Esto es, comprender que tanto los demás como el propio ser, se encuentran en constante aprendizaje y que como seres humanos siempre hay una exposición a la equivocación o simplemente a ser y asumir de forma diferente determinada situación;
- La auto-observación y el análisis interior: analizar y confrontar su crítico interno, con la idea de reflexionar sobre cómo se está evaluando a sí mismo. Tratar de emprender un aprendizaje sano de autoevaluación, cultivando los auto-conceptos positivos;
- El lenguaje de las virtudes: identificar y hacer consciente a las personas de sus virtudes desde temprana edad, pues se suele estar mucho más despierto frente a los aspectos que percibimos como negativos en los demás, dificultando de una u otra forma el relacionamiento con los otros.

⁷ F. LACA, *Cultura de Paz y Psicología del conflicto*, Estudios sobre las Culturas Contemporáneas, XII (24), diciembre de 2006, pp. 55-70.

⁸ M. SÁNCHEZ, *Educación para la cultura de paz. Una aproximación psicopedagógica*, Bogotá, USTA, 2016.

En ese sentido, la riqueza de la autoestima radica en las consideraciones reflexivas que pueden constituirse en la misma, pues se trata de un proceso de construcción de los esquemas sobre sí mismo, donde se entretajan las estructuras cognitivas afectivas que conforman lo que somos. Estas pueden ser tanto negativas como positivas y dependen de nuestras experiencias, de nuestra relación con nosotros mismos y con los otros. Al respecto, García y Musitu señalan: *“La persona se auto-valora según unas cualidades que provienen de su experiencia y que son consideradas como positivas o negativas. El concepto de autoestima se presenta como una conclusión final del proceso de autoevaluación; la persona tiene un concepto de sí misma; si después pasa a autoevaluarse e integra valores importantes, esto es, se valora en más o en menos, se infra o sobrevalora, decimos que tiene un nivel concreto de autoestima. Es decir, la autoestima es el grado de satisfacción personal del individuo consigo mismo, la eficacia de su propio funcionamiento y una actitud evaluativa de aprobación que siente hacia sí mismo”*⁹.

En ese sentido, es fundamental que en la configuración de la autoestima se propicie un fortalecimiento de los vínculos afectivos con quienes nos rodean. Los procesos de afecto son cruciales para desarrollar una adecuada autoestima en las personas, lo que su vez contribuye en la prevención de comportamientos agresivos¹⁰. Además, el cuidado de sí mismo y de los otros desde el afecto, el amor y la pertenencia, hace parte según Maslow¹¹, de las necesidades humanas. Este autor propone una jerarquía de necesidades que motivan a las personas: necesidades fisiológicas, de seguridad, de amor y de estima, cuya satisfacción lleva al cumplimiento de las necesidades de autorrealización.

Ahora, son las necesidades de estima las que se encuentran ligadas directamente con la autoestima. Maslow¹² señala que se trata del reconocimiento y el respeto hacia los demás, logrando que las personas se sienten seguras de sí mismas y valiosas den-

⁹ F. GARCÍA, F. MUSITU, *Autoconcepto Forma 5*, Madrid, Tea, 2014.

¹⁰ M. SÁNCHEZ, *Educación para la cultura de paz. Una aproximación psicopedagógica*, Bogotá, USTA, 2016.

¹¹ A. MASLOW, *Teoría de la Motivación Humana*, 1943.

¹² A. MASLOW, *Teoría de la Motivación Humana*, 1943.

tro de la sociedad. Establece además dos necesidades de estima: una de nivel inferior que implica el reconocimiento hacia los demás y lo que se quiere proyectar a los otros en búsqueda de atención, fama, reputación, etc. Y una de nivel superior, que busca el fortalecimiento interno por medio de la confianza.

En esa medida, si el sujeto se siente auto-realizado, va a establecer mejores relaciones con quienes lo rodean, por ello es importante incentivar desde la infancia la formación de auto-conceptos positivos basados en el autocuidado y la estima propia, pues *“la consolidación de una identidad individual basada en la autoestima favorece el autoconocimiento, elemento trascendental en el reconocimiento del otro”*¹³. Así, generar vínculos basados en el afecto, puede apaciguar los odios, tensiones y conflictos, mejorando la relación con los demás, lo que a su vez, se refleja en contextos sociales menos hostiles y más fraternos, donde se resalten las potencialidades de cada individuo al servicio del bien común.

Podemos decir entonces que los procesos de auto-reconocimiento contribuyen con la transformación de la concepción negativa del conflicto, esa que sólo percibe sus consecuencias destructivas¹⁴. Así mismo, que el fortalecimiento adecuado de la autoestima, desencadena en un proceso constructivo, que a partir del amor propio, vinculado en el trato con el otro, potencia al conflicto como una *“oportunidad de crecimiento”*¹⁵ donde las partes en confrontación comprendan al disenso como un escenario propio para la autoevaluación y el aprendizaje conjunto.

Ahora bien, si ampliamos el lente analítico, encontramos que el equilibrio de las emociones en la autoestima no sólo influye en un manejo acertado de los conflictos, también contribuye con la desactivación paulatina de la violencia y la transformación de otras problemáticas existentes en el medio, pues al abordar los conflictos de manera oportuna, reconociendo de forma

¹³ M. SÁNCHEZ, *Educación para la cultura de paz. Una aproximación psicopedagógica*, Bogotá, USTA, 2016.

¹⁴ J.P. LEDERACH, *El abecé de la paz y los conflictos: educar para la paz*, Madrid, Catarata-Edupaz, 2000.

¹⁵ A.P. ARBOLEDA, L.F. GARCÉS, *La conciliación extrajudicial en entornos virtuales: reflexiones éticas*, en *Revista científica electrónica de Educación y Comunicación en la Sociedad del Conocimiento*, 1, enero-junio de 2017, p. 17.

inteligente y serena las emociones propias que nos enlazan con los demás, el entorno social también presenta mejorías, brindando escenarios personales y colectivos de mayor paz.

En concordancia, autoras como cava¹⁶ señalan que aspectos negativos como la presión, la agresividad o la baja autoestima facilitan el crecimiento de la violencia, por tanto, a medida que se trabaje en mejorar estas cuestiones, apostándole al fortalecimiento de aspectos positivos como el afecto, el amor propio, la habilidad comunicativa y la creatividad, se genera una reducción inversamente proporcional de otras problemáticas sociales que son igual de preocupantes a las acciones violentas.

La autoestima se posiciona entonces como un elemento fundamental para la educación emocional de los individuos y a su vez, se proyecta como un instrumento neurálgico para la resolución de conflictos. En esa medida, comprender las desavenencias internas, es quizá, la mejor manera de comprender la conflictividad que se produce con el otro sin acudir a medios violentos que ocasionen algún tipo de daño.

5. *Cultura de paz desde la educación emocional.* – La búsqueda histórica de acuerdos que ayuden a conseguir un equilibrio social a pesar de las confrontaciones latentes y las desigualdades sociales, ha brotado en múltiples organizaciones, espacios y actores que comprenden que la paz no es únicamente la ausencia de violencia, sino que esta debe concebirse de manera integral para la construcción de una sociedad más justa y democrática. Así, la historia de los hombres y mujeres se ha encontrado siempre ante la paradoja de preservación o la destrucción, lo que nos entrega a la gestión pacífica de los conflictos como *“una realidad primigenia que nos hace movilizarnos por el bienestar, la satisfacción de necesidades y, secundariamente, temer, huir, definir e identificar la violencia”*¹⁷.

¹⁶ M.J. CAVA, *La utilidad de la mediación como estrategia de resolución y prevención de conflictos en el ámbito escolar*, en *Información psicológica*, enero-abril de 2009, pp. 15-26.

¹⁷ F. MUÑOZ, B. MOLINA, *Una Cultura de Paz compleja y conflictiva. La búsqueda de equilibrios dinámicos*, en *Revista Paz y conflictos*, (3), 2010, pp. 44-61.

Existen pues necesidades formativas entorno a la interpretación de los fenómenos sociales, partiendo de los significados e intenciones de las acciones humanas desde la representación de los propios agentes sociales¹⁸. En esa medida, la formación de sujetos preocupados por el bienestar propio sin desestimar las emociones del otro puede ser una valiosa herramienta para la construcción gradual de una cultura de paz, pues ésta trata de ir a las causas del conflicto social y que mejor manera de identificar esa causalidad, sino es adentrándose en las concepciones de los protagonistas de la conflictividad y la búsqueda de paz.

De algún modo, la cultura de paz asume así lo que otrora señaló Estanislao Zuleta: *“Si se quiere evitar al hombre el destino de la guerra hay que empezar por confesar, serena y severamente la verdad: la guerra es fiesta”*¹⁹. Es decir, no se debe evitar socavar en los significados del conflicto y ni desentenderse de su connotación positiva. Por tal motivo, la cultura de paz no desconoce el conflicto, antes bien, aboga por la disminución de respuestas violentas ante situaciones conflictivas, promoviendo así la exploración de nuevas formas de relacionamiento social.

Por ello, resulta fundamental hacer un retorno a la autoestima, ya que ésta debe orientar las emociones a reparar algún daño causado a sí mismo y a otros con los que interactuamos; preguntarse por el qué pasó, quién y cómo ha sido dañado; de qué forma solucionar el daño sufrido o cómo mejorar las relaciones que se han visto afectadas. Se asume de esa forma, que al ser la autoestima un elemento compositivo básico de la educación emocional, trabaja directamente sobre lo que Alicia de Mingo llama *“primitiva inercia de la reciprocidad”*²⁰, esto, en términos coloquiales se ha entendido e instalado como *“ojo por ojo, diente por diente”*, es decir, responder siempre con las mismas

¹⁸ H.S. F. DÍAZ, *La formación del profesorado en instituciones educativas multiculturales y en situación de vulnerabilidad. Base para construir cuidada-nía inclusiva e intercultural*, en *Revista Logos*, 2014, pp. 149-163.

¹⁹ E. ZULETA, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*, Bogotá: Fundación Estanislao Zuleta, 1980.

²⁰ A. DE MINGO, *Noviolencia, desobediencia civil y ejemplaridad*, en *Revista Paz y Conflictos*, 2010.

proporciones de violencia o sufrimiento a una agresión o daño causado.

Entre tanto, si entendemos que la inteligencia emocional es clave para percibir, evaluar, comprender y autorregular diversos estados emocionales, comprendemos también que una persona con una inteligencia emocional desarrollada de manera adecuada, tiende a rechazar esa reciprocidad que termina acrecentando los conflictos, pues evita que los inconvenientes y desavenencias obstruyan su capacidad de pensar en situaciones conflictivas y por tanto, prescinde de respuestas violentas. Al respecto, Mariela Sánchez (2016) señala: *“La creencia en sí mismo contribuye igualmente a la disminución de reacciones violentas debido a que estos individuos pueden controlar mejor sus propios sentimientos y en el momento en que son ofendidos, pueden mantener la calma. Quienes poseen amor propio tenderán a autoprotgerse frente a la agresividad de los demás, pues los problemas que se presentan, no tendrán la capacidad de destruir su autoconfianza. Estos individuos aceptan los conflictos con mayor facilidad en sus vidas, tratando de sacar el mejor provecho de dichas situaciones, reconociendo su responsabilidad en los mismos sin culpabilizar a los demás”*²¹.

Esta tendencia a la mediación asertiva y no violenta de los conflictos, se debe a que las personas que cuentan con consciencia emocional tienen claro qué emociones están sintiendo y por qué, comprenden el vínculo existente entre sus sentimientos, pensamientos, palabras y acciones, conocen el modo en que sus sentimientos influyen sobre su rendimiento y tienen un conocimiento básico de sus valores y de sus objetivos²².

Por lo tanto, el papel de la autoestima y los auto-conceptos positivos en la educación emocional, resultan vitales desde una conexión profunda, que posibilite poco a poco una realización cotidiana de la cultura de paz, pues el individuo y su emocionalidad no se encuentran aislados del entramado sociocultural que atraviesa parte de sus interacciones y modos de compren-

²¹ M. SÁNCHEZ, *Educación para la cultura de paz. Una aproximación psicopedagógica*, Bogotá, USTA, 2016.

²² D. GOLEMAN, *La práctica de la inteligencia emocional*, Barcelona: Kairós S.A., 1998.

der; él también hace parte del contexto inmediato²³. Por esta razón, los comportamientos, decisiones y prácticas que hacen parte de la personalidad de los individuos, impactan en menor o mayor medida, en el desarrollo y la evolución de las comunidades.

Con todo, hay que decir que la agresividad de ciertos entornos puede hacer de la educación emocional una tarea mucho más complicada, por eso se trata de un proceso auto-reflexivo que depende en gran medida de una plena voluntariedad y del apoyo que podamos encontrar en los otros. Martínez Guzmán, considera que *“los seres humanos somos capaces de performar o configurar nuestras relaciones personales potenciando el cariño, el cuidado y la ternura, afrontando por medios pacíficos los conflictos humanos”*. Esto es, creer en la posibilidad transfiguraría de la inteligencia emocional, pues existe una potencia en el cambio de las relaciones sociales basadas en el respeto y la cooperación, logrando que de manera gradual también se transforme el entorno.

Ahora bien, lograr la realización de relaciones más armónicas orientadas a la paz, requiere, por un lado, aprender que las expresiones demostrativas de afecto como los abrazos, caricias y palabras respetuosas, ayudan a generar mejores sensaciones y por ende, crean una convivencia sana donde el desarrollo emocional de las personas es equilibrado²⁴. Por otro, es importante emplear actitudes y conocimientos para el control parcial de las emociones, desprendiéndose de aquellas que son negativas, lo que lleva a una mejor disposición frente a situaciones de conflicto. Sobre esto último, el profesor Daniel González plantea tres vías para controlar de manera parcial la emocionalidad²⁵:

1. La revisión de las creencias propias, es decir, una reevaluación constante de nuestros juicios valorativos, los cuales son

²³ M.L. BARRERA, S. DONOLO, S. ACOSTA, M. GONZÁLEZ, *Inteligencia emocional y ambientes escolares: Una propuesta psicopedagógica*, en *Enseñanza e investigación en psicología*, 17 (1), enero-junio de 2012, pp. 63-81.

²⁴ X.J. ARES, *Pedagogía de la convivencia*, Barcelona, Editorial Grao, 2006.

²⁵ D. GONZÁLEZ, *Emociones, responsabilidades y derecho*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2009.

- fruto de lo que consideramos que está justificado en nuestra composición personal y social. Poder ser críticos sobre lo que se cree válido, ayuda a suprimir las emociones irracionales que llevan a actuar de manera inadecuada;
2. La manipulación del contexto. Se refiere a la capacidad de modificar las condiciones que nos provocan determinada emoción, es decir, poder construir una situación que genera buenas emociones o intentar rehuir a las situaciones que provocan emociones negativas;
 3. La revisión de los propios deseos y fines. Estar repensando los deseos y orientarlos hacia valores apropiados, negándose a partir de un aprendizaje emocional, a aquellos deseos que son perjudiciales para sí mismo y para los demás.

Por ende, se trata de orientar las habilidades emocionales de los individuos hacia la prevención de conductas lesivas. Pues según este autor, el “analfabetismo emocional” puede ser la causa de situaciones dañinas dentro del conflicto y de otras conductas perjudiciales para sí mismo y los demás, amenazando de esa forma, otras posibilidades de consenso ante posiciones contrarias.

De esta manera, lo expuesto hasta ahora, nos lleva a considerar el carácter democratizador de la educación emocional, pues al resaltar el amor propio, el autocuidado y el cuidado del otro, abre las puertas a una sociedad más solidaria. Además, podemos decir que la libertad personal radica en la responsabilidad sobre las emociones propias y que en esa medida se puede comprender y respetar la libertad individual del otro. Por tanto, al sujeto auto-reflexivo lo habita un valor eminentemente democrático, cuya inteligencia emocional puede expandirse en el relacionamiento con los demás generando mayores equilibrios sociales, sin perder el dinamismo que otorga el conflicto y la diferencia.

Por consiguiente, la fuerza transformadora de la autoestima, se conecta con propósitos propios de la cultura de paz como: el respeto por la pluralidad, el reconocimiento de la diversidad, la cooperación y la convivencia pacífica. Reconociendo además que esta es una respuesta que *“busca mayor grado de organización, de equilibrio y armonía en el conjunto de la especie y con*

*su medio [...] Podríamos afirmar que la paz significa alcanzar el máximo de equilibrio interno y, en esa medida, el menor grado de entropía, de desorden de la energía, de los recursos*²⁶.

Así pues, se crea una apertura mental desde el auto-reconocimiento donde se sacuden las creencias y emociones propias, con una finalidad que también es política en la medida que señala un nuevo horizonte para la construcción de otras formas de dialogar, participar y tramitar las disputas. Se trata de un proceso inacabado que apenas da luces dentro de la complejidad que sostiene a los sujetos y sus formas de relacionarse, pero que sugiere la posibilidad de movilizar la consciencia y las prácticas individuales hacia escenarios de mayor bienestar colectivo desde una aprehensión mucho más profunda de la cultura de paz.

6. *Conclusiones.* – La agudeza de ciertos problemas sociales contemporáneos invita a un replanteo en las formas de relacionamiento social que son violentas, agresivas y destructivas; en aras de un equilibrio social que asegure la supervivencia de la humanidad y el cuidado de su entorno, es necesario considerar nuevas maneras de tramitar los conflictos. Por tal motivo, el estudio de las subjetividades dentro del conflicto se posiciona como una forma mucho más palpable de revisar y desanudar las complejidades presentes en las motivaciones humanas que llevan a construir escenarios de disputa.

Ese micro lente analítico basado en las creencias, emociones, decisiones y comportamientos de los individuos, puede parecer insignificante. Sin embargo, contiene una potencia transformadora aun por descubrir, pues nos presenta a la autoestima como una herramienta cuyas posibilidades frente al conflicto, apuntan hacia la consolidación de un bienestar colectivo, pues entiende la diferencia de la otredad como una catapulta para el crecimiento personal.

En ese sentido, la autoestima se posiciona como el instrumento rector de la educación emocional y esta a su vez, forma individuos sensibles, socialmente responsables, de una flexibili-

²⁶ F. MUÑOZ, B. MOLINA, *Una Cultura de Paz compleja y conflictiva. La búsqueda de equilibrios dinámicos*, en *Revista Paz y conflictos* (3), 2010, pp. 44-61.

dad mental que les da la capacidad de buscar alternativas pacificas ante una situación de conflicto. Estas características individuales contribuyen con los principios pluralistas y democráticos propuestos por la cultura de paz, proyectando entonces un impacto en escala que desde una apropiación adecuada de las emociones internas, puede mejorar las relaciones sociales con el entorno inmediato.

Por lo tanto, la revisión constante de las emociones y motivaciones en el marco de la autoestima, ayuda a construir de manera adecuada valores autónomos de libertad y responsabilidad, no sólo consigo mismo, sino con los demás. Lo cual al transformar las relaciones más cercanas, genera una disminución paulatina de los escenarios violentos, lesivos y destructivos. En definitiva, los procesos de autoestima en el conflicto y la cultura de paz, nos presentan un camino arduo por recorrer, pero sin duda alguna, esperanzador en la búsqueda de formas más sanas de relacionamiento social.

JACQUELINE B. BERMEJO*

LA PROCEDURA DI MEDIAZIONE PENALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Obiettivi. - 3. Principi e casistica. - 4. Tecniche di comunicazione. - 5. Fasi. - 6. Strumenti comunicativi.

1. *Introduzione.* – Basandosi sull'autonomia riconosciuta dalla Costituzione Nazionale Argentina ognuna delle province argentine stabilisce l'amministrazione e l'organizzazione della giustizia ordinaria sul proprio territorio. L'organizzazione giudiziaria in ogni provincia viene istituita in base alle proprie Costituzioni provinciali, motivo per il quale in Argentina esiste un'organizzazione giudiziaria diversa per ogni provincia.

Dal 2014 nella provincia di Neuquén è entrato in vigore il nuovo Codice di Procedura Penale, tra le cui novità, si stabilisce, in uno degli articoli, che *“sia i giudici che i procuratori cercheranno la risoluzione dei conflitti allo scopo di contribuire a ristabilire l'armonia tra i protagonisti e la pace sociale, utilizzando la pena come ultima risorsa”*. La l. n. 2879 ha creato nell'ambito del Potere Giudiziario della provincia di Neuquén il Programma di Mediazione Penale al fine di mettere in pratica il principio guida stabilito all'art. 64 della l. 2302 – Protezione Integrale del bambino e dell'adolescente – e all'art. 17 del suddetto Codice Penale, incorporando una serie di istituti nuovi per l'approccio dei casi che entrano nel sistema penale. Questo Programma è stato regolamentato dal Tribunale Superiore di Giustizia e applicato in tutta la provincia e le sue V circoscrizioni giungendo anche ai più piccoli insediamenti e rendendo il servizio di Giustizia più accessibile alla comunità. Sia la mediazione che la conciliazione, in quanto modi non tradizionali di risoluzione dei conflitti, fanno parte degli strumenti che il Pub-

* Mediatrice penale, Neuquén - Patagonia Argentina.

blico Ministero propone alle parti per essere stati protagonisti di una situazione che potrebbe costituire reato. I giovani che trasgrediscono al Codice Penale sono compresi in questo Programma. Sono personalmente coinvolta, in cui sin dalla sua creazione come mediatrice penale della II Circoscrizione Giudiziaria. È opportuno sottolineare che si parte dal concetto di Giustizia Riparativa dato che è un processo orientato ad includere, per quanto possibile, tutti coloro che sono interessati a partecipare, identificare, far fronte collettivamente ai danni, alle necessità e agli obblighi derivati dall'offesa, in vista di rimediare ai danni nel miglior modo possibile, sia in maniera concreta che simbolica. Questa procedura garantisce i principi di neutralità, imparzialità, uguaglianza, volontarietà, confidenzialità, immediatezza, celerità ed economia processuale; allo stesso tempo si tratta di un servizio gratuito e condotto da professionisti altamente qualificati in diverse discipline. I mediatori intervengono quando la Procura assegna loro i casi. Possono anche intervenire se le parti lo richiedono, rispettando sempre la volontà delle parti coinvolte.

Nel 2016 il team di Mediatori Penali ha elaborato insieme alla Direzione Provinciale di Mediazione, da cui dipendono gli uffici, un Protocollo di Intervento per situazioni complesse, ad esempio i blocchi stradali dovuti alle manifestazioni popolari o conflitti riguardanti i popoli indigeni. Questo protocollo è stato applicato con successo in un caso complesso ed è stato richiesto da parecchi organismi, tra i quali il Ministero di Giustizia della Nazione.

Questa introduzione mi consente di spiegare dal punto di vista di una mediatrice penale, l'impatto che tale pratica provoca sulle vittime, sui colpevoli e sulla società, o più precisamente sugli offesi e gli offensori.

2. *Obiettivi.* – I principali obiettivi a cui mira la mediazione consistono nel: 1. Provocare la partecipazione attiva delle parti nella gestione del conflitto. Le persone coinvolte abbandonano il ruolo di spettatori di un procedimento per entrare in una discussione attiva sul problema. È interessante osservare come spesso lo sviluppo del processo penale si allontana da ciò che

veramente è successo o succede alle parti, sia per il protagonismo che assume lo Stato, sia per l'intervento degli avvocati o la struttura propria del processo. In tal senso la cosiddetta vittima di solito ha un ruolo passivo durante il processo, che generalmente non la soddisfa completamente. Intanto il colpevole, invece di far fronte alle conseguenze reali delle proprie azioni e alle ripercussioni genuine che queste hanno sulla persona interessata, fronteggia una lunga sequenza di fasi processuali; 2. Cercare il contatto reciproco tra le parti. In tal senso il mediatore misurerà con cautela questa possibilità. Nel caso sia possibile, questo incontro tutelato sarà di aiuto per eliminare possibili timori infatti, in nessun caso, si permette che l'avvicinamento tra le parti possa far riemergere sentimenti vendicativi od offensivi. Dall'esperienza possiamo affermare che le persone offese di solito accettano questi incontri per motivi diversi, ad esempio, per capire meglio ciò che è successo, per scoprire l'identità e la motivazione del trasgressore, per ricevere scuse, per avere l'opportunità di raccontare la propria storia, per evitare che si ripetano i fatti già accaduti o per ottenere un risarcimento. Dal punto di vista del trasgressore, è possibile che ci sia un desiderio di riconciliazione o di mitigare i sentimenti di colpa offrendo spiegazioni. Il mediatore ascolterà i motivi personali delle parti per costruire un diagramma del conflitto reale tra le persone, in tale fase si baserà più sulle necessità degli individui che sull'argomentazione tecnico legale del processo; 3. Incorporare la percezione dell'altro. Lo scambio di spiegazioni sui fatti, tanto da una parte come dall'altra, permette che ognuno comprenda meglio gli effetti della situazione vissuta. La mediazione penale può promuovere uno scenario adatto alla conversazione, situazione che non sempre possono mantenere le parti autonomamente, oltre all'importante sforzo conciliatorio che molti magistrati offrono. La mediazione si svolge in un ambito diverso dal tribunale, fatto che può creare un clima più favorevole al lavoro del mediatore, contribuendo alla possibilità e utilità dell'incontro tra le parti; 4. Cercare soluzioni congiunte oltre all'attribuzione di colpe o responsabilità. Il procedimento di mediazione ha l'obiettivo di alleggerire le conseguenze dei fatti subiti dalle parti, l'idea della riparazione è un concetto importante all'interno dello schema di soluzioni prevedibili; quando si

parla di riparazione lo si fa in senso ampio, comprensivo delle tante possibilità riparatorie possibili, forse alcune non saranno molto preziose dal punto di vista patrimoniale ma il loro valore è simbolico. 5. Generare consapevolezza. Le parti devono essere consapevoli delle conseguenze dei fatti vissuti, chi è stato offeso deve capire i motivi e le motivazioni di chi lo ha offeso; l'offensore deve farsi genuinamente responsabile delle proprie azioni, non nel senso giuridico ma in senso sociale. Tutto ciò prevede la possibilità che le parti abbiano le capacità di portare avanti la gestione del problema e del procedimento in cui si trovano. Questa condizione svolgerà la funzione di filtro dei casi che possono essere oggetto di mediazione; 6. Evitare la rivittimizzazione di chi si sente danneggiato, intendendo come tale tutte le parti, non solo quella che si sente offesa; 7. Riuscire a trovare una soluzione più completa: la mediazione è particolarmente utile nei casi in cui vi è un rapporto precedente tra le parti, dove esistono vecchi malintesi e disaccordi irrisolti. In questi casi le decisioni giudiziarie difficilmente riescono a sbloccare questi atteggiamenti ostili, talvolta esaltandoli.

3. *Principi e casistica.* – Nella selezione dei casi per la mediazione, è necessario tener conto di alcuni principi fondamentali. Innanzitutto, non è possibile determinare a priori la mediabilità di un caso, a parte cause oggettive, esterne agli individui coinvolti, per esempio quando il caso è stato escluso dalla legge. Le cause che rendono "non raccomandabile" la mediazione possono riguardare l'individuo in sé e la sua posizione rispetto al conflitto, un impedimento per il quale non può o non vuole assumere le proprie responsabilità nel conflitto. Inoltre è necessario che chi assegna la mediazione porti avanti un'esplorazione che permetta di capire, almeno in un primo approccio, se il caso è adatto per la mediazione. Quest'ultima consiste in una vera e propria attività di ricerca che tenga conto della storia della gestione del conflitto ponendosi i seguenti interrogativi: chi? come? quali, per quali, con quali risultati?; degli argomenti da discutere; il tipo di coinvolgimento che la parte ha avuto in passato e terrà in futuro; interessi, necessità, obiettivi a cui l'individuo dà priorità e cerca di raggiungere; riconoscimento degli effetti indesi-

derati ed imprevisti del metodo per gestire il conflitto concernenti l'altro, i costi e l'incertezza dei risultati e il tempo in cui si richiede un risultato, tenendo conto dei soldi che si desiderano investire. In tale fase selettiva, la mediazione è raccomandabile nei casi complessi che richiedono soluzioni creative difficilmente raggiungibili in un contesto giudiziario; nei casi in cui le parti coinvolte esigono una soluzione veloce, a basso costo e accettano di partecipare attivamente nel processo di risoluzione e infine nei casi in cui le parti coinvolte hanno un rapporto continuato nel tempo e nei quali si pretende di mantenere il controllo sui risultati del procedimento evitando effetti indesiderati sul rapporto (dispute familiari, lavorative, contrattuali, di vicinato).

Non è invece raccomandabile quando una delle parti ha bisogno di chiarire i fatti e provare la loro verità o falsità; quando ciò che la parte pretende è creare un precedente giuridico o ottenere giustizia in un modo tradizionale; quando l'interesse di raggiungere un accordo non è primordiale ma si cerca la punizione dell'altro; quando una delle parti non può negoziare efficacemente o quando la controversia riguarda violenza domestica o maltrattamento infantile; infine quando per mezzo dell'intervista preliminare si comprende che il caso non può essere oggetto di mediazione. Ulteriore strumento è dato dalle interviste preliminari che fanno parte della metodologia propria del processo riparativo in generale e della mediazione penale in particolare. Hanno molteplici obiettivi e servono fundamentalmente a valutare se la mediazione è adatta o no. Si intervista ognuna delle parti coinvolte.

4. *Tecniche di comunicazione.* – Analizziamo ora le tecniche utilizzate per comunicare con le parti: 1. Personalizzazione. Il mediatore e le parti devono fare conoscenza, si tratta di un'azione umanizzante, un processo bidirezionale tra l'intervistato e l'intervistatore. In tal senso è di grande importanza l'atteggiamento del mediatore, i suoi gesti, il suo modo di offrire le informazioni, il suo linguaggio del corpo, le sue domande; 2. Creare fiducia. La creazione di un'atmosfera gradevole e di fiducia consente all'intervistato un cambiamento di posizione (vittima-offensore, colpe-

vole-innocente). Questo scopo lo si raggiunge con un atteggiamento umanizzato e ricettivo da parte del mediatore che deve esprimersi e offrire l'informazione adeguatamente; 3. Spiegare la procedura. Ciò significa spiegare all'intervistato in modo dettagliato sia la procedura, sia le caratteristiche e le conseguenze del processo di mediazione, ma soprattutto la volontarietà e confidenzialità, pilastri essenziali della mediazione, sottolineando la neutralità e l'imparzialità del mediatore. Si deve spiegare anche che si tratta di un procedimento flessibile e informale. L'informazione trasmessa agli intervistati deve essere comprensibile e facilmente assimilabile; 4. Ottenere informazioni. L'intervista è uno strumento utilizzato per ottenere informazioni riguardanti il conflitto, la personalità dell'intervistato, il suo rapporto con l'altra parte, i sentimenti, le aspettative, il suo atteggiamento nei confronti dei fatti e il livello di responsabilità che è disposto ad assumere; 5. Determinare se ci sono altre persone coinvolte. È possibile che ci siano altre persone coinvolte nel conflitto oltre a quelle che sono giunte a questo punto, e che dovrebbero partecipare al processo di mediazione dato che questo approccio supera l'inquadratura penale del conflitto. In questi casi si invitano anche tali parti a partecipare al processo; 6. Ruolo del mediatore. Il mediatore lavorerà per creare l'affidabilità che permetta di allontanare le insicurezze, paure e ansie delle parti. Il mediatore deve cominciare l'intervista senza preconcetti sulle parti o sul conflitto, ascolterà attivamente, non avrà un ruolo didattico né fornirà idee su come risolvere la situazione; 7. Valutare il caso. Fare una valutazione concreta di ogni caso specifico, conoscere le parti, valutare la loro partecipazione, constatare il consenso, determinare se le parti sono in grado di partecipare, di ascoltare, di parlare e apportare soluzioni (autocomposizione) analizzando la possibilità di continuare o meno con il processo e, se il caso ed il momento sono adatti, la fattibilità di organizzare un incontro tra le parti.

5. *Fasi*. – Quando è stato richiesto l'intervento del mediatore, si inizia con incontri individuali con le parti miranti a verificare che i partecipanti conoscano le caratteristiche del procedimento, in particolare la volontarietà e confidenzialità in tutti gli aspetti,

che sappiano anche che si tratta di uno spazio dove si privilegiano le decisioni personali come un modo di legittimazione autentica ma anzitutto si privilegia l'autocomposizione, cioè la responsabilità di elaborare una soluzione propria.

Queste interviste sono imprescindibili per percepire il grado di conflittualità delle parti, le loro aspettative e le ripercussioni che un potenziale dialogo diretto potrebbe comportare. Il mediatore organizzerà l'incontro personale in modo molto accurato. Questo accadrà soltanto quando si è certi che tale incontro sarà di aiuto per risolvere il conflitto.

Quando le interviste preliminari si sono già svolte e tutte le parti hanno dato il consenso, si convoca un primo incontro. Si deve accordare giorno, orario e quali persone è necessario o importante invitare. Il mediatore avrà cura dei dettagli che possano favorire e contribuire al dialogo, per mezzo di uno spazio confortevole ed un clima neutrale e gradevole.

Durante l'incontro si realizza ciò che viene denominato l'inquadratura, cioè la presentazione dei mediatori, delle parti e di tutti quelli presenti al tavolo.

Successivamente si fa un discorso di apertura nel quale il mediatore spiega brevemente la natura della procedura, le sue caratteristiche e la sua portata e si stabilisce il patto di confidenzialità e i modelli di comportamento (prendere o non prendere nota, la possibilità di incontri privati, ecc). In questo momento si devono togliere tutti i dubbi e apportare chiarimenti. Di seguito si faranno domande sul conflitto a tutti i partecipanti, si comincerà ad elaborare uno scritto comune cercando sempre di parafrasare ciò che si ascolta. Il mediatore realizzerà un riassunto per contribuire ad una comprensione migliore e lo esporrà alle parti. Successivamente si cercherà di ridefinire il problema. Questo è forse il momento più ricco del processo di mediazione penale a causa dell'ampia gamma di scenari possibili in cui si possono trovare il mediatore e le parti. Nella maggior parte dei casi l'argomento che si presenta nella denuncia penale emerge da un precedente conflitto irrisolto o da un susseguirsi di azioni violente. Per via dell'esplorazione portata avanti dall'operatore, comincia a togliersi il velo che tiene nascosto il conflitto. Un processo giudiziario tradizionale non ha questa ricchezza. La mediazione cerca l'origine del problema, realizza

un'analisi complessiva delle persone dentro il contesto. Inoltre considera elementi dei quali il sistema processuale tradizionale non tiene conto, tra cui la personalità degli individui implicati, i loro desideri, le loro paure e aspettative.

6. *Strumenti comunicativi*. – Al fine di completare il quadro degli strumenti necessari, si possono elencare quelli maggiormente efficaci, tra cui: 1. Ascolto attivo, prestare attenzione e capire, creare empatia, non interrompere il relato di chi parla, chiedere chiarimenti, incoraggiare l'intervistato ad esprimersi. L'ascolto è lo strumento principale del mediatore, ascoltare liberamente aiuta a preservare la neutralità, prendere nota aiuta sia a parafrasare che ad acquisire le parole; 2. Uso di un linguaggio paraverbale. Con tale espressione si intende il tono della voce, la postura, lo sguardo sempre orientato alle parti, il rispetto per i silenzi. Vi è un livello di analisi del significato che, anche se verbale, si riferisce alla modulazione, l'accentuazione della voce, la postura, ecc.; 3. Parafrasi, un altro strumento comunicativo fondamentale al servizio dell'ascolto, può essere utile in diversi momenti della mediazione; 4. Domande aperte, aiutano a ottenere informazioni, esplorare situazioni e chiarire dubbi riguardanti i sentimenti; 5. Domande riflessive, sono domande aperte che connettono la persona con i propri sentimenti, l'individuo diventa protagonista; 6. Domande chiuse: vengono usate solo per confermare o scartare qualcosa che è stato detto, sono di grande utilità quando usate correttamente; 7. Domande circolari, basate sulla teoria che intende la comunicazione come un processo circolare, si utilizzano per cambiare la visione lineare della causalità includendo nella loro formulazione più di un personaggio o più di una dimensione temporale; 8. Accordo. Quando le proposte sono già state fatte, analizzate e visualizzate da tutte le parti coinvolte si comincia a lavorare su un accordo scritto. Si dovranno stabilire i punti fondamentali, è molto importante prendere nota e leggere davanti ai partecipanti per dissipare i dubbi e consolidare l'accordo definitivo. Le domande possono essere: questo accordo è accettabile per tutti? abbiamo considerato tutto? c'è qualcosa della quale non siamo completamente convinti? è necessario consultare qualcun

altro? potranno mantenerlo nel tempo? La redazione dell'accordo avrà le caratteristiche di un atto e conterrà tutte le formalità previste per uno strumento pubblico. Verrà firmato dalle parti e dal mediatore, specificherà data e luogo, le informazioni personali delle parti, del mediatore e degli avvocati. Si documenterà la volontà di partecipare ed il principio di confidenzialità sul quale si è basato l'atto, tutti i punti accordati in modo chiaro e preciso specificando le condotte che assumono le parti, la costituzione di una garanzia dell'accordo e le conseguenze convenute in caso di una eventuale inosservanza. Se non fosse possibile giungere a un accordo si presenterà al Procuratore del caso un modulo con il mancato accordo senza specificare alcun dato personale o dell'incontro; 9. Monitoraggio. Giunto l'accordo, l'ufficio di Mediazione Penale si occuperà del monitoraggio, ad esempio nel caso degli assegni di mantenimento familiare, della verifica del funzionamento o della sua modifica, del diritto di visita, della valutazione dello schema concordato; nel caso di derivazioni a centri di riabilitazione da dipendenze, trattamento psicologico o svolgimento di attività in altre istituzioni, il mediatore chiederà relazioni periodiche all'organismo corrispondente.

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ*

LA MEDIACIÓN CIVIL EN ESPAÑA Y EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

SUMARIO: 1. Desarrollo de la mediación estatal española en derecho privado. - 1.1. La Ley estatal española 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el marco del Derecho comunitario europeo. - 1.2. Materias excluidas de la Ley 5/2012. - 1.3. La inclusión de la mediación en consumo en la ley estatal de mediación. - 1.4. Otros ámbitos sectoriales. **2. El desarrollo legislativo de la mediación por las comunidades autónomas.** - 2.1. Introducción. - 2.2. La Ley de mediación en derecho privado de Cataluña. - 2.3. La Ley integral de mediación de Cantabria. - 2.4. La Ley valenciana 24/2018 de Mediación de la Comunidad Valenciana. - **3. La legislación de mediación familiar en las comunidades autónomas. En especial, Aragón.** - 3.1. Marco normativo de la mediación familiar en España. - 3.2. La Ley de Mediación Familiar de Aragón. **4. El marco competencial y de desarrollo legislativo autonómico de la mediación.**

RESUMEN:

La Ley estatal española 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles transpone la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, y supone un importante avance en el desarrollo de la mediación en Derecho privado en España, tanto en la ampliación de los ámbitos en los

* Profesor Titular de Derecho civil y Director del posgrado universitario “Experto Universitario en Mediación”. Universidad de Zaragoza (España).

Este trabajo contiene la ponencia del mismo título presentada en el CONGRESO INTERNACIONAL «*Calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: ¿Qué opciones compartidas para mejorar la justicia?*», celebrado en Cagliari los días 27 a 29 de septiembre de 2018, bajo la dirección científica de mi estimado colega y amigo el profesor Carlo Pilia.

Este trabajo se realiza en el marco del Grupo de investigación de referencia S15_17R del Gobierno de Aragón. *Investigación y Desarrollo del Derecho civil aragonés*, cuya I.P. es la catedrática de Derecho civil aragonés, Dra. D^a Carmen Bayod López.

que era posible utilizar este método alternativo de resolución de conflictos, frente al predominio anterior del arbitraje, como en la interpretación y reconsideración de los derechos disponibles, que se amplían desde la consideración del Derecho comunitario europeo.

Previamente a la ley estatal, se habían aprobado leyes regionales (autonómicas) de mediación que han evolucionado en este siglo desde la regulación de la mediación familiar – entre ellas la aragonesa de 2011 –, a nuevas leyes «de segunda generación» como la catalana de 2009, que supera el ámbito familiar en derecho privado o la castellano-manchega de 2015, que amplía los servicios de mediación familiar a otros ámbitos sociales. Pero el punto de inflexión autonómico lo marca la Ley de Cantabria de 2011, que pretende una regulación integral de la mediación, camino que sigue la ley de mediación de la Comunidad valenciana de diciembre de 2018, que obliga a considerar el marco competencial estatal y autonómico del posible desarrollo legislativo de la mediación en España.

1. Desarrollo de la mediación estatal española en derecho privado.

1.1. *La Ley estatal española 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles en el marco del Derecho comunitario europeo.* – La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE n. 162, de 7 julio de 2012), transponiendo al ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008¹, marca un punto de inflexión en el reconocimiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos (MARC o ADR) en el ordenamiento jurídico español, en especial de la mediación frente al predominio anterior del arbitraje. La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM) se ha convertido en una referencia imprescindible para la implantación de este sistema extrajudicial de resolución de conflictos en el Derecho privado español.

La situación anterior a la Ley 5/2012 la refleja el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles del año 2010, en el que el Consejo del Poder Judicial partía de la premisa de que, si bien has-

¹ 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 publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 24 de mayo de 2008.

ta entonces la mediación civil había sido utilizada principalmente en la esfera familiar, también podía aplicarse con éxito en desacuerdos sobre contratos, relaciones de carácter mercantil, en el ámbito del consumo y en el de la propiedad horizontal².

Con la aplicación de la Ley de mediación estatal de 2012, comentaristas como ROGEL VIDE entienden que el ámbito de la Ley no excluye los conflictos referentes al Derecho de familia, de sucesiones, vecinales, interculturales, escolares y otros comprensibles en un amplio marco «privado» caracterizados por la disponibilidad, como cuestiones civiles en intromisiones en honor, intimidad, imagen, datos personales, etc. En ámbitos de Derecho patrimonial, abarca el campo de los derechos reales – también propiedades especiales como la intelectual, la industrial o la horizontal –, y en los de crédito, el amplio ámbito de las obligaciones y contratos, civiles y mercantiles, incluyendo la responsabilidad civil, y también el derecho de sociedades y concursos de acreedores³.

Su fuerza expansiva se ha extendido en la nueva legislación sectorial, que implementa sistemas de mediación, en ocasiones conviviendo con el recurso al arbitraje. Especialmente llamativa es la posibilidad de someter a mediación, y también a arbitraje, conflictos sobre los que se discutía doctrinal y jurisprudencialmente con anterioridad su arbitrabilidad, como los arrendaticios⁴ o la impugnación de acuerdos societarios⁵, pero también la ampliación a ámbitos en los que estaba restringida la disponibili-

² Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de mayo de 2010) p. 11. Menciona el Plan de Modernización de la Justicia de 2008. (http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/COMISI%c3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/009.10_1.0.0.pdf)

³ C. ROGEL VIDE, *Artículo 2. Ámbito de aplicación*, en L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, (directores) y C. Fernández Canales, Carmen (coordinadora), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, pp. 34-5.

⁴ Vid. J.L. PÉREZ MIRALLES, *La arbitrabilidad de los conflictos en contratos de arrendamiento urbano de vivienda tras la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, *Diario La Ley*, n. 8172, 17 de octubre de 2013 (LA LEY 7410/2013).

⁵ La arbitrabilidad de la impugnación de los acuerdos societarios se contempla expresamente en el artículo 11 bis de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de

dad de derechos como refleja la nueva regulación en propiedad intelectual⁶ e industrial⁷, o los previsibles desarrollos legislativos en derecho de la competencia⁸.

La mediación, como fórmula de autocomposición, es un instrumento eficaz para la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter dis-

reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 junio 2013 amplía la posibilidad de someter los conflictos societarios no solo a arbitraje sino también a mediación, confirmando la admisibilidad de las cláusulas estatutarias genéricas mixtas de sumisión a mediación y arbitraje, sin que sea preciso que se especifiquen todos y cada uno de los tipos de conflictos que puedan estar llamadas a resolver.

⁶ Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017 (BOE n. 53, de 2 de marzo 2019) modifica los arts. 193 y 194 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, aumenta y refuerza las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, que actuará mediante dos secciones, correspondiendo a la primera las funciones de mediación y arbitraje. El Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, que regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, establece en el artículo 4 y siguientes un procedimiento de mediación peculiar de este órgano administrativo, que incluye la capacidad del órgano mediador de formular propuestas.

⁷ «Artículo 136. Arbitraje y mediación», de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

⁸ Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (BOE n. 16, de 27 mayo 2017), que modifica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en especial, artículo 77. *Efectos de las soluciones extrajudiciales sobre el derecho al resarcimiento de los daños*; y artículo 81. *Efecto suspensivo de la solución extrajudicial de controversias*); transpone la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE n. 349, de 5 de diciembre). Vid. Á. SORIANO HINOJOSA, *De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general, La Ley Unión Europea*, n. 31, 30 de Noviembre de 2015.

ponible⁹. Y como expresa el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto estatal de Ley de Mediación, estos métodos – en referencia a la mediación y a las ADR en general – «constituyen no tanto una alternativa a la justicia, como una justicia alternativa», que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 Constitución española [en adelante, CE]) ni la reserva constitucional de la función jurisdiccional a Juzgados y Tribunales (artículo 117.3 CE), por vincularse estos métodos voluntarios de resolución de conflictos a la libertad individual y a la autonomía de la persona para componer sus propios intereses, siempre sobre la base de que se proyecta sobre materias disponibles y no de orden público (artículos 1.1, 10.1, 33 y 38 CE). Así pues, el recurso a un método alternativo de resolución de conflictos no conculcará el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, «siempre que la materia sobre la que verse la controversia sea de índole disponible para las partes, y el potencial justiciable haya optado libremente por esa alternativa»¹⁰.

Este reconocimiento de espacios de justicia privada y de ampliación de las materias que pueden ser sometidas a resolución extrajudicial como modo de potenciación de los medios alternativos de resolución de conflictos proviene también de la Unión Europea en el propósito de convergencia normativa para la aplicación transfronteriza de la mediación y otras ADR, por lo que también tienden a homogeneizarse los conflictos y ámbitos de aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos¹¹.

⁹ Preámbulo II LMACM; y más adelante (preámbulo III) señala que el segundo eje de la mediación, tras la «desjudicialización de determinados asuntos», es «la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto».

¹⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de mayo de 2010) pp. 16-17.

¹¹ A. BERLINGUER, *Hacia un modelo europeo de mediación*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5/2013 (BIB 2013/1768). Cita especialmente el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que permite al Parlamento y al Consejo europeos adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros para garantizar una tutela judicial efectiva y el desarrollo de métodos alternativos de solu-

La Ley 5/2012 LMACM es aplicable a cualquier mediación en asuntos civiles y mercantiles tanto nacional como transfronteriza. En los conflictos transfronterizos, entre partes que residan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 3.2 LMACM).

En la Directiva 2008/52/CE constituyen elementos determinantes de su ámbito de aplicación el carácter transfronterizo, el carácter disponible del conflicto, el objeto civil o mercantil del mismo y, por último, el carácter disponible de la materia objeto de la mediación.

No se define en la Directiva ni en el texto legal nacional que deba entenderse por Derecho civil o mercantil, pero al asumir ambos campos jurídicos en el texto legal permite ofrecer un procedimiento de gran amplitud objetiva a la hora de delimitar el ámbito de actuación en la mediación, ya que su interpretación ha de realizarse con un criterio muy amplio.

La Directiva 2008/52/CE en su Considerando 10, tras excluir del ámbito de aplicación de la mediación a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente, considera que estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral. Precisa el Informe del Consejo General del Poder Judicial que dicha consideración no implica exclusión del ámbito de la mediación de todos los conflictos de dicha naturaleza, sino que debe ser interpretado en el sentido de excluir las materias de Derecho de familia y de Derecho laboral que no son disponibles por las partes¹².

ción de conflictos, sin olvidar el art. 114 TFUE sobre medidas de aproximación normativa para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior o el art. 169 TFUE sobre medidas de protección al consumidor, espacio especialmente cuidado y desarrollado en el ámbito de las competencias de la Unión Europea con amplia repercusión en ADR.

¹² Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de mayo de 2010), p. 27.

El art. 1.2. de la Directiva, regula la exclusión de los derechos y obligaciones indisponibles por las partes en virtud de la legislación pertinente, y añade en su segundo inciso que «no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)».

1.2. *Materias excluidas de la Ley 5/2012.* – Expresamente excluye, «en todo caso», el art. 2.2 de la Ley 5/2012 del ámbito de aplicación de la Ley:

- a) *La mediación penal.*
- b) *La mediación con las Administraciones públicas.*
- c) *La mediación laboral.*
- d) *La mediación en materia de consumo*¹³.

El Preámbulo de la Ley (II) expresa que «las exclusiones previstas en la misma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes». Deduce, sin embargo, Blanco Carrasco¹⁴ que es una decisión nacional la de los ámbitos excluidos, basada en el criterio gubernamental de su comprensión de lo que entiende por civil y mercantil. GIL NIEVAS niega que exista una coincidencia necesaria entre el Derecho interno nacional y comunitario, ya que «el concepto de civil y mercantil en el Derecho comunitario es un concepto autónomo que no coincide plenamente con la concepción que en la legislación interna española podemos tener de las materias que se encuadran en el orden jurisdiccional civil»¹⁵.

¹³ Suprimida por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, como se señala más adelante.

¹⁴ M. BLANCO CARRASCO, *Comentario al artículo 2. Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley*, en L. García Villaluenga, C. Rogel Vide (directores), C. Fernández Canales (coordinadora), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, p. 42.

¹⁵ R. GIL NIEVAS, *La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (n. 768/2008).

De la propia noción de «asuntos civiles y mercantiles» sí cabe deducir que permite excluir del ámbito de aplicación legal la mediación penal¹⁶, y la mediación con las Administraciones públicas¹⁷.

Más dudas originó la exclusión de la mediación laboral. El Anteproyecto de la Ley de Mediación excluía la mediación laboral, pero añadía: «sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea respecto del contrato individual de trabajo en los conflictos transfronterizos», ciñéndose a los supuestos en que resultase competente para conocer del litigio un tribunal extranjero, por ser el conflicto de carácter transfronterizo y encuadrarse esta materia en la categoría de los asuntos civiles y mercantiles desde el punto de vista comunitario, por lo que podría ser de aplicación la mediación regulada en la ley española, al no ser aplicable regla alguna específica de nuestra legislación laboral sobre mediación o intento de conciliación previo a la demanda¹⁸.

La exclusión de la mediación laboral en el art. 2.c) LMACM responde a la existencia de sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos en la legislación laboral. Y, especialmente, la mediación y conciliación laboral se rigen especialmente por el Título V, Capítulo I (arts. 63 a 68) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

1.3. *La inclusión de la mediación en consumo en la ley estatal de mediación.* – La Ley 5/2012 LMACM excluía expresamente

¹⁶ La regulación española es escasa y fragmentaria, *vid.* C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La justicia restaurativa y un modelo integrador de la justicia penal*, en *Revista de Derecho de la UNED*, n. 16 (2015), pp. 1237-1263.

¹⁷ Es un ámbito de mediación escasamente desarrollado en la legislación y en la práctica. *Vid.* F. MARTÍN DÍZ, *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018.

¹⁸ En los contratos individuales de trabajo transfronterizos, según el Informe del CGPJ al anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de mayo de 2010), se aplica lo previsto en la Sección 5 del Capítulo II (artículos 18 a 21), sobre competencia en materia de contratos individuales de trabajo, del Reglamento CE n. 44/2001 (Bruselas I), aunque originaba reticencias de algunos Estados miembros la aplicación de la Directiva de 2008, por considerar que podían verse afectados derechos indisponibles de los trabajadores por lo que, al igual que la mediación familiar, paso del texto normativo al Considerando 10 de la misma en su tramitación.

de su ámbito objetivo de aplicación, entre otras, la mediación en materia de consumo siguiendo formalmente la exclusión que ya contenía 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 excluye de su aplicación en su Considerando 11 «los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo» Ha originado una mayor discusión doctrinal la exclusión de la mediación en consumo, por la utilidad que podría aportar esta ADR y la escasa regulación española de la mediación en el ámbito del consumo, y también el CGPJ (2015)¹⁹ la encuentra poco justificada, y añade que impide que en el ordenamiento español se pueda encontrar un tratamiento sistemático de la mediación como procedimiento general de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil.

Para CORTÉS²⁰, esta exclusión está basada en una mala traducción e interpretación de la Directiva 2008/52/CE. La Directiva excluye de su aplicación en su art 3.a) y considerando 11 «los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo» y, por tanto, los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional no deben considerarse como «mediación» en el sentido de la Directiva. Pero la Directiva no excluye las reclamaciones de los consumidores como tal, sino solo aquellas que sean de carácter cuasi jurisdiccional, como los procesos con elementos heterocompositivos (defensores del cliente; procesos de reclamación internos de la empresa donde ésta decide unilateralmente si atiende a la reclamación o no, ...).

La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (BOE n. 268, de 4 de noviembre), incorpora al Derecho español la Directiva 2013/11/UE²¹. Respecto a la mediación, expresamente, el art. 3.2 de la Directiva 2013/11/UE establece la aplicación preferente de la Directiva y que debe entenderse sin perjuicio de la Directiva 2008/52/CE,

¹⁹ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de resolución alternativa de conflictos de consumo (11/06/2015).

²⁰ P. CORTÉS, *Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en consumo*. *Indret. Revista para el análisis del Derecho* 4/2015.

²¹ DO L 165 de 18.6.2013.

pero afirma que, como está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de procedimientos de resolución alternativa, se incluyen los regulados por la Directiva 2008/52/CE.

La Ley 7/2017 (en adelante, LRACC) modifica en su disposición final séptima la Ley 5/2012 LMACM, para suprimir el párrafo d) del apartado 2 del artículo 2, que excluía del ámbito de aplicación «la mediación en materia de consumo».

En el Derecho español, la resolución extrajudicial en esta materia estaba encomendada al sistema arbitral de consumo, regulado como una modalidad especial de arbitraje por los arts. 57 y 58 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU)²²; y el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero – modificado por el RD 863/2009, de 14 de mayo –, y con carácter supletorio, en lo no previsto en las dos disposiciones anteriores, por la Ley de Arbitraje.

El Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RDSAC) (BOE n. 48, de 25 de febrero de 2008), se refiere, en varias de sus disposiciones y de forma expresa, a la mediación en el procedimiento arbitral, aunque el preámbulo del Real Decreto indica que se abstenía de regular este instituto de resolución de conflictos «por congruencia con las competencias autonómicas sobre la materia»²³.

²² Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE n. 287, de 30 de noviembre), con varias modificaciones posteriores importantes.

²³ El artículo 26.a) de la ley 7/2017 permite a las Comunidades Autónomas la acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios en consumo «que lleven a cabo procedimientos que finalicen con una decisión no vinculante para las partes, siempre que en su legislación hayan desarrollado la competencia de mediación en materia de consumo». Son numerosas las Comunidades Autónomas que incluyen en las leyes sobre protección de consumidores la mediación, en aplicación de sus competencias estatutarias, e incluso Cataluña aprobó el Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo. *Vid.* D. MARCOS FRANCISCO, *La mediación y conciliación en conflictos de consumo: consideraciones de presente y futuro*, en A.I. Blanco García (editor), *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles* (pp. 129-163). Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

La mediación en el proceso arbitral de consumo, se realiza – en la práctica – en la fase previa a su iniciación, según lo previsto en los artículos 37 y 38 RDSAC. El artículo 38 señala que, una vez admitida a trámite la solicitud de arbitraje, «se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto», salvo oposición expresa de cualquiera de ellas o cuando la mediación hubiera sido intentada sin efecto. El art. 38.2 expresa que «(la) mediación se regirá por la legislación existente sobre la materia que resulte de aplicación...»; y el apartado 3 que «quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros». En su desarrollo, la mediación a que alude el artículo 38.1 queda limitada a una especie de conciliación que hace el propio órgano arbitral, que no coincide con la mediación en sentido propio²⁴. Nada impide, sin embargo, intentar la mediación en las distintas fases del procedimiento arbitral, antes de dictar el laudo (art. 48 RDSAC).

La Ley 7/2017 LRACC no reglamenta los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, sino su acceso por los consumidores regulando los requisitos de las entidades de resolución alternativa de litigios en consumo (preámbulo III y art. 1), y por ello no encontramos una regulación ordenada de la mediación en consumo, ni de los principios y procedimiento, del estatuto profesional o de los centros, entidades o instituciones de mediación, pero tiene en cuenta – sin citarla – la Ley 5/2012, con señaladas divergencias, y la diversidad de procedimientos (proponiendo, imponiendo o facilitando una solución) contemplados debería haberse completado con una regulación estatal específica del procedimiento de mediación en ámbitos de consumo²⁵.

²⁴ I. ORDEÑANA GEZURAGA, *La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa*, *Diario La Ley*, n. 7420, 9 de Junio de 2010 (LA LEY 2680/2010).

²⁵ Vid. J.L. ARGUDO PÉRIZ, F. DE A. GONZÁLEZ CAMPO, *Mediación en conflictos de consumo ¿uniformidad o diversidad de la mediación?*, en *Construcción de la paz a través de la mediación: conocimientos y prácticas de una metodología* (F. Fariña, M. Rosales. K. Rolán y M.J. Vázquez, coords.), Pontevedra, CUEMYC, 2018, pp. 440-452.

1.4. *Otros ámbitos sectoriales.* – La legislación estatal española de mediación en Derecho privado se ha desarrollado en ámbitos como los ya señalados de propiedad industrial y propiedad intelectual, competencia, transportes y seguros²⁶, distribución comercial y franquicias.

El impacto negativo de la crisis económica especialmente en familias vulnerables socialmente, ha originado un desarrollo de mecanismos de solución de conflictos en el ámbito de los procesos de ejecución hipotecaria, que permite la mediación hipotecaria en los distintos supuestos de reestructuración de la deuda hipotecaria y suspensión de desahucios por ejecuciones hipotecarias conforme al Código de Buenas Prácticas Bancarias introducido por Real Decreto-Ley 6/2012 (BOE de 10/03/2012) y Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE de 15/05/2013), prorrogado aquel hasta el año 2020 conforme Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo (BOE de 18/03/2017).

Derivada de la insolvencia empresarial, se ha regulado y desarrollado el ámbito específico de la mediación concursal, desde la promulgación de la Ley 14/2013²⁷ que introduce el *acuerdo extrajudicial de pagos* en los arts. 231 a 242 Ley Concursal²⁸, introduciendo un estatuto especial para los mediadores concursales, estableciendo diversos requisitos de formación y experiencia profesional, con la finalidad de obtener un acuerdo extrajudicial o, de no darse el mismo, acceder al concurso de acreedores. A su vez, en la tramitación de dicha mediación participan otros profesionales o instituciones como Notarios, Registradores y Cámaras de Comercio.

²⁶ Destaca el nuevo régimen introducido en el ámbito del seguro obligatorio del automóvil, tras la despenalización de determinadas faltas mediante la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, publicada en B.O.E. de 23 de septiembre.

²⁷ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, publicada en B.O.E. de 28 de septiembre.

²⁸ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, publicada en B.O.E. de 10 de julio, y objeto de numerosas reformas posteriores.

El modelo de mediación diseñado para ambos ámbitos, hipotecario y concursal, tiene un carácter evaluativo y, en ocasiones, de negociación asistida, interviniendo activamente los mediadores en el procedimiento y pudiendo proponer acuerdos, frente al modelo general más facilitativo de la Ley 5/2012.

2. El desarrollo legislativo de la mediación por las comunidades autónomas.

2.1. *Introducción.* – El marco normativo de la mediación de la Ley estatal 5/2012 se circunscribe al ámbito competencial del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil (disposición final 5ª), sin perjuicio de la legislación autonómica. En este sentido, once Comunidades Autónomas han aprobado desde 2001 las correspondientes Leyes sobre mediación familiar²⁹,

²⁹ LEGISLACIÓN AUTONÓMICA ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN FAMILIAR:

- ANDALUCÍA: Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 50, de 13 de marzo de 2009).
- ARAGON: Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOA de 7 de abril de 2011).
- ASTURIAS: Ley 3/2007, de Mediación Familiar del Principado de Asturias (BOPA de 9 de abril de 2007).
- BALEARES: Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar (BOIB de 16 de diciembre de 2010).
- CANARIAS: Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (BOC de 6 de mayo de 2003), modificada por la Ley 3/2005, de 23 de junio (BOC de 5 de julio de 2005).
- CANTABRIA: Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC de 5 de abril de 2011). Modificada por Ley 4/2017, de 19 de abril.
- CATALUÑA: Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña. Derogada por Ley 15/2009 de 22 de Julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. (BOE n. 198 de 17 de agosto de 2009).
- CASTILLA LA MANCHA: Ley 4/2005, de 24 de mayo de 2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar. Derogada por Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha (DOCM de 23 de febrero de 2015).
- CASTILLA Y LEÓN: Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León (BOE núm. 105, 3 mayo 2006)
- GALICIA: Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (DOG de 18 de junio de 2001), desarrollada por el Decreto 159/2003 por el que se regula la figura del mediador familiar, el Registro de Media-

fundadas en sus competencias estatutarias sobre acción social, servicios sociales y protección de la familia (como la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón).

Las leyes de mediación de las Comunidades Autónomas han evolucionado, sin embargo, en el siglo actual desde la regulación de la mediación familiar, a nuevas leyes «de segunda generación»³⁰, como la catalana de 2009 (Ley 15/2009, de 22 de julio, que deroga la anterior Ley 1/2001, de mediación familiar), que apela a otras competencias – al Derecho civil propio de Cataluña – para una regulación más amplia que la mediación familiar en Derecho privado; o la Comunidad de Castilla-La Mancha que por la Ley 1/2015, de 12 de febrero, del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha, deroga la anterior Ley 4/2005 de mediación familiar, ampliando los servicios de mediación familiar a otros ámbitos sociales. Pero el punto de inflexión autonómico lo marca la Ley de Mediación de Cantabria de 2011 (Ley 1/2011, de 28 de marzo), que pretende una regulación integral de la mediación, camino que se consolida con la Ley 24/2018, de 7 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunidad valenciana³¹.

2.2. *La Ley de mediación en derecho privado de Cataluña.* – La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en derecho privado

dores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita (DOG de 18 de febrero de 2003. Corrección de errores DOG de 4 de marzo de 2003).

- PAIS VASCO: Ley 1/2008, de 8 de febrero de mediación familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV de 18 de febrero de 2008)
- MADRID: Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOCM de 27 de marzo de 2007).
- COMUNIDAD VALENCIANA: Ley 7/2001, de 26 de noviembre de 2001, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOGV de 29 de noviembre de 2001). Derogada por la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana (BOE 23, 26/01/2019).

³⁰ Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, en *Política y Sociedad*, 2013, 50, n. 1, pp. 71-98.

³¹ Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 7 de diciembre de 2018. Boletín Oficial del Estado n. 23, de 26 de enero de 2019.

de Cataluña, que deroga y sustituye a la Ley de mediación familiar de Cataluña de 15 de marzo de 2001 – primera que se aprobó en España de mediación familiar –, amplía su objeto en el art. 2.2, incluyendo no solo la mediación familiar sino también la mediación civil que «comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si éstas deben mantener relaciones en el futuro». Amplia, por tanto, el alcance de la mediación a determinados conflictos del ámbito civil caracterizados por la necesidad de las partes de mantener una relación viable en el futuro, incluyendo conflictos objeto de mediación comunitaria o social en el límite del derecho privado³².

En cuanto al significado de la nueva regulación de la mediación, la norma catalana pasa de una concepción de la mediación de resolución de conflictos determinada por su objeto, a otra de gestión relacional de conflictos interpersonales o grupales (art. 1.1), lo que amplía extraordinariamente su ámbito de aplicación, salvaguardando en todo caso que los conflictos sean susceptibles de someterse a un proceso judicial, lo que indica que el proceso de mediación debe versar sobre controversias jurídicas, es decir, sobre derechos subjetivos y obligaciones disponibles que afectan a la relación entre las partes (art. 1.2).

³² El preámbulo de la ley 15/2009 cita, a título ejemplificativo, los conflictos derivados de compartir un espacio común y las relaciones de vecindad, profesionales, asociativas, colegiales o, incluso, del ámbito de la pequeña empresa. Y el art.2.2 incluye como objeto de mediación, fuera del ámbito familiar, las siguientes cuestiones o pretensiones:

- «a) Los conflictos relacionales surgidos en el ámbito de las asociaciones y fundaciones.
- b) Los conflictos relacionales en el ámbito de la propiedad horizontal y en la organización de la vida ordinaria de las urbanizaciones.
- c) Las diferencias graves en el ámbito de la convivencia ciudadana o social, para evitar la iniciación de litigios ante los juzgados.
- d) Los conflictos derivados de una diferente interpretación de la realidad debido a la coexistencia de las diversas culturas presentes en Cataluña.
- e) Cualquier otro conflicto de carácter privado en que las partes deban mantener relaciones personales en el futuro, si, razonablemente, aún puede evitarse la iniciación de un litigio ante los juzgados o puede favorecerse la transacción».

La Ley catalana 15/2009 sigue derivando la regulación y ampliación de ámbitos de mediación de su competencia autonómica material en Derecho civil (art. 129 Estatuto de Autonomía de Cataluña [en adelante, EAC]) y en las normas procesales que derivan del derecho sustantivo de Cataluña (art. 130 EAC) – se entiende que en aplicación del art. 106.2 EAC sobre competencia en procedimientos de mediación y conciliación –, lo que impide la transposición material completa de la Directiva 2008/52/CE, especialmente en ámbito mercantil, «que hace necesaria la aprobación de una ley general de la mediación», pero no impide ampliar su alcance a nuevos ámbitos.

La Comisión Asesora Jurídica de la Generalitat de Cataluña, en el dictamen sobre desarrollo reglamentario de la Ley de 2009³³, apreció un problema de concurrencia de normas sobre mediación, ya que la ley catalana solo regula las materias que afectan al derecho civil pero no al mercantil – pese a denominarse «de mediación en el ámbito del derecho privado» –, regulado por la Ley 5/2012, estatal³⁴, por lo que puede concurrir con la Directiva comunitaria en litigios transfronterizos y con la Ley estatal, abriendo la puerta a la «coexistencia de servicios de mediación sometidos a regulaciones diversas, entre ellas diferentes requisitos de titulación, y que pueden concurrir o competir entre ellos».

2.3. *La Ley integral de mediación de Cantabria.* – La ley catalana de 2009, de mediación en derecho privado, inició el camino expansivo de ampliación a otros ámbitos distintos al familiar, pero es la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la que rompe los moldes existentes hasta ese momento de las leyes autonómicas, abar-

³³ DECRETO 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (Diario Oficial de Cataluña de 25-10-2012).

³⁴ Dictamen de la Comisión Asesora Jurídica de la Generalitat de Cataluña, Departamento de Justicia, n. 285/2012, de 20 de septiembre, sobre el proyecto de Decreto por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en derecho privado. Ponente: Ferran Badosa y Coll. Enlace: http://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&mode=single&documentId=686193&language=ca_ES

cando todos los ámbitos de mediación sin que existiera correspondencia con sus competencias estatutarias de regulación de esas materias, y sin que fuese objeto de recurso de inconstitucionalidad por extralimitación competencial, aunque originó una amplia reflexión y debate relativo al problema competencial de las Comunidades Autónomas sobre mediación.

El preámbulo de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE núm. 99, de 26 de abril), reconoce que trata de «dar un ámbito absolutamente integral a esta institución», y por ello la enmarca prioritariamente en la competencia autonómica plasmada en el artículo 25.5 del Estatuto de Autonomía para Cantabria (en adelante, EA Cantabria) relativa al desarrollo legislativo en materia de ejercicio de profesiones tituladas, aunque cita otras competencias en materia familiar y social, y de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, lo que le permite ampliar los campos jurídicos, más allá incluso del Derecho privado³⁵, siempre que sean materias «de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación» (art. 4), debiendo los acuerdos respetar (art. 42) estas materias indisponibles, y el interés superior de las personas menores, en situación de dependencia o incapacitadas, y pudiendo ser anulados los acuerdos tomados en los casos y con los procedimientos fijados en la legislación estatal.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) al Anteproyecto de Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria (21 de junio de 2010) reconoce que dicho Anteproyecto de Ley supera el de la Directiva 2008/52/CE, al contemplar también la mediación en los ámbitos laboral, penal y administrativo, y que para legislar sobre mediación no es necesario tener competencia para hacerlo sobre todas aquellas materias a las que pueden referirse los conflictos sometidos a mediación³⁶.

³⁵ Expresado en el art. 3.1 de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

³⁶ El Dictamen del Consejo de Estado 1826/2011, de 17 de noviembre, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, no entró a fondo en las competencias de la Cantabria para regu-

Pero al CGPJ le resulta especialmente destacable que Cantabria carezca de competencias en la práctica totalidad de las materias que pueden ser objeto de mediación en cualquiera de los cuatro ámbitos – civil, penal, administrativo y laboral – en los que dichas materias se inscriben, aunque el Anteproyecto analizado no pretendía trazar una regulación sustantiva de las relaciones jurídicas o conflictos subyacentes a los que dichas materias se refieren (como alimentos entre parientes, propiedad horizontal, responsabilidad civil accesoria al delito o falta, contratos privados de la Administración o indemnización en caso de extinción de la relación de trabajo, entre otros). Más crítico es el Informe con la justificación competencial sobre el procedimiento de mediación, para el que no encuentra título competencial que habilite a la Comunidad Autónoma de Cantabria a dotarse de una ley sobre esta materia³⁷, y tampoco los encuentra para la ampliación del objeto de la mediación a conflictos previstos en los ámbitos penal y laboral³⁸.

Tras un intento de desarrollo reglamentario de la Ley de 2011, para intentar amortiguar los preceptos sospechosos de no ajustarse adecuadamente a la legislación estatal, el legislador cántabro optó por reformar la Ley autonómica, a través de la Ley 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria (BOE n. 113, de 12 de mayo de 2017), justificando en la adaptación a la Ley 5/2012, de 6 de julio la modificación de algunos artículos de la Ley sobre los que

lar por ley la mediación en su ámbito territorial, ya que el objeto de dictamen se ceñía a determinar si existían fundamentos jurídicos suficientes para la impugnación constitucional de los artículos 25, apartados 1 y 2, y 33 de la Ley cántabra de 2011. Los tres preceptos establecen reglas relativas al régimen de las llamadas «personas mediadoras» a las que la Ley cántabra dedica su título segundo.

El Consejo de Estado determinó en su dictamen que existían fundamentos jurídicos bastantes para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra dichos preceptos de la Ley cántabra de 2011, pero no llegó a interponerse tal recurso por el Gobierno de la Nación.

³⁷ CGPJ. Informe al Proyecto de Ley de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 21 de junio de 2010 (p. 9).

³⁸ La Ley de Mediación de Cantabria de 2011 elimina la mención a ámbitos concretos y materias específicas del art. 4.2 del Anteproyecto de ley, acogéndose a la fórmula genérica relativa a que sean materias de libre disposición por las partes.

ya se había advertido previamente su dudoso ajuste con la legislación estatal como señalaba el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de noviembre de 2011³⁹; y el informe CGPJ a la reforma de dicha ley de 2017⁴⁰, destaca como la nueva regulación ya no contempla la pertenencia obligatoria a un colegio o asociación profesional para el acceso de los mediadores al registro autonómico de mediación (actual art. 33 de la Ley de Cantabria)⁴¹, y la modificación del art. 25⁴² sobre las condiciones generales y re-

³⁹ La Ley 4/2017, que modifica la Ley 1/2011 de Mediación de Cantabria, reforma significativamente el art. 1 de la Ley especificando que regula la mediación el ámbito de sus competencias:

«Artículo 1. Objeto.

La presente Ley tiene como objeto regular la mediación en la Comunidad Autónoma de Cantabria **en el ámbito de sus competencias**, así como garantizar y facilitar el acceso de los ciudadanos a modalidades alternativas de solución de conflictos, fomentar la resolución amistosa de estos, promoviendo concretamente el uso de la mediación».

⁴⁰ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma de la Ley de la Comunidad Autónoma de Cantabria de 2011 (29 de septiembre de 2016).

⁴¹ «Artículo 33. Normas deontológicas.

Las personas mediadoras deben respetar las normas que apruebe la Consejería competente en materia de Justicia en relación con las responsabilidades, deberes y actividad del mediador y las normas deontológicas del colegio o asociación al que, en su caso, pertenezcan.»

⁴² «Artículo 25. De las personas mediadoras.

1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. La persona mediadora deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional y que se determinarán reglamentariamente.

3. La persona mediadora deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.»

quisitos para ser persona mediadora es una adaptación completa al art. 11 de la Ley 5/2012, que reproduce literalmente, omitiendo la anterior referencia normativa a la posible homologación de la inscripción en otros registros autonómicos o estatales; o a la enumeración de títulos universitarios previos a la formación específica en mediación. El informe CGPJ valora también muy positivamente la supresión de la obligatoriedad de estar registrado en el registro de personas mediadoras de la Comunidad.

2.4. *La Ley valenciana 24/2018, de Mediación de la Comunidad Valenciana.* – La Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de Mediación de la Comunitat Valenciana⁴³, pretende superar también el ámbito familiar de la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, y quiere dotar a la Comunidad Valenciana de una Ley de mediación que contemple «una regulación general y flexible que permite instaurar, sin perjuicio de sus posibles particularidades sectoriales, un marco general para los procedimientos mediadores que se vayan desarrollando en el ámbito de las competencias estatutariamente asumidas» (Preámbulo, III)⁴⁴; pero el preámbulo de la misma se cuida de señalar que «la presente ley tiene por objeto regular la mediación en la Comunitat Valenciana en el ámbito de sus competencias, y de conformidad con la normativa del Estado, fomentando el acceso a la ciudadanía a este método alternativo de solución de conflictos»⁴⁵, citando la Ley estatal 5/2012, de la que destaca la regulación del procedimiento, los principios básicos, la eficacia de los acuerdos, o el estatuto mínimo de la persona mediadora, de lo que se deduce que estos aspectos los considera de competencia

⁴³ Boletín Oficial del Estado n. 23, de 26 de enero de 2019.

⁴⁴ Desaparece la calificación de integral de la regulación, respecto a la exposición de motivos del Proyecto de Ley (DOCV n. 267, de 20 de abril de 2018)

⁴⁵ Preámbulo (IV): «El objetivo principal de esta norma es implantar, desarrollar e impulsar un marco jurídico en el que incardinar los procedimientos de mediación, presentes y los que puedan establecerse en el futuro, intrajudiciales y extrajudiciales, que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, en los términos y condiciones reguladas en la presente ley. Asimismo pretende garantizar la profesionalidad de la mediación a través de la formación y de la especialización de las personas mediadoras».

estatal, al citar que la Ley valenciana sigue los principios y está en consonancia con Ley 5/2012, aunque menciona que el ámbito de aplicación de la ley estatal se circunscribe únicamente a los asuntos civiles y mercantiles, obviando otras muchas materias en las que son aplicable soluciones mediante la mediación; también declara la nueva Ley valenciana que no incide en aspectos y presupuestos procesales, cuya regulación corresponde al Estado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.1.6 de la Constitución española, y añade, teniendo en cuenta los anteriores problemas de constitucionalidad de las leyes aragonesa y cántabra sobre restricciones a la libertad de actuación profesional, que es concordante además con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (Preámbulo, IV).

La justificación competencial de la Comunidad autónoma valenciana para elaborar esta disposición legislativa se ampara en lo previsto «en la citada Ley estatal 5/2012, de 6 de julio, y de lo previsto en los artículos 9.3 y 49.1.36 del Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana; y, por otra parte, al amparo de las competencias en materia de normativa procesal y procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización de la Generalitat, así como para la regulación de colegios profesionales y ejercicio de profesiones tituladas» (Preámbulo, III). El artículo 9.3 del Estatuto de autonomía es citado de forma destacada en el preámbulo, indicando que «conlleva el compromiso activo de la Generalitat para instaurar los medios adecuados para que exista una administración de justicia sin demoras indebidas y próxima al ciudadano, contribuyendo la mediación a esos fines y a reducir el número de asuntos que llegan a los órganos judiciales».

Y cita, a título de ejemplo, ámbitos como el familiar, el sanitario, el cooperativo, el empresarial, el comunitario o el administrativo, siguiendo los pasos de la normativa europea y de dos leyes de nuestro país, ley aprobada por Cataluña en 2009 y, especialmente, la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que «han servido de inspiración y modelo para la elaboración de esta ley», pues establecen regulaciones que pretenden institucionalizar y fomentar, por medio de la mediación, la cultura del arreglo amistoso (Preámbulo, II), reforzando la idea del «acceso a la justicia integral» como un derecho de la ciudadanía.

La nueva ley valenciana de mediación amplía los ámbitos de mediación del familiar a otros campos de Derecho privado, que se enumera en el preámbulo, pero no hay referencia específica a materia laboral, penal⁴⁶ o administrativo⁴⁷, que requerirían alguna especificación en el procedimiento de mediación, ni amplía los de derecho privado sin cobertura en normas administrativas autonómicas.

No introduce especiales novedades sustantivas en el procedimiento de mediación (arts. 29 a 41), la inscripción en el Registro autonómico de mediación es voluntaria, sin restringir el acceso a mediadores inscritos en otros registros, aunque crea diversas secciones por especialidades (art. 19 y DA 1^a) y crea un sello de calidad mediadora (art. 21); y no expresa particularidades en la formación de las personas mediadoras distintas a las exigidas en la legislación estatal, aunque lo remite al desarrollo reglamentario (art. 26).

Más novedoso es el Título I de la Ley, que regula las actuaciones administrativas en el ámbito de la mediación, atribuyendo amplias funciones a la Generalitat Valenciana, creando un Centro de Mediación dependiente de la Administración autonómica, y un Consejo Asesor de Mediación, con participación pública, y el citado Registro de Personas y Entidades Mediadoras de la Comunitat Valenciana.

3. La legislación de mediación familiar en las comunidades autónomas. En especial, Aragón.

3.1. *Marco normativo de la mediación familiar en España.* – La mediación familiar no está incluida ni expresamente excluida del ámbito de aplicación de la Ley estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Objetivamente su ámbito de apli-

⁴⁶ El art. 14, señala dentro de las funciones de la Generalitat: «m) Realizará actuaciones de justicia restaurativa a través de la Red de Oficinas de la Generalitat de Asistencia a las Víctimas del Delito».

⁴⁷ Disposición adicional 2^a: «La Generalitat impulsará las medidas necesarias para incorporar procesos de mediación en los procedimientos administrativos de su competencia como forma de terminación convencional y como instrumento sustitutivo del recurso de alzada, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común».

cación comprende las materias propias del Derecho de familia que sean disponibles por las partes, ya que cumplen los requisitos del art. 2.1 de la Ley 5/2012 LMACM⁴⁸.

La Directiva 2008/52/CE no excluye de su ámbito de aplicación todos los conflictos de familia, ya que en su Considerando 10 solo se menciona que los derechos indisponibles son frecuentes en el ámbito del Derecho de familia, pero en el Considerando 20 señala que los acuerdos de mediación que hayan adquirido fuerza ejecutiva en un Estado miembro pueden ser reconocidos y ejecutados en otro Estado miembro conforme al Reglamento CE n. 2201/2003 del Consejo, 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; y el Considerando 21 lo aplica al «contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia» que no tenga fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado, determinando que no podrá tenerla tampoco en otro Estado miembro, eludiendo la legislación nacional⁴⁹.

⁴⁸ La disponibilidad de determinadas materias en Derecho de familia ha ocasionado posturas en contra de la inclusión de la mediación familiar en la Ley 5/2012 por la posibilidad de poder llegar a acuerdos sobre derechos indisponibles y elevarlos a escritura pública (cfr. A.J. LAFUENTE TORRALBA, *La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 863/2013 [BIB 2013\1069]); y a favor por su no exclusión expresa de la Ley 5/2012, y porque «el requisito de la disponibilidad de los asuntos objeto de mediación, que en efecto no concurre en muchas de las materias que se debaten en Derecho de familia, no sólo se exige en la Ley de 2012, sino en todas y cada una de las normas de las Comunidades Autónomas que regulan la mediación familiar. Igualmente, parece lógico que las mediaciones que en su caso se desarrollen con trasgresión de estos límites no se puedan traducir en acuerdos directamente eficaces, sino en propuestas que, en su caso, habrán de quedar sometidas a la consideración del Juez» (vid. P.M. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, *La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 863/2013 [BIB 2013\1070]).

⁴⁹ P. ORTUÑO MUÑOZ, *A propósito del ámbito de la Directiva 2008/52/CE sobre mediación, en asuntos civiles y mercantiles*, *Aranzadi Civil*, n. 20/2008, explica que el Considerando 10 de la Directiva iba a formar parte del texto de la Directiva y se modificó en el debate del Parlamento europeo por la preocupación de algunos Estados en aspectos relativos al estado civil de las personas (filiación adoptiva por personas homosexuales o matrimonio entre personas del mismo sexo), o la regulación de las responsabilidades parenta-

En la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se señala en su exposición de motivos que «... las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio. La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictarse una resolución en la que se impongan las medidas que sean precisas...»⁵⁰.

Pero la Ley 5/2012, de 6 de julio, solo aclara en su Preámbulo (II) que «la presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el

les que en algunos Estados comunitarios son materias disponibles sin intervención de autoridad pública.

M.J. MARÍN LÓPEZ, *La mediación familiar en Castilla-La Mancha, a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 5/2011 (estudio) (edición electrónica, BIB 2011/161), señala que «el concepto <civil y mercantil> no puede ser deducido solamente a la luz de la división de órdenes jurisdiccionales que puedan existir en cada Estado, sino que es en gran medida el que resulta de las materias cubiertas por el Convenio de Bruselas de 1968 (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) y el Reglamento 44/2001, de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Estos textos legales no excluyen de su ámbito el derecho de familia, sino solo algunos aspectos concretos del mismo (por ejemplo, estado y capacidad de las personas) por ser materia indisponible para las partes».

⁵⁰ En la misma exposición de motivos de la ya citada Ley 15/2005, de 8 de julio, se hace una referencia a las ventajas que conlleva la mediación familiar: «... Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo y, en especial, garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral...».

Y, finalmente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, contenía en su Disposición final 3ª, la previsión de una Ley estatal de mediación.

ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias»⁵¹. Cabe, por tanto, concluir que la Ley 5/2012 no excluye la mediación familiar – aunque respete las competencias de las Comunidades Autónomas para regular la mediación familiar; especialmente la realizada por los servicios públicos correspondientes –, interpretación coincidente con la normativa comunitaria y que concede a la ley estatal un papel de supletoriedad respecto a las leyes de mediación autonómicas, y de aplicación directa en materias de competencia exclusiva estatal (por ej., en materia procesal)⁵².

Es muy amplio el ámbito material sobre el que versa la mediación «familiar» regulada por las Comunidades Autónomas, determinado por el concepto de «conflictos familiares», pero también desde un ámbito subjetivo por la existencia de «vínculos familiares», entendido en un sentido extensivo en algunas normas autonómicas – que comprenden las relaciones convivenciales no matrimoniales –. Sobre la naturaleza de los conflictos mediables coinciden, en general, las normas autonómicas en que se refieren a cuestiones de Derecho civil familiar o de Derecho privado, disponibles por las partes – o sin serlo, que puedan ser judicialmente homologadas – y susceptibles de ser planteadas judicialmente.

Sin embargo, algunas cuestiones son enumeradas por tales leyes sin gran precisión o de forma genérica («todos los conflictos entre los progenitores y sus hijos e hijas y otros familiares, siempre que se trate de materias disponibles por las partes de acuerdo con el derecho de familia y susceptibles de ser planteadas judicialmente», dice, por ejemplo, el art. 4.3.g) de la Ley 14/2010 de

⁵¹ También parte de la doctrina se ha posicionado en contra del desarrollo de legislación autonómica de mediación, incluso en ámbitos familiares, por entender coherentemente que la mediación familiar no está excluida de la mediación civil de la Ley 5/2012. Cabe citar el trabajo de L.J. MARÍN HITA, *¿Para qué una nueva Ley autonómica de mediación familiar?*, *Diario La Ley*, n. 8503 (2015), referida a una previsión de regulación de la mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁵² Vid. J.L. ARGUDO PÉREZ, *Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en derecho privado*, en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (coord. por M.Á. PARRA LUCÁN), Ed. Comares, 2016, pp. 199-243.

Mediación de las Islas Baleares; «En relación con la obligación de alimentos entre parientes», art. 3.2. e) de la Ley 3/2007 del Principado de Asturias), o realizando una enumeración poco detallada de los posibles conflictos familiares mediables, como en la Ley 3/2005, de 23 de junio, del Parlamento de Canarias, de modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar, que amplía en su art. 3 los mencionados en el mismo artículo de la Ley que modifica:

«Podrá ser objeto de mediación familiar cualquier conflicto familiar siempre que verse sobre materias respecto de las cuales el ordenamiento jurídico vigente reconozca a los interesados la libre disponibilidad o, en su caso, la posibilidad de ser homologados judicialmente; entendiéndose por conflicto familiar aquel que surja entre cónyuges, parejas de hecho (estables o no), entre padres e hijos, abuelos con nietos, entre hijos o los que surjan entre los adoptados o acogidos y sus familias biológicas, adoptivas o de acogida; preferentemente los relativos al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas, pensiones, uso del domicilio familiar, disolución de bienes gananciales o en copropiedad, cargas y ajuar familiar, así como, en general, aquellos otros que se deriven o sean consecuencia de las relaciones paterno-filiales y familiares».

Como señala PARRA, el principio jurídico de libertad civil en el Derecho de familia constituye la expresión del respeto a la libertad individual, a la dignidad personal y a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁵³. Junto a ello cabe destacar otro límite que viene determinado por el principio constitucional de igualdad (arts. 9.2, 10.1 y 14 CE), encuadrable en el concepto de orden público del artículo 1255 del Código civil, en el marco de los límites generales a la autonomía de la voluntad, y que tiene aplicaciones especiales en el ámbito familiar como el artículo 1328 del Código civil, en sede de capitulaciones matrimoniales, al expresar que «será nula cualquier

⁵³ M.A. PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en L. Prats Albentosa (coordinador general), *Autonomía de la voluntad en Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo I. *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Consejo General del Notariado - Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, p. 433.

estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge».

Por otra parte, el recurso mismo a la mediación queda excluido en supuestos de violencia de género, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2004, de 2 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género en su artículo 44.5, al introducir un nuevo párrafo en el artículo 87(ter) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Fuera de los límites generales y abstractos – que el juez deberá valorar en su aplicación concreta –⁵⁴, PARRA no encuentra, más allá del derecho de alimentos futuros – conectado con el principio de solidaridad familiar –, ámbitos en Derecho de familia para los que la ley excluya toda posibilidad de acuerdo, observando como la ampliación del juego de la autonomía privada, coherente con la privatización del Derecho de familia, se traduce en el reconocimiento del acuerdo como la fuente principal de la regulación jurídica en materia familiar, en coherencia con la idea de que los interesados son quienes con más acierto pueden regular sus relaciones conforme a sus propios intereses y convicciones⁵⁵.

3.2. *La Ley de Mediación Familiar de Aragón.* – La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de las Cortes de Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOA n. 111, de 08/06/2010) (en adelante, LIRF) tuvo una gran repercusión pública por ser la primera ley civil en España que

⁵⁴ C. ROGEL VIDE, *Mediación y transacción en el Derecho civil*, en L. García Villaluenga, J. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro (codirectores), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. I. Mediación*, Editorial Reus, Madrid, 2010, p. 35. Vid. También, C.F. FÁBREGA RUIZ, *Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad*, en *Diario La Ley*, n. 7443, sección doctrina, 12 de julio de 2010, año XXXI (La Ley 3800/2010) y A. CALATAYUD SIERRA, *Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación*, en A. Bonet Navarro (director), *Proceso civil y mediación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 208.

⁵⁵ M.A. PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, op. cit., pp.129 y 123. También L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006, p. 79.

establecía como preferente el régimen de «custodia compartida» para los hijos comunes en la determinación judicial, si no existía un acuerdo previo por parte de los cónyuges o convivientes. Esta Ley fue derogada por el Código del Derecho Foral de Aragón⁵⁶ (en adelante, CDFA), y su contenido se recoge en los artículos 75 a 84 CDFA (Libro I, Título II, Sección 3^a).

En lo tocante a mediación familiar, el capítulo III, bajo el título «Mediación familiar», compuesto de un solo artículo – el cuarto – de la LIRF, regulaba según el Preámbulo de la misma «la posibilidad de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del Juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver sus discrepancias derivadas de la ruptura. La mediación familiar resulta un instrumento fundamental para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad de las rupturas y fomentar el ejercicio consensuado de las responsabilidades parentales tras la ruptura».

El art. 4 LIRF – actual art. 78 CDFA –, está colocado en la Ley en conexión con el denominado «pacto de relaciones familiares» del art. 3 (actual art. 77 CDFA), y requería como señala el profesor TENA «el desarrollo anterior o simultáneo de la mediación familiar, como herramienta para gestionar los problemas de distribución de la guarda, y permitir nuevos planteamientos en la formulación de los progenitores de sus “planes de coparentalidad”»⁵⁷.

Se aprobó antes el Código del Derecho Foral de Aragón, por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que refunde y deroga, entre otras, la Ley 2/2010 (BOA n. 63, de 29/03/2011, con entrada en vigor – disposición final – el 23 de abril de 2011), que la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOA n. 70, de 07/04/2011, pero con entrada en vigor – disposición final segunda – al día siguiente de su publicación en el BOA, es decir, el 8 de abril), aprobación que se realizó en

⁵⁶ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29/03/2011),

⁵⁷ I. TENA PIAZUELO, *Ley aragonesa de mediación familiar... la que faltaba, Diario La Ley* (edición electrónica), n. 7626, Sección Doctrina, 10 Mayo 2011, año XXXII, Ref. D-201, p. 4.

la última sesión de la Cortes de Aragón de la legislatura que finalizaba.

La Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón (BOA n. 70, de 07/04/2011; BOE n. 115, de 14/07/2011) regula exclusivamente la mediación familiar como servicio social especializado (art. 1)⁵⁸. La ley se compone de un total de treinta y cuatro artículos, estructurados en cinco capítulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales⁵⁹.

La Ley contiene las disposiciones generales en el capítulo I, estableciendo el ámbito de aplicación de la ley exclusivamente a las mediaciones familiares que se efectúen por mediadores designados por el Departamento del Gobierno de Aragón competente en mediación familiar. Amplia, por otra parte, los conflictos sometibles a mediación voluntaria a cualquiera de los que se produzcan en las relaciones familiares y sean disponibles por las partes, frente al criterio restrictivo que mantenía el régimen provisional de mediación familiar de la LIRF, y cuya ampliación justifica el preámbulo de la ley en razón a la aplicación que de la mediación familiar se realiza internacionalmente y en otras Comunidades Autónomas, con la obligación de velar en el proceso de mediación por el interés superior de los menores de edad y la protección a las personas con discapacidad o aquellas en situación de dependencia.

La ley regula también en este primer capítulo los principios que rigen la mediación familiar, y en el capítulo II la figura del mediador, dedicando el capítulo III al proceso de mediación,

⁵⁸ Un estudio completo de la Ley en J.L. ARGUDO PÉREZ, *Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos*, M.C. BAYOD LÓPEZ, J.A. SERRANO GARCÍA (COORDINADORES), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución "Fernando el Católico", Zaragoza, 2014, pp. 273-298 (en edición electrónica: <http://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/3366>); M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012.

⁵⁹ I. TENA PIAZUELO, *Ley aragonesa de mediación familiar... la que faltaba*, *Diario La Ley* (edición electrónica), n. 7626, Sección Doctrina, 10 Mayo 2011, año XXXII, Ref. D-201, reseña como es una Ley de extensión semejante a la mayoría de las de las Comunidades Autónomas sobre mediación familiar, gracias a los diez artículos que se incorporaron al Proyecto de Ley en el trámite legislativo de las Cortes de Aragón.

tanto extra como intrajudicial, y ya los capítulos IV y V establecen la organización administrativa y las competencias y funciones en materia de mediación familiar, así como el régimen de infracciones y sanciones respectivamente.

El artículo primero de la ley aragonesa ya declara que el objeto de regulación es la mediación familiar como servicio público, como servicio social especializado que pretende resolver los conflictos de carácter familiar. La ley aragonesa sigue la adscripción competencial normativa de la mayoría de las Comunidades Autónomas que han regulado la mediación familiar amparadas en la competencia exclusiva en acción social (art. 71.34.^a Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007), y que a través de los servicios sociales atiende a la protección de las distintas modalidades de familia, menores y otros colectivos necesitados de protección especial⁶⁰. No menciona el preámbulo de la ley la competencia en derecho civil propio, como hacen las dos leyes sucesivas de mediación de Cataluña y había invocado la Ley 2/2010, para su regulación sustantiva, incluyendo la mediación familiar, y que establecía el mandato a las Cortes de Aragón – disposición final segunda – de legislar en materia de mediación familiar. La opción legislativa tiene numerosas consecuencias, ya que otorga prevalencia al sistema público de mediación familiar permitiendo la intervención de la Administración regional en numerosos aspectos relacionados con la mediación familiar, aunque no preste el servicio social la propia Administración Pública.

El servicio público de mediación familiar del Gobierno de Aragón entró en funcionamiento de manera experimental en 1997, bajo dependencia del Instituto Aragonés de la Mujer, y se adscribió a la Dirección General de Familia en 2003⁶¹. Dicho Servicio tiene como finalidad la prestación de este servicio social especializado «en las condiciones y con los requisitos que se establecen en esta ley, así como proporcionar asesoramiento, ayuda y formación a las personas y entidades relacionadas con la

⁶⁰ Vid. Ley 9/2014, de 23 octubre, de Apoyo a las Familias de Aragón.

⁶¹ Vid. L. RODRÍGUEZ BENITO, S. ESPADA GINER, *Mediación familiar. La experiencia del Servicio de Mediación Familiar del Gobierno de Aragón: funcionamiento, datos y reflexiones*, Gobierno de Aragón, Zaragoza (s. a.).

materia» (art. 4.1). Todo ello sin perjuicio de las competencias que corresponden al Departamento del Gobierno de Aragón que tenga a su cargo la Administración de Justicia en materia de mediación familiar intrajudicial (arts. 14.1 y 21.1)

Los conflictos susceptibles de mediación familiar son los que surjan en el ámbito del Derecho privado (art. 5.1) y, a título enumerativo, se mencionan los derivados de la ruptura de pareja, con o sin hijos, ejercicio de la autoridad familiar y régimen de guarda y custodia de los hijos, crisis de convivencia, relaciones entre ascendientes y descendientes, o con abuelos, hermanos u otros parientes, o adoptados respecto a sus orígenes biológicos, y otros asuntos de derecho privado como conflictos relacionados con empresas familiares o sucesiones por causa de muerte.

El art. 6 señala que el mediador familiar podrá intervenir en cualquier materia de Derecho privado susceptible de ser planteada judicialmente, tomando la expresión de la Ley catalana de 2009 (art. 2.1.s), pero sin que quepa contemplar todos los que menciona la norma catalana (art. 2.2), que incluye otros ámbitos del derecho privado, lo que implica que debe tratarse de derechos disponibles por las partes, y bajo el principio de velar por el interés superior de los menores o discapacitados.

La Ley aragonesa (art. 3) determina como ámbito de aplicación el territorial de la Comunidad Autónoma en el que al menos una de las personas en conflicto tenga residencia efectiva en Aragón, por lo que no cabe aplicar el criterio de la vecindad civil.

La Ley se aplica exclusivamente a los mediadores designados por la Administración aragonesa, y afecta especialmente al servicio de mediación familiar de la actual Dirección General de Igualdad y Familias, ya que los mediadores de colegios profesionales o particulares se regirán por las normas colegiales o profesionales (art. 4) y, en su defecto, por la Ley estatal 5/2012, salvo que se inscriban en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón (arts. 8.2 y 23)⁶².

⁶² En cuyo caso pueden participar profesionalmente en las mediaciones que realicen los servicios públicos de mediación y le afectará la normativa aragonesa, incluyendo la imposición de sanciones por infracciones administrativas (capítulo V), que tiene una redacción confusa respecto a los mediadores que pueden cometer tales infracciones (en especial, arts. 25.1 y 28.h),

El capítulo II (arts. 8 a 11) se dedica al estatuto del mediador familiar, requiriendo titulación universitaria (sin especificar titulaciones, como otras leyes autonómicas) y formación especializada; y exigiéndose su inscripción en Registro de Mediadores Familiares de Aragón para intervenir en las mediaciones familiares de servicios públicos.

El Consejo de Estado llegó a plantear la posibilidad de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley aragonesa en su dictamen de 22 de junio de 2011⁶³, al observar una posible violación competencial y de la legislación básica estatal en dos materias: la imposición a los mediadores familiares de los requisitos de colegiación profesional obligatoria e inscripción en el Registro autonómico creado al efecto (artículo 8.3) y la regulación de la mediación a instancia judicial que establece el artículo 13.1.c) y desarrollan sus concordantes artículos 14 y 18.3.

Por lo que se refiere a la obligación de colegiación profesional, que será objeto también de tacha de inconstitucionalidad en la ley cántabra de 2011, el dictamen señala que es una competencia estatal del artículo 149.1.18ª y 30ª CE; del mismo modo, respecto al mismo artículo 8.3, la imposición de la inscripción en el registro autonómico como condición para ejercer en Aragón como mediador familiar, vulnera la legislación básica del Estado

pero por coherencia con el art. 3, la ley solo es aplicable a las mediaciones realizadas por los mediadores familiares designados por el Departamento competente, y a estos mediadores afecta el incumplimiento de obligaciones que puede ser sancionado (art. 11), es decir, a los profesionales que desarrollen su labor en los servicios públicos de mediación familiar, aunque sea ocasionalmente al ser llamados para prestar dichos servicios por estar inscritos en el registro regional, y no a los profesionales colegiados o independientes no inscritos en tal Registro, o en el ejercicio libre de la actividad mediadora (art. 4. 2 y 3).

La disposición transitoria única de la Ley, bajo el epígrafe «Designación de mediadores familiares», establece que «mientras no esté en funcionamiento el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, las mediaciones de carácter gratuito a que se hace referencia en la presente ley se efectuarán por el servicio de mediación que gestiona la Dirección General de Familia». No se ha creado, sin embargo, posteriormente el Registro de Mediadores Familiares de Aragón previsto en el art. 23.1 de la ley aragonesa de 2011.

⁶³ Dictamen del Consejo de Estado n. 973/2011, aprobado el 22/06/2011, sobre los arts. 8.3; 13.1.c; 14 y 18.3 de la Ley de mediación familiar de Aragón.

recogida en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, Ley que supuso la transposición al Derecho español de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

El artículo 8.3 se modificó por el artículo 66 de la Ley 3/2012, 8 marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA n. 54, de 19/03/2012), y su redacción actual es la siguiente: «Las personas que reúnan los requisitos de titulación y formación específica para prestar el servicio de mediación familiar se inscribirán en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón»⁶⁴. Se corrigió el requisito de colegiación, pero no ha cambiado sustancialmente la ley aragonesa el requisito de obligatoriedad en la inscripción en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, carente de desarrollo reglamentario posterior.

El desarrollo del proceso de mediación se regula en el capítulo III (arts. 12 a 20). El planteamiento e inicio del procedimiento puede ser previo a la actuación judicial (extrajudicial), durante las actuaciones judiciales, con suspensión del proceso judicial (intrajudicial), o posterior a las actuaciones judiciales (art. 12). Podrá ser instada por las partes o el juez, pero no podrá iniciarse la mediación si una de las partes está incurso en un proceso penal por atentar contra los derechos de su cónyuge/pareja o hijos, o hay indicios fundados de violencia de género (art. 78.5 CDFA – que realiza una remisión al art. 80.6 del mismo cuerpo legal – y art. 13.3 de la Ley de mediación familiar)⁶⁵.

⁶⁴ La redacción originaria del art. 8.3 decía: «El mediador familiar deberá figurar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Aragón. Además, tendrá que colegiarse en el correspondiente colegio profesional, excepto que se trate de un empleado público al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma que ejerza las funciones de mediador familiar en el desempeño de su puesto de trabajo».

⁶⁵ La Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, establece en su art. 44 la introducción del art. 87ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que creaba los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y al desarrollar sus competencias civiles en procesos familiares declara (apartado 5) que “en todos estos casos está vedada la mediación”, en que los implicados sean víctima o autor, inductor o cómplice de actos de violencia de género. Esta prohibición absoluta de la mediación familiar es puesta en cuestión por una parte de la doctrina, que aboga por excepcionar casos concretos.

En cuanto a la regulación procesal de la mediación por iniciativa judicial, el artículo 13 de la ley aragonesa, relativo al inicio del procedimiento de mediación, dispone en su apartado 1.c) que la mediación podrá iniciarse, entre otras formas, «a instancia de la Autoridad Judicial». Los artículos 14 y 18.3 regulan respectivamente las especialidades en cuanto al desarrollo y a la duración del procedimiento de mediación iniciado bajo esta modalidad⁶⁶.

El Consejo de Estado entiende que estas disposiciones tienen un contenido procesal⁶⁷ y, por tanto, reservado legislativamente al Estado por el artículo 149.1.6^a CE, aunque salve «las especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas», que contempla el Estatuto de Autonomía de Aragón en su artículo 71.3^a; pero el dictamen no aprecia que la regulación procesal de la mediación pueda vincularse con ninguna particularidad del Derecho civil de Aragón⁶⁸, ni con el apartado 59 del artículo 71 del Estatuto de Autonomía, el cual atribuye competencias en materia de «Administración de Justicia en lo relativo a medios personales y materiales».

El art. 14 de la Ley aragonesa establece una serie de especialidades en la iniciación de la mediación familiar por la autoridad judicial – la denominada mediación intrajudicial –, que de-

⁶⁶ Artículo 14. *Especialidades de la iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial*, y art. 18.3 «En el supuesto de iniciación por la Autoridad Judicial, la duración no podrá exceder del plazo de suspensión del procedimiento acordado judicialmente o previsto en la legislación procesal»

⁶⁷ No parece especialmente invasiva la disposición del artículo 13.1.c, que simplemente enumera una más de las formas de inicio del procedimiento mediación familiar, sin contenido sustantivo. Se menciona también en el art. 29.d de la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de Mediación de la Comunidad Valenciana («Derivación judicial o arbitral, de conformidad con lo dispuesto en la legislación del Estado, con el consentimiento posterior de las partes»).

⁶⁸ Cabe mencionar que la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de los padres, estableció un régimen provisional de mediación familiar en su artículo 4 y disposición transitoria segunda, y que dicha ley fue derogada por el Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba bajo el título de «Código del Derecho foral de Aragón», el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29/03/2011), incorporándose la regulación de la mediación familiar de la Ley 2/2010, en el artículo 78 y disposición transitoria del Código foral.

sarrolla lo contenido en el art.78 CDFFA, y cuya competencia corresponde, en los procesos de ruptura matrimonial y guarda y custodia de los hijos menores a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, al Departamento con competencia en la Administración de Justicia⁶⁹.

El art. 14.2 de la Ley establece que en los procesos mencionados el Juez podrá, a los efectos de facilitar un acuerdo entre las partes, proponerles una solución de mediación. Asimismo, el Juez podrá acordar la asistencia de las partes a una sesión informativa sobre la mediación familiar si, atendiendo las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo. La recomendación judicial podrá consistir en la derivación del caso al servicio de mediación, o bien a una sesión informativa, que realizan las partes con un técnico especializado dependiente del Departamento competente en materia de Justicia, que les informará sobre las ventajas que supone la figura de la mediación familiar, especialmente para los hijos menores de edad, así como del procedimiento y características del proceso de mediación (art. 14.3), y a la que pueden acudir asistidos por sus respectivos abogados (art. 14.4). El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación (art. 14.5).

Si se inicia la mediación tras la sesión informativa, será el mismo técnico especializado el que designe el servicio de mediación público que realizará el proceso si concurren las circunstancias de gratuidad de la mediación (art. 24 y disposición transitoria única), pero el procedimiento de mediación no tiene ninguna peculiaridad respecto al extrajudicial, a la que se remite el precepto (art. 14.6).

⁶⁹ La Dirección General de Administración de Justicia dictó la Resolución de 2 de abril de 2012 (BOA n. 77, de 24/04/2012), por la que se establece la organización y funcionamiento de las competencias que tiene encomendadas en materia de mediación familiar intrajudicial. En su artículo segundo indica que «a la Dirección General de Administración de Justicia le corresponde la función de intermediación entre los diferentes juzgados de Primera Instancia con competencia en materia de familia y el departamento del Gobierno de Aragón competente para la prestación del servicio de mediación familiar. Igualmente le corresponde la realización de la sesión informativa sobre la mediación familiar promovida por instancia judicial».

Tras designarse el mediador (servicios públicos) el procedimiento consta de una reunión inicial informativa sobre mediación (art. 16), a la que siguen las correspondientes sesiones del proceso de mediación, cuya duración no puede exceder de sesenta días desde su inicio (art 18), y que finaliza de forma ordinaria cuando las partes alcancen un acuerdo total o parcial (con la obligatoriedad de un contrato, art. 1091 Código civil), y extraordinariamente cuando exista falta de colaboración, incumplimiento o inasistencia de alguna de las partes, o no puedan obtenerse acuerdos (art. 19).

El art. 20.1 de la Ley establece que los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar, cuando se refieran a rupturas de la convivencia de los padres, deberán ser aprobados por el Juez, en los términos que, para el pacto de relaciones familiares, establece el art. 77.4 CDFA⁷⁰.

No cabe confundir, en todo caso, acta final del proceso de mediación, regulada con sus extremos en el art. 19.2 – incluyendo al menos la síntesis de los acuerdos alcanzados –, con el documento definitivo que recoja los acuerdos, ya que pueden suponer una mayor elaboración técnica y jurídica, o ir incorporados a un pacto de relaciones familiares o, en su caso, a un convenio regulador, u otro tipo de negocio jurídico documentado. En este sentido esta diferencia es más clara en la Ley 5/2012, al exigir que el acta final la firmen las partes y el mediador (art. 22.3), mientras que el acuerdo de mediación lo firman las partes o sus representantes (art. 23.2).

Tratándose de acuerdos sobre materias distintas, las partes podrán elevarlos a escritura pública (ahora regulado en el art. 25.1 de la Ley 5/2012) o solicitar la homologación judicial de los mismos por el tribunal que conociere del litigio al que se pretende poner fin (art. 20.2). Y el art. 25.4 de la Ley 5/2012, establece también que, cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁰ En el mismo sentido, establece el art. 78.4 CDFA que «Los acuerdos entre los progenitores obtenidos en la mediación familiar deberán ser aprobados por el Juez, en los términos establecidos en el artículo anterior para el pacto de relaciones familiares».

Ya se ha citado que el art. 23 crea el Registro de Mediadores Familiares de Aragón, adscrito al Departamento competente en mediación familiar, que fía su organización y funcionamiento a un desarrollo reglamentario inexistente, del mismo modo que la determinación de los supuestos de gratuidad en la prestación del servicio de mediación (art. 24), lo que obliga al Servicio dependiente de la, ahora, Dirección General de Igualdad y Familias a seguir organizando y gestionando el Servicio como gratuito para todos los usuarios y no poder ampliar las formas de gestión del Servicio por la limitación, ahora relativa desde la existencia del Registro estatal, que supone la falta de desarrollo reglamentario del Registro autonómico de mediadores familiares⁷¹.

4. El marco competencial y de desarrollo legislativo autonómico de la mediación.

La aprobación de la legislación estatal de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012 – trasponiendo al ordenamiento español la Directiva comunitaria europea de 2008 –, y su parcial desarrollo reglamentario por el Real Decreto 980/2013) marca una mayor delimitación de las competencias estatales, pero genera dudas en el futuro desarrollo legislativo autonómico.

Esta competencia legislativa estatal (mercantil, procesal y civil) exclusiva es la que arguye la Ley 5/2012 en su disposición final quinta, pero no se refiere explícitamente en su articulado a la distribución de competencias en materia de mediación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Preámbulo de la Ley 5/2012 (apartado II), se refiere al desarrollo de la mediación por las Comunidades Autónomas, y el apartado III expresa que «la presente Ley se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, que permiten articular un marco para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dic-

⁷¹ Sobre el posible desarrollo de la legislación de mediación en Aragón, vid. J.L. Argudo Pérez, «¿Una ley aragonesa de mediación integral?», en *Estado y situación de la mediación en Aragón. 2018* (coordinadores: J.L. Argudo Pérez y F. de A. González Campo), Zaragoza, Ed. Comuniter, 2019, pp. 361-395.

ten las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias». Y el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, en desarrollo reglamentario de la ley estatal, no es más clarificador por la ambigüedad con la que se regula su ámbito de aplicación y la ausencia de determinación de qué preceptos se consideran dictados en ejercicio de las competencias estatales.

En la actualidad no se discute la competencia para regular la mediación en su ámbito competencial y territorial por las Comunidades Autónomas pero la doctrina – con excepciones – era más pacífica cuando la regulación versaba sobre mediación en ámbitos familiares, a pesar de algunos dudosos títulos competenciales que no permitían ir más allá de la creación de servicios sociales de mediación familiar. La legislación autonómica, como en otras materias, se adelantó a la legislación estatal y tampoco podemos extraer de la Constitución española de 1978 un título competencial estatal claro sobre métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que no se habían desarrollado – especialmente la mediación – en España, anclado en la competencia en la legislación mercantil, procesal y civil – esta última con la excepción de los derechos civiles autonómicos en el que ha sustentado su competencia material especialmente Cataluña –.

Respecto al título competencial de las Comunidades autónomas para legislar sobre mediación, el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de mediación estatal (2222/2010, de 17 de febrero de 2011) señala: «No obstante, no hay que desconocer que algunas de las Comunidades Autónomas han extendido su pretensión más allá del ámbito familiar de la mediación. Y, así, la Ley del Parlamento de Cataluña 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, supone, como señala la Memoria del análisis del impacto normativo, un punto de inflexión en relación con la normativa anterior, ya que extiende las competencias autonómicas desde la mediación familiar hasta la mediación en el ámbito del Derecho privado. La Comunidad Autónoma de Cataluña aplica en esta Ley las competencias que le permite asumir el nuevo Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio (artículo 106.2): “La Generalitat puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia”, en

relación con los artículos 129 y 130). Con respeto hacia las competencias exclusivas que el artículo 149.1.8.^a de la Constitución atribuye al Estado, la propia Ley 15/2009 prevé la aprobación de una futura ley general de mediación que proceda a transponer la Directiva 2008/52/CE, asumiendo mientras tanto la Generalidad la aplicación de la regulación existente. En esta misma línea, aunque sin haber llegado a aprobar una ley similar en materia de mediación, el Estatuto de Autonomía de Andalucía también contempla expresamente que “la Junta de Andalucía puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia” (artículo 150.2 del Estatuto de Autonomía aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)⁷².

No originaron litigiosidad constitucional las primeras leyes autonómicas de mediación familiar, a pesar de lo laxos que eran los títulos competenciales argumentados para desarrollar la legislación autonómica, al no existir legislación estatal sustantiva y procesal sobre mediación, pero comienzan los reparos competenciales y constitucionales en el año 2011, cuando el Estado llegó a plantearse la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra determinadas leyes autonómicas, reflejados en los correspondientes informes del Consejo de Estado de 22 de junio de 2011 sobre el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de mediación familiar de Aragón en⁷³; o de 17 de

⁷² Añade el Informe del Consejo de Estado de 17 de febrero de 2011, en relación con el anteproyecto de ley estatal de mediación: «En suma, los títulos competenciales en que se amparan una y otras normas (la estatal que se proyecta y las autonómicas) son diferentes (como lo declaran la mayoría de los preámbulos de las normas autonómicas) y, por tanto, para que la mediación tenga los efectos procesales proyectados (en especial cosa juzgada y título suficiente para poder instar la ejecución forzosa), lo cual requiere la debida adaptación de la Ley de Enjuiciamiento civil, tal y como se prevé en la disposición final tercera del Anteproyecto) las normas autonómicas habrán de adaptar sus normas sobre mediación de conformidad con la Ley estatal en virtud de las competencias exclusivas del Estado conferidas por el artículo 149.1.6^a y 8^a de la Constitución. Por tanto, tratándose de títulos competenciales distintos, como ya se ha argumentado, convendría eliminar del preámbulo del Anteproyecto que se articula como “marco mínimo” pues la norma que se proyecta se circunscribe a un ámbito de competencias exclusivas del Estado»

⁷³ Dictamen del Consejo de Estado n. 973/2011, aprobado el 22/06/2011.

noviembre de 2011 sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley de Cantabria de 2011⁷⁴. Cabe destacar que, pese al informe favorable a plantear los correspondientes recursos de inconstitucionalidad respecto a los preceptos examinados de ambas leyes, tales recursos no llegaron a plantearse.

Es relevante que la cuestión de fondo que planteaba la ley cántabra de 2011, es decir la competencia para regular la mediación con carácter integral por una Comunidad Autónoma, haya quedado finalmente postergada y sin resolver por el Tribunal Constitucional, que podría haber marcado el camino del desarrollo legislativo autonómico. La reforma de la ley de mediación de Cantabria de 2017 no modifica sus fundamentos competenciales, tras la entrada en vigor de la Ley estatal 5/2012, a pesar de sus limitaciones competenciales, basando su competencia en el endeble paraguas de sus competencias en corporaciones profesionales y ejercicio de profesiones tituladas. Pero esta es una competencia limitada, como mostró el dictamen del Consejo de Estado al constatar la posible inconstitucionalidad de los preceptos que limitaban el acceso al registro autonómico de personas mediadoras a determinadas titulaciones o establecían requisitos añadidos de homologación a los mediadores inscritos en otros registros públicos.

La Ley de mediación estatal marca un punto de inflexión para la legislación autonómica, ya que, junto con la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece los límites entre el procedimiento de mediación y la legislación procesal que, necesariamente, tienen zonas de contacto con fricciones competenciales, o el estatuto mínimo común del mediador. Pero no cabe negar la competencia del legislador autonómico a regular la mediación en su territorio tras la puerta abierta por la ley cántabra, necesitando sin duda una interpretación muy extensiva para aceptar que se desarrolla en el «ejercicio de sus competencias»; y todavía no se han marcado claramente los límites de esta nueva legislación autonómica, salvo en los aspectos procesales, que los informes del Consejo General del Poder Judicial no observa con disgusto, pero de la que destaca especialmente

⁷⁴ Dictamen del Consejo de Estado n. 1826/2011, aprobado el 17/11/2011.

como positivos los aspectos de fomento y promoción de la mediación, y no tanto la regulación de otros aspectos que cuentan con preceptos paralelos en la legislación estatal.

Esta casi calculada zona de ambigüedad competencial, teniendo en cuenta la previa legislación autonómica en mediación familiar, ha conducido a explorar tras la Ley 5/2012 títulos competenciales que sirviesen de cobijo legal a una regulación integral de la mediación, como el caso de la competencia en colegios profesionales y profesiones tituladas en Cantabria, o competencias en Administración de Justicia – reducidas a los medios personales y materiales al servicio de dicha Administración –, que parecía avalada por la disposición adicional segunda, sobre impulso a la mediación, de la Ley 5/2012.

El informe jurídico al anteproyecto de ley de mediación de la Comunidad Valenciana de la Abogacía General de la Generalitat, de 29 de junio de 2017⁷⁵, reconoce tras la mención de la normativa vigente comunitaria, estatal, y autonómica que «a tenor de lo contemplado en el preámbulo de la Ley 5/2012 y dado que en algunos Estatutos de Autonomía, – no solo el catalán, sino también el andaluz – se ha reconocido expresamente la competencia en materia de mediación, es que la polémica sobre las posibilidades de que las Comunidades Autónomas puedan legislar sobre esta materia está hoy superada, centrándose ahora la controversia en los límites a los que debe sujetarse dicha regulación»; pero se muestra crítico con la regulación proyectada al entender que el Estatuto de autonomía valenciano no contempla competencias sobre mediación, y que el amparo en artículo 49.1.36. del Estatuto relativo a la «Administración de Justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5ª» confunde las competencias estatales y autonómicas sobre Administración de Justicia, ya que la doctrina del Tribunal Constitucional (especialmente la STC 97/2001, de 5 de abril) distingue un concepto estricto o nuclear de Administración de Justicia, correspondiente al ejercicio de la función jurisdiccional y a lo ati-

⁷⁵ CI/6888/2017-CJARL/73/2017 MBB. Enlace: <http://www.justicia.gva.es/documents/19317797/164889174/16a+Informe+abogac%C3%ADa/6c9ef580-e1e3-4ba2-b400-a5474664a313;jsessionid=7C6B4974C4CD7762E621886287A7818F>.

nente al gobierno del Poder judicial, y un concepto más amplio en el que se incluye lo relativo a los medios que «sirven de sustento material o personal» al ejercicio de esa función jurisdiccional, y las competencias sobre estos medios personales y materiales, en cuanto no esenciales a la función jurisdiccional y al autogobierno del Poder Judicial, pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas, y además es una competencia que conlleva facultades de naturaleza reglamentaria o ejecutiva pero no legislativa.

El Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en su dictamen de 17 de enero de 2018⁷⁶, tras reflejar el contenido sustancial de los informes precedentes sobre el anteproyecto de ley, considera las posibilidades que se plantean a las Comunidades Autónomas sobre desarrollo de la legislación en mediación que incluyen: aprobar una iniciativa legislativa para realizar una labor de promoción y fomento del instituto en el estricto marco de la Ley 5/2012; o bien abstenerse de legislar y plantear las propuestas complementarias a la legislación estatal vigente al Ministerio de Justicia para que pueda estudiar las posibles reformas en la legislación estatal; o, incluso, abstenerse absolutamente de tomar iniciativas legislativas a la espera de que sea la normativa del Estado la que efectúe la regulación básica de dichos aspectos.

Finalmente considera que nada impide que la Comunidad Autónoma efectúe una regulación integral de la mediación, ya que, por el contrario, el título competencial autonómico proviene de la propia redacción de la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2012 («Impulso a la mediación»), que reclama de las Administraciones Públicas competentes en materia de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia dicho impulso, y su equiparación a la asistencia jurídica gratuita.

Para el Consejo consultivo valenciano tal disposición permite situar la habilitación competencial en materia de mediación en

⁷⁶ Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Dictamen 2018/0023. Expediente 753/2017. Aprobado por el Pleno el 17/01/2018. Enlace: http://turia.gva.es/hdfi_access/cjc/bd.html

Todo el expediente del anteproyecto de ley de mediación de la Comunitat Valenciana puede consultarse en: http://www.justicia.gva.es/es/anteproyectos-de-ley-o-proyectos-de-decreto-legislativo/-/documentos/S7VyxWtQgpmC/folder/164889174?p_auth=q7UglvjJ.

las competencias asumidas en materia de medios personales y materiales al servicio de la Administración de Justicia, dada la naturaleza de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y de reducción de la litigiosidad; pero también opina dicho Consejo consultivo, que la opción de política legislativa podría haber sido «perfectamente y con remisión al texto de la Ley 5/2012, y una adaptación a las peculiaridades organizativas de la Generalitat, el anteproyecto de ley podría haberse conformado como un texto organizativo y de promoción y fomento de la mediación, sin necesidad de una regulación de aparente competencia autonómica, cuando a la postre la regulación sustantiva en materia procesal resulta ser estatal».

Finalmente, el informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto de ley, de la Generalitat, de mediación de la Comunitat Valenciana, de 26 de octubre de 2017, es más matizado y valora positivamente que se adopte la forma de Ley, «rango normativo que se considera adecuado dado el objeto que pretende la norma, es decir, la regulación integral de la mediación en el ámbito de esa Comunidad autónoma» (20), pero indica, al igual que para la ley cántabra, que Valencia carece de competencias en la práctica totalidad de las materias que pueden ser objeto de mediación en cualquiera de los cuatro ámbitos (civil, penal, administrativo y laboral). Sin embargo, al igual que en el caso de Cantabria, expone que el Proyecto no pretende trazar una regulación sustantiva de tales materias; y al pretender una regulación integral, puede entenderse que la ley respondería al deseo de regular de forma congruente y sistemática la institución, contribuyendo con ello al fomento de la mediación (22).

Una opinión menos favorable muestra el CGPJ sobre la regulación de diversos aspectos del procedimiento de mediación, por contemplar zonas de contacto entre dicho procedimiento y el proceso judicial, que pueden afectar a la competencia estatal en materia de legislación procesal. El legislador autonómico ha tratado de salvar este escollo remitiéndose a la legislación estatal al abordar las materias más directamente conectadas con la legislación procesal, pero de lo que resulta «un catálogo de remisiones formuladas las más de las veces con extraordinaria amplitud» (23).

Finalmente, considera positiva y como un paso importante a favor de la calidad de la justicia la iniciativa legislativa valenciana pues «la promoción de los sistemas alternativos de solución de conflictos mejora la tutela judicial efectiva» (conclusión segunda), aunque no convencen al CGPJ los fundamentos competenciales para elaborar tal regulación autonómica⁷⁷.

⁷⁷ «28. Recapitulando, diríamos que la justificación competencial del Proyecto se resiente en todo lo que tiene que ver con el procedimiento de mediación, para el cual no se aprecia título competencial que habilite a la Comunidad Autónoma Valenciana a dotarse de una ley sobre esta materia. La competencia en materia de ejercicio de profesiones tituladas permitiría a lo sumo avalar la intervención normativa proyectada en todo lo tocante al estatuto de las personas mediadoras, los requisitos para ejercer como tal, el Centro de Mediación, el Registro de Personas Mediadoras, el Consejo Consultivo de Mediación, la calidad de la mediación, o las instituciones y organismos que pueden prestar servicios de mediación. La competencia en materia de asistencia y bienestar social ofrece cobertura a la regulación del papel de las Administraciones públicas en el fomento de la mediación, o a la posibilidad de otorgar el beneficio de gratuidad de la mediación en el caso de personas con escasa capacidad económica. La competencia en materia de especialidades de procedimiento administrativo dudosamente permite normar lo relativo a la mediación en el ámbito administrativo, y de hecho se constata que el Proyecto carece de un auténtico tratamiento de esa clase de mediación. A lo anterior se añade que la pretensión de extender el objeto de la mediación a los conflictos suscitados en los ámbitos penal y social, queda huérfana de la más mínima justificación competencial en la propia Exposición de Motivos, cuestión que tampoco plantea mayores problemas pues no existe ninguna regulación al respecto».

Un desarrollo más extenso en J.L. ARGUDO PÉRIZ, *Las competencias legislativas en mediación de las Comunidades Autónomas según el Consejo General del Poder Judicial*, en *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* (Dir. J.L. Argudo Pérez, coords: F. de A. González Campo, M.A. Júlvez León), Madrid, Ed. Reus, 2019, pp. 267-292.

Bibliografía

- J.L. ARGUDO PÉRIZ, *Mediación familiar y relaciones entre padres e hijos*, M.C. BAYOD LÓPEZ, J.A. SERRANO GARCÍA (coordinadores), *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, Institución “Fernando el Católico”, Zaragoza, 2014, pp. 273-298, (en edición electrónica: <http://ifc.dpz.es/publicaciones/ver/id/3366>).
- J.L. ARGUDO PÉRIZ, *Límites de la autonomía de la voluntad y mediación en derecho privado*, en *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio* (coord. por M.Á. Parra Lucán,), Ed. Comares, Granada, 2016, pp. 199-243.
- J.L. ARGUDO PÉRIZ, F. DE A. GONZÁLEZ CAMPO, *Mediación en conflictos de consumo ¿uniformidad o diversidad de la mediación?*, en *Construcción de la Paz a través de la mediación: conocimiento y práctica de una metodología*, (F. Fariña, M. Rosales, K. Rolán, M.J. Vázquez, coords.), Pontevedra, Cuemyc, 2018, pp. 440-452.
- J.L. ARGUDO PÉRIZ, *Las competencias legislativas en mediación de las Comunidades Autónomas según el Consejo General del Poder Judicial*, en *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* (Dir. J.L. Argudo Pérez,; coords: F. de A. González Campo, M.A. Júlvez León), Madrid, Ed. Reus, 2019, pp. 267-292.
- J.L. ARGUDO PÉRIZ, *¿Una ley aragonesa de mediación integral?*, en *Estado y situación de la mediación en Aragón. 2018* (coordinadores: J.L. Argudo Pérez, F. de A. González Campo), Zaragoza, Ed. Comuniter, 2019, pp. 361-395.
- S. BARONA VILAR, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- A. BERLINGER, *Hacia un modelo europeo de mediación*, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5/2013 (BIB 2013/1768).
- M. BLANCO CARRASCO, *Comentario al artículo 2. Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley*, en L. García Villaluenga, C. Rogel Vide (directores), C. Fernández Canales (coordinadora), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, pp. 41-52.

- Á. BONET NAVARRO (director), *Proceso civil y mediación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- A. CALATAYUD SIERRA, *El arbitraje testamentario desde el Derecho aragonés*, *RDCA XVIII* (2012), pp. 163-184.
- Á. BONET NAVARRO, *Elevación a escritura pública del acuerdo de mediación*, en Á. Bonet Navarro (director), *Proceso civil y mediación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 183-235.
- S. CALAZA LÓPEZ, *La tutela del superior interés del menor en el proceso judicial (1)*, *LA LEY Derecho de familia*, n. 7 (tercer trimestre de 2015) (LA LEY 4585/2015).
- M.J CARAZO LIÉBANA, *El arbitraje societario*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Ó.D. F. CONFORTI, *Mediación de consumo en Cataluña versus tutela judicial efectiva: ¿Una apostasía en la resolución de conflictos?*, *Diario La Ley*, n. 8534, Sección Tribuna, 7 de Mayo de 2015.
- P. CORTÉS, *Un análisis comparativo de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos en consumo*. *Indret. Revista para el análisis del Derecho* 4/2015.
- C. F. FÁBREGA RUIZ, *Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad*, en *Diario La Ley*, n. 7443, sección doctrina, 12 de julio de 2010, año XXXI (La Ley 3800/2010).
- C. GARCÍA MARTÍNEZ, M.C. RAYÓN BALLESTREROS, *Ley de Cantabria 4/2017, de 19 de abril, por la que se modifica la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación de Cantabria. La adaptación de la ley y el desarrollo del primer proyecto piloto de mediación intrajudicial en Cantabria*, en *Foro, Nueva época*, vol. 20, n. 1 (2017), pp. 315-328.
- L. GARCÍA MONTORO, *“Nuevo” modelo de resolución alternativa de conflictos de consumo a la luz del anteproyecto de ley de resolución alternativa de conflictos de consumo. Referencia a las posibilidades de supervivencia de la mediación y otros mecanismos tradicionales*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, n. 14, 2015, pp. 11-27.
- L. GARCÍA MONTORO, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Código de Consumo de Cataluña*, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, n. 13, 2015, pp. 54-61.

- L. GARCÍA VILLALUENGA, *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Editorial Reus, Madrid, 2006.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, C. ROGEL VIDE (directores) C. FERNÁNDEZ CANALES (coordinadora), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012.
- L. GARCÍA VILLALUENGA, E. VÁSQUEZ DE CASTRO, *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*, en *Política y Sociedad*, 2013, 50, n. 1, pp. 71-98.
- P.M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, *La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 863/2013 (BIB 2013\1070).
- R. GIL NIEVAS, *La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (n. 768/2008).
- M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La mediación familiar y su reflejo en la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2012.
- M.R. GUTIÉRREZ SANZ, *La mediación de consumo a la luz de la ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, *Revista de Derecho Privado* 03/2018, p. 30.
- E.R. JORDÁ CAPIÁN, *La resolución alternativa de conflictos en materia de consumo en los trabajos de transposición al derecho interno español*, *La LEY mercantil*, n. 19, noviembre de 2015.
- A.L. LAFUENTE TORRALBA, *La mediación familiar en la Ley de mediación de asuntos civiles y mercantiles*, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.863/2013 (BIB 2013\1069).
- D. MARCOS FRANCISCO, *La mediación y conciliación en conflictos de consumo: consideraciones de presente y futuro*, en A.I. Blanco García (editor), *Tratado de Mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 129-163.
- L. MARÍN HITA, *La mediación como instrumento de resolución de conflictos en la empresa familiar*, *Derecho de los Negocios*, n. 271, Sección Temas de hoy (septiembre-octubre 2013).

- L. MARÍN HITA, *¿Para qué una nueva Ley autonómica de mediación familiar?*, *Diario La Ley*, n. 8503 (2015).
- M.J. MARÍN LÓPEZ, *La mediación familiar en Castilla-La Mancha, a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n. 5/2011 (estudio) (edición electrónica, BIB 2011/161).
- C. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La justicia restaurativa y un modelo integrador de la justicia penal*, en *Revista de Derecho de la UNED*, n. 16 (2015), pp. 1237-1263.
- M.D. MAS BADÍA, *La mediación de consumo en España: ¿una alternativa viable? La esperada transposición de la directiva relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DADR)*, en *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, vol. II, n. 25 (2017).
- I. ORDEÑANA GEZURAGA, *La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa*, *Diario La Ley*, n. 7420, 9 de Junio de 2010 (LA LEY 2680/2010).
- G. PALAO MORENO, *Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012*, in *Diario La Ley*, n. 7847, Sección Tribuna, 27 Abr. 2012 (LA LEY 4991/2012).
- M.Á PARRRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en L. Prats Albentosa (coordinador general), *Autonomía de la voluntad en Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, tomo I. Derecho de la persona, familia y sucesiones, Consejo General del Notariado- Wolters Kluwer España, Madrid, 2012, pp. 102-454.
- V. PÉREZ DAUDÍ, *Aspectos procesales de la mediación preceptiva en los procesos hipotecarios*, *Diario La Ley*, n. 8541, de 18 de mayo de 2015.
- J.A. PÉREZ MIRALLES, *La arbitrabilidad de los conflictos en contratos de arrendamiento urbano de vivienda tras la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas*, *Diario La Ley*, n. 8172, 17 de Octubre de 2013 (LA LEY 7410/2013).
- J.L. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *Capítulo XII. Mediación en asuntos mercantiles*, en G. Orozco Pardo, J.L. Monereo Pérez (dirección), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 263-286.

- E. PIZARRO MORENO, A. NAVARRO IBARROLA, *El convenio arbitral*, en M. Yzquierdo Tolsada (director), J.M. Almudí Cid, M.A. Martínez Lago (coordinadores), *Contratos: civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, vol. VII (Contratos dirigidos a solucionar controversias jurídicas), Aranzadí-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 127-240.
- C. ROGEL VIDE, *Mediación y transacción en el Derecho civil*, en L. García Villaluenga, J. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro (codirectores), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. I. Mediación*, Editorial Reus, Madrid, 2010, pp. 19-39.
- C. ROGEL VIDE, *Artículo 2. Ámbito de aplicación*, en L. García Villaluenga, C. Rogel Vide (directores), C. Fernández Canales (coordinadora), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Reus, Madrid, 2012, pp. 31-36.
- Á. SORIANO HINOJOSA, *De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general*, *La Ley Unión Europea*, n. 31, 30 de noviembre de 2015.
- I. TENA PIAZUELO, *Ley aragonesa de mediación familiar..., la que faltaba*, *Diario La Ley* (edición electrónica), n. 7626, Sección Doctrina, 10 Mayo 2011, año XXXII, Ref. D-201.
- A. VALL RIUS, *Las leyes autonómicas de segunda generación. Cataluña*, en *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI* (Dir. J.L. Argudo Pérez,; coords: F. de A. González Campo, M.A. Júlvez León), Madrid, Ed. Reus, 2019, pp. 293-314.
- I. VIOLA DEMESTRE (Dir.), I. BARRABAL VIÑALS, M.E. LAUROBA LACASA (coords.), *Comentarios a la ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado y concordantes*, Madrid, Marcial Pons, 2018.
- A.E. VILLALTA NIJUESA, *Las reclamaciones de consumo en Cataluña y el sistema de mediación institucional (Análisis del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo a la luz de la normativa comunitaria y estatal, In Dret 4/2014 (www.indret.com)*, octubre de 2014.

Finito di comporre nel mese di febbraio 2019
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio, 22/ª – 09122 Cagliari