

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. 12 *Quaderni di conciliazione*

*a cura di*  
CARLO PILIA

N. 12



Cagliari - 2020



*N. 12*  
*Quaderni di*  
*conciliazione*



N. 12  
*Quaderni di  
conciliazione*

*a cura di*  
CARLO PILIA



Cagliari - 2020

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



© Cagliari - 2020

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/<sup>A</sup> - 09122 Cagliari

Tel. (segr. e fax) 070 27 26 22

web: [www.edizioniav.it](http://www.edizioniav.it)

e-mail: [edizioniav@edizioniav.it](mailto:edizioniav@edizioniav.it)

ISBN 978-88-8374-148-7

*Grafica, composizione e copertina:* Antonino Valveri

## 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 Stanzone (Università di Salerno); Bruno Troisi (Università di Cagliari); Giuseppe Vettori (Università di Firenze)



## INDICE

Introduzione: CARLO PILIA, <i>Riconoscimento di Mediatore mediterraneo 2019</i> .....	Pag. 11
CARLO PILIA, <i>L'autonomia dei consumatori e dei professionisti nella gestione dei conflitti</i> .....	» 19
GIUSEPPE CONTE, <i>La responsabilità sociale dell'impresa</i> .....	» 31
MARCOS M. CÓRDOBA, <i>Respeto a la autonomía privada que fortalezca vínculos familiares</i> .....	» 41
GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, <i>Abitazione, autonomia privata e crisi delle coppie di fatto in Spagna</i> .....	» 47
VALERIO PESCATORE, <i>Obbligazione solidale, conflitti e crisi</i> .....	» 91
SALVATORE MAZZAMUTO, <i>In ricordo del maestro Prof. Giuseppe Benedetti</i> .....	» 117
MANUEL GARCÍA MAYO, <i>La protezione dei minori nella casa familiare: comparativa tra Spagna e Italia</i> .....	» 121
CARLO GRANELLI, <i>Autodeterminazione e scelte di vita</i> .....	» 139
MASSIMO PROTO, <i>Intelligenza artificiale e disciplina del contratto</i> .....	» 149
ALEJANDRO LAJE, <i>Límites en la Protección de los Derechos Personalísimos durante la crisis</i> .....	» 157
E. STATHIS BANAKAS, <i>Civil liability in the consumers relations</i> .....	» 165
SILVIA LILLIU, <i>La médiation familiale en France</i> .....	» 169
PIERLUIGI MAZZAMUTO, <i>La mediazione familiare quale garanzia di effettività del diritto del minore alla bi genitorialità</i> .....	» 181
NATALE CENTO, <i>Servizio di mediazione familiare: professionisti qualificati e standard a tutela dell'utenza</i> .....	» 187

## Indice

HUSSEIN CHIBLÉ, <i>La mediazione come strumento di pacificazione del Mediterraneo</i> .....	Pag. 199
HUSSEIN ALI OBEID, <i>Mediation in the Mediterranean</i> .....	» 203
STEFANO SCHIRÒ, <i>Autonomia e responsabilità nella gestione dei conflitti relative alle acque pubbliche</i> .....	» 207
MASSIMO GARGANO, <i>Investimenti nelle strutture idriche quale strategia di prevenzione dei conflitti</i> .....	» 215
PAOLA PERISI, <i>Il garante del servizio idrico integrato</i> .....	» 225
TIZIANA FRAGOMENI, <i>I patti preconfittuali e le mappe dei principi. Innovativi strumenti per gestire costruttivamente i conflitti</i> .....	» 231
OLGA M. PIASKOWSKA, <i>Is mediation in civil disputes in Poland really voluntary? A few comments on the background of the solutions adopted in the polish code of civil procedure</i> .....	» 245
PIOTR F. PIESIEWICZ, <i>Mediation in intellectual property law disputes. Problems of implementations of directive 2014/26/EU</i> .....	» 261
MARA FAEDDA, <i>La mediazione in Italia e in Polonia</i> .....	» 281
FRANCESCO USALA, <i>La qualità della mediazione nei Paesi Bassi</i> .....	» 289
FRANCESCA MULLIRI, <i>Sistemi a confronto: la mediazione in Argentina e la mediazione in Italia</i> .....	» 307
MARÍA CRISTINA DI PIETRO, PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO, <i>La autonomía de la voluntad y los convenios de las partes en mediación</i> .....	» 323
FRANCESCA NANNI, <i>La mediazione penale: principi e regole organizzative</i> .....	» 335
GIACOMO CAO, <i>Il sistema dei distretti e la progettazione internazionale</i> .....	» 341
PAOLA ILIANA DE LA ROSA RODRIGUEZ, <i>Antecedentes legislativos, implementación y funcionamiento de la mediación en Mexico</i> .....	» 343

GRACIELA CURRUCHELAR, *Resiliencia como enfoque o estrategia para aplicar en mediación* ..... Pag. 351

MARVELIS ODIO MENDOZA, *Las tierras ociosas: ¿un conflicto tributario agrario solucionable o necesidad de armonización de funciones?* ..... » 363



## INTRODUZIONE

CARLO PILIA

RICONOSCIMENTO DI MEDIATORE MEDITERRANEO 2019

Al prof. Giuseppe Conte  
Presidente del Consiglio dei Ministri

Roma

Oggetto: *Riconoscimento del ruolo di Mediatore Mediterraneo  
2019*

Gentile Presidente, Professore, Collega, Giuseppe Conte

la Sua attesa presenza a Cagliari,

la Sua partecipazione al Convegno internazionale “Autonomia e  
responsabilità nella gestione delle crisi”

la Sua eccellente relazione sul tema della “Responsabilità sociale  
dell’Impresa”

le Sue belle parole rivolte al pubblico presente in sala e collegato  
in diretta streaming a distanza

ci onorano e riempiono di nuovi e più profondi significati le iniziative che stiamo sviluppando e che, in ragione dei nostri ruoli nella società, abbiamo la responsabilità di assumere in tema di risoluzione amichevole dei conflitti.

Il Suo contributo, anzitutto, ha qualificato scientificamente i lavori convegnistici internazionali e, aspetto altrettanto importante, favorisce la piena conoscenza e l’ampia diffusione tra il pubblico delle tematiche trattate.

Le situazioni di crisi che, in maniera strutturale caratterizzano il nostro tempo e accompagnano le dinamiche delle nostre vite, infatti, richiedono nuovi modelli di intervento che, superando quelli tradizionali, passino attraverso il diretto coinvolgimento dei soggetti interessati, chiamati tutti a dare il proprio contributo sia nella costruzione dei percorsi risolutivi adeguati e sia nella conseguente assunzione della responsabilità ad attuarli.

Lo studio accademico, l'approfondimento scientifico, il confronto convegnistico tra esperti e la divulgazione tra il pubblico della conoscenza dei diversi modelli risolutivi utilizzabili sono le necessarie premesse di un impegno più vasto e capillare che dovrebbe declinarsi nell'intera società, con processi partecipativi che proprio nel momento della gestione delle crisi e nella profusione dello sforzo comune per il superamento dei conflitti rinsaldino la coesione tra persone, famiglie, imprese, amministrazioni pubbliche e nazioni, richiamando tutti al senso profondo della responsabilità sociale.

Piuttosto che aspettare che le crisi si dissolvano da sole o per un intervento risolutore esterno a noi favorevole, piuttosto che colpevolizzare l'altra parte in conflitto, in modo da farla soccombere, piuttosto che affermare la priorità, se non l'esclusività della propria posizione in conflitto, negando l'esistenza delle altrui posizioni; insomma, piuttosto che continuare con siffatti atteggiamenti ingenui, egoistici e distruttivi delle dinamiche relazionali, politiche, economiche e sociali, occorre operare un cambio profondo di mentalità, nei linguaggi, negli approcci e nei contenuti dei comportamenti con le altre (non contro) parti in conflitto: il familiare, il vicino, il consumatore, il professionista, la Regione, lo Stato, l'Unione europea...

Non abbiamo una soluzione pronta, né facile per fronteggiare la novità, la numerosità e la complessità delle situazioni di crisi che si addensano nelle relazioni, ma ci piacerebbe che il dialogo e il confronto siano il principale metodo condiviso attraverso il quale insieme si costruiscono le nuove soluzioni amichevoli per gestire responsabilmente il conflitto. Proprio la partecipazione leale e corretta al procedimento compositivo, piuttosto che l'unilaterale e preconcetta affermazione della priorità della propria posizione, dovrebbe costituire la via maestra da seguire per tentare di costruire la soluzione condivisa che, sgor-

gando dal basso e rinnovandosi di volta in volta, dovrebbe responsabilizzare le stesse parti contendenti a comporre il conflitto e, così, a rinsaldare le ragioni della convivenza e, in definitiva, della sopravvivenza della società.

Nella gestione dei conflitti, pertanto, si prospetta l'assunzione generalizzata della responsabilità sociale verso tutti gli appartenenti alle comunità locali, nazionali e internazionali, senza esclusione di posizioni. L'impegno comune a costruire e attuare in maniera condivisa i percorsi risolutivi diviene fondamentale per contrastare la tendenza disgregatrice insita nella pretesa alla tutela unidirezionale dei propri diritti, con la negazione delle altrui posizioni. Nella concreta gestione dei conflitti, quindi, si manifesta la dimensione effettiva della solidarietà e, in ultima analisi, il senso civile e civico dell'appartenenza all'ordinamento e alle comunità in cui si vive.

L'iniziativa convegnistica odierna non inaugura semplicemente il corso di diritto civile della laurea in Giurisprudenza dell'Università di Cagliari. La declinazione dell'iniziativa inaugurale in chiave transnazionale, europea e internazionale vuole riproporre agli studenti del corso la medesima proiezione delle relazioni familiari, successorie, contrattuali, del lavoro e della socialità che segnano e segneranno il vivere quotidiano. Il nostro diritto civile, in tal senso, esce dalle aule universitarie e dai ristretti ambiti territoriali per aprirsi e adeguarsi alle nuove dinamiche sovranazionali.

L'iniziativa odierna, come si legge nel programma, costituisce una nuova tappa del circuito culturale dei "Percorsi Mediterranei della Mediazione per la Pace" che da almeno un decennio con l'Associazione dei Mediatori Mediterranei sviluppiamo in maniera itinerante e condivisa sulle varie sponde del Bacino del Mediterraneo, con tappe già svolte in Italia, Spagna, Marocco e Libano e, prossimamente, abbiamo in programma di approdare in Libia e in Grecia.

Intendiamo aprirci al confronto, dialogare, capire anzitutto le esigenze degli altri, condividere le nostre e tutti assieme pensare, costruire e attuare nuovi modelli di convivenza. Lo vogliamo fare utilizzando lo strumento della mediazione, un meccanismo compositivo volontario in cui le parti tentano di accordarsi su una soluzione amichevole, da raggiungere con l'aiuto di un terzo imparziale.

Il mediatore è colui che favorisce l'incontro, facilita la comunicazione e stimola il dialogo tra le parti in conflitto, facendo superare diffidenze, resistenze e contrasti e agevolando l'individuazione degli elementi di comune interesse tra le parti, che sono compatibili e vantaggiosi per entrambe, sui quali costruire una soluzione condivisa che le faccia vincere. Una soluzione conciliativa e favorevole, che non solo pone fine alla controversia, ma rilancia la collaborazione tra le parti e, quindi, contribuisce a ricomporre la relazione sociale e rinsaldare l'appartenenza alla comunità.

Il mediatore, mi rivolgo agli studenti e a coloro che non sono esperti della materia, non ha bisogno di poteri, non stabilisce chi ha torto o ragione, non impone la sua decisione come un giudice o un'autorità. La mancanza di poteri, in sostanza, è il carattere qualificante della funzione del mediatore che, in maniera imparziale e riservata, aiuta le parti e la società a pacificarsi.

In buona sostanza, il mediatore non urla, non si impone, non si schiera per uno, né contro l'altro, ha la missione di fare in modo che le parti trovino la maniera di superare consensualmente il conflitto e di pacificarsi.

I mediatori sono dei costruttori di pace che quotidianamente lavorano nei diversi contesti in cui operano, locali, regionali, nazionali, europei e internazionali, che con la loro capacità di ascolto e dialogo intervengono in soccorso delle parti e delle società in conflitto.

Noi Mediatori Mediterranei abbiamo come orizzonte di riferimento il bacino del Mediterraneo, scenario di conflitti e di contrapposizioni, di dominazioni e sottomissioni, di dialoghi e contaminazioni. Pensiamo che sia nostro compito tentare di tessere assieme ai nostri colleghi vicini, soprattutto quelli dei Paesi in conflitto sulle altre sponde, le reti della mediazione mediterranea, in modo che tutti le riconoscano come proprie e le possano utilizzare negli scenari piccoli o più grandi di crisi.

I Mediatori Mediterranei dovrebbero salpare dai propri porti e gettare le reti della mediazione per cercare di guidare le parti in conflitto ricomporre le trame sfilacciate della convivenza, superando divisioni e contrapposizioni, che finiscono per accentare il conflitto e paralizzare la società intera, nazionale e internazionale.

Gentile Presidente, collega, Giuseppe Conte

Lei ha assunto una carica istituzionale politica di primo rilievo nel Governo italiano, da eccellente professore di diritto civile e stimato professionista, ha accettato una sfida delicata e complessa, in uno scenario di crisi politica italiana che metteva a repentaglio l'interna coesione del Paese e il prestigio internazionale dell'Italia.

Di fronte allo scontro tra schieramenti, all'esibizione verbale e muscolare della forza e prepotenza dei rappresentanti dei partiti politici, nessuno escluso, Lei ha avuto la capacità di fare partire e guidare un Governo, assumendo un ruolo che proprio nella contrapposizione tra forze della maggioranza ha avuto il suo tratto distintivo.

Non intendo richiamare le passate vicende politiche, solo evidenziare che la forza contrapposta dei leader, che sembrava lasciare privo di poteri il Presidente, ha finito per essere la sua forza nel Governo, nel Parlamento, nell'Italia, in Europa e a livello internazionale.

Il Presidente Conte ha saputo sfruttare la posizione di terzietà, rispetto alle parti in conflitto, per far loro trovare una soluzione condivisa, che si è tradotta in azioni di Governo e del Parlamento.

L'accentuarsi della crisi estiva, ancora, ha portato alla caduta del Governo e, ancora una volta, la capacità di favorire il dialogo tra schieramenti in conflitto e la loro convergenza verso soluzioni condivise ha portato alla formazione di un nuovo Governo, che con diversa composizione partitica, ha scelto la guida dello stesso Presidente Conte. Si è dato all'Italia un nuovo Governo che si occupi dell'amministrazione e, quindi, della gestione dei tanti conflitti, locali, regionali, nazionali e sovranazionali.

Negli scenari politici europei e internazionali, ancora, le stesse ragioni e capacità hanno portato il Presidente Conte a muoversi come instancabile promotore di incontri, dialoghi e confronti, sempre alla ricerca di soluzioni da condividere con gli altri. I pubblici riconoscimenti e gli attestati di stima ricevuti dai rappresentanti degli altri Stati è una conferma di questo prestigio.

Incontrai per la prima volta, il Presidente Conte a palazzo Chigi il trenta maggio 2019, in occasione di un incontro internazionale promosso da una delegazione accademica Argentina animata dal prof. Marcos Córdoba in collaborazione con una delegazione, guidata dal prof. Guido Alpa, in rappresentanza di 17 università italiane, tra le quali quella di Cagliari, che io nell'occasione rappresentavo su delega del mio Magnifico Rettore, prof.ssa Maria Del Zompo.

L'occasione è stata propizia per avvicinarmi al Presidente Conte e fargli omaggio di un volume della collana dei "Quaderni di conciliazione" da me diretta, sulla quale avevo scritto una breve dedica che incuriosì il Presidente, legata al ruolo di mediatore che stava magistralmente conducendo, dandogli appuntamento a Cagliari per questo convegno e ricevendo la disponibilità a partecipare.

La crisi estiva del Governo non mi fece desistere, mandai le comunicazioni di invito, malgrado un certo scetticismo dei miei familiari e colleghi, che è stato superato grazie alle capacità mediatricie del Presidente, che è qui ancora a capo del Governo.

Preciso che avrei invitato e dato questo premio al prof. Conte anche se non avesse avuto la carica di Presidente, perché aveva già e, adesso ancora più, svolto il ruolo magistrale di mediatore. In proposito, segnalo solo che con i colleghi italiani e argentini abbiamo condiviso uno scambio di pubblicazioni, le nostre dei Quaderni di conciliazione e quelle degli argentini sulle mediazione, raccolte in un'opera collettanea internazionale diretta dai prof. Córdoba e Alpa.

L'analisi scientifica, l'impegno accademico e divulgativo del prof. Conte sono evidenti, ma quello che oggi vogliamo premiare è l'aver il Presidente messo in pratica in maniera esemplare il ruolo e la funzione del mediatore tra gli italiani e per gli italiani.

A proposito del contributo sociale delle Università e dei suoi docenti, mi piace richiamare una significativa e brevissima citazione che, quasi per caso, ho potuto leggere nel mio recente viaggio all'Università de L'Avana, riferita al poeta della rivoluzione cubana José Julián Martí Pérez: «*Las universidades parecen inútiles, pero de allí salen los mártires y los apóstoles*» (Novela *La edad de oro*, in *Obras Completas*, La Habana, Editorial Nacional

de Cuba, 1963-1966, cap. XVIII, p. 245, accessibile anche all'indirizzo: [biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/marti/Vol18.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/marti/Vol18.pdf)).

Presidente, prima di leggere formalmente il contenuto del riconoscimento che Le diamo, concludo con alcune sollecitazioni e un battuta finale:

La prima sollecitazione è quella di continuare con questo metodo di lavoro nella gestione delle crisi, sia internazionali con particolare riguardo al Mediterraneo, sia nazionali con speciale attenzione anche alla nostra amata Isola con la quale dialogare e cercare di trovare intese, piuttosto che alimentare scontri e contrapposizioni.

La seconda sollecitazione, la formulo sulla base della mia esperienza internazionale, affinché tra gli insegnamenti obbligatori delle scuole, all'interno della educazione civica che si sta reintroducendo, sia collocata anche la materia della mediazione, fin dalle prime classi delle elementari italiane. I cittadini si educano e formano anche al dialogo, direi anzitutto al dialogo, per prepararli ai nuovi scenari e contribuire a migliorarli. La riforma costituzionale di recente approvata a Cuba, tra l'altro segna l'importante novità dell'inserimento della mediazione in Costituzione, sarebbe questo un importante traguardo anche per noi italiani.

La rispettosa battuta finale: gentile Presidente quando Lei si insediò, non avendo un trascorso in politica e portando la sua esperienza professionale, disse "sarò l'avvocato degli italiani". In tal modo, probabilmente intendeva esprimere un approccio professionalmente qualificato e orientato alla migliore cura degli interessi dei cittadini.

In questa occasione, Le riconosciamo che è andato molto oltre, ha saputo superare la logica della difesa della parte assistita, caratteristica della posizione del legale nel litigio, per assumere e svolgere quella dell'autentico Mediatore. In tal modo, ha garantito la migliore cura degli interessi generali e comuni a tutti, svolgendo in maniera esemplare il ruolo del promotore del dialogo e delle soluzioni condivise, ha preservato la coesione e la pacificazione dell'intero Paese.

Giuseppe Conte

Lettura del riconoscimento:

***“Presidente prof. Giuseppe Conte,***

***Le conferiamo il riconoscimento di Mediatore Mediterraneo, per avere saputo magistralmente interpretare il ruolo di mediatore tra gli italiani e per gli italiani negli scenari di crisi nazionale e internazionale”.***

Segue consegna di targa, pergamena e doni simbolici (cerimonia accessibile attraverso l'indirizzo web:

CONVEGNO INTERNAZIONALE MEDIAZIONE –  
MEDIATORI MEDITERRANEI

Cagliari, 2 ottobre 2019

prof. Carlo Pilia

Promotore e Responsabile scientifico

Incontro internazionale tra civilisti e mediatori:

*Autonomia e responsabilità nella gestione delle crisi*

Cagliari, 1-3 ottobre 2019

Presidente dell'Associazione Mediatori Mediterranei

CARLO PILIA\*

## L'AUTONOMIA DEI CONSUMATORI E DEI PROFESSIONISTI NELLA GESTIONE DEI CONFLITTI

SOMMARIO: 1. L'analisi dei dati esperienziali. - 2. L'eterogeneità delle fonti. - 3. I codici di condotta. - 4. Libertà, autonomia e indipendenza. - 5. Processi partecipativi alla democratizzazione della giustizia alternativa.

1. *L'analisi dei dati esperienziali.* – L'analisi concreta dell'istituto giuridico della mediazione<sup>1</sup>, quale meccanismo stragiudiziale

---

\* Professore di diritto civile e tutele dei diritti dell'Università di Cagliari

<sup>1</sup> Sull'istituto giuridico della mediazione, tra le tante opere collettive di respiro internazionale, v. AA.VV, *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI* a cura di L. García Villaluenga, J.L. Tomillo Urbina, E. Vázquez de Castro, C. Fernández Canales, Editorial Reus, 2010; AA.VV, *The variegated landscape of mediation. A comparative Study on Mediation Regulation and Practices in Europe and the World* a cura di M. Schonewille, F. Schonewille, Eleven International Publishing, 2014; AA.VV, *La mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el derecho comparado* a cura di G. Alpa e M.M. Córdoba, Editore Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2015; AA.VV, *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE* a cura di N. Trocker e A. De Luca, Firenze, 2011; J.T. BARRET E J. BARRET, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*, Hardcover, 2004; G. DE PALO, M.B. TREVOR, *EU mediation Law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2015; C. ESPLUGUES, L. MARQUIS, *New developments in Civil and Commercial Mediation*, Springer, Heidelberg/New York/Dordrecht, London, 2015; G. OROZCO PARDO, J.L. MONEREO PÉREZ, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015; C. MACHO GÓMEZ, *Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa*, in *Anuario de derecho civil*, LX, v. II, n. 1, 2014; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizioni dei conflitti*, Padova, 2008; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos. Una visión Jurídica*, Reus, Madrid, 2009; AA.VV, *Mediación y tutela judicial efectiva. La Justicia del siglo XXI con la direzione di J.L. Argudo Pérez*, Reus, 2019; AA.VV, *Mediación, Justicia y Unión Europea* a cura di I.C. Iglesias Canle, Valencia, 2014; AA.VV, *Proceso civil y mediación. Su analisis en la ley 5/2012, de mediacion en asuntos civiles y*

di composizione consensuale delle controversie, presuppone la sua contestualizzazione in un determinato ordinamento nazionale o sovranazionale, tra i tantissimi che ne prevedono l'applicazione. L'essenza dialogica e volontaria<sup>2</sup>, che costituisce il tratto qualificante e comune della mediazione, infatti, è suscettibile di molteplici declinazioni in base ai differenti modelli e alle plurime discipline applicabili<sup>3</sup>. Per oltrepassare la dimensione teorica e astratta dell'ideale concetto dialogico e dell'essenza minima volontaria della mediazione, occorre seguire un approccio più pratico e concreto che si ricollega al dato storico ed esperienziale. In sostanza, bisogna individuare il modello utilizzato, tra quanti sono stati elaborati, e la disciplina dettata in un dato ordinamento, attraverso le corrispondenti fonti giuridiche.

Le soluzioni disciplinari finora sperimentate e ancora sperimentabili sono innumerevoli in quanto la duttilità del congegno compositivo volontario permette di adattare liberamente la concreta disciplina agli specifici contesti in cui la mediazione opera, alle peculiari esigenze da soddisfare e agli obiettivi politici di volta in volta da realizzare. In tal senso, a cominciare dall'individuazione stessa delle varie tipologie di fonti giuridiche da

---

*mercantiles* diretto da A. Bonet Navarro, Thomson Reuters Aranzadi, 2013; AA.Vv., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012* diretto da L. García Villaluenga, C. Rogel Vide, coordinato da C. Fernández Canales, Reus, Madrid, 2012; AA.Vv., *Metariales jurídicos del Libro Blanco de la mediación en Cataluña* a cura di E. Lauroba, I. Barral e I. Viola, Barcellona, 2011; AA.Vv., *Mediation at the crossroad of different legal culture* a cura di A. Miranda, Roma, 2014; AA.Vv., *Mediazione e Conciliazione, diritto interno, comparato ed internazionale* a cura di A. Pera, G.M. Riccio, Padova, 2011; AA.Vv., *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, Cagliari, 2010-2019.

<sup>2</sup> Sull'essenza volontaria della mediazione, tra gli altri contributi, v. C. PILIA, *L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione*, in *Quaderni di conciliazione* a cura di C. Pilia, n. 7, Cagliari, 2017, pp. 103 ss.

<sup>3</sup> Per una schematica indicazione dei vari modelli di mediazione utilizzati in ambito europeo, v. AA.Vv., *Mediation. International experiences: a shared vision*, dir. M.B. Carrasco, L. García Villalunega, coord. E. de Gracia Rodríguez, Madrid, 2020; AA.Vv., *Manuale europeo sulla mediazione* a cura di C. Pilia, Padova, 2020; C. PILIA, *El modelo italiano de mediación: la utilización de la obligatoriedad para reforzar la voluntariedad*, in *Mediación y tutela efectiva. La justicia del siglo XII*, dir. J.L. Argudo Pérez, in *Collección de mediación y resolución de conflictos*, Madrid, 2019, pp. 175 ss.

utilizzare, si aprono plurime opzioni che sottendono altrettante scelte conformative delle discipline che si intendono adottare<sup>4</sup>.

Così, quanto all'ambito applicativo e alla portata delle discipline, sono percorribili più vie. Sono ipotizzabili sia la via del modello unico e, quindi, della fonte giuridica unitaria e della regolazione uniforme della mediazione, che sia applicabile a livello internazionale, nazionale e locale, oltre che per tutti gli ambiti applicativi e i settori di conflitto mediabili; e sia la via alternativa del pluralismo di fonti, modelli e discipline. La medesima schematizzazione, tra l'altro, è ipotizzabile quanto alla scelta dei contenuti normativi delle discipline e, altresì, dei meccanismi di elaborazione e adozione delle varie tipologie di fonti che possono essere imposti dall'alto oppure concertati, in tutto o almeno in parte, con quanti gestiscono la mediazione.

In questa cornice ordinamentale si deve pure considerare il ruolo attivo dei mediatori e dei centri di mediazione e la funzione partecipativa che essi assumono nella costruzione e applicazione della disciplina della mediazione. In particolare, i codici di condotta costituiscono uno strumento giuridico fondamentale di collaborazione tra mediatori e utenti del servizio di mediazione che in maniera condivisa progettano e attuano il modello, la disciplina e la gestione del meccanismo compositivo su base volontaria. In tal senso, già sul piano delle fonti giuridiche, è possibile cogliere un importante aspetto differenziale, che si atteggia in maniera alternativa nel metodo e nei contenuti, della mediazione rispetto alla giurisdizione, quali forme distinte e complementari di giustizia. Entrambe, in uno Stato di diritto, realizzano la tutela dei diritti attraverso sistemi di giustizia che esprimono percorsi differenti, quasi inversi, di democratizzazione del diritto.

2. *L'eterogeneità delle fonti.* – La contestualizzazione della mediazione permette l'individuazione concreta dei contenuti specifici di modelli, fonti e discipline applicabili nel servizio stragiudiziale di

---

<sup>4</sup> AA.VV., *La mediación por el mundo: un camino hacia la paz (mediación y mediadores, principios y técnicas de mediación)* dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Buenos Aires, 2020; AA.VV., *Una justicia alternativa para los derechos humanos y la protección de la familia en tiempos de crisis* dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, C. Pilia, Buenos Aires, 2020.

composizione consensuale delle controversie. L'analisi può avere finalità di studio per la ricerca scientifica, la formazione dei professionisti o l'informazione del pubblico, ovvero essere rivolta a individuare le soluzioni più appropriate per favorire l'utilizzazione, la diffusione e l'efficiente funzionamento del servizio di mediazione. Di particolare importanza, in ogni caso, sono le soluzioni pratiche e le esperienze quotidiane provenienti da coloro che si occupano sul campo di gestire la mediazione e di declinarla in maniera appropriata al proprio contesto conflittuale. In tal senso, la mediazione si distingue nettamente, quasi si contrappone alla giurisdizione.

Non vi sono dubbi, infatti, che tanto sul piano astratto quanto su quello concreto gli studiosi e gli operatori del diritto abbiano individuato molteplici modelli di mediazione, che sono stati teorizzati e applicati con discipline assai differenziate a seconda dei contesti. Si è di fronte a una notevole varietà di modelli e declinazioni pratiche della mediazione, anzitutto in ambito pubblico e privato, poi anche tra i diversi settori, rispettivamente, penale, amministrativo, fiscale da un lato, e civile, commerciale, di consumo e familiare, dall'altro. Tanto vale a differenziare profondamente quanto accade nella giurisdizione, che esprime una tipologia di giustizia, una specie di tutela formale e strutturata che tendenzialmente si basa sull'autorità e la forza pubblica e, quindi, è direttamente normata in maniera eteronoma e puntuale dagli Stati che l'applicano mediante i propri organi, che garantiscono la certezza, l'uniformità, la legalità e il controllo delle decisioni. Nella mediazione si prospetta invece una tutela alternativa, ancorché complementare alla giurisdizione all'interno del sistema più ampio della giustizia, che in base alla sua essenza di meccanismo informale di composizione volontaria delle controversie si apre e si sviluppa anche in propri spazi di libertà, autonomia e indipendenza.

In primo luogo, come per la disciplina della giurisdizione, anche per la mediazione, a seconda dei contesti, potremmo avere delle fonti pubblicistiche eteronome, che impongono una disciplina che ammette, facilita o impone l'utilizzo del meccanismo compositivo e ne detta le regole di funzionamento. Le fonti legali, in via tendenziale, provengono da quelle stesse autorità pubbliche che, in base all'ordinamento giuridico dato, hanno competenza a normare, amministrare e controllare la giurisdizione e

la tutela dei diritti. Le fonti eteronome, tendenzialmente, rispettano il sistema ordinamentale, regionale, statale, federale o sovranazionale, e costruiscono i contenuti della disciplina in funzione degli obiettivi di politica del diritto perseguiti, a cominciare da quelli di deflazione del contenzioso giudiziale e di accesso alla giustizia.

Le fonti eteronome, di regola, si impongono tanto a coloro i quali gestiscono la mediazione (centri di mediazione e mediatori), quanto a coloro che se ne avvalgono (utenti) per risolvere in maniera consensuale le controversie. Tutti devono rispettare le prescrizioni legali in materia di mediazione, siano esse fissate per principi generali o per puntuali disposizioni cogenti.

Le fonti legislative e regolamentari, tuttavia, lasciano ampi spazi di libertà, autonomia e indipendenza in materia di mediazione. I centri di mediazione possono avvalersene nell'organizzare il proprio servizio compositivo e gli stessi mediatori possono sfruttarla per l'efficiente gestione dei singoli procedimenti. Sovente, le fonti eteronome fanno espresso rimando all'autodisciplina nella mediazione, ossia alla regolamentazione introdotta mediante fonti autonome, ossia adottate dagli stessi operatori della mediazione. Nei richiamati limiti della cornice di legalità costituita dai principi di ordine pubblico e dalle norme eteronome imperative, l'esercizio dell'autonomia permette di disciplinare il servizio di composizione amichevole delle controversie in funzione delle effettive e concrete esigenze degli utenti.

La disciplina complessiva in materia di mediazione, quindi, risulta dalla combinazione delle disposizioni introdotte attraverso una pluralità di fonti eteronome e autonome, a seconda delle scelte compiute dai singoli ordinamenti giuridici. La suddivisione della disciplina tra le varie tipologie di fonti può rispondere a molteplici criteri di ripartizione, per esempio, potrebbero richiamarsi quelli concernenti la portata generale o speciale delle disposizioni, il loro carattere cogente o dispositivo, come anche la distinzione tra i piani della legalità e della qualità della mediazione, rispettivamente, imposti dalla legge e affidati alle fonti autonome. Ci sono tante opzioni sistematiche, si tratta di compiere delle scelte, possibilmente razionali e condivise.

In tal senso, sul piano della politica delle fonti, è sufficiente fare un breve cenno alle scelte compiute dall'Unione europea

con la Direttiva 2008/52/CE relativa a taluni profili della mediazione delle controversie civili e commerciali, che costituisce la prima e principale fonte comunitaria in materia<sup>5</sup>. Più precisamente, la direttiva citata contiene una disciplina comune, che stabilisce l'ambito applicativo delle controversie transfrontaliere (art. 2) comprende le definizioni di mediazione e mediatore incentrate sull'essenza volontaria (art. 3), nonché uno statuto pluralista, parziale e minimo, che si sviluppa sui piani concorrenti delle prescrizioni della legalità e dei principi e meccanismi di qualità. Agli Stati membri è lasciata ampia autonomia per estendere, rafforzare e, comunque, diversamente declinare lo statuto comune della mediazione, secondo le esigenze e tradizioni giuri-

---

<sup>5</sup> Sulla disciplina europea della mediazione (Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale), tra le moltissime opere collettive, v. AA.VV, *ADR e mediazione* a cura di C. Sticchi Damiani, Torino, 2012; AA.VV, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2011, pp. 11 ss.; AA.VV, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del Notariato alla luce del d.lgs. n. 28/2010* a cura di M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, Napoli, 2012; G. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Rivista trimestrale del diritto civile*, 2010, pp. 653 ss.; M. MICELI, *La direttiva CEE sulla Mediazione*, in *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Giuffrè, 2011; S. LOPEZ VALLÉS, C.M. LOPEZ CARDENAS, *Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional privado y el derecho europeo*, in *Revista de Derecho Privado*, 2014; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. UE*, 2008, pp. 349 ss.; A. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura e non di regole*, in *Riv. dir. civ.*, n. 6, 2013, pp. 1451 ss.; E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, pp. 427 ss.; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n° 3, 2012, pp. 863 ss.; A. STICCHI DAMIANI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, pp. 743 ss.; G. ESPLUGUES, G.L. IGLESIAS, G. PALAO, *Civil and commercial Mediation in Europe*, vol. I, *National Mediation Rules and Procedures*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione*, in *Riv. arb.*, 2009, pp. 1 ss.; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2007/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357 ss.; E. MINERVINI, *La direttiva europea sulla mediazione in materia civile e commerciale*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2009, pp. 41 ss.

diche di ciascun ordinamento nazionale. Sul piano della qualità, infine, si promuove l'elaborazione e adozione di codici di condotta da parte dei centri di mediazione e dei mediatori (art. 4), da portare a conoscenza del pubblico degli utenti, sia a livello comunitario che nazionale (art. 11). Le fonti eteronome dell'Unione europea e degli Stati membri, quindi, concorrono con quelle autonome dei codici di condotta europei, nazionali e settoriali dei mediatori.

Per le controversie transfrontaliere che fuoriescono dall'Unione europea, tra l'altro, con riguardo al bacino del Mediterraneo e ai rapporti con l'America latina non abbiamo ancora una disciplina comune, né eteronoma e neppure concordata e, quindi, l'attuale sistema giuridico della mediazione manifesta tutti i suoi limiti. I codici di condotta, in prospettiva, potrebbero costituire uno strumento efficace da utilizzare.

*3. I codici di condotta.* – I codici di condotta, in generale, costituiscono delle raccolte di regole che non sono imposte da una fonte eteronoma e, perciò, sono prive di vincolatività. Le regole sono elaborate e adattate volontariamente da coloro che svolgono una determinata attività al fine di disciplinare, in mancanza o ad integrazione delle fonti eteronome, il comportamento che gli aderenti devono tenere.

Con riferimento alla mediazione, i codici di condotta rappresentano la principale fonte autonoma della disciplina che, su base volontaria, viene elaborata e adottata dai centri di mediazione e dai mediatori. Costoro, infatti, non si limitano ad applicare le prescrizioni eteronome vigenti, se esistenti, ma possono creare essi stessi delle regole volontarie di comportamento, che solitamente integrano e sviluppano quelle stabilite dall'autorità. Il contenuto dei codici di condotta varia a seconda dei contesti, ma corrisponde solitamente alla duplice esigenza sia di adeguare la disciplina della mediazione ai diversi contesti e sia di elevare il livello di qualità del servizio compositivo, in modo da soddisfare l'utenza da servire.

In pratica, quindi, i codici di condotta costituiscono delle raccolte di regole volontarie di comportamento che coloro che offrono i servizi di mediazione si obbligano a rispettare nell'orga-

nizzazione, funzionamento, gestione e controllo dell'attività di mediazione. Si tratta perciò di fonti integrative rispetto a quelle legali, che precisano le modalità di svolgimento del servizio della mediazione.

Senza alcun dubbio, i codici di condotta sono strumenti utili e pienamente coerenti con l'essenza volontaria della mediazione, finalizzati a garantire la qualità, la competitività e il gradimento del servizio della mediazione, al quale gli utenti possono scegliere di accedere. Lo sviluppo dei codici di condotta, pertanto, finisce per ridurre, se non eliminare, la necessità di fonti eteronome, ma soprattutto permette, nei limiti dell'autonomia privata riconosciuta dall'ordinamento giuridico, di superare i suoi limiti in termini di rigidità e chiusura verso l'esterno.

In tal senso, si pensi ai limiti nazionali della disciplina legislativa per quanto attiene sia all'uniformità delle regole, che mal si prestano alle esigenze di flessibilità che, a seconda dei contesti e dei settori di attività, sono indispensabili per garantire l'efficace funzionamento della mediazione. Ancora, si pensi alla circostanza che la mediazione riguarda sempre più situazioni transfrontaliere che non sono integralmente riconducibili al sistema giuridico interno dello Stato che detta la disciplina. Infine, non deve trascurarsi che i codici di condotta, essendo elaborati da coloro che gestiscono le mediazioni, raccolgono dal basso le migliori esperienze e prassi che incontrano il gradimento degli utenti e, quindi, innescano meccanismi virtuosi di controllo e miglioramento continuo. Coloro che praticano la mediazione, infatti, conoscono meglio la materia e sono in grado di adottare le soluzioni preferibili per migliorare il servizio e adeguarlo alle esigenze degli utenti da servire.

Se i vantaggi dei codici di condotta sono evidenti e indiscutibili, tuttavia, non si devono neanche nascondere i limiti di funzionamento, che richiedono adeguate garanzie di controllo sia nell'adozione che nell'applicazione.

In tal senso, bisogna considerare che si tratta di fonti normative di natura volontaria e carattere privato, le quali troveranno applicazione solamente se siano effettivamente introdotte e nei confronti di coloro che scelgano di adottarle. In tal caso, bisogna garantire il corretto processo di elaborazione e approvazione, per quanto concerne sia il coinvolgimento dei centri di me-

diazione e dei mediatori, sia il rispetto della legalità nei contenuti della disciplina. L'importanza fondamentale dei controlli, peraltro, è resa ancor più evidente dalla circostanza che, in taluni casi e in base al principio di sussidiarietà, l'autorità legislativa o amministrativa promuove o addirittura impone l'introduzione dei codici di condotta, che perciò finiscono per divenire fonte generalizzata di regolazione della mediazione per quanti la praticano.

Non deve sottacersi neppure la tendenziale natura unilaterale dei codici di condotta, in quanto fonti derivanti dai centri di mediazione e dai mediatori, ovvero dalle loro organizzazioni, ossia solamente da parte di coloro che erogano il servizio della mediazione. Di regola, infatti, non è necessario il diretto coinvolgimento degli utenti del servizio, ovvero delle loro organizzazioni.

Infine, bisognerebbe pure controllare se i codici di condotta dopo essere stati approvati e adottati siano effettivamente rispettati. In particolare, occorrerebbe verificare se coloro che dichiarano di averli adottati o, comunque, sono tenuti ad applicarli, in pratica, osservino le relative regole. In caso negativo, dovrebbero intervenire i meccanismi di vigilanza e sanzione. Siffatti comportamenti omissivi, infatti, sono scorretti e lesivi dei diritti degli utenti del servizio, che hanno fatto affidamento sull'applicazione dei codici di condotta.

In tutti i casi, i segnalati rischi legati ai processi di approvazione, attuazione e controllo dei codici di condotta si dovrebbero valutare e gestire attraverso l'introduzione di adeguati processi partecipativi individuali e collettivi che garantiscano non solo la legalità e la qualità della mediazione, ma anche la democraticità di questa forma di giustizia. In tal senso, i codici di condotta potrebbero caratterizzare ulteriormente l'essenza volontaria della mediazione rispetto alle forme aggiudicative di giustizia.

4. *Libertà, autonomia e indipendenza.* – I codici di condotta dei mediatori, come accennato, si dovrebbero sviluppare in aderenza all'essenza volontaria della mediazione<sup>6</sup>, quale servizio compositivo al quale le parti contendenti accedono volontariamente, per tenta-

re volontariamente con l'assistenza del mediatore di comporre la controversia mediante il raggiungimento dell'accordo.

In tal senso, il codice di condotta si riferisce direttamente al comportamento del mediatore che presta l'assistenza, ma in realtà investe l'intero servizio compositivo, anche per quanto concerne l'accesso, l'organizzazione, il funzionamento e il controllo delle attività. Tali aspetti, infatti, hanno rilevanza diretta per gli utenti del servizio e, più in generale, sono di interesse per l'intero ordinamento.

In primo luogo, il codice di condotta dovrebbe favorire e agevolare l'accesso al servizio della mediazione. Più precisamente, il codice di condotta dovrebbe favorire le scelte dell'utenza se accedere al servizio della mediazione e, altresì, a quale centro e, tendenzialmente, mediatore rivolgersi. L'adozione del codice di condotta, infatti, è un fattore rilevante e incentivante per l'esercizio della libertà degli utenti di accedere e scegliere il servizio della mediazione di cui avvalersi.

In secondo luogo, il codice di condotta permette di disciplinare l'organizzazione del servizio della mediazione in maniera appropriata rispetto ai vari contesti e settori di contenzioso in cui si opera. La flessibilità del procedimento compositivo, pertanto, troverà le soluzioni organizzative e gestionali più appropriate. Tanto permetterebbe, anzitutto, di superare le rigidità e i limiti del sistema normativo vigente, mediante l'introduzione delle regolamentazioni di qualità più sviluppate e adeguate ai vari campi della mediazione, in maniera tale da favorire la specializzazione e la qualità del servizio. Per altro verso, i codici di condotta potrebbero aprire nuovi ambiti della mediazione non disciplinati dalla fonte legale, in modo da favorire l'espansione del servizio compositivo. Anche in questo caso, i codici di condotta farebbero applicazione utile dell'autonomia privata nella mediazione.

In terzo luogo, il codice di condotta dovrebbe preoccuparsi del fondamentale sistema di controllo e sanzione nella mediazione. Si dovrebbe prevedere un sistema di vigilanza e di interven-

---

<sup>6</sup> Sulla mediazione volontaria, nella cornice europea, v. C. PILIA, *La mediazione volontaria*, in *Quaderni di conciliazione, serie monografica*, n. 2, Cagliari, 2012.

to in caso di violazione delle norme codicistiche, in maniera da garantirne il pieno rispetto nell'interesse dei mediatori, degli utenti e dell'intero ordinamento. In tal senso, il codice di condotta garantirebbe l'indipendenza del servizio rispetto a fattori, sia interni che esterni, che possano pregiudicarne il corretto svolgimento. Il controllo dell'applicazione delle norme del codice di condotta, invero, dovrebbe essere sottratto a ingerenze esterne, potenzialmente lesive dell'indipendenza del servizio compositivo extragiudiziale.

5. *Processi partecipativi e democratizzazione della giustizia alternativa.* – I codici di condotta nella mediazione possono anche contribuire a svolgere un'importante funzione di democratizzazione di questa forma volontaria di giustizia alternativa. Più precisamente, l'essenza volontaria del meccanismo extragiudiziale di composizione consensuale, in quanto riesca a raccogliere i consensi dei centri di mediazione, dei mediatori e degli utenti, oltre che delle loro organizzazioni, potrebbe trovare proprio nei codici di condotta una fonte democratica di autodisciplina.

Questo ambizioso obiettivo, tuttavia, richiede una stabile e complessiva organizzazione dei processi partecipativi di quanti concorrono, su base volontaria, all'elaborazione, adesione, applicazione e controllo del codice di condotta. In tal senso, occorre che siano organizzati i processi partecipativi aperti a quanti sono, a vario titolo, interessati alla disciplina della materia<sup>7</sup>.

I processi partecipativi ai quali mi riferisco, tuttavia, debbono essere strutturati in maniera stabile, non limitarsi a un tantum alla fase di elaborazione e adozione dei codici, ma accompagnare pure l'attuazione e il controllo continuo. In modo circolare e permanente, infatti, le diverse fasi concorrono al processo di continuo miglioramento delle norme e del servizio, individuando le prassi migliori da promuovere e sanzionando quelle peggiori da sanzionare.

---

<sup>7</sup> Sui processi partecipativi nella costruzione del sistema democratico della mediazione in Europa, v. C. PILIA, *Aspectos de la mediación en ámbito europeo*, en *Collección de mediación y resolución de conflictos*, Madrid, 2019.

Si auspica e favorisce, in tal modo, la realizzazione di virtuosi processi partecipativi che, muovendo dal basso, dagli utenti e gestori del servizio, contribuiscano a fare giustizia nel rispetto della legalità e delle scelte volontarie espresse da coloro che riescono a comporre consensualmente i conflitti. La maggiore condivisione delle soluzioni compositive, in definitiva, esprime una condivisione della formula organizzativa e dei risultati della giustizia alternativa che rinsaldano la coesione tra le parti e l'appartenenza alla comunità economica, sociale e politica.

La preminenza delle soluzioni compositive che incontrano i maggiori consensi, nel rispetto della cornice di legalità costituita dai principi e delle norme inderogabili, in ultima analisi, esprime il valore più alto e denso di significato democratico della mediazione quale specie partecipata di giustizia alternativa, complementare alla giurisdizione.

GIUSEPPE CONTE\*

## LA RESPONSABILITÀ SOCIALE DELL'IMPRESA

Ringrazio le personalità del mondo accademico afferenti all'Università di Cagliari, le autorità civili e militari, nonché i numerosi amici e colleghi oggi presenti in aula. Saluto anche i tanti, illustri ospiti accademici stranieri che rappresentano altrettante autorevoli tradizioni scientifiche, nonché, infine, alcuni amici, a cui mi sento particolarmente legato, tra cui Marcos Cordoba dell'Università di Buenos Aires.

Il mio intervento, come è già stato anticipato, è dedicato alla responsabilità sociale delle imprese; è stato anche ricordato, da chi mi ha preceduto, che ho licenziato, negli anni, alcuni studi accademici su questo interessante tema<sup>1</sup>; ma ci tengo a sottolineare, in questa occasione, che, nel mio caso, per una volta, gli studi hanno alimentato anche l'esperienza politica diretta, vissuta, perché non sarà sfuggito a un pubblico così colto e attento, che le prassi socialmente responsabili sono addirittura all'interno di un punto del programma di questo governo e, già in passato, a partire, quindi, dall'inizio della precedente esperienza di governo, ho sempre cercato di valorizzare questo argomento, provando a coniugare, per quanto fosse (ed è possibile), quello che era l'esito di riflessioni teoriche con l'impegno politico e, addirittura, con l'alto impegno istituzionale che mi trovo ad assolvere: quello di Presidente del Consiglio; ma perché tutto ciò? Perché arrivare a questa conclusione? Perché spingere così tanto su questo tema?

Innanzitutto vorrei provare a recuperare le radici, diciamo così, di riflessione teorica che mi hanno consentito poi di maturare

---

\* Presidente del Consiglio dei Ministri.

<sup>1</sup> Mi permetto di rinviare, in questa occasione, ai lavori, a mia cura, contenuti in G. CONTE (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. Tra diritto, etica ed economia*, Roma-Bari, 2008, *passim*.

una consapevolezza anche politica su queste tematiche. Mi occupo di responsabilità sociale d'impresa ormai da tanto tempo; ho subito colto, sin dall'inizio dei miei studi, come, nell'ambito della sfida del mercato globale e, quindi, di quel fenomeno che definiamo, con formula molto riassuntiva, "globalizzazione", questa forse sia una delle cifre più caratteristiche; è chiaro, infatti, che gli attori principali della globalizzazione sono le imprese, cioè quei soggetti che svolgono attività economica; la natura dei comportamenti delle imprese ha, quindi, in un contesto globalizzato, una importanza cruciale. Ancora oggi nei congressi, nei più variegati consessi, parliamo di globalizzazione senza, tuttavia, riuscire a metterla a fuoco perché si tratta di un fenomeno così complesso, variamente sfaccettato, così denso di implicazioni positive, ma anche negative che, a seconda dell'angolo di visuale da cui la osserviamo, ne possono derivare, evidentemente, valutazioni diverse. Non siamo ancora in grado forse di definire se effettivamente questo fenomeno sia da considerarsi alla stregua di una modernità che si compie, che si estende su scala globale, come suggerisce Anthony Giddens, di una seconda modernità, come suggerisce il sociologo Ulrich Beck, o alla stregua della "globalization" di cui parlava Robertson, vale a dire, più precisamente, della "incertezza globale"; ancora: non siamo in grado di appurare se si tratti di un fenomeno comunque caratterizzato da tendenze ,assolutamente contrastanti e contraddittorie, come suggeriva invece Clark, o ancora di un fenomeno che, da un lato, effettivamente, consente di realizzare uno spazio assolutamente sincrono, ma dall'altro espone a una *fragmentation*. Su questo proscenio le prassi socialmente responsabili giocano un ruolo essenziale; esse rappresentano quelle tendenze, oramai abbastanza acclamate e stratificate, adottate dalle imprese, che si premurano anche delle conseguenze sul piano sociale e ambientale delle proprie iniziative economiche; tutto ciò in un contesto, come detto, oramai globalizzato nel quale non esiste una uniformità di trattamento giuridico dei diritti umani, sociali e, più ingenerale, della protezione delle differenti categorie di *stakeholders*; in passato questa sensibilità non c'era, forse anche perché la globalizzazione non aveva prodotto i suoi effetti più deteriori; oggi, anche sulla spinta delle modificazioni socio-economiche evocate, invece, assistiamo ad una sempre

maggior attenzione delle imprese all'impatto delle loro iniziative sul piano sociale ed ambientale. Potremmo quindi ragionare genericamente di una maggior sensibilità etico-sociale per le proprie iniziative; in realtà, però, la responsabilità sociale delle imprese (anche RSI) è coniugata alla volontà concreta di adoperarsi per prevenire pericoli e danni che dalle iniziative delle medesime imprese potrebbero generarsi, sia rispetto alla comunità in cui operano sia, addirittura, rispetto alle generazioni future; attenzione, questo è un elemento connotante il fenomeno in esame: qui non si tratta di rispettare le prescrizioni legislative, di conformarsi ai dettati normativi che già di per sé mediamente, dove maggiormente dove in minor misura, nei vari ordinamenti giuridici, sono abbastanza stringenti. Si tratta, invece, di andare oltre quanto prescritto dalla legge; quindi, in estrema sintesi, le prassi socialmente responsabili sono affidate, per lo più, alle iniziative volontarie che inducono le imprese a garantire, nella massima misura, il rispetto dei diritti umani e dei diritti connessi alle condizioni di sicurezza dei lavoratori; queste medesime prassi sono volte ad evitare lo sfruttamento minorile anche in quegli ordinamenti giuridici in cui lo sfruttamento minorile è consentito; sono volte a riporre una particolare cura nella gestione delle risorse umane in termini di percorsi di formazione, di gestione degli esuberanti e a prestare un'estrema attenzione alla qualità, alla sicurezza dei prodotti e dei servizi erogati. Siamo tutti, più o meno direttamente, testimoni, oggi, di tali prassi, che sono documentate in testi che riassumono la filosofia dell'impresa, la cosiddetta *mission*, in strumenti di rendicontazione sociale che si aggiungono a quelli tradizionali e previsti ufficialmente: bilanci sociali, bilanci di sostenibilità; alcune prassi iniziano a penetrare anche nelle previsioni normative. I costanti riferimenti normativi alla RSI, presenti a livello internazionale, euro-unitario e anche interno, ci inducono a ritenere che, sebbene non possa dirsi sussistente, oggi, una regolamentazione completa ed esauriente di questo fenomeno, quanto meno possa dirsi immanente al sistema una definizione, una idea di responsabilità sociale delle imprese; l'elemento volontaristico in queste fonti assume una posizione di assoluta centralità: così, sulla base della valorizzazione di tale elemento, vi sono imprese che costituiscono comitati etici, che adottano codici etici; la particolare attenzione per gli

interessi degli *stakeholders* viene anche inserita negli statuti societari, facendosi in modo, così, che tali prescrizioni assumano un contenuto, per certi versi, vincolante.

Occorre a questo punto un chiarimento metodologico che serve a definire ulteriormente i confini del tema del quale ci stiamo occupando: le imprese socialmente responsabili non vanno confuse con le imprese *no profit*; si tratta di due mondi che delle volte si incrociano, ma che non vanno assolutamente sovrapposti, perché l'impresa socialmente responsabile non viene affatto meno alla sua oggettiva funzione produttiva, né viene meno alla sua soggettiva vocazione lucrativa. Quindi l'impresa socialmente responsabile sta sul mercato, non in quel cosiddetto terzo settore, che si colloca tra stato e mercato, dove la letteratura, generalmente colloca le imprese *no profit*.

Osservava un illustre giurista italiano, Giorgio Oppo, che per fondare la teoria giuridica, la disciplina dell'impresa, basta la produttività dell'organizzazione e l'impiego dei fattori di produzione.

Ecco noi oggi forse possiamo aggiungere, mostrando maggiore ambizione, che occorre anche che il metodo di organizzazione, di produzione, sia oggettivamente economico e, quindi, sia organizzato in modo da remunerare i fattori di produzione.

Le imprese che adottano comportamenti socialmente responsabili appaiono strutturate, a tutti gli effetti, come realtà organizzative che mirano a produrre, distribuire beni o servizi in economicità; esse quindi vogliono remunerare il capitale, perseguire anche una funzione soggettiva, una vocazione lucrativa; non hanno, quindi, nulla delle caratteristiche del mondo *no profit*, che per quanto variegato, possiamo convenire, è caratterizzato da una cifra caratteristica, quella del *no distribution constraint*; tale principio prevede che si possa anche produrre attività economica, ma che il tutto non debba essere finalizzato alla redistribuzione da parte di coloro che sono coinvolti e che promuovono l'intrapresa economica.

Il fenomeno delle prassi socialmente responsabili è stato enfatizzato, oltre che dalla letteratura giuridica, da pagine di cronaca economica finanziaria; in tutto il mondo è agevole leggere di imprese multinazionali che all'improvviso hanno dovuto ristrutturare i propri processi produttivi, rielaborare, modificare le loro strategie imprenditoriali perché, ad esempio, sono state co-

strette da comunità di consumatori, dall'opinione pubblica internazionale a modificare nettamente alcuni comportamenti giudicati non socialmente responsabili; molte imprese sono state costrette a porre subito rimedio ad alcune loro pratiche ed attività, perché ne sono derivati in alcuni casi anche danni economici per le differenti categorie di *stakeholders*, per la comunità, per l'ambiente. Dedichiamo qualche riflessione ancora all'ambito oggettivo della RSI: si dice che il fenomeno delle imprese socialmente responsabili riguardi le grandi imprese; in realtà, ci tengo a precisarlo anche in questa sede, esso si sta diffondendo sempre più, anche tra le medie e piccole imprese. Prima di assumere l'incarico, l'alto ufficio di Presidente del Consiglio, avevo io stesso partecipato a una ricerca con l'università LUISS di Roma in cui avevamo dimostrato che le prassi socialmente responsabili sono ormai diffuse anche presso le medie – se non proprio le piccole – imprese, con la particolarità che non sempre vi è consapevolezza da parte di queste realtà imprenditoriali di adottare comportamenti socialmente responsabili. Quindi, spesso ci si conforma a queste prassi in modo non del tutto consapevole, a dispetto di come invece avviene a livello delle grandi imprese, che addirittura strutturano dei dipartimenti dedicati a coltivare la cosiddetta *corporate social responsibility*.

Al di là di ciò che avviene a livello empirico emergono, tuttavia, rispetto al tema, alcune domande dalle quali, a questo punto, non si può prescindere in alcun modo. È chiaro che da studiosi, infatti, ci si deve porre il problema: ma dove affondano le radici di questi comportamenti? È possibile che questo sia un fenomeno meramente economico e non abbia una minima consistenza teorica?<sup>2</sup>

In realtà, cercando di individuare e tratteggiare, nell'economia di questo intervento, le radici "giuridiche" di tale dibattito, di questo movimento culturale, forse le possiamo far risalire innanzitutto a una sentenza molto importante della corte suprema dello stato del Michigan, addirittura del 1919: il caso Dodge contro la Ford, la nota compagnia automobilistica. La Corte Supre-

---

<sup>2</sup> Per un quadro delle principali tematiche sollevate dallo studio del tema della responsabilità sociale delle imprese, di recente, G. BEVIVINO, *La responsabilità sociale delle imprese. Strumenti attuativi e rimedi*, Napoli, 2018, *passim*.

ma sostenne, in quell'occasione, che gli amministratori di un'impresa devono esercitare i loro poteri al fine di realizzare gli interessi degli azionisti dal momento che la vocazione di un'impresa è generare profitto a beneficio di questi ultimi; gli eventuali altri interessi, quelli di tutte le altre categorie di *stakeholders*, non possono ricevere una considerazione prioritaria rispetto a quella da riservarsi ai soci. Questa è stata una prima riflessione, un primario *step* nella ricostruzione del fenomeno della responsabilità sociale delle imprese; da questa giurisprudenza statunitense originò un interessante dibattito dottrinario che è possibile riassumere nei termini a seguire; Berle, fra i più noti studiosi che si occupò del tema oggetto di queste mie riflessioni, pubblicò un saggio sull'*Harvard Law Review*, nel 1931<sup>3</sup>, in cui affermò, in buona sostanza, che gli amministratori di una società sono come dei *trustees*; gli amministratori, in altri termini, amministrano l'azienda, quale complesso di beni volto alla produzione, per conto dei beneficiari, utilizzando i poteri che vengono attribuiti loro nell'interesse e a vantaggio degli azionisti; questa tesi fu contrastata da Dodd che pubblicò un saggio, sempre sulla medesima, prestigiosa, *Harvard Law Review*<sup>4</sup> in cui operava una ricostruzione di esito completamente contrario in forza della quale, in estrema sintesi, gli interessi degli *shareholders*, in determinate circostanze e a determinate condizioni, possono anche essere sacrificati a vantaggio di quelli degli *stakeholders* (quindi, di consumatori, impiegati, fornitori etc. etc.). Tale contrasto ha originato un dibattito negli Stati Uniti che poi si è diffuso anche in Europa e la cui eco si riverbera ancora oggi.

In questo contesto territoriale il dibattito sulla RSI si manifestò attraverso una nota tesi, la tesi c.d. istituzionalistica; in forza di questa impostazione gli amministratori non rispondono solo agli azionisti; l'impresa è una realtà molto più integrata, molto più complessa e variegata e non si può pensare che rispondendo all'azionista, perseguendo l'interesse dell'azionista, si svolga il proprio ufficio in modo pieno e completo. Si originarono, quindi, da questa tipologia di riflessioni, varie tesi, sulle quali non è

---

<sup>3</sup> A.A. BERLE JR, *Corporate powers as Powers in Trust*, in 44 *HLR*, 1931, pp. 1049 ss.

<sup>4</sup> Cfr. F.M. DODD, *For Whom are Corporate Managers Trustees?*, in 45 *HLR*, 1932, pp. 1148 ss.

evidentemente possibile indugiare in questa sede, sino a quella di Carroll, che forse è la prima, moderna elaborazione teorico-concettuale sulla responsabilità sociale d'impresa; tale impostazione immagina e propone un modello piramidale, articolato su varie componenti, che cerca di inglobare nella riflessione varie dimensioni, non solo quella giuridica, non solo quella economica, ma anche quella etica e sociale.

Oggi ci sono, ad ogni modo, tanti modelli teorici che tentano di spiegare il tema della responsabilità sociale delle imprese; non abbiamo purtroppo il tempo per approfondirli nel dettaglio; la ricostruzione che mi pare tuttavia più interessante e degna assolutamente di un riferimento in questa sede è la teoria degli *stakeholders*. In estrema sintesi, mentre secondo la teoria classica, l'unico elemento che doveva e deve essere valorizzato nello svolgimento dell'attività di impresa era ed è il cosiddetto *shareholdervalue*<sup>5</sup> cioè la finalità di creare valore per gli azionisti, oggi, invece, sulla base della richiamata teoria degli *stakeholders*, emerge, in maniera evidente, che gli interlocutori degli stessi amministratori sono molteplici; sono tutti coloro che vengono coinvolti nel raggio d'azione di un'impresa, quindi, non solo i promotori dell'intrapresa economica, gli azionisti, ma anche i lavoratori, dipendenti, i collaboratori autonomi, i consulenti, i fornitori, gli enti, i consumatori, gli enti locali con cui l'impresa si rapporta; assumono un peso, in questo peculiare modo di fare impresa, anche gli esponenti della società civile, l'opinione pubblica e financo l'ambiente: tutti possono incidere sulle strategie imprenditoriali e, conseguentemente, gli amministratori devono (o meramente possono, in base alle differenti ricostruzioni) tenere in considerazione gli interessi di queste categorie. Le varie costruzioni teoriche si misurano quindi oggi su come articolare questi differenti rapporti e su quale grado di incidenza concreta riconoscere a queste diverse categorie di *stakeholders*; non tutti possono essere posti sullo stesso piano, in una dimensione indifferenziata.

---

<sup>5</sup> M. FRIEDMAN, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *The New York Times Magazines*, 13 settembre 1970, consultato su [www.umich.edu](http://www.umich.edu). In arg. J. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, Princeton-Oxford, 2006, pp. 57 ss.

Tornando alle basi teoriche della RSI e venendo, anche qui brevemente, alla letteratura aziendalista occorre chiedersi: perché questa ricostruzione teorica presta così tanto interesse e valorizza così tanto le prassi socialmente responsabili? Finalità di questo specifico ambito di ricerca è quello di enumerare i vantaggi che un'impresa socialmente responsabile che opera sul mercato riesce a conseguire; quali sono questi vantaggi? Il miglioramento dell'immagine, della reputazione commerciale dell'impresa, l'instaurazione di relazioni più durature e intense con una platea che abbiamo definito di *stakeholders*, la creazione di un ambiente di lavoro più sicuro, più motivante, la facilitazione anche dell'accesso al credito; tenete conto, sebbene possa apparire superfluo evidenziarlo, che molti fondi di investimento, anche a livello internazionale, fanno investimenti guardando alle prassi socialmente responsabili. C'è poi una finanza etica, cioè un intero settore creditizio, che addirittura fa di queste sensibilità la cifra caratteristica delle proprie iniziative. Vi sono tanti studi ormai che dimostrano che le imprese socialmente responsabili sono premiate dalla borsa con un valore di quotazione più alto; sono soprattutto gli indici di sostenibilità che determinano questi vantaggi

Insomma, è possibile rilevare che oggi se bisogna acquistare un'azienda, se bisogna aprire una *data room*, per apprezzarne il valore bisogna sicuramente tener conto anche della reputazione, delle relazioni virtuose instaurate dalle aziende con gli *stakeholders*; questi indici, ce lo insegna la letteratura aziendalistica, rappresentano beni, valori utili ad integrare il patrimonio intangibile dell'azienda.

Ho ricordato in diversi miei scritti e lo ho ricordato anche in questa sede, come siano mutati, negli anni a noi più recenti, i rapporti tra etica, diritto ed economia; non è più possibile parlare e ragionare di questi ambiti nei termini di contesti assolutamente autonomi e privi di interrelazioni; in campo economico, ad esempio, trionfano oggi le scelte dell'economia cognitivista, di quella comportamentale; sulla base di queste letture viene posta radicalmente in discussione la teoria della scelta razionale dell'*homo economicus*; molti economisti ormai si avviano a considerare che una scelta economica non può essere solo una scelta razionale; ci sono tante altre sensibilità e premure che

entrano in gioco quando il soggetto economico è chiamato a operare delle scelte.

Venendo a un contesto più propriamente filosofico: balza subito alla mente la contrapposizione weberiana tra l'etica della convinzione (anche detta etica dei principi) e l'etica della responsabilità; ricorderete che la distinzione appena evocata fu affrontata in vari luoghi degli scritti di Weber, ma in particolare in quel denso lavoro "La politica come professione"; qui l'etica della convinzione è quella assoluta che non ammette compromessi, ma non si preoccupa neppure delle conseguenze; di contro c'è un'etica della responsabilità che si preoccupa delle conseguenze nella consapevolezza che queste conseguenze saranno imputate al soggetto agente; lavorando sulla base di queste premesse teoriche Hans Jonas ci ha consegnato un testamento spirituale che io ritengo di una profondità e di un rigore esemplari e assoluti: "Il principio responsabilità". Si tratta di un'opera del 1979 in cui, cercando di superare il principio di speranza di Ernst Bloch, ma di non cadere nel principio di disperazione di Günther Anders – per il quale, in estrema sintesi, la condizione di irrecuperabilità della situazione umana non consentirebbe nemmeno di sperare – lo studioso ha provato a coniugare, in un modello unitario, l'etica universalistica e il realismo politico. Hans Jonas, allievo di Heidegger e di Bultmann, ha percepito, lucidamente, la necessità di elaborare un'etica adeguata allo stile della civiltà tecnologica, accompagnandola con la critica alle proiezioni utopistiche d'impronta Baconiana-Marxiana e alle posizioni che promuovono le dinamiche planetarie nel disegno del profitto del libero mercato.

Qui c'è tutta la piena consapevolezza, in questo filosofo, naturalmente, della pericolosità della condizione dell'uomo in ragione dell'uso quotidiano, anche di quello assolutamente pacifico e potremmo dire legittimo, della tecnica e dell'effetto cumulativo di tutta la tecnologia praticata ogni giorno anche nella forma, ripeto, più pacifica. La nuova funzione dell'etica, in questa prospettiva, viene costruita, immaginata, sulla base dell'aumentato potere umano, della consapevolezza dei suoi effetti su un ambiente che è oramai limitato, ne siamo tutti consapevoli, nelle sue risorse; assistiamo a una evidente e insanabile collisione fra l'infinità del potere e del desiderio umano da un lato, e

la finitezza della natura che esiste per fornire il necessario, ma che evidentemente ha un confine molto più limitato, dall'altro. Ecco allora che questa filosofia si erge come principio ecologico che fa sentire ciascuno di noi, in qualche misura, a seconda del grado di responsabilità che ognuno avverte, obbligato anche verso le generazioni future e addirittura verso l'intero ambito della biosfera. Sono queste le sfide della complessità, della competitività ed è per questo che io forse, nello sforzo di sintetizzare l'esito di questa riflessione, direi che alla fine, al di là delle differenti ricostruzioni teoriche, l'impresa socialmente responsabile è un'impresa *sapiens* cioè è un'impresa che fa dello sviluppo sostenibile la propria prospettiva di azione e consapevolmente partecipa ad un'intrapresa comune più ampia dove c'è consapevolezza anche dei costi sociali e ambientali; tutto ciò sul presupposto, naturalmente, di una nuova relazione tra economia e società che diventa sempre più indispensabile; tale rinnovato rapporto assume un rilievo assoluto nelle nostre comunità contemporanee che hanno ormai conosciuto, a tutti i livelli, la crisi dei tradizionali modelli di *welfare* e vanno alla ricerca di nuove formule per sostituire alla nostalgia dell'antico la speranza del futuro.

Le prassi socialmente responsabili per me sono, quindi, un modo nuovo per provare a risolvere problemi antichi, atavici, ma anche nuovi e rinnovati e moderni, frutto dell'evolversi della tecnologia e dell'affermarsi della globalizzazione; esse valgono a coniugare in modo nuovo e diverso il pubblico e il privato e a superare l'attuale contrapposizione tra privato e sociale, così da evitare il prevalere dell'egoismo arrogante del privato, che tutto pretende e nulla vuol dare, senza per questo indulgere nelle inefficienze del sociale, che troppo spesso solleva, esonera, da qualsivoglia responsabilità.

MARCOS M. CORDOBA\*

## RESPECTO A LA AUTONOMIA PRIVADA QUE FORTALEZCA VINCULOS FAMILIARES

Agradezco al Profesor Carlo Pilia por poder estar hoy con ustedes acompañando pensamientos inteligentes del Derecho, en función de las necesidades actuales de la sociedad. Engrandece mi satisfacción el estar invitado a participar de un evento jurídico de alto prestigio, en el que entre otros magníficos juristas, participa el profesor Giuseppe Conte con el que he tenido el honor de hacerlo en varias oportunidades en Italia y también en Argentina. La primera vez fue en Roma, en la biblioteca Lanciana de Santo Spirito in Sassia, donde él exponía sobre una cuestión ética y yo sobre la construcción del derecho abastecido por la diversidad.

Todo lo que escuché hoy de los conferencistas son pensamientos de un profundo contenido técnico y científico del derecho pero, además, de utilidad práctica. Desde mi punto de vista esa es la construcción más generosa del jurista, es el derecho que se construye para ser el medio, la herramienta, el mecanismo, el instrumento de armonía en la relación inter-social.

El Tema que se presenta en mi exposición se refiere a la familia y en la actualidad es dificultoso saber el significado exacto de la palabra "Familia". Hasta fines del siglo pasado existía una determinación precisa dada por los alcances de las consecuencias de las normas que regulaban el matrimonio y la filiación. No obstante que con grandes variantes, ya desde muchos siglos atrás Nicolás Maquiavelo indicaba las grandes diferencias que hay en las familias según los pueblos a los que pertenecen. El filósofo sostenía que cada pueblo tiene una característica familiar y dentro de cada pueblo, cada familia tiene sus propios ca-

---

\* Profesor de derecho civil en la Universidad de Buenos Aires.

racteres. En relación a esto debo destacar lo dicho en su conferencia por el Presidente del Consejo de Ministros, profesor Conte, al reclamar el comportamiento socialmente responsable de las empresas aludiendo a los efectos de la globalización, a la que atribuía como una de sus consecuencias la mudanza a distintos lugares según la conveniencia que hagan a su objeto, y en esos traslados de las empresas se producen también el de sus funcionarios, de sus directivos, de sus trabajadores produciendo un intercambio no solamente de ideas culturales y de comportamiento sociales, familiares. Actualmente son muchas las familias radicadas en este territorio que se han formado en otras culturas y eso provoca una mayor diversidad aun que aquella descrita por Maquiavelo. La consecuencia consiste en que decir familia hoy significa hablar de algo difícil de circunscribir. ¿Hasta qué grado se es familia?, ¿los simples convivientes son familia? ¿Las uniones civiles constituyen familia? ¿El matrimonio constituye familia? Las cohabitaciones en donde no hay objetivos afectivos comunes son familia? ¿la sola cohabitación hace la familia? De lo dicho por Conte se perciben valores jurídicos que son de gran utilidad para otras funciones que le corresponde ocupar hoy, porque en la actualidad su pensamiento jurídico puede ser de mayor beneficio a la sociedad toda, y cuando digo la sociedad toda me refiero no solo a la Italiana. Recordemos también que el profesor Carlo Pilia menciona a la República de Cuba, que actualmente reconoce a la familia de acogimiento, pero lo hace desde un punto de vista prácticamente laboral, la finalidad es la asistencia del necesitado y la causación de una fuente de trabajo, el acogedor recibe una compensación económica. Son tantas las diferencias entre todas las relaciones que se denominan familia que no resulta posible su determinación. En Italia su Constitución sigue sosteniendo la protección de la familia de base, naturaleza, origen matrimonial y sin embargo ni en Italia, ni en los países con los cuales Italia se relaciona Intellectualmente, hoy queda circunscrita la palabra familia a la finalidad que surgiría de su constitución. Con esto determina que favorece a esa familia, lo cual no implica desconocer a otra familia. No es muy diverso a lo que ocurre en la actualidad con constituciones modernas, con códigos modernos. Argentina tiene un Código Civil y Comercial

nuevo, comenzó su vigencia el 1 de agosto del año 2015, yo tuve el honor de ser uno de sus redactores. Este código moderno reconoce enorme influencia del Derecho Italiano, pero en aspectos patrimoniales. El derecho que más influye en la Argentina es el Derecho Italiano y recuerdo palabras de otro ilustre jurista, con el cual tenemos un vínculo jurídico permanente e intenso, es el profesor Guido Alpa que en cierta oportunidad, en Lipari, al clausurar la "Reunión de Juristas del Mediterráneo" del año 2008, afirmaba que la Argentina era el puerto de ingreso de la cultura jurídica Italiana, por allí ingresa y la Argentina lo adapta a sus necesidades regionales y transfiere a los países del continente, en mayor medida de los que aplican el Derecho Continental. Lo cierto es que Argentina recepta esa idea en valores que obtiene del Código de 1942, alejándose del Código Napoleón, que tiene una estructura donde predomina un individualismo, un materialismo mayor que aquello que proviene del código italiano me refiero al de 1942, no al de 1865. Hemos receptado gran influencia de la idea del no abuso del derecho, del principio de equidad, del comportamiento de buena fe y del respeto de los actos propios. Reglas y principios que en conjunto obligan a atender la posición del otro en la relación jurídica que ya no se preocupa solo del análisis que hace del sujeto que ejerce para sí, sino también atendiendo la posición del otro. Eso no es otra cosa que aquello que la constitución Italiana tiene su artículo 2 que es la solidaridad, consiste en ocuparse por otro. La idea de la empresa socialmente responsable tiene su fundamento en la solidaridad. No significa que el empresario deje de tener un incentivo de lucro, puede seguir teniendo la voluntad, el objetivo, el impulso del lucro, pero puede hacerlo preocupándose de ser responsable ante todos, que no son solo los accionistas, no son solo los capitalistas. También sus operarios, sus distribuidores, sus comercializadoras, sus representantes y los consumidores. Con ello tendrá un mayor lucro porque las relaciones se constituyen estables, porque la aplicación de la solidaridad tiene un efecto benéfico en lo económico que es consecuencia de la sustentabilidad de las relaciones. Lo mismo es aplicable a la familia. Los operadores del derecho deben asistir a estos problemas actuales, pero no solo en las relaciones económicas. Deben incidir además en las relaciones familiares ya que la exigencia de estabilidad de las

relaciones familiares y la esencialidad de los intereses protegidos por ellas tienden, en general, a caracterizar de indisponibles los derechos subjetivos familiares de modo tal de impedir su desplazamiento voluntario pero de ningún modo a impedir que tal voluntad resulte tendiente a la permanencia en la relación familiar. Así, el contenido normativo del art. 249 del Código Civil Argentino establece la irrevocabilidad del reconocimiento del hijo. Del mismo modo, el art. 259 del mismo cuerpo legal hace caducar la acción de impugnación de paternidad del marido al año desde la inscripción del nacimiento. En el mismo sentido el Código Civil de Brasil en su art. 1610 establece que el reconocimiento del hijo, aun el realizado por testamento, no puede ser revocado. Por su parte el artículo 244 del Código Civil italiano considera que la acción de negación de la paternidad de la madre debe ser presentada dentro de los seis meses después del nacimiento del niño y que el marido puede desconocer al hijo dentro de un año a partir del día de su nacimiento. Todas estas normas tienden al fortalecimiento de la estabilidad de los vínculos familiares en virtud de que en ello se encuentran comprendidos intereses superiores a los que corresponden a la satisfacción individual, pues la familia es aquel grupo de personas, que entre otros elementos, se caracteriza por resultar el ámbito en el que la satisfacción individual de sus miembros se obtiene a través de la satisfacción general del grupo.

Sin embargo, ciertas normas particulares de diversas estructuras jurídicas establecen la nulidad de la renuncia a la facultad de pedir la separación o el divorcio vincular, tal el caso del art. 230 del Código Civil de la República Argentina.

En efecto, dicha norma considera nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos.

Al respecto, el tribunal de más alta jerarquía de la Argentina ha considerado que esta prohibición no resulta inconstitucional. Ello aparece como contradictorio con los principios que robustecen el Derecho de Familia, como así también con los que respetan la autonomía de la voluntad, en la medida que no afecte intereses generales.

En esta última posición se ha sostenido que prohibir que se pueda pactar por la estabilidad contraria a la estructura jurídica en su conjunto, viola el derecho a la libertad religiosa y de conciencia, impone un único vínculo matrimonial, invade el ámbito de reserva propio de las personas y afecta el principio de igualdad ante la ley y las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al adoptar una actitud discriminatoria, disponiendo la disolubilidad de todo vínculo conyugal.

Se agrega que imponer como principio de orden público la revocabilidad del pacto matrimonial, conculca el derecho a asumir compromisos irrevocables con protección y tutela del ordenamiento jurídico y deviene irrazonable, pues resulta poco menos que absurdo admitir, desde el punto de vista del orden público, la adopción irrevocable y prohibir nada menos que el matrimonio irrevocable.

Se recuerda que desde 1997 en el Estado de Luisiana quedó establecido un sistema de matrimonio opcional, en el que, por voluntad de los esposos, puede excluirse en el futuro el divorcio en los matrimonios en que libremente así lo decidan.

Debe llamar a la atención de los juristas que la imposición compulsiva del matrimonio civil disoluble como única forma de casarse con efectos jurídicos relevantes para el derecho, viola el art. 19 de la Constitución Argentina, ya que toda acción lícita que de ningún modo lesione el orden y la moral pública ni perjudique a un tercero configura un derecho de máxima garantía institucional. La base de la mencionada norma es la raíz misma de la libertad, esto es, la autonomía de la conciencia y la voluntad personal, la convicción según la cual es exigencia elemental de la ética que los actos dignos de mérito se realicen fundados en la libre, incoacta creencia del sujeto en los valores que lo determinan.

En efecto, de la estabilidad absoluta pretendida para el matrimonio no se puede derivar ningún perjuicio para la sociedad y el Estado. Antes bien, la estabilidad matrimonial tiende a que el matrimonio pueda cumplir acabadamente su fin, del que se derivan numerosos beneficios para el bien común.

Resulta de interés social y jurídico dejar establecido qué implica la nulidad del pacto. Se encuentran vedados como objeto

de los actos jurídicos los que sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones y la conciencia o que perjudiquen los derechos de un tercero. El objeto ilícito anula el acto en tanto la condición prohibida, en general, anula la condición misma, convirtiendo el acto condicional en acto puro y simple. Lo cierto es que la consecuencia de la nulidad del acto no implica privarlo de efectos sino privarlo de sus efectos regulares. De lo que se deriva que el dispositivo legal no priva a los cónyuges, o quienes pretendan serlo de pactar lícitamente consecuencias, que resulten del ejercicio de su autonomía de voluntad, tendientes al mantenimiento de la estabilidad matrimonial.

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA\*

ABITAZIONE, AUTONOMIA PRIVATA  
E CRISI DELLE COPPIE DI FATTO IN SPAGNA

SOMMARIO: 1. Attribuzione dell'alloggio familiare in caso di rottura delle coppie di fatto. Evoluzione della giurisprudenza spagnola: dalla concessione dell'alloggio al convivente danneggiato, dalla rottura fino al suo rifiuto per l'uso precario di essa. - 2. In generale, la mancanza di analogia tra matrimonio e coppie di fatto; e nello specifico assenza di lacune giuridiche per queste ultime. - 3. In particolare, l'inapplicabilità per analogia dell'art. 96 del CC spagnolo, sull'assegnazione dell'alloggio familiare, alle coppie di fatto, con o senza figli in comune. - 4. L'assegnazione dell'alloggio familiare in caso di coppia di fatto senza discendenza comune seppur dipendente: la grande verità di ipotesi possibili nel caso in cui si dia priorità al principio di autonomia della volontà. L'inapplicabilità, in ogni caso, dell'art. 96 III del c.c. spagnolo, esista o no previo accordo tra i conviventi. - 5. L'assegnazione dell'alloggio familiare in caso di rottura di una coppia di fatto avente figli naturali comuni non autonomi: la possibile applicazione, sempre diretta, dell'art. 96.I cc.

*1. Attribuzione dell'alloggio familiare in caso di rottura delle coppie di fatto. Evoluzione della giurisprudenza spagnola: dalla concessione dell'alloggio al convivente danneggiato, dalla rottura fino al suo rifiuto per l'uso precario di essa.* – Probabilmente, il problema principale, in Spagna, nei casi di separazione di coppie extraconiugali, è stata la richiesta di una “pensione compensatoria”, in applicazione dell'art. 97 CC – equivalente grosso modo a un assegno di mantenimento italiano –, richiesto dal convivente che, in seguito alla crisi, si considera danneggiato economicamente, o ritiene di aver sacrificato parte di sé stesso, del proprio tempo, denaro e aspirazioni in quella convivenza che ora è giunta alla sua conclusione. Tuttavia, altre richieste e altre controversie sono state presentate ai tribunali spagnoli, sia personali (come nel caso di controversia relative alla cura, custodia e al regime di visita dei figli avuti in co-

---

\* Profesor de derecho civil en la Universidad de Sevilla.

mune come frutto della relazione), sia, soprattutto, economiche: oltre a queste, più frequenti, e ad altre possibili (relative a eventuali indennizzi, rimborsi, ...), quella che tratteremo in questa sede, riguarda un argomento sul quale, fino a poco tempo fa, quasi non esisteva una vera giurisprudenza: quella dell'attribuzione dell'uso dell'immobile che fino al momento della rottura della coppia ne era stato l'alloggio, la casa. Il problema sorge soprattutto, naturalmente, quando tale immobile appartiene, in proprietà o in virtù di qualsiasi altro titolo giuridico (reale o personale), solamente ad uno dei membri della coppia: ci si chiede se, in tal caso, l'altro convivente disponga di qualche diritto a continuarne l'utilizzo una volta rotta l'unione. La mera convivenza ormai cessata è un titolo sufficiente a concedere un diritto su quell'immobile che fino a quel momento era stata anche la sua casa? Può avere una qualche influenza il fatto di avere avuto o no figli in comune? E nel caso in cui si siano avuti figli, ha un'influenza il fatto che questi siano maggiorenni, o che tuttavia dipendano dai genitori per qualche ragione (perché minorenni, per incapacità, disabilità, o per semplice dipendenza economica)? La soluzione è distinta se ad avere figli è uno solo dei membri della coppia, per esempio chi dei due non è titolare dell'alloggio?

Al di là di alcune disposizioni di legge specifiche esistenti in casi particolari (come quelli previsti dagli artt. 12.4 e 16.1 B) della "Legge di locazione di immobili" spagnola "*Ley de Arrendamientos Urbanos*", d'ora in avanti LAU, se uno dei coniugi è inquilino della casa<sup>1</sup> e, indipendentemente dalle soluzioni adot-

---

<sup>1</sup> *Articolo 12. Rinuncia e scadenza in caso di matrimonio o convivenza del locatario: Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario: "1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge [1. Se il locatario manifesta la volontà di non rinnovare il contratto o di rinunciarvi, senza il consenso del coniuge che convive con il locatario menzionato, la locazione potrà continuare a beneficio di detto coniuge.] 2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. (...) Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada [2. A tali effetti, il locatore potrà ricorrere al coniuge del locatario affin-*

tate per tali questioni nella legislazione autonoma, ossia regionale, sulle coppie di fatto<sup>2</sup>, si pone il problema quando tale nor-

---

*ché questi manifesti la propria volontà al riguardo. (...) Una volta effettuata la rinuncia, la locazione si estinguerà se il coniuge non risponde in un termine di quindici giorni. Il coniuge dovrà versare l'affitto corrispondente fino all'estinzione del contratto, se questa non sarà stata ancora pagata.] 3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario. (...) Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes [3. Se il locatario abbandona l'alloggio senza manifestare espressamente la sua rinuncia o il non rinnovamento, la locazione potrà proseguire in beneficio del coniuge convivente sempre che, entro un mese da tale abbandono, il locatore riceva una notifica scritta del coniuge nella quale esprime la sua volontà di essere locatario. (...) Se il contratto si estingue per mancanza di notifica, il coniuge resterà obbligato al pagamento dell'affitto corrispondente al mese in questione.] 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia." [4. Quanto disposto nei paragrafi precedenti sarà da applicare anche a favore della persona che ha convissuto con il locatario in maniera permanente in relazione di affetto analoga a quella di coniuge, indipendentemente dal suo orientamento sessuale, per almeno i due anni precedenti alla rinuncia o all'abbandono, a meno che non abbiano avuto prole comune, nel quale caso sarà sufficiente la semplice convivenza]. E Articolo 16 Morte del locatario: "1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia..." [1. In caso di morte del locatario, potranno surrogarsi nel contratto: a) Il coniuge del locatario che al momento del decesso conviveva con lui. b) La persona che ha vissuto insieme al locatario in forma permanente in una relazione di affetto analoga a quella di coniuge, indipendentemente dal suo orientamento sessuale, per almeno due anni fino al momento del decesso, a meno che i membri della coppia non abbiano avuto discendenza comune, nel cui caso basterà la semplice convivenza..."].*

<sup>2</sup> In Spagna, molte Comunità Autonome stabiliscono, in modo molto simile, il regime giuridico, più o meno completo, delle coppie non sposate, equiparan-

ma non esiste, perché si tratta di una coppia non registrata con residenza comune in una Comunità Autonoma con una legge a tale proposito, o perché si tratta di una vera coppia di fatto (che non si sottomette alle formalità, né, pertanto, all'ambito normativo regionale che regola le coppie non sposate solamente quando queste sono registrate, ossia iscritte nel Registro regionale delle coppie di fatto competente); come si risolve, dunque, in tutti questi casi, che sono moltissimi, questo problema? Si potrebbe forse applicare l'art. 96 CC che risolve il problema nel caso in cui la coppia è sposata<sup>3</sup>? Riguardo a questa particolare

---

dole quasi completamente alle unioni matrimoniali. A tale riguardo, si distinguono le CCAA ("Comunidades Autonomas") di tradizione autonomista che storicamente godono di diritti civili speciali propri: le leggi sulle coppie – o unioni – stabili non sposate del 15/7/1998, della Catalogna; del 26/3/1999, di Aragona, modificata da quella del 3/5/2004; del 3/7/2000, di Navarra; e quella del 7/5/2003, del Paese Basco. Ma anche molte CCAA prive di diritti civili storici speciali hanno legiferato in materia. Così, per esempio, la legge del 6/4/2001, di Valencia; quelle del 19/12/2001, di Madrid e delle Baleari (della stessa data); del 23/5/2002, delle Asturie; del 16/12/2002 dell'Andalusia; e quelle del 6 e del 20/3/2003, delle Canarie e dell'Estremadura. Nella maggior parte di queste leggi autonome, per formar parte di una coppia di fatto è richiesta una convivenza di un periodo ininterrotto (di uno o due anni, a seconda della legge) o, in mancanza di questa, con una discendenza comune; la forma scritta (su documento pubblico o notariale, in genere) è considerata come volontaria e *ad probationem* (per la "*acreditación*", una certificazione), poiché in generale può essere valido qualsiasi mezzo di prova. Ne risulta che anche la possibile iscrizione nei Registri delle Coppie di fatto si regola come volontaria e dichiarativa, e solamente a effetti amministrativi (*inter partes* e di fronte all'Amministrazione pubblica), ma senza efficacia civile *erga omnes*. Sono meno numerose, invece, le leggi autonome che impongono una formalità costitutiva, tramite scrittura pubblica o iscrizione nei Registri menzionati, pur restano meramente amministrativa (per esempio Aragona, Valencia ed Estremadura). In tutte queste leggi, in caso di rottura è prevista una specie di assegno compensativo (come in caso di separazione o di divorzio nei matrimoni) o, per lo meno, un possibile indennizzo per arricchimento ingiusto.

<sup>3</sup> Recita l'Articolo 96 del Codice Civile spagnolo: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. (...) Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. (...) No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés

questione, nella giurisprudenza della Corte Suprema spagnola si può osservare un'evoluzione che, curiosamente, si osserva anche per quanto riguarda le coppie di fatto e tutta la relativa problematica: a partire dall'affermazione, in un primo momento, della sua somiglianza con il matrimonio e della mancanza di una legge generale che regolasse tali legami, in maniera tale da applicare loro, nel frattempo, le norme vigenti per il matrimonio, si è venuta ad affermare come dottrina ufficiale quella della negazione di tale somiglianza, con il conseguente rifiuto dell'analogia e, più radicalmente, dell'esistenza di una vera e propria lacuna legale sulle coppie di fatto. E altresì nella questione oggetto della nostra analisi sull'assegnazione dell'uso dell'alloggio familiare, si osserva quanto segue.

Per quanto ne sappiamo, la prima occasione della Corte suprema spagnola di pronunciarsi sulla questione degli alloggi delle coppie non coniugate fu la sentenza del 16 dicembre 1996, la quale, dopo aver negato l'analogia tra le relazioni matrimoniali e le coppie di fatto, difese invece l'applicazione per analogia delle norme relative all'alloggio familiare nel matrimonio, applicando nel caso particolare l'art. 96 CC in modo da concedere all'ex-partner e ai suoi tre figli (avuti da un precedente matrimonio) l'uso abitativo dell'immobile che era di proprietà esclusiva dell'altro membro della coppia. Letteralmente, la sentenza del 1996 afferma, in una parte del suo 7° Motivo in Diritto, che: *"Certamente è necessario respingere, come fece la sentenza parzialmente trascritta, l'applicazione analogica dei regimi patrimoniali, in quanto la libertà che si auto-concedono i*

---

fuera el más necesitado de protección. (...) Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial" [In mancanza di un accordo tra i coniugi approvato dal Giudice, l'uso dell'alloggio familiare e degli oggetti di uso ordinario al suo interno spetta ai figli e al coniuge con il quale restano. (...) Quando alcuni dei figli restano in compagnia di uno dei coniugi e gli altri in compagnia dell'altro, il Giudice provvederà. (...) In mancanza di figli, potrà accordarsi che l'uso di tali beni, per un periodo fissato prudentemente, corrisponda al coniuge non titolare, sempre che, rispettate le circostanze, sia consigliabile e il suo interesse risulti essere il più bisognoso di protezione. (...) Per disporre dell'alloggio e dei beni indicati, il cui uso spetti al coniuge non titolare, sarà richiesto il consenso di entrambe le parti o, in caso necessario, di autorizzazione giudiziaria].

*conviventi al di fuori del vincolo matrimoniale formale non può, paradossalmente, essere considerata parimenti a vincoli societari di natura economica, a meno che, in virtù del principio di autonomia della volontà e nei suoi limiti, non si costituiscano accordi validi di tale natura. Tuttavia, in tal caso, la questione in oggetto ha un altro carattere e presenta altre sfumature: l'alloggio familiare è il luogo nel quale risiede e si sviluppa la persona fisica, come rifugio essenziale nel quale provvedere alle necessità umane fondamentali (riposo, servizi igienici, cibo, abbigliamento, ecc.) e la tutela della sua intimità (privacy), e finché ci sono bambini è anche ausilio essenziale per la loro protezione ed educazione. Da ciò deriva che le regole contenute nel Codice Civile spagnolo sull'uso dell'alloggio familiare, in materia di matrimonio e della sua crisi, tra le quali la rottura del vincolo, si proiettano al di là di un ambito ristretto a situazioni come la convivenza prolungata di un uomo e una donna come coppia, in quanto le ragioni che le sostengono e giustificano si applicano anche in questo ultimo caso. Così il terzo comma dell'articolo 96 CC<sup>4</sup> permette di integrare con l'articolo 4. 1° una soluzione come quella adottata da entrambe le sentenze di prima istanza”.*

Subito dopo verrà la sentenza della Corte Suprema spagnola del 10 marzo 1998, che seppur sostenuta nella precedente sentenza del 1996, accetta, d'accordo con la giurisprudenza, la mancanza di analogia tra le unioni libere e quelle matrimoniali, negando in tal modo che il regime di queste ultime sia applicabile alle prime per analogia. Ma si richiama la sentenza nella quale c'è una lacuna da colmare; e anziché all'analogia, si ricorre al sistema delle fonti specifiche, e nello specifico alla funzione integrativa di principi generali del diritto (ex art. 1 comma 1 e 4 del CC spagnolo)<sup>5</sup>, al fine di attribuire l'uso dell'alloggio a seconda

---

<sup>4</sup> “No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.” [In mancanza di figli, si potrà accordare che tali beni, per un tempo fissato prudentemente, spetti al coniuge non titolare, sempre quando, rispettate le circostanze, sia consigliabile e il suo interesse si a quello più bisognoso di protezione].

<sup>5</sup> *Articolo 1: “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho... (...)1. Le fonti dell'ordi-*

della motivazione, seguendo, sulla base di questa sentenza, il principio di protezione del convivente ingiustamente danneggiato dalla situazione di fatto. Afferma, quasi interamente, in un frammento del suo 3° Motivo in diritto, che: *“Si tratta di una situazione di rilevanza giuridica, derivante da una situazione di fatto non regolata dalla legge. Né, sicuramente, dalla consuetudine. Pertanto è necessario ricorrere ai principi generali del diritto, ultima fonte formale del sistema di fonti nell’ordinamento giuridico, come previsto dall’articolo 1.1 CC e precisato dal comma 4 dello stesso articolo ... Il principio generale è già stato accennato e si tratta solo del principio di protezione del convivente danneggiato dalla situazione di fatto; principio che deriva da norme costituzionali (articolo 10, principio della dignità della persona; articolo 14, principio di uguaglianza; articolo 39, principio di protezione della famiglia)<sup>6</sup>, da norme di diritto privato, come il Codice Civile (lo stesso articolo 96) e la Legge 29/1994, del 24 novembre, o LAU – il cui articolo 16.1, b), tra gli altri, riconosce espressamente la protezione al convivente – dalle sentenze del Tribunale Costituzionale e dalle stesse sentenze di questa Sezione, nelle quali sono quasi unanimemente riconosciuti i diritti al convivente danneggiato”*. E così concluderà nel suo 4° e ultimo Motivo: *“La sentenza di istanza non ha applicato, scorrettamente, l’articolo 96 CC e la dottrina giuridica, ma non perché questa sia applicabile direttamente, o per analogia, bensì perché è applicabile il principio generale che da essa e dalla altre norme citate deriva, principio generale che consiste nella protezione nei confronti del convivente danneggiato, in questo caso la protezione riferita all’assegnazione dell’alloggio familiare, mobilia e parcheggio assegnato all’alloggio stesso”*.

Tuttavia, occorrerà attendere dieci anni prima che il Tribunale Supremo spagnolo cambi la sua posizione in materia di alloggi

---

*namento giuridico spagnolo sono la legge, la consuetudine e i principi generali del diritto... (...)]. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico” [4. I principi generali del diritto si applicheranno in mancanza di legge o di consuetudine, fermo restando il carattere informativo dell’ordinamento giuridico].*

<sup>6</sup> Gli articoli 10 e 14 della Costituzione spagnola sono molto simili all’articolo 3 della Costituzione italiana. E l’articolo 39 della Costituzione spagnola è molto simile agli articoli 30 e 31 della Costituzione italiana.

delle coppie di fatto; ci si riferisce alla Sentenza del 27 marzo 2008, riguardo a un caso nel quale, terminata l'unione extramatrimoniale per la morte di uno dei membri (che era titolare dell'alloggio), i suoi successori richiesero lo sfratto del membro sopravvissuto perché, a loro avviso, permaneva nell'alloggio in precario. A ciò il soggetto sopravvissuto si opporrà appellandosi alle Sentenze del 1996 e 1998 sopracitate, ma il Tribunale Supremo, riterrà, nel 3° Motivo di diritto di quest'ultima sentenza del 2008 che *“le sentenze che si citano come violate si riferiscono tutte alla fattispecie della rottura delle relazioni di convivenza di fatto e agli effetti che si producono tra i conviventi; in tali situazioni, la giurisprudenza di questa Sezione ha sostenuto (tra tutte, vedasi la sentenza del 12 settembre 2005) che si tratta di una situazione non regolata, tuttavia non proibita, nella quale, in mancanza di accordo tra i conviventi, si devono applicare i principi generali del diritto. Nel presente litigio non si produce alcuna delle condizioni che permettono l'applicazione della dottrina che si cita come violata, perché il problema non si presenta tra i conviventi, bensì tra il convivente superstite e gli eredi della convivente deceduta, scomparsa prima di aver consegnato un testamento o di aver potuto favorire in alcun modo il convivente. Tuttavia, non si può considerare che il ricorrente presenti alcun titolo che gli permetta di mantenere il possesso dell'alloggio proprietà della deceduta. Non presenta alcun titolo che ne giustifichi il possesso e gli permetta di opporsi all'azione di sfratto in precario presentata dai titolari dell'alloggio. Tale mancanza è determinante per il risultato dell'azione esercitata da parte degli eredi. (...) Inoltre, sebbene sia vero che la Costituzione, nel suo art. 47, tutela il diritto all'alloggio e che questo è uno degli argomenti usati nella Sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo 222/1992, per dichiarare incostituzionale la legislazione anteriore sulla locazione di immobili che non prevedeva la surrogazione del convivente superstite nel titolo di locatario, neppure la situazione del ricorrente può essere paragonata, semplicemente in quanto a costui manca il titolo e si trovava nell'alloggio in questione come precarista, da ciò deriva che, una volta deceduta la proprietaria, egli non ha nessuna legittimazione a opporsi alla richiesta presentata dagli eredi nuovi proprietari. Pertanto, la giurisprudenza citata dallo stesso ricor-*

*rente come infranta impedisce l'applicazione per analogia delle regole del regime economico matrimoniale di comunione legale di beni, visto che entrambe le sentenze dichiarano che "[...] deve essere respinta l'applicazione per analogia dei regimi economici matrimoniali, in quanto la libertà che si auto-concedono i conviventi al di fuori delle formalità matrimoniali non può essere paradossale e, in contraddizione con questo, equiparata a vincoli societari di carattere economico [...]".*

A consolidare tale dottrina, rendendola giurisprudenza, è giunta poco tempo fa la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 6 ottobre 2011 la quale, nel 3° Motivo di diritto, contrariamente alle prime Sentenze del 1996 e 1998, e in conformità alla Sentenza a sezioni unite dello stesso Tribunale Supremo spagnolo del 12 settembre 2005, nega che l'unione di fatto sia simile a quella matrimoniale e che, pertanto, le si possano applicare per analogia gli articoli 96 e seguenti del CC spagnolo, in caso di rottura della relazione di coppia; basandosi sulla dottrina elaborata nella Sentenza precedente del Tribunale Supremo del 27 marzo 2008 alla quale si riferisce, essa nega, in particolare, che l'art. 96 CC risulti applicabile come pretesa dell'ex-membro della copia, non titolare dell'immobile, per restare in tale immobile dopo la crisi della convivenza. Si considera dunque che la permanenza in detto immobile in seguito alla rottura potrà intendersi solamente come possesso precario, e pertanto, soggetto allo sfratto, visti il carattere gratuito e temporalmente indefinito in tale uso e la tolleranza con la quale l'altro membro della coppia, titolare dell'immobile, lo consente.

Tuttavia, questa nuova giurisprudenza, pochi mesi prima che il Tribunale Supremo pronunciasse l'ultima sentenza menzionata, nella sua precedente Sentenza del 1 aprile 2011, applicò nuovamente per analogia l'art. 96.III del CC a un caso di rottura della relazione di una coppia non sposata, anche se con la peculiarità, in questo caso rispetto a tutti i casi precedenti, che la coppia in questione aveva un figlio in comune; a detto figlio il Tribunale Supremo concede l'uso dell'alloggio familiare e, per estensione, anche alla madre perché affidataria della sua cura e affidamento, basando tale decisione (in sintesi) sulla protezione degli interessi del minore, i quali, per principio costituzionale

di uguaglianza (si vedano gli articoli 14 e 39 della Costituzione spagnola)<sup>7</sup>, devono essere gli stessi indipendentemente dal fatto che i suoi genitori siano o meno coniugati.

Quale di tutte queste soluzioni e posizioni del Tribunale Supremo spagnolo è la più appropriata, giusta e conforme alla legge? Indubbiamente, almeno a nostro avviso, quest'ultima, sebbene debba essere sottoposta ad alcune correzioni che provvediamo ad illustrare qui si seguito.

*2. In generale, la mancanza di analogia tra matrimonio e coppie di fatto; e nello specifico assenza di lacune giuridiche per queste ultime.* – Ben dieci anni fa, e con riferimento per la prima volta a ogni unione di fatto (non solamente a quella omosessuale), il Parlamento Europeo, nella sua Raccomandazione del 15 gennaio 2003, consigliò – non trattandosi né di Direttiva, né di Regolamento – agli Stati membri “che riconoscessero le relazioni non matrimoniali, tanto tra persone di diverso sesso quanto tra persone dello stesso sesso, e che concedessero alle persone coinvolte in tali relazioni gli stessi diritti concessi a quelle che contraggono matrimonio” e richiedeva all’Unione Europea “di includere nell’agenda politica il reciproco riconoscimento delle relazioni non matrimoniali, così come dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, e di sviluppare proposte concrete a tale riguardo”. Già in precedenza, lo fecero alcuni Paesi europei. In Spagna, molte Comunità Autonome si sono affrettate a stabilire, rifacendosi a quanto già fatto in precedenza dalle altre Comunità, un regime legale più o meno completo, delle coppie non co-

---

<sup>7</sup> Articolo 14: “Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge senza discriminazioni per ragioni di nascita, razza, religione, opinione o qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale”. E art. 39 della Costituzione Spagnola: “1. I poteri pubblici garantiscono la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia.(...) 2. I poteri pubblici garantiscono, anche, la protezione assoluta dei figli, che sono eguali di fronte alla legge indipendentemente dalla filiazione, e dalle madri, indipendentemente del loro stato civile. La legge ammetterà la investigazione sulla paternità.(...) 3. I genitori devono aiutare i figli nati del matrimonio o fuori del matrimonio, se minori d’età o negli altri casi previsti dalla legge.(...) 4. A i minori è riconosciuta la tutela prevista dalle convenzioni internazionali a protezioni dei loro diritti”. Questa norma è molto simile agli articoli 30 e 31 della Costituzione Italiana.

niugate, equiparandole quasi completamente alle unioni matrimoniali. Questa situazione legale autonoma, ossia regionale, contrasta con quella statale, il cui regime legale – se così si può chiamare – sulle coppie non sposate è parziale e frammentario<sup>8</sup>.

Di fronte a tale panorama legale, oggi la questione centrale resta radicale: le coppie di fatto costituiscono, o devono costituire, un nuovo vincolo familiare, distinto da quello coniugale? E se è così, occorre, assegnargli un trattamento legale, equiparabile a quello del matrimonio oppure, al contrario, lasciarle completamente al di fuori del Diritto?

Riguardo alle coppie non sposate, che in Spagna costituiscono la maggior parte, occorre fare una distinzione a seconda della causa che le motiva: da un lato, secondo l'Istituto Nazionale di Statistica spagnolo, più della metà del totale delle coppie non sposate vivono insieme senza sposarsi come anticamera nuziale, cioè come una prova per il posteriore matrimonio (il

---

<sup>8</sup> Solamente alcune norme prevedono questa situazione e solo con la finalità di riconoscerle alcuni effetti con i quali equipararla al matrimonio. Dunque, a.e., e solo nell'ambito strettamente civile: alcune volte esiste previsione legale per stabilire effetti "negativi" per il convivente di fatto, equiparandolo con il coniuge (cfr. artt. 101.1 e 320 CC, 757 del Codice di Procedura Civile [*"Ley de Enjuiciamiento Civil"*, d'ora in avanti LEC] e art. 93 della Legge Fallimentare [*"Ley Concursal"*]). In altri casi, le norme stabiliscono effetti "positivi" per il convivente di fatto, equiparandolo al coniuge. Così la Disposizione Aggiuntiva 10<sup>a</sup> alla Legge del 7 luglio 1981 sulla modifica del matrimonio e le cause di nullità, separazione e divorzio (conosciuta comunemente come legge sul divorzio); gli artt. 12.4, 16.1.b), 24.1 e Disposizione Transitoria 2<sup>a</sup>.B.7 della LAU del 1994, sulla surrogazione del convivente di fatto nella posizione di locatario, e su ristrutturazioni realizzate nell'alloggio affittato come previsto dall'art. 2.2 della Legge del 30 maggio 1995, sui limiti del dominio immobiliare per agevolare l'accesso all'alloggio ed eliminare barriere architettoniche che presentano difficoltà per persone disabili; già in precedenza, le Sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo dell'11 dicembre 1992, e del 18 gennaio e 8 febbraio 1993, avevano applicato l'art. 58.1 della precedente LAU (del 1964) alle coppie non sposate; è anche il caso di menzionare: l'art. 10.1 della Legge del 26 marzo 1984, sul diritto di asilo e la condizione di rifugiato; i Decreti Reali del 24 gennaio 1986 e del 18 luglio 1997, fra i primi in materia di indennizzo alle vittime del terrorismo; la Disposizione aggiuntiva 3<sup>a</sup> della Legge del 11 novembre 1987, in materia di adozione; gli artt. 8.2 e 9.3 della Legge del 22 novembre 1988, sulle tecniche di riproduzione assistita (la cui redazione conserva la normativa vigente).

cosiddetto “matrimonio a prova”); sono formate per la maggior parte da giovani celibi e nubili che inaugurano in tal modo la loro convivenza e che, quando decidono di avere figli o acquistare un alloggio, hanno la tendenza a sposarsi. In linea di massima, per loro esiste il regime di comunione dei beni secondo gli articoli 42 e 43 del Codice Civile spagnolo<sup>9</sup>. D’altro lato, invece, esistono coloro che, pur potendosi sposare, non lo fanno perché, per una ragione o per l’altra, rifiutano il matrimonio: alcune non vogliono sposarsi per disprezzo nei confronti di ciò che è ufficiale o formale, perché non desiderano legarsi giuridicamente (il cosiddetto “matrimonio senza documenti”) o perché non vogliono perdere alcuni vantaggi (come, ad esempio, la pensione di reversibilità); altre non si sposano perché l’eventuale rottura sarebbe di più facile ed economica gestione. Coerentemente con queste motivazioni, ed in ragione della libertà – o del diritto – a non sposarsi, in teoria non dovrebbero esistere problemi con nessuno di questi casi, dato che il Diritto, appunto, dovrebbe restarne fuori, rispettando tale libertà.

Tuttavia, nella pratica sorgono alcuni problemi. A differenza della previsione legale autonoma, resta privo di una concreta regolamentazione statale uno dei punti più conflittuali, forse l’unico realmente tale: quello delle conseguenze – personali ed economiche – in caso di crisi o rottura della coppia non sposata. Ed è stata la giurisprudenza del Tribunale Supremo spagnolo

---

<sup>9</sup> *Articolo 42: “La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. (...) No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento” [La promessa di matrimonio non comporta l’obbligo di contrarlo né di compiere ciò che sarebbe stipulato in caso di non celebrazione. (...) Non si ammetterà alla procedura la richiesta nella quale si pretende il suo compimento]. E l’articolo 43: “El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. (...) Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio” [L’incompimento senza causa della promessa seria di matrimonio fatta da una persona maggiorenne o da un minore emancipato comporterà solamente l’obbligo di risarcire l’altra parte delle spese sostenute e gli obblighi contratti in considerazione del matrimonio promesso. (...) Questa azione scadrà dopo un anno dal giorno della negazione di celebrare il matrimonio].*

che, svolgendo il suo ineludibile dovere, ha risolto la questione, pur mantenendo fino a tempi recenti criteri diversi. Senza voler prolungarsi sull'esposizione critica di queste decisioni giurisprudenziali, la cosa più sorprendente, perché deprecabile nel merito (più che nella giustizia della sua soluzione), è che alcune sentenze abbiano risolto tale problema tramite l'applicazione per analogia – *legis* o *iuris* – delle norme sul matrimonio alle coppie non sposate. In tal modo, la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 27 marzo 2001 applicò il regime economico matrimoniale di separazione dei beni, applicando concretamente, per analogia *legis*, la compensazione del lavoro domestico dell'art. 1438 CC *in fine*<sup>10</sup>. Molte leggi autonome sembrano fare lo stesso. La Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 16 dicembre 1996, d'altra parte, dopo aver negato l'analogia con i regimi matrimoniali, applicherà invece, per analogia *legis*, l'art. 96.3 CC sull'alloggio familiare<sup>11</sup>. D'altro canto, le Sentenze del Tribunale Supremo spagnolo del 5 luglio 2001 e del 16 luglio 2002 applicheranno, anche in questi casi per analogia *legis*, l'art. 97 CC sulla pensione compensatoria prevista in caso di separazione o divorzio coniugale<sup>12</sup>. Anche molte leggi autonome sulle coppie di fatto prevedono una

---

<sup>10</sup> Articolo 1438: *“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”* [I coniugi contribuiranno all'assunzione degli oneri del matrimonio. In mancanza di un accordo, lo faranno proporzionalmente alle rispettive risorse economiche. Il lavoro dedicato alla casa sarà calcolato come contributo agli oneri e darà il diritto di ottenere una compensazione che segnerà il Giudice, in mancanza di accordo, una volta estinto il regime di separazione].

<sup>11</sup> Il quale dice: *“No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”* [In mancanza di figli, si potrà accordare che tali beni, per un tempo fissato prudentemente, spetti al coniuge non titolare, sempre quando, rispettate le circostanze, sia consigliabile e il suo interesse si a quello più bisognoso di protezione].

<sup>12</sup> Articolo 97 CC spagnolo: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio,*

situazione simile definendola “*pensione periodica*”. Infine, le Sentenze del Tribunale Supremo spagnolo del 10 marzo 1998 e quella già citata del 27 marzo 2001, in base ai comma 1 e 4 dell’art. 1 CC, stabiliranno una compensazione economica a favore di uno dei conviventi separati, applicando il principio generale del Diritto “*di protezione del convivente ingiustamente danneggiato dalla situazione di fatto*”, estratto, per analogia *iuris*, dai principi costituzionali di dignità (art. 10 della Costituzione Spagnola), di uguaglianza (art. 14) e di protezione della famiglia (art. 39), fino agli artt. 96 CC e 16.1.b) della LAU del 1994<sup>13</sup>.

---

*tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. (...) A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. (...) En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad” [Il coniuge per il quale la separazione o il divorzio supone un disequilibrio economico rispetto alla posizione dell’altro, o che causi un peggioramento della sua situazione precedente nel matrimonio, avrà diritto a una compensazione che potrà consistere in una pensione provvisoria o per un periodo indefinito, o in una prestazione unica, secondo quanto sia determinato da un accordo regolatore o dalla sentenza. (...) In mancanza di un accordo tra i coniugi, il Giudice determinerà, nella sentenza, l’importo tenendo in considerazione le seguenti circostanze: 1.ª Gli accordi ai quali sono giunti i coniugi. 2.ª L’età e lo stato di salute. 3.ª La qualifica professionale e le possibilità di accesso a un impiego. 4.ª La dedizione passata e futura alla famiglia. 5.ª La collaborazione con il lavoro alle attività commerciali, industriali o professionali dell’altro coniuge. 6.ª La durata del matrimonio e della convivenza coniugale. 7.ª L’eventuale perdita di un diritto alla pensione. 8.ª Il patrimonio e le risorse economiche e le necessità dei due coniugi. 9.ª Qualsiasi altra circostanza rilevante. (...) Nella risoluzione giudiziale si fisseranno le basi per aggiornare la pensione e le garanzie per renderla efficace].*

<sup>13</sup> E della giurisprudenza costituzionale – anteriormente citata in nota – che applicava l’art. 58.1 della precedente LAU (1964) al convivente *more uxorio*.

Di fronte a questo panorama giurisprudenziale, le questioni aperte erano molte: c'è forse una somiglianza tra il matrimonio e le coppie non sposate che giustifichi l'applicazione a queste ultime delle norme che regolano espressamente e solamente le unioni matrimoniali? Esiste la *eadem ratio* ed, eventualmente, un'autentica lacuna giuridica che giustifichi tale presunta analogia come richiesto dall'art. 4.1 del CC spagnolo<sup>14</sup>, o che obblighi la ricerca di nuovi principi generali del Diritto in base all'art. 1.4 CC<sup>15</sup>? Tranne tale posizione giurisprudenziale e alcune opinioni isolate nella dottrina, già da tempo l'unanimità pratica della dottrina e della giurisprudenza spagnole, tanto del suo Tribunale Supremo quanto del Tribunale Costituzionale, nega tale analogia tra il matrimonio e le unioni di fatto e, pertanto, che queste debbano equipararsi nei rispettivi effetti<sup>16</sup>.

Sicuramente la differenza non consiste più nella legittimità del matrimonio rispetto all'illegittimità delle coppie non sposate per la loro immoralità, come si diceva prima della Costituzione spagnola (del 1978)<sup>17</sup>. Oggi, il matrimonio non è l'unica via le-

---

<sup>14</sup> *Articolo 4: "1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón" [1. Varrà l'applicazione analogica delle norme quando queste non contemplano una fattispecie, ma ne regolano una simile con la quale esista un'identità di ragione].*

<sup>15</sup> *Il quale, ricordiamo, dispone: "Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico" [I principi generali del diritto si applicheranno in mancanza di legge o uso, senza danneggiare il carattere informativo dell'ordinamento giuridico].*

<sup>16</sup> Nell'ambito della giurisprudenza costituzionale possiamo citare, come pioniere, per quasi tutto ciò che si dirà in seguito, le Sentenze del Tribunale Costituzionale spagnolo del 15 novembre 1990, le diverse del 14 febbraio 1991, o quelle dell'11 dicembre 1992, 18 gennaio e 8 febbraio 1993, e del 15 febbraio 2001. Nel Tribunale Supremo spagnolo si possono citare, tra moltissime altre, le Sentenze del 18 maggio 1992, del 21 ottobre 1992, del 18 febbraio e del 22 luglio, entrambe del 1993; quelle del 27 maggio e 24 novembre, le due del 1994, del 4 giugno 1998,... E altre che hanno fissato una dottrina unificatrice più recentemente (alle quali accenneremo più avanti, come corollario del presente paragrafo).

<sup>17</sup> Nella giurisprudenza precostituzionale, al di là della considerazione che tali unioni erano di per sé illecite, ex art. 1255 CC, poiché contrarie alla Mo-

gale per la convivenza e la procreazione. Poiché in Spagna ogni forma di filiazione (matrimoniale, extramatrimoniale e adottiva) è equiparata e sia l'adozione e sia la procreazione assistita sono permesse nei matrimoni e nelle unioni di fatto, il Tribunale Costituzionale spagnolo afferma che la possibilità di fondare un'unione extramatrimoniale, in quanto possibile comunione di vita diversa dal matrimonio, costituisce un'espressione della dignità umana e del libero sviluppo della personalità (art. 10 della Costituzione) e anche una manifestazione della libertà in generale (art. 16) e, in particolare, del diritto – o della libertà – di non sposarsi che, quale parte integrante dello *ius connubi* nel suo pieno significato, consacra l'art. 32.1 della Costituzione Spagnola interpretato a *sensu contrario*<sup>18</sup>. È vero che l'art. 32 della Costituzione Spagnola si riferisce alla famiglia fondata sul matrimonio. Ma non è l'unica. Separato, non casualmente, da questa norma, l'art. 39 fa riferimento a una famiglia più ampia con riguardo, per esempio, alle madri, indipendentemente dal loro stato civile, ai figli avuti fuori dal matrimonio, che devono essere equiparati ai figli avuti all'interno del matrimonio, quanto a diritti e doveri. E al di là del testo, esistono anche altri vincoli familiari neppure menzionati dalla Costituzione, come l'affinità, la parentela, etc. Tuttavia sarebbe legittima, oggi, la possibilità di una famiglia extramatrimoniale. Ed è qui, secondo il Tribunale Costituzionale spagnolo, che si inquadrano le coppie non sposate, come fondamento di una famiglia extramatrimoniale. Il diritto spagnolo, insomma, può "familiarizzare" le unioni di fatto come percorso alternativo – di coabitazione e procreazione, se si vuole – al matrimonio; ma deve "matrimonializzarle" e basta e questo significa equiparare tali unioni al matrimonio?

---

rale e all'Ordine pubblico, anche i patti accordati al loro interno si consideravano nulli, per la stessa ragione, in quanto illeciti nella loro causa ex art. 1275 CC (così, tra le altre, le Sentenze del Tribunale Supremo spagnolo del 16 ottobre 1906, 8 marzo 1918 e 2 aprile 1941).

<sup>18</sup> L'articolo 32 comma primo della Costituzione Spagnola, dispone: "L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio con piena uguaglianza giuridica". E aggiunge il secondo comma: "La legge regolerà le forme del matrimonio, l'età e la capacità per contrarlo, i diritti e doveri dei coniugi, le cause di separazione, di scioglimento e i suoi effetti".

No, è la risposta dello stesso Tribunale Costituzionale, poiché il matrimonio e le coppie di fatto non sono unioni identiche e neppure equivalenti. È la considerazione della famiglia, come comunione di vita, l'unica cosa che identifica il matrimonio con le coppie non sposate; tutte le altre sono differenze.

In primo luogo, il matrimonio è un'istituzione costituzionale, e lo *ius connubi* è un diritto – una libertà – costituzionale, entrambe riconosciute espressamente nella Costituzione spagnola (nell'art. 32.1). Infatti, a tale riguardo, si consacra un principio di riserva di legge; solamente per legge si può, e si deve, regolamentare il matrimonio (questo dice lo stesso art. 32, ora nel suo comma 2)<sup>19</sup>. Niente di questo accade con le coppie non sposate, poiché sebbene esprimano la libertà di non sposarsi (letto l'art. 32.1 *a contrario*), e siano tutelate genericamente dagli artt. 10, 16 e 39 CE, non esiste per loro un riconoscimento costituzionale esplicito, né un principio di riserva di legge che obblighi a regolarle. Pertanto, legiferare su questi temi o meno, è questione di politica legislativa. Ne deriva anche il rischio – come dice la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 30 dicembre 1994 – che si giunga a creare una regolamentazione completa per le coppie di fatto, per via giurisprudenziale.

E la seconda grande differenza: il matrimonio si caratterizza per la propria formalità e solennità – che devono essere regolate dalla legge –, per la soggezione a tutta una serie di requisiti, richiesti non solamente per la sua costituzione, ma anche per i casi di crisi, soprattutto, per lo scioglimento per divorzio (cfr. artt. 49 ss., e 81 ss. CC). Questa formalità genera *ope legis* – o estingue, in caso di divorzio – uno statuto giuridico, una serie di diritti e doveri – personali ed economici – che i coniugi – in uguaglianza – contraggono – o perdono, in caso di scioglimento – tra loro, in forma reciproca e imperativa (cfr. tra altri, gli artt. 66 a 70, 90 a 106 e 1315 a 1324 CC). Niente di questo accade di per sé con le coppie non sposate. Ne deriva la denominazione a loro attribuita: come unioni di fatto, coppie libere o matrimoni senza docu-

---

<sup>19</sup> L'articolo 32 comma primo della Costituzione Spagnola, dispone: “L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio con piena uguaglianza giuridica”. E aggiunge il secondo comma: “La legge regolerà le forme del matrimonio, l'età e la capacità per contrarlo, i diritti e doveri dei coniugi, le cause di separazione, di scioglimento e i suoi effetti”.

menti. Tanto la loro creazione quanto la loro possibile rottura sono caratterizzate dalla libertà e informalità. Certamente esse sono caratterizzate da un impegno di comunione di vita piena e stabile; tuttavia questo impegno è al massimo morale o naturale, ma né contrattuale né vincolante giuridicamente. Tale impegno non genera *natura sua* uno statuto giuridico-civile simile a quello del matrimonio; non impone di per sé diritti e doveri, né personali, né economici, per i conviventi di fatto, a meno che questi li prevedano, solamente nell'aspetto economico, naturalmente. Sicuramente non risulta accettabile che le coppie di fatto possano accordarsi sugli aspetti personali (e che gli artt. 66 ss. del CC spagnolo riferiscono al matrimonio)<sup>20</sup>, anche se questi si generano solo come doveri giuridici, per imperativo legale e in base all'art. 32.2 della Costituzione spagnola, tramite il contratto del matrimonio. Inoltre, tali accordi sarebbero nulli perché contrari agli artt. 1271 e 1275 CC (sull'oggetto e la causa dei contratti, rispettivamente)<sup>21</sup>, e anche perché incostituzionali – immorali – dato che colpiscono l'indisponibilità dei diritti fondamentali della persona (dignità, intimità, libertà, ...). Come già disse in Spagna il grande maestro Lacruz Berdejo (in *Convivencia "more uxorio". Estipulaciones y presunciones*, in Centenario CC, Tomo I, Madrid, 1990, p. 1068): "I conviventi non possono determinare con efficacia giuridica il proprio statuto, poiché non è possibile nel matrimonio. I sostenitori più agguerriti dell'unione libera si rifiutano di prendere in considerazione questa inevitabile verità: se nel matrimonio i doveri di fedeltà, aiuto e sostegno imposti dalla legge si sono sottratti al patto, ancora meno potrebbero essere stabiliti al di fuori di esso; pertanto tali doveri, che non possono essere costituiti volontariamente, non possono avere efficacia giuridica nell'unione libera". Si pronuncia in tal modo anche la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo dell'8 marzo 1998, che dichiarò nullo un contratto di unione libera per l'illegittimità – immoralità

---

<sup>20</sup> Art. 66 CC: "I coniugi hanno gli stessi diritti ed i medesimi doveri". Art. 67: "I coniugi devono rispettarci e aiutarci vicendevolmente, agendo nell'interesse della famiglia". E art. 68 CC: "I coniugi sono obbligati a vivere insieme, restare fedeli l'uno all'altro e prestarsi reciproca assistenza. Dovranno, inoltre, condividere le responsabilità domestiche e la cura e l'attenzione degli ascendenti e dei discendenti e delle altre persone che da loro dipendano e che siano a loro carico".

(artt. 1255 e 1275 CC) – della sua causa, poiché in esso era stata stabilita la prestazione di una pensione periodica in cambio di prestazioni sessuali, altrettanto periodiche. Il sesso potrebbe essere il motivo oggettivo, ma mai la causa – e neppure il motivo elevato a causa – di un contratto. Inoltre, come avvertì Emmanuel Kant (nei suoi *Principios metafísicos del Derecho*), il concubinato di una persona, come presunto contratto di affitto, momentaneo o duraturo, (*pactum fornicationis*, *pactum torpe* o *locatio-conductio*), sarebbe in ogni caso incoercibile se incompiuto e dissolubile liberamente.

Invece, è molto comune nelle leggi autonome che si conceda ai conviventi la libertà di regolare la convivenza e la sua possibile interruzione, imponendo, solamente talvolta, come limiti, la legge e il rispetto dei diritti fondamentali dei coniugi (soprattutto, la loro uguaglianza e intimità) e dei minori. Solamente alcune leggi impediscono il patto riguardo agli aspetti personali della convivenza, alcune volte in termini assoluti (come accade nella Comunità di Valencia o di Madrid), altre volte quando tale aspetto è contenuto esclusivo dell'accordo (come avviene nelle Canarie o in Estremadura). In mancanza di un patto, non vi è nulla in tali leggi autonome che regoli l'aspetto personale; solamente l'aspetto economico della coppia di fatto viene disciplinato, per supporre – *iuris tantum* o *iuris et de iure*, secondo ogni legge – una specie di regime di separazione dei beni – di comunione di beni, secondo la legge basca – sottoposto ai doveri di versare alimenti e di contribuire all'alleggerimento delle cariche familiari, imponendo a tale riguardo una responsabilità "solidale" (congiunta) ed esigendo, talvolta, anche la gestione congiunta dell'alloggio comune.

---

<sup>21</sup> *Articolo 1271: "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras... Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres" [Possono essere oggetto di contratto tutte le cose che restano al di fuori del commercio di uomini, comprese quelle future... Possono essere altresì oggetto di contratto tutti i servizi che non siano contrari alle leggi e al buoncostume]. E l'articolo 1275: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral" [I contratti senza causa o con causa illecita non producono alcun effetto. È illecita la causa quando questa si oppone alle leggi o alla morale].*

Dal punto di vista strettamente economico, al di fuori delle leggi autonome menzionate, le possibilità che offre il Diritto statale spagnolo a tutela del principio di autonomia privata (sancito dall'art. 1255 CC spagnolo)<sup>22</sup>, sono molte; più come qualcosa di aggiunto, addizionale, non innato nell'unione. Di questo avverte il nostro Tribunale Supremo, segnalando espressamente alcune possibilità: una possibilità per i conviventi di fatto è quella di sottomettersi al regime di società universale degli art. 1665 e 1675 del CC spagnolo<sup>23</sup> (al quale fa riferimento esplicito la legge andalusa sulle coppie di fatto); e questo, benchè i beni siano a nome di un solo membro della coppia, poiché in tal caso la titolarità sarà considerata fiduciaria. Un'altra alternativa è concordare l'applicazione del regime di coproprietà (artt. 392 ss. CC); in particolare, questa è la soluzione suggerita quasi all'unanimità dalla dottrina (dallo stesso Lacruz fino a Estrada Alonso, che consiglia persino la sua presunzione giudiziale *iuris tantum*), essendo difficile che nelle coppie non sposate si verifichi la *affectio societatis* – comparabile forse con la *affectio maritalis*? – e il contributo di beni e servizi con animo di lucro propri di qualsiasi società, quando normalmente nelle unioni di fatto esiste un'economia domestica e di consumo. Infine, come compendio delle due formule precedenti – secondo quanto stabi-

---

<sup>22</sup> Artículo 1255: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” [I contraenti possono stabilire gli accordi, le clausole e le condizioni che considerino conveniente, sempre che questi non siano contrari alle leggi, alla morale e all'ordine pubblico].

<sup>23</sup> Artículo 1665: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias” [La società è un contratto tramite il quale due o più persone si obbligano a mettere in comune denaro, beni o industria, con lo scopo di condividere i guadagni]. E l'articolo 1675: “La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad. (...) Los bienes muebles o inmuebles que cada socio posee al tiempo de la celebración del contrato, continúan siendo de dominio particular, pasando sólo a la sociedad el usufructo” [La società universale dei guadagni comprende tutto ciò che i soci acquistano tramite la loro industria e durante la durata della società (...) I beni mobili e immobili posseduti da ogni socio al momento della celebrazione del contratto continuano ad essere di dominio particolare, e alla società ne passa solamente l'usufrutto].

lito dalla Sentenza del Tribunal Supremo spagnolo del 18 marzo 1995 –, si potrebbe anche accordare il regime di società irregolare universale dell'art. 1669 del Codice Civile spagnolo<sup>24</sup>. Inoltre non è necessario che l'accordo, indipendentemente dal suo contenuto, sia esplicito; basta che sia tacito, sempre e quando sia dedotto dai *facta concludentia*, da fatti concludenti e inequivoci (per esempio, tramite la presentazione di guadagni o lavoro con benefici per il patrimonio comune, la cointestazione di conti bancari, etc.).

Orbene, ci si domanda quindi se sia opportuno accettare l'applicazione di un regime legale economico matrimoniale (di comunione dei beni, di separazione, etc.)? La Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 18 maggio 1992 sembra alludere a tale possibilità, sebbene in *obiter dictum*, e alcuni autori sembrano ammetterlo (come Torres Lana). Tuttavia, la *communis opinio* nega tale convenzione in quanto contraria all'Ordine Pubblico (art. 1255 CC), poiché, a parte la mancanza di analogia tra il matrimonio e le coppie non sposate, se i conviventi rifiutarono il vincolo matrimoniale è perché rifiutarono altresì il suo regime economico. Ammettere tale patto fuori dal matrimonio sarebbe come sposarsi a metà, dal punto di vista economico, rinunciando ai diritti e ai doveri personali imposti dal matrimonio (senza consentire, pertanto, la rinuncia, né un'altra forma di disponibilità).

Come ultima differenza rilevante tra le due diverse unioni, in quella extramatrimoniale la dissoluzione o la rottura della coppia è possibile in qualsiasi momento senza che sia necessaria alcuna formalità, per mutuo accordo o persino per volontà unilaterale – mediante l'abbandono – di uno dei conviventi, senza che questo debba generare conseguenze giuridiche. Nel matrimonio invece, al di là della possibile separazione di fatto (ammessa in

---

<sup>24</sup> Artículo 1669: “No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. (...) Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes” [Non avranno personalità giuridica le società i cui accordi siano mantenuti segreti tra i soci e in cui ciascuno di essi contratti il proprio nome con terzi. (...) Questo tipo di società si fonderà sulle disposizioni relative alla comunità di beni].

Spagna)<sup>25</sup>, la separazione legale e, in ogni caso, il divorzio, sebbene sia stato molto “semplificato” in seguito alla riforma del 2005, resta soggetto a un controllo e ad alcune formalità (giudiziali e di registro), che rispondono a esigenze di sicurezza giuridica e di ordine pubblico, precisamente per la rilevanza giuridica che tali atti, come quello antagonistico delle nozze, hanno nei confronti di terzi.

È pur vero che talvolta la rottura di una coppia di fatto può generare un disequilibrio economico per uno dei conviventi. Ciononostante, per offrire una soluzione giusta a tale situazione non è necessario ricorrere alle norme che regolano il matrimonio. Da queste norme (come sono gli artt. 97, 1438 CC, ... visti precedentemente) si può estrarre un principio generale di diritto, già consolidato da secoli e che oggi si trae all’applicazione generale dall’art. 1901 del CC spagnolo, senza la necessità di crearlo *ex novo* (come il presunto principio di protezione del convivente più danneggiato): il principio di ingiusto arricchimento, senza causa o per causa illecita. Non si giunge dunque alla stessa soluzione – giusta – ma per la retta via (diritta o giusta)? Non invano sono sempre più numerose le Sentenze del Tribunale Supremo spagnolo che applicano la dottrina sull’arricchimento senza causa per risolvere casi di rottura delle coppie di fatto, nei quali si rende necessario compensare o risarcire il convivente di fatto che, dopo la separazione, soffre un danno economico, assegnandogli un indennizzo per il servizio, il lavoro o il denaro che gratuitamente – o in minor misura rispetto a quello retribuito – ha prestato – o sacrificato per non averlo ottenuto – durante la convivenza nel lavoro dell’altro convivente, nell’alloggio (nei lavori domestici) oppure nella cura dei figli di entrambi o di uno dei conviventi. Questo è quanto ha sostenuto ultimamente la nostra giurisprudenza, in Sentenze come quelle del 17 gennaio e 17 giugno, entrambe del 2003 che, precisa-

---

<sup>25</sup> In materia di separazione, esiste una importante differenza tra il divorzio spagnolo e quello italiano: il Codice italiano regola esclusivamente la separazione legale (giudiziale o consensuale), ma non riconosce effetti giuridici alla separazione di fatto. La legge spagnola, già dal 1981, ammette tanto la separazione legale quanto quella di fatto. Anzi, nella prassi, la separazione giudiziale appare come residuale, dal momento che la separazione di fatto è meno onerosa, oltre che essere più privata e più facile.

mente per l'applicazione del – presunto – principio generale di protezione del convivente economicamente danneggiato, ricorrono alla dottrina dell'arricchimento ingiusto. Come riassuntiva di tale giurisprudenza, risulta imprescindibile la lettura della Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo, approvata all'unanimità (anche se con voti particolari), del 12 settembre 2005. Infatti, è quanto previsto da quasi tutte le leggi autonome che la definiscono “*compensazione economica per arricchimento ingiusto*”, seppure accumulabile alla “*pensione periodica*” prima menzionata. Solamente le leggi andalusa ed estremegna, a ragion veduta, fanno riferimento all'arricchimento ingiusto<sup>26</sup>.

Considerate tutte le differenze – indicate – che esistono tra il matrimonio e le coppie non sposate, la giurisprudenza spagnola concluderà che non deve esistere un uguale trattamento tra essi. Ciò è imposto da ragioni di giustizia, di uguaglianza proporzionale (imposte dall'art. 14 della Costituzione spagnola), poiché, trattandosi di situazioni differenti, devono essere trattate in modo differente. Non solo. Essendo il matrimonio consacrato costituzionalmente (dall'art. 32 della nostra Costituzione), il Tribunale Costituzionale spagnolo sostiene che il suo trattamento debba essere più favorevole e benefico, più protezionista rispetto a quello riservato alle coppie non sposate, e ciò, in un senso buono, dimostra che, sebbene la Costituzione permetta indirettamente, interpretando ampiamente i suoi artt. 32 e 39, unioni di persone non sposate come familiari, non le auspica. Ciò, ovviamente, non significa che tali modalità di convivenza *more uxorio* debbano essere disapprovate, proibite o perseguibili, né che la maggiore protezione elargita alle unioni matrimoniali sia

---

<sup>26</sup> E nella dottrina, tra molti altri, condividono questo parere da tempo R. BERCOVITZ (*Las parejas de hecho*, in Aranzadi Civil, 1993, pp. 1823-1837), e G. SÁNCHEZ (tra i suoi molteplici lavori: *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?*, in RJN, 1999), per i quali tale principio di arricchimento ingiusto dovrà essere rispettato nel caso in cui i conviventi giungano a un accordo – previo o contemporaneo – in occasione della rottura. Tuttavia, per la necessaria coesistenza di tutti i requisiti propri dell'arricchimento ingiusto, c'è chi solleva obiezioni a questa soluzione (come, per esempio, ); ma ogni obiezione è superabile, giacché ognuna dimostra solamente che l'arricchimento ingiusto non si applicherà sempre ai casi di rottura delle coppie non sposate. Sarà possibile o no a seconda delle circostanze dei singoli casi.

capricciosa o arbitraria. Lo impediscono gli artt. 10 e 39 della Costituzione, considerato che la repressione delle coppie non sposate o una smisurata protezione di quelle sposate andrebbe contro alla dignità e al libero sviluppo della personalità e contro la libertà di fondare una famiglia all'interno o fuori dal matrimonio.

Non solamente ragioni di giustizia impongono questa disuguaglianza di trattamento non discriminante. Lo consigliano anche ragioni costituzionali di sicurezza giuridica. Trattandosi di unioni di fatto, che non si sottomettono ad alcuna formalità, né a forme di pubblicità sicure e certe, né per la loro costituzione né per il loro scioglimento, com'è quindi possibile paragonarle al matrimonio nei loro effetti riguardo a terzi, se questi non hanno un mezzo affidabile per conoscerle? Si tratterebbe di un attentato contro il principio di sicurezza giuridica. Non godono di rigorosa pubblicità neppure quelle coppie che accedono ai Registri di Coppie di fatto stabiliti in tutte le leggi autonome. Essi sono registri pubblici, ma più amministrativi che civili, senza alcun effetto di validità né efficacia o inopponibilità nei confronti di terzi, o di privati – ma solo nei confronti dell'Amministrazione pubblica autonoma o municipale –. Sono, se così si può dire, il "catasto" delle coppie di fatto. È quanto affermato recentemente dal Tribunale Costituzionale nella sua Sentenza 81/2013, dell'11 aprile, dichiarando solo parzialmente incostituzionale la Legge madrilenica sulle coppie di fatto, mantenendo valida la sua regolamentazione sul Registro delle coppie di fatto, il quale è un registro meramente amministrativo.

Infine, come conclude anche il Tribunale Costituzionale spagnolo, l'equiparazione tra matrimonio e unione libera andrebbe anche contro la stessa libertà in generale e, in concreto, contro la libertà di sposarsi o no (art. 32.1 CE), in quanto espressione del libero sviluppo della personalità. Perché vincolare – sposare – tramite la legge (autonomica) o attraverso il giudice coloro che, pur potendosi sposare per propria volontà, non vollero sposarsi? Perché limitare la libertà riconosciuta dalla stessa Costituzione? Secondo le parole del maestro Lacruz (p. 1063), "si istituzionalizzerebbe ciò che, di per sé, non costituisce un'istituzione". O come diceva il maestro sivigliano Jordano Barea (in *"Matrimonio y unión libre"*, in *Actualidad Civil*, 1999, p. 190),

“occorre rispettare questa quasi-alienità al Diritto che alcuni desiderano legittimamente”.

In definitiva, non solo è necessaria la *eadem ratio* tra matrimonio e unione di fatto, ma non esiste neppure, in principio, una lacuna legale da integrare o colmare nelle coppie non sposate. In Spagna non esiste alcuna ragione perché una Legge in materia di coppie di fatto sia statale o autonoma. Farla sarebbe contraddittorio, tanto quanto il fatto che i conviventi *more uxorio*, pur potendo, non si siano sposati, ma in seguito reclamino – senza legittimità – i diritti e i vantaggi propri del matrimonio. Se li vogliono, che si sposino con tutte le conseguenze, come dice Giordano, “para las duras y las maduras”, vale a dire nel bene (i diritti) e nel male (i doveri). Oppure, come afferma González Porrás (in “*El matrimonio y la familia en la sociedad actual*”, in RDP, 2003, p. 163): “È troppo, credo, poiché da una parte rifiutano con tutta la loro forza che il Diritto entri nelle loro vite e lo considerano come un’invasione illegittima e non costituzionale che limita la loro libertà individuale e li differenzia. Però, d’altra parte, esigono dal Governo che la loro unione abbia rilevanza giuridica e chiedono la protezione dello Stato e delle sue leggi; chiedono la stessa cosa che rifiutano”. Non si può, dunque, ammettere un matrimonio su misura o *ad gustum*. Come pare che abbia detto Napoleone nel *Code*: “*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux*”.

Tra tutte le ragioni esaminate, di giustizia, uguaglianza, sicurezza e libertà, che impediscono l’equiparazione tra matrimonio e coppia non sposata, non possiamo non ricordare due leggi approvate in Spagna nell’estate del 2005, una che ammette il matrimonio “omosessuale”, e l’altra che riforma il divorzio per decausalizzarlo (o piuttosto per basarlo genericamente sulla *desaffectio maritalis*); dunque così stanno le cose: se la metà delle coppie di fatto residenti in Spagna dagli anni Ottanta non si sono sposate per rendere più facile ed economica la rottura, e oggi la nuova legge sul divorzio, del 2005, la rende più facile eliminando alcuni ostacoli precedentemente esistenti, perché dunque dover elaborare ora una legge sulle coppie di fatto? Non dimentichiamo che nella Francia del XIX secolo proliferò nel proletariato ciò che Carbonnier chiamò il “concubinato di miseria” e che, per evitare la scomparsa del matrimonio in quella

classe sociale, fu reintrodotta con successo il divorzio con la Legge Naquet, i cui principi perdureranno fino alla riforma del 1975. D'altro canto, l'altro grande gruppo di coppie di fatto, formate da omosessuali (e, in quantità minore, da transessuali), esistevano proprio perché non potevano sposarsi, mentre ora possono farlo (costituendo nel 2010, secondo l'Istituto Nazionale di Statistica, il 2,5% dei matrimoni celebrati quell'anno, dopo il "boom" del 2005). Perché, dunque, pretendere l'equiparazione delle coppie sposate con quelle non sposate? Sebbene in *obiter dictum*, la famosa e decisamente opportuna Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 12 settembre 2005, che consolida la differenza radicale tra matrimonio e coppie non sposate, e difende l'applicazione del principio di arricchimento senza causa per i casi di rottura di tali coppie, nel suo 3° motivo in diritto afferma: *"Non solo, oggigiorno, con l'esistenza giuridica del matrimonio omosessuale e del divorzio unilaterale, si può proclamare che l'unione di fatto è costituita da persone che non vogliono, in assoluto, contrarre matrimonio con le relative conseguenze".* E prosegue *"Per questo occorre evitare l'applicazione per "analogia legis" delle norme proprie del matrimonio come gli artt. 97, 96 e 98 CC, poiché tale applicazione comporta inevitabilmente una penalizzazione della libera rottura della coppia e più specialmente una penalizzazione nei confronti del membro dell'unione che non ne desidera più la prosecuzione. È difficile immaginare qualcosa di più paradossale dell'imposizione di una compensazione economica per la rottura imposta proprio a chi non volle mai avvalersi del regime giuridico previsto da tale compensazione in caso di rottura del matrimonio per separazione o divorzio".* A questa sentenza ne sono seguite altre, specialmente quelle del 22 febbraio 2006, 19 ottobre 2006, 27 marzo 2008 o del 6 ottobre 2011, nella quale si concluderà dichiarando: *"D'accordo con ciò, questa Sezione ha abbandonato alcune posizioni che la citata Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo 611/2005 definisce "dissimili", per avvalersi della inapplicabilità per analogia alle coppie non sposate delle norme regolatrici degli effetti del matrimonio e del divorzio".*

Come unica comunione di vita – costituzionale e legale –, dunque, solo quella matrimoniale deve restare ammissibile. Per quelle non matrimoniali, nell'ambito del Diritto comune reste-

ranno quelle poche norme che le prevedono espressamente, la libertà di accordo tra i membri della coppia (con i limiti anteriormente indicati) e dunque la possibile applicazione delle norme corrispondenti alla relazione contrattuale pattuita (co-proprietà, società, ...) oppure quelle comuni quando sono conformi, persino in caso di rottura, come nel caso dell'art. 1901 CC, in caso di arricchimento ingiusto, oppure il 1902 CC, in caso di indennizzo per danni. Che accade, dunque, all'immobile che fino al momento della rottura era l'alloggio familiare, luogo di convivenza della coppia?

3. *In particolare, l'inapplicabilità per analogia dell'art. 96 del CC spagnolo, sull'assegnazione dell'alloggio familiare, alle coppie di fatto, con o senza figli in comune.* – Poiché l'unione *more uxorio* costituisce una comunione familiare, seppure diversa da quella matrimoniale, indubbiamente l'immobile luogo della sua convivenza, nella quale tavolo, tetto e letto vengono condivisi, costituisce la casa e l'alloggio familiare (anche se non per questo devono essere applicate necessariamente per analogia le norme che regolamentano l'alloggio familiare matrimoniale, come accade, per esempio, secondo l'art. 1320 del CC spagnolo)<sup>27</sup>. Tuttavia, a chi spetterà l'uso dell'alloggio in questione quando questo non lo sarà più, in seguito a una rottura o a una separazione?

In accordo con quanto detto nel paragrafo precedente, *prima facie*, occorrerà rispondere negando anche qui l'esistenza di lacune normative e pertanto l'esistenza di un vero problema di rilevanza giuridica. Tuttavia potrebbe averla, se in caso di rottura si manifestasse il conflitto di occupazione, persino illegittima o forzata, qualora uno dei conviventi che faccia resistenza a libe-

---

<sup>27</sup> *Artículo 1320: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. (...) La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe" [Per disporre dei diritti sull'alloggio abituale e i mobili di uso ordinario della famiglia, sebbene tali diritti spetti a uno solo dei coniugi, sarà richiesto il consenso di entrambi o, in caso specifico, di autorizzazione giudiziaria (...) La manifestazione errónea o falsa sul carattere dell'alloggio non danneggerà l'acquirente di buona fede].*

rare l'immobile del quale l'altro ex-convivente chiedesse la liberazione, o se tra loro ci fosse una discendenza comune, oppure se oltre all'uso dell'alloggio fossero oggetto di discussione anche la cura e l'affidamento dei figli. Come segnalava poco tempo fa un avvocato spagnolo, Pérez Ureña<sup>28</sup>, nei casi menzionati la soluzione varierà, principalmente, in base al fatto se la coppia, ora in crisi, abbia o non abbia avuto una discendenza comune, soprattutto se i figli in comune siano ancora minorenni, incapaci, disabili o semplicemente dipendano economicamente dai loro genitori. Esaminiamone i dettagli.

4. *L'assegnazione dell'alloggio familiare in caso di coppia di fatto senza discendenza comune seppur dipendente: la grande verità di ipotesi possibili nel caso in cui si dia priorità al principio di autonomia della volontà. L'inapplicabilità, in ogni caso, dell'art. 96 III del c.c. spagnolo, esista o no previo accordo tra i conviventi.* – Una volta rotta l'unione tra coppia di fatto, l'immobile che fino a quel momento ne era stato abitazione familiare può essere assegnato per il suo uso a uno solo dei membri della coppia in molteplici forme, sebbene in nessuna di queste influisca solamente il fatto che sia esistita in precedenza una convivenza *more uxorio*. Tale convivenza non è un titolo giuridico legittimo che obbliga a questa o quella soluzione; essa dipenderà innanzitutto dall'esistenza a tale riguardo o no di un accordo, raggiunto prima o al momento della rottura, espresso o tacito (dedotto, in questo ultimo caso, da determinati comportamenti concludenti):

È dunque possibile, per esempio, che l'immobile nel quale abitava la coppia fosse di proprietà di entrambi i conviventi (o che questi condividessero la cointestazione in un altro diritto: usufrutto, abitazione, ...). In tal caso, verificandosi la rottura o la separazione della coppia, entrambi avrebbero – in misura uguale o no, a seconda della quota di ciascuno – diritto al godimento della proprietà comune, che potrebbe essere suddivisa in modo opportuno, come nel caso di qualsiasi comunione (per turni, spa-

---

<sup>28</sup> In "La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las "uniones de hecho" desde la praxis judicial. El art. 96 CC y el juicio verbal por precario en la nueva LEC", in Revista de Derecho de familia, nº 18, 2003, p. 56.

zi, ...) e con i problemi che tali accordi possono provocare normalmente, persino nel fatto della loro applicazione (visto che, com'è noto, *communium est mater discordiarum*). In caso di mancanza di accordo, o di decisione consensuale, restano le opzioni garantite dalla stessa legge a ciascun comproprietario per porre fine a tale comunione di beni: la possibilità di vendere ciascuno la propria quota, con la possibilità che l'altro eserciti il riscatto (art. 1522 CC), o la stessa azione di divisione (regolata dagli artt. 400 ss. del CC spagnolo). Se sull'alloggio si condivide un diritto di natura personale (es. in colocalazione), occorrerà rispettare l'accordo e, nel caso in cui questo non esista, il regime comune corrispondente (parziario, o solidale se così era stato accordato o deducibile dal contratto di locazione, ...). Tuttavia in nessun caso si potrà applicare l'art. 96 CC. Il principio giuridico a base di una possibile accordo amichevole, dovrebbe essere un altro o, nel caso specifico, contenziosa. Per questo, non riusciamo a comprendere che la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 10 marzo 1998 (prima commentata) assegnasse l'uso dell'alloggio con motivazione, ex art. 1.4 CC, in base a un presunto principio di protezione del convivente ingiustamente danneggiato dalla situazione di fatto, quando in tal caso, come descrive la stessa sentenza nel 3° Motivo di diritto, *“si verifica una convivenza «more uxorio», l'alloggio e il parcheggio furono acquistati per metà e «pro indiviso» (la differenza dei contributi economici dell'uno e dell'altro è stata reclamata e concessa nel processo in oggetto), la ricorrente Signora Esther L. contrae una grave malattia e conserva, in base all'accordo tra i conviventi (dichiarato nella Sentenza di istanza), l'uso di abitazione, mobili e parcheggio, in seguito alla rottura della convivenza”*. Se esisteva comproprietà sull'alloggio e accordo di assegnazione del suo diritto d'uso in seguito alla rottura, non si trattava semplicemente di rispettare l'accordo preso, applicando così – solamente – il principio già consolidato di autonomia della volontà?

*In recto*, in tal caso sarebbe stato opportuno discutere sul fatto se tale continuità nell'uso dell'abitazione comune fosse strettamente permessa o semplicemente permessa da parte dell'altro convivente (questo è il vero *punctum dolens* del quale ci occuperemo tra breve). Risulta più comprensibile il caso risolto dalla

Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 1 aprile 2011, con cui il suddetto Giudice, in applicazione dell'art. 96 CC, concede, essendovi nel caso di specie figli naturali in comune ed essendo l'alloggio della coppia in comproprietà, concede l'uso dell'abitazione al figlio e, per estensione, anche alla madre, essendone quest'ultima titolare del relativo mantenimento e affidamento (come si vedrà nel paragrafo seguente e ultimo).

Il vero problema si presenta, soprattutto tra i conviventi, quando prima della separazione l'intestazione dell'immobile, che fino al momento della rottura costituisce la casa della coppia, spetta a uno solo dei conviventi. Nell'ipotesi in questione, solamente se tale alloggio fosse oggetto di un contratto di locazione ad uso abitativo, l'altro convivente avrebbe qualche possibilità di surrogarsi nel contratto stesso, nel caso in cui si verificassero le circostanze previste dall'art. 12.4 della LAU<sup>29</sup> (applicabile solamente,

---

<sup>29</sup> *Artículo 12 Renuncia e scadenza in caso di matrimonio o convivencia del locatario: "1. Si el arrendatario manifestase su voluntad de no renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge. 2. A estos efectos, podrá el arrendador requerir al cónyuge del arrendatario para que manifieste su voluntad al respecto. (...) Efectuado el requerimiento, el arrendamiento se extinguirá si el cónyuge no contesta en un plazo de quince días a contar de aquél. El cónyuge deberá abonar la renta correspondiente hasta la extinción del contrato, si la misma no estuviera ya abonada. 3. Si el arrendatario abandonara la vivienda sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación, el arrendamiento podrá continuar en beneficio del cónyuge que conviviera con aquél siempre que en el plazo de un mes de dicho abandono, el arrendador reciba notificación escrita del cónyuge manifestando su voluntad de ser arrendatario. (...) Si el contrato se extinguiera por falta de notificación, el cónyuge quedará obligado al pago de la renta correspondiente a dicho mes. 4. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia" [1. Se il locatario manifesta la volontà di non rinnovare il contratto o di rinunciarvi, senza il consenso del coniuge che convive con il locatario menzionato, la locazione potrà continuare a beneficio di detto coniuge. 2. A tali effetti, il locatore potrà ricorrere al coniuge del locatario affinché questi manifesti la propria volontà al riguardo. (...) Una volta effettuata la rinuncia, la locazione si estinguerà se il coniuge non risponde in un termine di quindici giorni. Il coniuge dovrà versare l'affitto corrispondente fino all'estinzione del contratto, se questa non*

come si vedrà in seguito, se l'art. 96 CC non risulta prima direttamente applicabile per l'esistenza di una discendenza comune). Tuttavia, al di fuori di tale ipotesi, tutto dipenderà ancora una volta dall'accordo preso dagli ex-conviventi, o dall'accordo stabilito in precedenza, considerando che il contenuto di tale patto può essere il più vario: di affitto, di concessione di un diritto di uso e abitazione, di comodato in senso stretto. Tutto dipenderà, insi-stiamo, da ciò che si vuole, e soprattutto, da ciò che voglia il convivente titolare dell'abitazione, senza che il giudice, in un'eventuale causa, possa imporre a questi una determinata soluzione in base all' art. 96.III CC. Se in seguito alla rottura, resta danneggiato il convivente non titolare dell'immobile che era stato fino a quel momento alloggio della coppia, potrà disporre di altre soluzioni (come un indennizzo per danni ex art. 1902 CC, o, nel caso previsto, per arricchimento senza causa, ex art. 1901 CC, per aver provveduto, per metà o interamente, alle spese comuni o fiscali relative all'alloggio, ...); tuttavia, la soluzione non potrà mai essere basata sulle norme relative al matrimonio che di per sé non sono applicabili alle unioni di fatto. Forse per questo potrebbe risultare giusta, anche se erroneamente fondata in punto di diritto, la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 16 dicembre 1996, che applicò per analogia l'art. 96 CC nel caso di specie, concedendo così all'ex-partner (una donna) e ai suoi tre figli (avuti da un matrimonio precedente) l'uso dell'immobile che era di proprietà esclusiva dell'altro membro della coppia. In un certo modo, in quel caso concreto si trattava di indennizzare, o reintegrare, tutto il sacrificio economico sostenuto da questa donna con lo scopo di fondare la convivenza extramaritale in

---

*sarà stata ancora pagata. 3. Se il locatario abbandona l'alloggio senza manifestare espressamente la sua rinuncia o il non rinnovamento, la locazione potrà proseguire in beneficio del coniuge convivente sempre che, entro un mese da tale abbandono, il locatore riceva una notifica scritta del coniuge nella quale esprime la sua volontà di essere locatario. (...) Se il contratto si estingue per mancanza di notifica, il coniuge resterà obbligato al pagamento dell'affitto corrispondente al mese in questione. 4. Quanto disposto nei paragrafi precedenti sarà da applicare anche a favore della persona che ha convissuto con il locatario in maniera permanente in relazione di affetto analoga a quella di coniuge, indipendentemente dal suo orientamento sessuale, per almeno i due anni precedenti alla rinuncia o all'abbandono, a meno che non abbiano avuto prole comune, nel quale caso sarà sufficiente la semplice convivenza].*

questione: aveva lasciato la propria casa, affittata, e l'aveva subaffittata per trarne sostentamento per la famiglia, oltre ad aver lasciato il proprio lavoro; e, inoltre, tra i conviventi c'erano degli "sponsali", o promesse di matrimonio.

Non sarebbe opportuna neppure, a nostro avviso, l'applicazione dell'art. 96.III CC anche se se ne fosse accordata l'applicazione, perfino prima della crisi della coppia. Poiché, in tal caso, se uno dei conviventi, una volta verificatasi la rottura, non volesse rispettare l'applicazione previamente accordata, l'altro membro della ex-coppia non potrebbe richiedere al giudice l'applicazione "in natura" di quella norma, in quanto, fondamentalmente, ciò significherebbe applicare la norma di un regime, quello matrimoniale, che proprio sin dall'inizio era stato rifiutato dalla coppia (da ricordare a tale proposito quanto detto nel paragrafo II sulla negazione della possibilità che le unioni libere si sottopongano tramite accordi agli effetti, personali o economici, tipici ed esclusivi del matrimonio).

Questo, in un certo senso, pare sia quanto detto dalla Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 6 ottobre 2011, alla fine del suo 3° Motivo di diritto: *"Scartando l'applicazione per analogia delle norme sullo scioglimento del matrimonio, solamente se la legge specifica applicabile lo prevede, oppure è stato stabilito un accordo tra i conviventi, si applicherà la soluzione corrispondente stabilita. Nel Codice Civile non esistono norme che regolano la situazione in questione, pertanto è da escludere l'applicazione per analogia di quanto stabilito nell'art. 96 CC, che richiede il matrimonio, in quanto regola l'assegnazione del domicilio in seguito al divorzio. Di conseguenza, la ricorrente non può sostenere di avere il diritto a occupare l'alloggio, in quanto la sua situazione è diversa, in base alla giurisprudenza"*.

Il convivente non titolare dell'alloggio non avrebbe neppure diritto esigibile nei confronti dell'altro, se riteniamo che quest'ultimo, nell'esercizio del suo diritto, le ha concesso, essendo ancora vigente la convivenza, una sorta di comodato<sup>30</sup>. In tal

---

<sup>30</sup> Sebbene *El precario. Estudio teórico práctico*, Granada, 1997, p. 69, sembri partire dall'idea opposta, quella per cui intende, fino a prova contraria, la continuità del comodato, e solamente la precarietà se prima non c'era stato tale comodato.

caso, si tratta dell'applicazione dell' art. 1749 CC spagnolo, o dell'1750 CC<sup>31</sup>, una volta rotta l'unione, e dunque dissolta la convivenza, o almeno l'intenzione di convivere, si dovrebbe considerare terminata l'utilità del comodato, essendo questa sciolta da parte del comodante. Sia prima della rottura, sia soprattutto dopo, il convivente titolare dell'immobile si troverebbe in una chiara situazione precaria. Quel convivente presenterebbe i tratti – che sono gli indizi usuali – propri del precariato, non solamente quelli del caso di comodato menzionato, ma tutti i tratti propri della figura più generale di precario. È pur vero che nel Diritto spagnolo non esiste un concetto legale di tale istituzione, ma solo varie menzioni e riferimenti più o meno diretti ad essa (per esempio, nella *“Ley de Enjuiciamiento Civil”* [Legge di procedura civile] sullo sfratto per precario, nella LAU, riguardo al caso particolare di sfratto per mancato pagamento dell'affitto, o più genericamente nel Codice Civile spagnolo, nei suoi riferimenti al possesso tollerato e al comodato). Tuttavia è possibile l'elaborazione di una nozione generale, basata su tutta la suddetta normativa,; e anche a tale proposito, la giurisprudenza ha svolto un ruolo importante: da un lato, ha differenziato il precario dal suo predecessore romano (che si riferiva a qualsiasi uso – di possesso rigoroso – gratuito, gentilmente concesso dal proprietario e da costui liberamente revocabile secondo la sua volontà, al quale fa riferimento Ulpiano: *“Precarium is quod precibus pretendi utendum conceditur tamdiu is qui concessit patitur”*); e, d'altro lato, la giurisprudenza spagnola è riuscita a emanciparlo dalla sua affinità con il comodato, o dal pre-

---

<sup>31</sup> Artículo 1749: *“El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”* [Il comodante può reclamare la cosa prestata solamente una volta concluso l'uso per cui fu prestata. Tuttavia, se prima di questo termine il comodante ne avrà una necessità urgente, potrà reclamarne la restituzione]. Artículo 1750: *“Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. (...) En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario”* [Se non si stabilì né la durata del comodato né l'uso al quale era destinata la cosa prestata, e questo non risulta determinato dalla consuetudine del luogo, il comodante può reclamarla a sua volontà. (...) In caso di dubbio, la prova spetta al comodatario].

stito d'uso dell'art. 1750 CC, indefinito nella sua forma e nella sua durata e pertanto liberamente revocabile da parte del comodante<sup>32</sup>:

Dal punto di vista soggettivo, nel precarista non c'è una vera intenzione di possesso, né di appropriazione della cosa altrui che si possiede per semplice beneplacito del suo proprietario (nel nostro caso, per il beneplacito del convivente titolare dell'immobile). Come diceva García Goyena nel 1851, prima dell'approvazione del Codice civile spagnolo (del 1889), riferendosi in generale agli atti meramente tollerati: "né colui che ne è l'autore ha l'animo o l'intenzione di proprietario, né colui che li tollera o li autorizza pensa di liberarsi di tale diritto: insomma, non danno né sottraggono diritto". Si tratterebbe dunque di una questione soggettiva, volitiva, che dovrebbe essere osservata *super casum*. Tuttavia, la stessa casistica, e l'astrazione e generalizzazione che ne ha fatto la stessa giurisprudenza spagnola, ci offre numerosi indizi di possesso precario, considerando che, salvo prova contraria, sempre sarà presunta, per esigenze proprie della stessa presunzione *iuris tantum* di libertà della proprietà. Sicuramente, nel caso delle coppie di fatto, saranno difficilmente considerabili quali indici di precariato, sia l'esigua turbativa dell'atto tollerato, sia la sua occasionalità o sporadicità, in quanto, trattandosi di immobile che costituisce l'alloggio della coppia, la coesistenza di tali circostanze è parecchio improbabile. Sono piuttosto altre le circostanze che possono verificarsi nel caso in questione. In generale, già da tempo, la nostra giurisprudenza ha definito il precario come quella tendenza meramente tollerata nella quale non esiste un titolo legittimo, o che, pur esistendo, tale titolo è diventato inefficace, interamente o al fine di legittimare un vero possesso, oppure un possesso di forza maggiore rispetto a quello a cui ha diritto il legittimo titolare; oppure come il possesso di cosa altrui per la quale non esiste pagamento di canoni di affitto, prezzo o ricompensa come controprestazione al suo uso, che, per la sua gratuità, risulta mera-

---

<sup>32</sup> Riguardo a tale distinzione tra comodato e precario, il precario risulta essere un concetto più ampio, e tra i cui casi si trova il comodato dell'art. 1749 CC, rispetto al comodato in senso stretto come previsto nell'art. 1750 CC, si segnala la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 31 dicembre 1992.

mente tollerato o la condiscendenza del proprietario o legittimo possessore (o con maggior diritto al possesso). Così, tra le altre, il precario è definito dalle Sentenze del Tribunale Supremo del 5 luglio 1945, 4 giugno 1946, 7 febbraio 1950, 23 marzo 1950, 4 maggio 1950, 18 ottobre 1950, 13 febbraio 1958, 11 giugno 1958, 2 giugno e 17 novembre 1961, 30 novembre 1964,...; o le Sentenze sempre citate del 31 dicembre 1992 e 22 novembre 2010, quando si tratta la questione dell'assegnazione dell'alloggio familiare in caso di crisi matrimoniale; oppure le Sentenze del 26 dicembre 2005, 2 e 30 ottobre 2008, tra le altre, che unificano la dottrina giurisprudenziale rispetto alla presunzione di precarietà, tranne in caso di prova di rigoroso comodato (quello dell'art. 1750 CC), in caso di cessione gratuita e indefinita dell'immobile da parte dei genitori a un figlio affinché questi, sposato o no con il/la partner, vi fissi la sua abitazione familiare<sup>33</sup>.

Tale situazione di precario è molto comune nelle coppie di fatto, quando uno dei suoi membri convive nell'immobile che è esclusivamente del partner: il convivente non è né proprietario né titolare del diritto di abitazione, generalmente, a meno che non si stabilisca diversamente, non ha titolo (per lo meno, non lo è il semplice fatto della convivenza extramaritale), né paga un prezzo o ricompensa in cambio dell'uso, meramente tollerato o consentito dal/la partner, che è titolare dell'immobile. Non sarebbe neanche opportuno considerare come indice opposto alla precarietà il fatto che il convivente, non titolare, provveda a qualche spesa relativa all'immobile (es. i debiti *propter rem*, come sono in Spagna l'Imposta sui Beni immobili o il Catasto, le quote del condominio, le spese di luce, acqua, ...) o finalizzata alla sua conservazione o miglioria. Anche nel caso in cui siano soddisfatte tutte le circostanze previste, in ogni caso, il pagamento di tali spese non deve indurre a considerare come oneroso l'uso dell'immobile in oggetto, in quanto esso non implica la sua controprestazione (si può persino affermare che si tratti di spese sostenute a vantaggio dello stesso precarista per poter avere e utilizzare l'immobile), né a configurare un posses-

---

<sup>33</sup> Nella dottrina, tra quelle di molti altri, è obbligatorio citare, come anteriormente, la monografia di J. BELLO (*El precario. Estudio teórico práctico*, Granada, 1997).

so legittimo, basato su un titolo che lo legittima maggiormente a utilizzare l'immobile in caso di crisi della coppia. Nel caso si verifici tale pagamento e tale rottura, ciò che spetterebbe con maggior diritto all'ex-convivente è il reintegro delle spese sostenute, considerando che tale quantità non si valuta come già compensata (secondo quanto diverrà abituale) con il possesso gratuito dell'immobile per il tempo che durò la convivenza in esso.

Il fatto che questa sia l'interpretazione attuale più generica del possesso tollerato o precario, basata sulla gratuità e sulla tolleranza, dimostra anche il suo allontanamento, in maggior misura, dalla nozione romana più stretta del precario che si fonda su una vera relazione di familiarità (D. 41, 2, 41, di Paolo: "*Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat licet corpore in fundo sit*"). Dunque, piuttosto, non esistendo in Spagna una descrizione legale del precario, la dottrina spagnola ritiene che i motivi dell'esistenza di tale figura possano essere i più diversi: in generale, insieme a ragioni di pura vicinanza (come può essere quella di lasciare il passo nella proprietà altrui,...) e, alla maniera romana, di familiarità o legame parentale ben preciso, si aggiungono motivi legati alla co-intestazione (di cogestione) e di amicizia. Da ciò deriva un ulteriore indice del convivente non titolare dell'abitazione quale precarista: la sua amicizia, o quanto meno, il suo stretto legame di familiarità con l'altro convivente, come affermato più volte nella nostra giurisprudenza, compresa quella costituzionale (vista anteriormente nel paragrafo II), collegando le unioni di fatto con le famiglie non matrimoniali che fanno riferimento agli artt. 14 e 39 della Costituzione spagnola, come diverse dalla famiglia fondata sul matrimonio al quale si riferisce il suo art. 32.

Questa concomitanza di indici portano a presumere *iuris tantum* il possesso precario dell'immobile da parte del convivente non titolare, e occorre osservarla non solamente quando esiste tale convivenza, ma anche, e soprattutto (a seconda della prospettiva) in seguito, quando, una volta rotto il vincolo tra la coppia, in caso di situazione di precario o sciolta la relazione contrattuale che lo vincolava all'alloggio, sussiste l'originaria tolleranza o accondiscendenza dell' – attualmente – ex-convi-

vente titolare dell'immobile, sebbene tale prolungamento della sua permanenza possa essere interpretato come comodato; eppure in tal caso, se non si dimostra il contrario (ex artt. 1289.I, 1749 e 1750.II CC), tale comodato sarà, o si presume che sia, secondo la modalità prevista dall'art. 1750.I CC<sup>34</sup>; insomma, precario. È proprio il caso risolto dalla Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 6 ottobre 2011, nel quale, alcuni anni dopo l'interruzione della convivenza, il titolare dell'immobile richiede lo sfratto dell'ex partner, mentre quest'ultima presenta un presunto diritto sul quale si basa la trascorsa relazione, al quale il titolare dell'immobile si oppone, con risultato positivo, denunciandola come precaria. Un caso simile fu risolto dalla Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 27 marzo 2008, nella quale, una volta terminata l'unione extramatrimoniale, i successori del titolare dell'alloggio richiedono lo sfratto del partner superstite per rimanere nell'abitazione in precario. In tal caso, come dichiarato dalla Sentenza, *"il problema non è tra i conviventi, bensì tra il convivente superstite e gli eredi della convivente deceduta, scomparsa senza aver lasciato un testamento*

---

<sup>34</sup> *Artículo 1289: "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses"* [Nel caso in cui è assolutamente impossibile risolvere i dubbi tramite le regole stabilite negli articoli precedenti, se queste si ripercuotono su circostanze accidentali del contratto, e questo è gratuito, si risolveranno a favore della minore trasmissione di diritti e interessi. Se il contratto è oneroso, il dubbio si risolverà a favore della maggiore reciprocità di interessi]. *Artículo 1749: "El comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución"* [Il comodante può reclamare la cosa prestata solamente una volta concluso l'uso per il quale si era prestata. Tuttavia, se prima di questo termine il comodante ne ha urgente necessità, potrà reclamarne la restituzione]. *Artículo 1750: "Si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad. (...) En caso de duda, incumbe la prueba al comodatario"* [Se non sono stati stabiliti né la durata del comodato né l'uso al quale era destinata la cosa prestata, e questo non risulta determinato dalla consuetudine del luogo, il comodante può reclamarla a sua volontà. (...) In caso di dubbio, la prova spetta al comodatario"].

*né favorecer in alcun modo il convivente superstite. Perciò non può considerarsi che il ricorrente presenti nessun titolo che gli permetta di mantenere il possesso dell'abitazione proprietà della deceduta. Non presenta alcun titolo che giustifichi il suo possesso o che gli consenta di sostenerla nei confronti della richiesta di sfratto per precario presentata dai titolari dell'immobile. Questa mancanza è determinante per il risultato positivo dell'azione esercitata dagli eredi".* Una situazione analoga è quella oggetto della Sentenza del Tribunale Supremo del 30 ottobre 2008, anche se in quel caso la casa era stata ceduta in comodato dai genitori di uno dei conviventi e il Tribunale Supremo spagnolo considerava che la cessione – anche in quel caso gratuita – posteriore, una volta realizzatasi la rottura, alla ex-coppia del figlio si era trasformata da comodato a precario, e lo sfratto era diventato possibile. Forse è sufficiente aggiungere, o chiarire, in tutti questi e altri possibili casi, che il solo fatto della rottura della relazione di coppia e, ciononostante, la continuità nell'uso dell'alloggio da parte del convivente non titolare, non necessariamente cambiano le cose, facendo scomparire l'iniziale precarietà o tolleranza. Questa scomparirà o cambierà – per esempio, in caso di reale possesso (mediante la cosiddetta *interversio possessionis*) –, se in seguito alla crisi il convivente resti nell'immobile contrariamente alla volontà del titolare, il quale non tolleri che l'ex-partner resti nella propria casa. Solo allora, e soddisfatte le circostanze di ogni singolo caso, occorrerà concludere che esiste un vero possesso, con i suoi difetti (in mala fede o con l'acquisizione tramite la forza) e le sue virtù (difendibile tramite interdizione o aspirazione a usucapione).

5. *L'assegnazione dell'alloggio familiare in caso di rottura di una coppia di fatto avente figli naturali comuni non autonomi: la possibile applicazione, sempre diretta, dell'art. 96.I cc.* – Da tempo in Spagna la cosiddetta giurisprudenza minore (delle "Audiencias Provinciales", ovvero le Corti di Appello)<sup>35</sup> concorda circa l'applicazione per analogia dell'art. 96.I CC, nel caso di coppia non sposata che si separa con figli in comune (minorenni, disabili o

---

<sup>35</sup> Si veda, esposta e difesa da U. PÉREZ, pp. 55-57.

ancora dipendenti economicamente), in modo tale che, in mancanza di accordi, l'uso dell'alloggio familiare si assegni ai figli, e indirettamente al convivente al quale spetta l'affidamento e il mantenimento, indipendentemente se questi sia o meno il titolare dell'immobile che è stato la sede dell'abitazione familiare.

Forse perciò può risultare oggetto di critiche (anche solo a prima vista) la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 16 dicembre 1996, la quale applicò, per analogia, l'art. 96 CC nel caso oggetto di cessazione dell'unione extra-coniugale, per concedere all'ex-partner (moglie) e ai suoi tre figli (frutto di un matrimonio precedente) l'uso abitativo dell'immobile che era proprietà esclusiva dell'altro membro della coppia. Ma in quel caso, anche se non era quanto sostenuto dalla Sentenza del Tribunale Supremo, si trattava di indennizzare l'intero sacrificio economico sostenuto dalla donna, la quale, con i suoi figli, aveva lasciato il lavoro e la casa dove viveva, affittata, e che aveva subaffittato per mantenere la famiglia; inoltre, tra i conviventi, c'erano degli sponsali, o promesse di matrimonio.

Ma fermo restando quanto sopra, un'altra orientamento, dominante tra le Corti di Appello, giunse a consolidarsi come giurisprudenza con la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 1 aprile 2011, che nel 3° Motivo di diritto prevede che *"il ricorso si presenta nel caso di una separazione tra due persone che non hanno contratto matrimonio, ma ciò che si discute non sono gli effetti economici o di altra natura che l'interruzione della convivenza comporta ai conviventi, bensì l'assegnazione dell'uso dell'abitazione al minore, figlio di entrambi. Si tratta dunque di una questione che deve essere risolta fundamentalmente tenendo in considerazione gli interessi del bambino. (...) 1° Il primo problema che occorre preliminarmente risolvere, consiste nella risposta alla domanda circa la possibilità di applicare, per analogia, la norma prevista dall'art. 96 CC, in quanto questa si riferisce alla cessazione del matrimonio per divorzio e il divorzio/separazione ha luogo solamente quando si tratta di matrimonio. Vero è che nella regolamentazione della convivenza del figlio con i genitori quando questi sono separati, non esiste un'assegnazione dell'uso dell'abitazione (art. 159 CC), ma le regole previste dagli artt. 156.5 e 159 CC non contraddicono, bensì confermano, quanto stabilito dall'art. 92 CC, secondo il quale la*

*relazione di analogia in entrambe queste situazioni esiste, secondo quanto previsto dall'art. 4 CC. (...)2°... In realtà, detta similitudine non si verifica in ragione alla situazione dei genitori, ma piuttosto quale conseguenza dell'interesse a proteggere il minore, protezione che resta la medesima sia nel caso in cui i genitori siano sposati sia nel caso contrario, in base all'applicazione di quanto previsto dagli artt. 14 e 39 CE". In seguito, nel 4° Motivo di diritto aggiunge: "L'art. 96 CC stabilisce che, in mancanza di accordo, l'uso dell'abitazione familiare spetta ai figli e al coniuge con il quale essi restano. Questa è una regola tassativa, che non permette interpretazioni limitanti e persino il patto dei progenitori dovrà essere preso in esame dal giudice, onde evitare che si verifichi qualsiasi danno.(...) Il principio che risulta tutelato in questa disposizione è quello dell'interesse del minore, che comporta alimenti a carico del titolare della patria potestà; tra questi figura anche l'abitazione (art. 142 CC)". E per tutto ciò, la 5° Motivazione conclude: "Come conseguenze di quanto detto, si formula la seguente conclusione: l'assegnazione dell'abitazione familiare ai figli minorenni è una manifestazione del principio di interesse del minore, che non può essere limitato dal giudice, ad eccezione di quanto stabilito dall'art. 96 CC". Si afferma, in questo modo, una giurisprudenza che, dopo appena due settimane, tramite la Sentenza del Tribunale Supremo spagnolo del 14 aprile 2011, si consolida per i casi di crisi matrimoniali (non delle coppie di fatto), considerando l'esigenza di uguaglianza di trattamento nei confronti della filiazione, sia questa frutto di un legame matrimoniale o no, come previsto dagli artt. 14 e 39 della Costituzione spagnola<sup>36</sup>.*

---

<sup>36</sup> Articolo 14: "Gli spagnoli sono uguali di fronte alla legge senza discriminazioni per ragioni di nascita, razza, religione, opinione o qualsiasi altra condizione o circostanza personale o sociale". E art. 39 della Costituzione Spagnola: "1. I poteri pubblici garantiscono la protezione sociale, economica e giuridica della famiglia.(...) 2. I poteri pubblici garantiscono, anche, la protezione assoluta dei figli, che sono eguali di fronte alla legge indipendentemente dalla filiazione, e dalle madri, indipendentemente del loro stato civile. La legge ammetterà la investigazione sulla paternità.(...) 3. I genitori devono aiutare i figli nati del matrimonio o fuori del matrimonio, se minori d'età o negli altri casi previsti dalla legge.(...) 4. A i minori è riconosciuta la tutela prevista dalle convenzioni internazionali a protezioni dei loro diritti". Questa norma è molto simile agli articoli 30 e 31 della Costituzione Italiana.

La conclusione a cui è giunta questa giurisprudenza ci sembra corretta, giusta, ma non altrettanto possiamo dire dello strumento ermeneutico impiegato per raggiungerlo. Se, come si dice, già oggi si impone l'uguaglianza di trattamento e la non discriminazione per motivi di prole, tra figli matrimoniali ed extramatrimoniali, perché si parla di applicazione "*per analogia*" dell'art. 96.l CC? Si tratta piuttosto di un'applicazione diretta di tale norma, che non si applica per analogia (semmai, per interpretazione estesa), ma direttamente; visto che tra i due tipi di filiazione non esiste somiglianza o analogia, ma piena equiparazione e identità nel loro regime (cfr., tra gli altri, gli artt. 14, 39 della Costituzione e 108 del CC spagnolo)<sup>37</sup>. Il fatto che l'art. 96 CC, letteralmente e per la sua collocazione, si riferisca ai "*coniugi*" non impedisce che il suo contenuto normativo si estenda per logica alle unioni di fatto, non perché nella questione in oggetto queste si equiparino alle coppie sposate, ma perché queste sono considerate in quella norma dell'art. 96 CC, specialmente nel suo primo comma (rispetto al terzo comma), non come coppie come tali, nella loro relazione interna come coppia, ma, come genitori del figlio per il quale occorre stabilire casa e regime di custodia e visita. Ne deriva che il primo comma può essere applicabile alle coppie di fatto con figli in comune e che questo non sia possibile per quanto riguarda il terzo comma della norma in questione. Pertanto non c'è un salto logico e istituzionale della norma, come avverrebbe in caso di analogia; la norma non esce dal suo naturale ambito normativo (quello della crisi matrimoniale) per essere applicata a un'altro "istituto" (quella delle coppie di fatto), ma resta nel proprio (quello dell'assegnazione dell'alloggio ai figli, in seguito alla crisi dei genitori), per estendersi per logica (quella della protezione dei minori imposta dalla Costituzione) a tutti i figli (indipen-

---

<sup>37</sup> *Artículo 108: "La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.(...) La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código"* [La filiazione può aver luogo per natura o per adozione. La filiazione per natura può essere matrimoniale e non matrimoniale. È matrimoniale quando il padre e la madre sono sposati tra loro.(...) La filiazione matrimoniale e quella non matrimoniale, così come quella adottiva, hanno gli stessi effetti, come quando disposto da questo Codice"].

dentemente dal fatto che i genitori siano o no sposati). Con questa “precisazione”, che a prima vista potrebbe sembrare una semplice sottigliezza tecnica, si evita lo scoglio di voler applicare per analogia l’art. 96 CC, il quale, limitando la libertà di esercizio della proprietà del coniuge titolare dell’abitazione, potrebbe essere una norma eccezionale<sup>38</sup> (ex art. 4.2 del Codice Civile spagnolo)<sup>39</sup>.

Nel caso presente, nel quale ci sono figli in comune, sorge un altro dato che abbonda nell’illeggittimità giuridica attuale delle unioni non matrimoniali. Se si mantiene una certa prospettiva storica, l’unica novità odierna riguardante le coppie di fatto è terminologica; quelle che oggi si chiamano coppie non sposate, di fatto, libere, extramatrimoniali,... tradizionalmente hanno avuto un’altra denominazione: il concubinato del Diritto romano o, secondo l’espressione medievale della lingua spagnola per indicare il concubinato, “barraganía”, secondo quanto regolamentato nella Spagna medievale dal Foro Reale (Titoli 6 e 8, del Libro 3) e nelle *Partidas* di Alfonso X Il Saggio (Titolo 14, P. 4<sup>a</sup>), il cui spirito si manterrà fino alla codificazione del secolo XIX compresa, nella quale, tuttavia, non si parlerà più di né concubinato né di “barraganía”. La previsione, per quei tempi, della figura in questione, nominandola o no, corrispondeva a una ragione che prima esisteva, ma oggi non più. Praticamente fino alla codificazione spagnola del secolo XIX, sia le donne sia i figli minorenni erano considerati come persone incapaci. Sia le une che gli altri erano sottomessi al potere dell’uomo, marito e padre (*paterfamilias*). Non era lecito, allora, in quanto non morale, peccaminoso, avere moglie e figli illegittimi o naturali, al di fuori del matrimonio, ma era necessaria, persino giusta,

---

<sup>38</sup> Invece, come avvertiva a suo tempo J. BELLO, p. 69, precisamente per negare l’applicazione analogica dell’art. 96 CC.

<sup>39</sup> *Artículo 4: “1. Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. (...) [1. Varrà l’applicazione analogica delle norme quando queste non contemplano una fattispecie, ma ne regolano una simile con la quale esista un’identità di ragione]. 2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas” 2. Le leggi penali, quelle eccezionali e quelle di ambito temporaneo non si applicheranno a casi né in momento diversi da quelli che in esse sono espressamente contenuti].*

la protezione dell'una e degli altri, in quando più deboli dell'uomo; era necessario regolare il trattamento più restrittivo rispetto a una donna sposata e ai figli legittimi, avuti all'interno del matrimonio – in materia di nome, patria potestà, alimenti, diritti di successione, (cfr., Titoli 14 e 15, 4<sup>a</sup> Partida; e artt. 119, 129, 134 e 139 CC nella loro redazione originaria, in vigore fino al 1981) –. Ciò rispondeva a un'esigenza di giustizia – che oggi sarebbe anacronistica –. Inoltre, la "barraganía" era una forma per dare certezza alla prole nata da tali unioni, soprattutto al legame paterno-filiale (poiché, si sa, "*mater semper certa est*"), anche solo per considerare, con certezza, il figlio come naturale. Ma i tempi cambieranno. In Spagna, al di là dei semplici intenti fatti ai tempi della Seconda Repubblica (tra il 1931 e il 1939), bisognerà aspettare la Costituzione del 1978, che sancisce l'uguaglianza e la non discriminazione per ragioni di sesso tra uomo e donna, tra marito e sposa, e l'uguaglianza o non discriminazione per ragioni di nascita o di filiazione, che si tratti di filiazione matrimoniale o no (secondo quanto sancito dagli artt. 32.1 e 39 in base all'art. 14). Sarà a partire dalla Legge del 1981 che, finalmente, il Codice Civile spagnolo si adeguerà al cambiamento menzionato e stabilito dalla Costituzione (cfr. artt. 44, 66 e 108 CC, soprattutto)<sup>40</sup>. Una volta scomparsa, dunque, la differenza di trattamento tra sessi e figli, che anteriormente giustificava la regolamentazione del concubinato, a che scopo quindi resuscitarla oggi? Il suo recupero sarebbe superato, e anacronistico.

---

<sup>40</sup> In primo luogo, nell'articolo 44 del Codice: all'originario primo comma, che stabilisce: "*L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio secondo le disposizioni di questo Codice*", ne è stato affiancato un secondo che recita: "*Il matrimonio ha gli stessi presupposti ed effetti quando i due sposi sono dello stesso o di diverso sesso*". Art. 66 CC: "*I coniugi hanno gli stessi diritti ed i medesimi doveri*". *Artículo 108*: "*La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí.(...) La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código*" [La filiazione può aver luogo per natura o per adozione. La filiazione per natura può essere matrimoniale e non matrimoniale. È matrimoniale quando il padre e la madre sono sposati tra loro.(...) La filiazione matrimoniale e quella non matrimoniale, così come quella adottiva, hanno gli stessi effetti, come quando disposto da questo Codice"].



VALERIO PESCATORE\*

## OBBLIGAZIONE SOLIDALE, CONFLITTI E CRISI\*\*

SOMMARIO: 1. Responsabilità solidale, conflitto, crisi: delimitazione del tema. - 2. Il conflitto risolto dal modello di obbligazione solidale adottato dal codice civile italiano del 1942. - 3. La solidarietà funzionale e il conflitto tra i potenziali condebitori. - 4. Esdebitazione e obbligati in solido. - 5. Obbligazioni solidali e crisi. Postilla al tempo della pandemia da Covid-19.

1. *Responsabilità solidale, conflitto, crisi: delimitazione del tema.* – È soltanto per l'ospitale amicizia del prof. Carlo Pilia che a questo intervento, conoscendo egli il mio interesse attuale per il tema delle obbligazioni solidali, è stato dato l'ampio titolo 'La responsabilità solidale'. Esso può tuttavia suggerire qualche considerazione più specifica delimitando l'ambito del discorso, e declinando il tema insieme all'idea, che ispira l'intero convegno, delle modalità di gestione delle *crisi*: il che significa non soltanto dei conflitti sorti nello svolgersi di un rapporto giuridico o per effetto di un evento dannoso, ma prima ancora dei conflitti potenziali, che il legislatore ha inteso prevenire, oltre che disciplinare. Dunque, per quel che qui interessa, *obbligazione solidale e conflitti*, nel contesto di un incontro che invita a confrontarsi sui modelli nazionali, europei e internazionali di bilanciamento degli interessi.

Il dialogo con interlocutori stranieri, e quindi la necessità di intendersi sugli istituti e sui concetti, impone – anche in ragione della polisemia delle parole italiane ora evocate – un'ulteriore premessa.

---

\* Professore di diritto privato dell'Università di Brescia.

\*\* Lo scritto costituisce la rivisitazione dell'intervento su 'La responsabilità solidale', tenuto al convegno internazionale 'Autonomia e responsabilità nella gestione delle crisi: quali modelli nazionali, europei e internazionali?', organizzato dal prof. Carlo Pilia a Cagliari, 1-3 ottobre 2019.

Per chiarire che qui ci si riferirà alla *crisi* dapprima in una accezione assai lata, con riferimento, tra l'altro, alla situazione che può determinarsi nel rapporto obbligatorio plurisoggettivo in caso di inadempimento, allorché l'interesse del creditore rimane insoddisfatto per la mancata collaborazione del soggetto passivo; e poi quale stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, secondo la definizione data dall'art. 2, lettera a) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza adottato con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Ma occorre altresì segnalare, in apertura, che la trama del discorso risente delle riflessioni svolte nell'ultimo decennio in ordine agli effetti, nel mondo del diritto sia della crisi degli strumenti teorici e concettuali attraverso i quali si svolge il pensiero giuridico, sia della crisi economica globale (tanto più che, nel momento in cui queste pagine sono consegnate per la stampa, si è nel mezzo della pandemia globale da Covid-19: su cui brevemente *infra*, nel § 4)<sup>1</sup>.

*Solidarietà* è da intendersi innanzitutto con la peculiare caratteristica tecnica dell'obbligazione, in cui ciascuno dei debitori è tenuto, ovvero ciascuno dei creditori ha diritto, ad un'unica prestazione; e la relativa esecuzione, fatta da uno dei debitori o ricevuta da uno dei creditori, produce l'effetto liberatorio per tutti o nei confronti di tutti<sup>2</sup>. Ma solidarietà è altresì il dove-

---

<sup>1</sup> In un assai ampio elenco di titoli ed opere, esemplare la molteplicità di prospettive adottata nei saggi raccolti in *Diritto e crisi. Atti del convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015 - Cagliari)*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2016: innanzitutto nella *Presentazione dell'incontro* da parte del curatore, pp. 5-7; nonché, con specifico riferimento al rapporto obbligatorio, nel contributo di U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, pp. 109 ss., il quale avverte: "Nella crisi (...) si manifesta quel costante movimento che, nel diritto, procede da un immanente tasso d'indeterminatezza all'esigenza insopprimibile di un'incessante determinazione: ove si manifestano, con variazioni di grado, gli effetti e le corrispondenti giustificazioni normative".

<sup>2</sup> Della vasta letteratura sul tema ci si limita ad indicare che le riflessioni qui svolte sono tributarie soprattutto del confronto con L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, specie pp. 191-212; D. RUBINO, *Delle obbligazioni (Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili)*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, *Libro quarto. Artt. 1285-1320*, Bologna-Roma,

re inderogabile imposto dall'art. 2 Cost. a livello politico nonché, soprattutto, economico e sociale: un dovere che, com'è noto, tanto più con l'incedere della diffusa crisi di cui s'è detto, è divenuto principio suscettibile di applicazione diretta e concreta, nelle decisioni giurisprudenziali e nei ragionamenti degli operatori del diritto<sup>3</sup>.

Infine, com'è a questo punto ovvio, *conflitto* è qui inteso come contrapposizione di interessi. Quelli che, nel rapporto obbligatorio caratterizzato dalla solidarietà passiva, si atteggiavano e modulano, nelle fasi fisiologica e patologica, in diverse possibili articolazioni. Di qui l'attenzione dedicata specialmente all'interesse del creditore rispetto alla pluralità dei debitori; ed anche all'interesse di ciascuno dei debitori non più verso l'esterno, ma nei rapporti interni rispetto alla posizione degli altri co-obbligati.

*2. Il conflitto risolto dal modello di obbligazione solidale adottato dal codice civile italiano del 1942.* – La prima riflessione riguarda il modello di responsabilità solidale offerto dal nostro

---

1963; F. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979; A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979; ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, 2019; M. ORLANDI, *La responsabilità solidale. Profili delle obbligazioni solidali risarcitorie*, Milano, 1993; F. GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007; A.M. PALMIERI, *Obbligazioni solidali*, in *Diritto civile*, a cura di S. Martuccelli e V. Pescatore, nei *Dizionari del diritto privato*, promossi da N. Irti, Milano, 2011; E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2012, pp. 148 ss.; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le obbligazioni*, vol. I, Torino, 2015; A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo e F. Anelli, *Le obbligazioni*, V, Milano, 2019.

<sup>3</sup> Una sintesi essenziale e critica di come, nella "stagione postmoderna", la giurisprudenza anche costituzionale e di legittimità abbia finito con l'attribuire diretta rilevanza alla solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., quale strumento con cui il giudice, spesso per il tramite del canone della buona fede, esercita il controllo sul contenuto del contratto è da ultimo in A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 7-9.

ordinamento. Con l'avvertenza che, per agevolare il confronto con alcune esperienze straniere, ci si ferma su un unico profilo, considerato centrale, sacrificando sfumature e dettagli<sup>4</sup>. Si può allora dire che, a distanza di oltre settantacinque anni, il modello italiano è tuttora compendiato nelle pagine della Relazione che accompagnò la pubblicazione del codice civile del 1942. Nella quale, com'è noto, un'accesa retorica enfatizzava la tendenza di quel legislatore ad abbandonare il "sentimentale pietismo verso chi assume un'obbligazione"; in dichiarata contrapposizione allo sviluppo del diritto romano, cui si riconduceva il "progressivo accentuarsi del movimento di favore per il debitore"<sup>5</sup>.

L'impostazione di fondo volta alla semplificazione, alla razionalizzazione ed al rafforzamento della tutela del credito<sup>6</sup>, per quanto mitigata<sup>7</sup>, trovò coerente traduzione, tra le altre, in

---

<sup>4</sup> Mi sia consentito il rinvio a V. PESCATORE, *Le obbligazioni solidali nell'anteprojecto del Código marco de obligaciones para América Latina*, in *Europa - America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, a cura di A. Saccoccio e S. Cacace, Torino, 2020, pp. 278-291.

<sup>5</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli, § 597. Sull'inesistenza, nell'ordinamento italiano attuale, di un principio generale di favore per il debitore, P. RESCIGNO, «*Favor debitoris*», *ambiguità di una formula antica*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, I, Milano, 1993, e in *Giur. it.*, 1994, IV, cc. 1-9 (da cui si cita).

<sup>6</sup> Cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, p. 150; F. GAMBINO, *op. cit.*, pp. 576, 585; A. D'ADDA, *op. cit.*, p. 4.

<sup>7</sup> Il riferimento è all'affermazione contenuta nel § 597 della Relazione del Ministro Guardasigilli, circa il "principio per cui gli atti compiuti e i fatti verificatisi in confronto di un condebitore o di un creditore solidale non devono pregiudicare gli altri"; esplicitato poi (§ 598) nella «non comunicabilità degli atti pregiudizievoli e dell'estensione di quelli vantaggiosi». Perplexi rispetto all'effettiva ricavabilità del principio dal complesso delle disposizioni di cui agli artt. 1292 ss. c.c., e comunque sulla sua utilità ricostruttiva, G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959, 208-212, con la conclusione che "non [può] affermarsi che esista una soluzione unica, e cioè quella della ripercussione degli effetti sugli altri, ovvero quella della non ripercussione, poiché il legislatore ha accolto entrambe le soluzioni, applicando, secondo i casi, ora l'una ora l'altra" (p. 211); D. RUBINO, *op. cit.*, p. 148; A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, cit., p. 315, per il quale si tratta in realtà di «una spiegazione in termini empirico-pragmatici». Più di recente U. BRECCIA,

una precisa soluzione tecnica: quella che ha fissato, nell'art. 1294, ciò che viene tuttora considerata una presunzione di solidarietà tra i condebitori. Se la legge o il titolo non prevedono diversamente, la pluralità di obbligati è stretta dal legame che ha le caratteristiche riassunte nella formula 'solidarietà'<sup>8</sup>. Senonché un rapido confronto, diacronico e sincronico, dimostra che sia la solidarietà nel rapporto tra più soggetti, sia la presunzione di solidarietà passiva sono scelte relative, che i legislatori adottano assecondando logiche, aspirazioni e esigenze non sempre dichiarate, e anzi, talvolta, neppure consapevoli.

Così è tradizionale la ricostruzione secondo la quale, in diritto romano, la "regola tendenzialmente fondamentale" del rapporto obbligatorio plurisoggettivo è stata la ripartizione all'interno del gruppo di debitori: nel senso che "l'affare (benché unico) si divideva tra i membri del gruppo, ad ognuno dei quali spettava una parte (...); in modo che ognuna delle prestazioni veniva ad avere un contenuto suo proprio e autonomo"<sup>9</sup>. Ne sarebbe seguito il carattere eccezionale della solidarietà nel diritto comune, fermo al principio della divisione tra i debitori: nel rispetto di

---

*Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1993, pp. 191 ss., parla di "direttive generali" e di un "criterio generale (efficacemente definito 'empirico' e suggerito dagli stessi lavori preparatori"; mentre per E. MOSCATI, *op. cit.*, pp. 154 s., "[l]a realtà è che la disciplina degli artt. 1300-1310 c.c. si rifiuta di parlare con chiarezza. Infatti, il modo in cui sono regolate le singole vicende offre ben poche certezze all'interprete": "in assenza di indici normativi univocamente favorevoli all'una o all'altra opzione ricostruttiva [...], è da ritenere che la disciplina dell'istituto è del tutto aliena da preoccupazioni d'ordine sistematico [...]".

<sup>8</sup> Da precisare, con M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 77, che "[l]a definizione positiva di solidarietà prescinde dalla categoria della fattispecie, e si svolge in quella dell'effetto"; analogamente A.M. PALMIERI, *op. cit.*, p. 1134, per il quale l'art. 1292 c.c. "non attribuisce un *nomen juris* ad una fattispecie, ma denomina un effetto".

<sup>9</sup> L. BARASSI, *op. cit.*, p. 205. Ma v. ora L. PARENTI, «In solidum obligari». *Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, p. 548, secondo cui sarebbe "totalmente in errore la dottrina dominante quando sostiene che la parziarietà fosse la regola e che la solidarietà dovesse essere espressamente stabilita"; e la recensione di R. CARDILLI, *Pandettistica e obbligazioni solidali*, in *Index*, 42, 2014, pp. 365 s., per il quale il nuovo studio finisce col "ribaltare la *communis opinio* che vede nella parziarietà la regola e nella solidarietà l'eccezione".

un criterio di “logica formale”<sup>10</sup> e anche di un naturalistico o immanente principio di giustizia distributiva<sup>11</sup>.

Il mutamento si lascia cogliere col passaggio alla modernità.

Sebbene, infatti, l’art. 1188 del codice civile del 1865 ancora escludesse, ed in modo espresso, la presunzione di solidarietà<sup>12</sup>, una diversa sensibilità andava emergendo al servizio dell’esigenza di tutelare con maggiore vigore il credito, almeno quello dei commercianti.

La nuova prospettiva è evidente nell’art. 40 del codice di commercio del 1882: nel quale la presunzione di solidarietà è stabilita, al primo comma, per i condebitori nelle obbligazioni commerciali, e al secondo comma “per il fideiussore, anche non commerciante”, che tuttavia “garantisc[a] un’obbligazione commerciale”; mentre è esclusa (“non si estende”) per i “non commercianti per le contrattazioni che rispetto ad essi non sono atti di commercio”.

È stata così possibile la sintesi di chi, descrivendo la “via diversa” che il codice di commercio aveva “battuta” rispetto al “diritto civile”, ha notato che la presunzione di solidarietà “era la regola quanto alla solidarietà passiva (art. 40 preced. codice comm.) per le obbligazioni commerciali, che della tutela del credito hanno bisogno; era invece un’eccezione pel diritto civile (cit. art. 1188)”, in cui “la solidarietà sia attiva che passiva non si presume ma deve essere stipulata espressamente quando non derivi dalla legge”<sup>13</sup>.

La strada verso l’art. 1294 del codice civile che tuttora ci governa era, a quel punto, segnata.

Del resto, un rapido sguardo trasversale alla contemporaneità – ovviamente privo di qualsiasi pretesa di completezza – segna-

---

<sup>10</sup> L. BARASSI, *op. cit.*, p. 207.

<sup>11</sup> In questo senso pare A. DI MAJO, *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, cit., p. 304, quando discorre di “naturale ‘divisione’ dell’obbligazione». Parla genericamente di un “principio risalente che prevedeva la divisione del debito in parti”, in contrapposizione alla solidarietà, P. RESCIGNO, *op. cit.*, c. 5.

<sup>12</sup> Art. 1188 cod. civ. it. 1865: “L’obbligazione in solido non si presume ma debb’essere stipulata espressamente. Questa regola non cessa, fuorché ne’ casi nei quali l’obbligazione solidale ha luogo di diritto in forza della legge”.

<sup>13</sup> L. BARASSI, *op. loc. ult. cit.*

la che la presunzione di solidarietà passiva è nell'ordinamento tedesco (§ 427, per la «obbligazione solidale contrattuale collettiva»), ed anche nei Principi Unidroit (art. 11.1.2), nei *Principles of European Contract Law* (PECL: art. 10.102) e nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR: art. III.4:102)<sup>14</sup>. Mentre la soluzione opposta è adottata dal codice civile francese (in cui è confermata dopo la riforma del diritto delle obbligazioni del 2015), e anche da quelli spagnolo e olandese, nonché dal *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* in vigore dal 2016 (art. 828)<sup>15</sup>.

Ma proprio questo parzialissimo elenco mostra, allora, come l'opzione di fondo compiuta, da ciascun ordinamento, circa lo stabilire una presunzione di solidarietà passiva e, prima ancora, la stessa configurazione in termini di solidarietà del vincolo obbligatorio con almeno una parte plurisoggettiva sono scelte di politica legislativa.

Già in altra occasione<sup>16</sup> ho avuto modo di rilevare, in proposito, una coincidenza che non va intesa soltanto sul piano terminologico: l'essere la solidarietà variamente descritta quale "dispositivo di esecuzione dell'obbligazione" e "congegno esecutivo"<sup>17</sup>; "strumento di attuazione"<sup>18</sup> o "di gestione complessiva del rapporto"<sup>19</sup>; o anche soltanto come "meccanismo"<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. M. TICOZZI, *Studio sulle obbligazioni solidali*, Padova, 2012, pp. 14 ss.; A. GNANI, *L'obbligazione soggettivamente complessa nel quadro del diritto privato europeo*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, a cura di U. Breccia e F.D. Busnelli, Padova, 2016, pp. 5 ss.; A. D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 279 ss.;

<sup>15</sup> Anche su ciò, ed in particolare sul significato della scelta di non inserire la presunzione di solidarietà passiva nel progetto di Código marco de obligaciones para América Latina, V. PESCATORE, *op. loc. cit.*

<sup>16</sup> V. *retro*, note 4 e 15.

<sup>17</sup> A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., pp. 7 e 24.

<sup>18</sup> F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, cit., p. 61.

<sup>19</sup> F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 600.

<sup>20</sup> Ancora A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, pp. 307 s.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., pp. 180 s., 186; di nuovo A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 27.

Nella specifica prospettiva suggerita da questo incontro di studio, si può allora dire che la solidarietà passiva è appunto il congegno tecnico col quale il legislatore ha inteso risolvere, nell'ambito di un rapporto obbligatorio plurisoggettivo, il potenziale conflitto tra l'interesse del creditore a ricevere il prima possibile l'intera prestazione e l'interesse dei singoli condebitori a limitare alla quota di debito di ciascuno il proprio apporto all'adempimento della prestazione.

La solidarietà, cioè, configura essa stessa un criterio normativo di soluzione di uno specifico conflitto tra le parti (di cui almeno una plurisoggettiva) di un rapporto obbligatorio<sup>21</sup>.

Di qui la sua intrinseca artificialità<sup>22</sup>, al pari di tutte le scelte di politica legislativa<sup>23</sup>. E di qui, anche, la considerazione secondo cui la soluzione, in cui la solidarietà consiste, di certo incide, incrementandolo, sul complessivo livello di protezione, e quindi sulla significativa intensità della tutela che il sistema giuridico riserva al creditore e alla situazione soggettiva di cui egli è titolare.

*3. La solidarietà funzionale e il conflitto tra i potenziali condebitori.* – Le considerazioni svolte in ordine alla *ratio* di fondo che ispira la disciplina in materia di solidarietà passiva nel rapporto obbligatorio orientano il discorso su un diverso aspetto.

Un'analisi mirata della giurisprudenza italiana dopo l'introduzione del codice civile del 1942, infatti, mostra come l'area di operatività delle obbligazioni solidali sia stata sempre più influenzata da valutazioni di carattere funzionale<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> "Ogni norma nasce da un conflitto", rileva N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, p. 62: "sacrifica taluni interessi per soddisfare altri interessi; sacrifica talune idee per soddisfare altre idee".

<sup>22</sup> Il riferimento alla solidarietà come "sovrastuttura artificiosa creata dal diritto" è in D. RUBINO, *op. cit.*, pp. 219, 354, e in A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 315.

<sup>23</sup> Per tutti N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*, specie pp. 24-39; e più di recente ID., *Riconoscersi nella parola*, cit., pp. 61, 71-74.

<sup>24</sup> Cfr. A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, pp. 18-65.

È possibile riscontrare, cioè, un'evoluzione caratterizzata da un certo svilimento della rilevanza dei profili strutturali del rapporto solidale, e in specie del requisito tradizionalmente individuato nella identità del titolo, ormai non più considerata essenziale come in passato<sup>25</sup>.

Nell'attenzione degli interpreti è andato, per converso, assumendo una centralità sempre maggiore l'interesse del creditore a ricevere soddisfazione e quindi, sintetizzando, la prestazione contrattuale ovvero il risarcimento. Ed è anche per questo che un ruolo sistematico nodale ha progressivamente assunto il primo comma dell'art. 2055 c.c.<sup>26</sup>, con la previsione per la quale se un danno è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento. La riflessione, com'era inevitabile, si è incentrata così sulla imputabilità del danno e sui criteri suscettibili di determinarla nel rapporto plurisoggettivo.

Séguito trascurabile ha avuto una prima, minoritaria posizione: di chi proponeva la lettura dell'art. 2055 c.c. alla luce degli articoli 110 e 187 c.p., così risolvendo il problema dell'ascrivibilità giuridica dell'evento a più persone nella concreta e consapevole partecipazione di ciascuna di esse al relativo verificarsi<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, pp. 8 ss., 33 ss.

<sup>26</sup> Sulla centralità dell'art. 2055 c.c. nel dibattito sulle obbligazioni solidali cfr. F.D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, cit., p. 334, il cui ragionamento mostra come la disposizione sia considerata norma generale sulla solidarietà risarcitoria. L'invito ad una lettura sistematicamente coerente delle norme che disciplinano solidarietà *ex contractu* ed *ex delicto* è in A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, pp. 47 e 65, ove anche il rilievo secondo cui "le rigidità sovente invocate nell'area presidiata dagli artt. 1292 e 1294 c.c. non possono che essere temperate tenuto conto dei canoni "più aperti", cui sono di necessità modulate le regole della solidarietà risarcitoria".

<sup>27</sup> Tale impostazione, per così dire 'penalistica', è evidente in O. ASCARI, *Appunti sulla responsabilità solidale passiva ex art. 2055 c.c. in relazione all'art. 187 cpv. cod. pen.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, pp. 667 ss.; E. GUICCIARDI, *Contratto di trasporto, responsabilità del vettore per sinistro, azione per colpa contrattuale o extracontrattuale*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 238 ss. Ulteriori riferimenti all'orientamento storicamente più risalente in M. DE ACUTIS, *La solidarietà nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, II, pp. 526 ss.; M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 117 ss., testo e nota 34; A. GNANI, *La responsabilità solidale*, in *Commentario al Codice Civile* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2005, pp. 129 ss.

Ma in primo luogo la rigidità della soluzione, che di certo non rispondeva alla logica di un ampliamento della tutela del creditore, spiega la limitata adesione a tale impostazione<sup>28</sup>. L'attenzione riservata all'interesse del soggetto attivo del rapporto, tuttavia, ha spinto verso prospettive differenti. Al centro delle quali è stato posto il concetto di danno, e segnatamente l'unicità di esso, quale percepibile nella sfera del creditore, benché procurato dalla condotta di una pluralità di soggetti.

Adottato questo angolo visuale, le ipotesi ricostruttive si sono moltiplicate.

Già dagli anni '60 del secolo scorso, il fatto dannoso è stato apprezzato quale "risultato finale delle omissioni o delle azioni dolose o colpose compiute da soggetti distinti"<sup>29</sup>. Ciò che ha altresì portato ad attribuire alle singole condotte (attive o omissive), di ciascuno dei soggetti coinvolti, il ruolo di concausa nella realizzazione dell'evento<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Isolata può dirsi Cass., 4 febbraio 1981, n. 742, in *Giust. civ.*, 1981, I, pp. 264 ss.; in *Arch. civ.*, 1981, pp. 328 ss.; e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 720 ss.

<sup>29</sup> Così Cass. 15 gennaio 1969, n. 70, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1070 ss.; l'indicazione di pronunce conformi in M. FRANZONI, *L'illecito*<sup>2</sup>, I, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 126, testo e nota 8.

<sup>30</sup> Cfr. Cass., 25 novembre 1982, n. 6408, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Responsabilità civile*, n. 69; Cass., 28 gennaio 1985, n. 488, in *Riv. giur. edilizia*, 1985, I, 458 ss.; Cass., 25 marzo 1999, n. 2814, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Responsabilità civile*, n. 357; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Obbligazioni in genere*, n. 64; Cass., 28 aprile 2000, n. 5421, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Responsabilità civile*, n. 354; Cass., 12 gennaio 2001, n. 7935, in *Arch. loc.*, 2002, 586 ss., che esclude la responsabilità solidale per l'assenza di un nesso di causalità tra le condotte contestate; Cass., 9 novembre 2006, n. 23918, in *Foro it.*, 2007, I, c. 71 ss., con nota di AL. PALMIERI, *In tema di danno esistenziale*; Cass., 14 ottobre 2008, n. 25157, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Responsabilità civile*, n. 482; Cass., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Foro it.*, 2010, I, c. 484 ss., con nota di B. TASSONE, *Obbligazioni solidali, effetti del giudicato e responsabilità 'parziaria'*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, pp. 195 ss., con nota di M.C. PENUTI, *Limiti all'estensione ai condebitori del giudicato ex art. 1306, comma 2°, cod. civ., nell'obbligazione solidale risarcitoria fondata su diverso titolo (contrattuale ed extracontrattuale)*; in *Danno e resp.*, 2010, pp. 249 ss., con nota di A. GNANI, *Gli artt. 1306 e 2055 c.c. retamente intesi*; in *La responsabilità civile*, 2010, pp. 201 ss., con nota di S. CHERTI, *Risarcimento del danno aquiliano e responsabilità solidale*; in *Assi-*

Da questo modo di ragionare può allora trarsi qualche ulteriore spunto di riflessione sui conflitti sottesi al rapporto obbligatorio plurisoggettivo: non più soltanto tra parte creditrice e debitrice, ma anche, all'interno di quest'ultima, tra i potenziali coobbligati.

La lettura in chiave funzionale del rapporto, in effetti, ha lasciato emergere la possibilità di analisi dedicate proprio alla relazione tra le posizioni dei condebitori<sup>31</sup>: tanto più quando l'eventuale contitolarità dell'obbligo e la misura della relativa ripartizione interna costituiscano oggetto di specifiche domande giudiziali (anche nella veste di riconvenzionali c.d. 'trasversali', nel perimetro di una 'azione di regresso anticipato'), e dunque di un accertamento destinato a divenire giudicato<sup>32</sup>.

---

curazioni, 2009, II, pp. 424 ss.; e in *Giust. civ.*, 2010, I, pp. 631 ss.; Cass., 21 giugno 2013, n. 15687, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Responsabilità civile*, n. 419; Cass., 25 settembre 2014, n. 20192, in *Rep. Foro it.*, voce *Responsabilità civile*, n. 321, che cassa con rinvio la sentenza di appello la quale, affermando la responsabilità solidale di più autori di un fatto illecito complesso, non aveva chiarito "se questa sequenza di avvenimenti dovesse ricostruirsi come unico evento dannoso" ovvero se i singoli apporti causali dei condebitori fossero limitati ad una parte autonomamente apprezzabile del pregiudizio; Cass., 5 settembre 2019, n. 22164, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32.

In dottrina M. DE ACUTIS, *La solidarietà nella responsabilità civile cit.*, pp. 527 s., 533 ss.; M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 108, nota 16, che sottolinea l'importanza attribuita al contributo eziologico di ciascuna azione od omissione rispetto alla realizzazione dell'evento; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Bologna, 2010, p. 333. Per M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca* a cura di F. Galgano, *Libro Quarto. Obbligazioni Art. 2043-2059*, Bologna-Roma, 1993, pp. 713 ss., specie p. 720, affinché vi sia solidarietà è necessario che "serie causali logicamente autonome abbiano tutte necessariamente contribuito a produrre l'evento".

<sup>31</sup> Una brillante prova di riflessione sul "trattamento giuridico di una responsabilità ascrivibile a più soggetti che compongono gli organi amministrativi e/o di controllo della società" è in M. MAGGIOLLO, *Solidarietà ('endorganica' o 'transorganica') e regresso nelle azioni sociali di responsabilità*, in *Nuovo diritto civile*, n. 3/2019, pp. 15-35.

<sup>32</sup> Esempi di questo tipo di analisi in alcune decisioni sulla responsabilità del venditore e del notaio rogante nei confronti dell'acquirente: cfr. Cass., 8 gennaio 1999, n. 108, in *Corr. giur.*, 1999, pp. 173 ss.; in *Danno e resp.*, 1999, 899 ss., con nota di D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*; e in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*,

Ne sono seguiti sviluppi interessanti.

Concentrandosi su quello che, in questa luce, è stato considerato il 'medesimo danno', un orientamento lo ha considerato tale quando derivante sia da più condotte di illecito aquiliano, sia da plurimi inadempimenti, anche a contratti tra loro autonomi, sia dal concorso tra illeciti contrattuali ed extracontrattuali<sup>33</sup>.

---

1999, pp. 526 ss.; Cass., 15 giugno 1999, n. 5946, in *Riv. notariato*, 2000, 136 ss., con nota di G. CASU, *Trasferimenti immobiliari e obbligo notarile di visure ipocatastali*; e in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 1392 ss., con nota di U. BERTAGLIA, *Brevi riflessioni in tema di responsabilità notarile* (la decisione ha riconosciuto solidalmente responsabili venditore e notaio in ragione della dichiarazione di inefficacia della vendita per l'esistenza, a carico del venditore, di precedente trascrizione di una sentenza dichiarativa dell'inefficacia del titolo di provenienza; nel convincimento, quindi, che il danno fosse stato unitariamente causato "dai rispettivi inadempimenti contrattuali del contratto di compravendita e del contratto d'opera professionale"); Cass., 19 giugno 2013, n. 15305, in *Vita not.*, 2014, pp. 397 ss. Spunti in tal senso anche dall'esame del rapporto tra società emittente le obbligazioni e intermediario: cfr. Cass. 12 dicembre 2013, n. 27875, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 859, con nota di M. FUSCO, *Responsabilità solidale tra emittente ed intermediario finanziario: il rinvio della Suprema Corte in tema di Cirio 'bond'*, per la quale sussiste responsabilità solidale della società emittente obbligazioni, per inadempimento dei propri obblighi di rimborso, e dell'intermediario, per violazione di obblighi di condotta e informativi previsti dal T.U.F.

<sup>33</sup> Orientamento compendiabile nelle parole di G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, pp. 659 ss., secondo cui "l'unicità del fatto illecito, sul quale si fonda la responsabilità solidale di cui all'art. 2055 cod. civ., va riferita unicamente al danneggiato e non va intesa come identità delle azioni dei danneggianti, né delle norme giuridiche violate da costoro". Su questa impostazione anche A. GNANI, *La responsabilità solidale*, cit., pp. 134 ss., 164 ss. Le decisioni ad essa riconducibili appaiono peraltro influenzate, in misura significativa, dalla difficoltà di identificare la quota di pregiudizio ascrivibile alle singole condotte lesive: così Cass., 2 luglio 1997, n. 5944, in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 3049 ss., giunge a riconoscere la solidarietà risarcitoria in un caso di danno alla reputazione arrecato da più soggetti mediante la diffusione, attraverso diversi canali di informazione, di notizie lesive dell'onore, affermando che l'unicità del danno va valutata "esclusivamente con riferimento alla posizione soggettiva del danneggiato" e che la coincidenza delle modalità di tempo e di luogo nella commissione degli illeciti consente l'individuazione dell'unico danno, ed esclude che i singoli contributi abbiano influito quali mere concause poiché hanno prodotto "un pregiudizio complessivamente maggiore di quello che la singola condotta censurata avrebbe posto in essere". Analogamente, in tema di diffamazione a mezzo stampa, Cass., 21 giugno 2004, n. 11560, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Competenza civile*, n. 115; non-

Con l'obiettivo di proteggere l'interesse del creditore, cioè, l'unicità del danno che giustifica la solidarietà è stata intesa in senso ampio: il pregiudizio sarebbe unico, e determinerebbe la solidarietà passiva, già soltanto se induce la lesione, pur contingente, di un medesimo interesse.

L'interesse del creditore diviene, in altre parole, l'elemento catalizzatore in funzione del quale misurare l'unicità del pregiudizio che giustifica il vincolo solidale.

Ma una simile radicalizzazione della rilevanza attribuita alla posizione creditoria ha ricevuto obiezioni, sia in chiave teorico-dogmatica sia per gli esiti pratici ai quali rischia di condurre e ha talvolta condotto<sup>34</sup>. Soprattutto per il sacrificio che essa è suscettibile di produrre nel momento in cui si tratta di apprezzare la varietà delle posizioni nelle quali in concreto si trovano gli autori di condotte potenzialmente rilevanti nella vicenda causativa del danno<sup>35</sup>.

---

ché, per un danno da inquinamento cagionato ad un fondo da scarichi provenienti da più stabilimenti produttivi, Cass., 28 aprile 2000, n. 5421, cit., per la quale l'autonomia delle singole condotte lesive non esclude la solidarietà ai sensi dell'art. 2055 c.c. se al "medesimo danno" hanno concorso, con efficacia causale, più condotte lesive. In precedenza, aveva riconosciuto la solidarietà risarcitoria esclusivamente in funzione dell'unicità del danno nonostante la obiettiva marginalità del contributo causale di uno dei danneggianti Cass., 16 febbraio 1996, n. 1199, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1436.

<sup>34</sup> Particolarmente critici della ricostruzione di una solidarietà risarcitoria che prescinderebbe, in ragione soltanto dell'identità dell'interesse leso, da qualsiasi nesso tra le posizioni dei condebitori o dalla verifica circa l'indivisibilità del pregiudizio riconducibile a molteplici condotte illecite, M. ORLANDI, *op. cit.*, pp. 104 ss.; ID., *Obbligazioni soggettivamente complesse ed equivalenza tra le prestazioni*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale*, Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile (Treviso, 23-24-25 marzo 2006), Padova, 2006, p. 182; A. D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, cit., pp. 279 ss.; ID., *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 63.

<sup>35</sup> Esempio di questo differente ragionare Cass., 6 luglio 2004, n. 12329, in *Danno e resp.*, 2004, p. 1193: «ove la situazione di danno o di pericolo in pregiudizio dello stesso soggetto, ancorché apparentemente unitaria con riferimento alla posizione del danneggiato, derivi materialmente da condotte autonome distinte, di per sé stesse idonee e sufficienti a cagionare eventi dannosi o pericolosi ontologicamente separati, non insorge una situazione di contitolarità passiva nel debito e non si fa luogo a solidarietà».

Di qui un orientamento più cauto, per il quale l'affermazione della responsabilità solidale richiede che tra le molteplici condotte illecite sia riscontrabile almeno un qualche 'nesso', un comune 'coinvolgimento'. Per quanto descrittive, e talvolta troppo vaghe, queste formule tradiscono tutte una presa di coscienza ormai netta: postulare, la dichiarazione della solidarietà da parte del giudice, l'accertamento dell'esistenza di una "relazione qualificata tra le condotte dei diversi soggetti danneggianti"<sup>36</sup>.

In coerenza con tale conclusione è stata esclusa la solidarietà passiva nei casi in cui le condotte lesive sono risultate cronologicamente distanti l'una dall'altra; o quando le quote di danno riconducibili a ciascuna di esse si sono rivelate identificabili e distinguibili<sup>37</sup>.

Tutto ciò ha reso possibile l'affermazione di principî di diritto ormai consolidati, non di rado proposti a mo' di *vademecum* per il ragionamento dell'interprete. Tra di essi, significativo quello che impone al giudice, "qualora il fatto illecito fonte di danno si articoli in una pluralità di azioni od omissioni poste in essere da più soggetti", di verificare e dare conto in motivazione "se si tratti di diversi segmenti di una unica catena causale, culminata in un danno unitariamente apprezzabile, o se in realtà si tratti di episodi autonomi, da tenere distinti anche sotto il profilo causale, che hanno provocato fatti dannosi diversi dei quali solo il partecipante a ciascun episodio può essere ritenuto responsabile"<sup>38</sup>.

La diffusione di un simile modo di procedere nell'accertamento delle responsabilità dei singoli è testimoniata anche da singoli passaggi delle motivazioni, solo talvolta fermati nelle massime.

---

<sup>36</sup> A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, cit., p. 47; per il quale (p. 57) tale relazione va intesa come "qualcosa di meno dell'unico titolo che avvince tutti i condebitori, ma è qualcosa di più della mera contribuzione causale all'evento, senza necessità di alcun genere di collegamento".

<sup>37</sup> Cfr. ancora l'attenta analisi di A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 58, coi richiami alle motivazioni, per il primo profilo, di Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 493, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Responsabilità civile*, n. 175; nonché, per il secondo, di Cass., 11 novembre 1987, n. 8312, in *Arch. civ.*, 1988, pp. 429 ss.; e di Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Vita not.*, 1999, pp. 273 ss.; in *Giur. comm.*, 2000, II, pp. 425 ss., con nota di M. CONTE, *Responsabilità della società di revisione in caso di revisione volontaria nell'ambito di una due diligence*.

<sup>38</sup> Così Cass., 25 settembre 2014, n. 20192, cit., in motivazione.

Come quello della decisione che, confermando la pronuncia di merito che aveva indicato “in quali termini operi la solidarietà”, ha reputato corretto il ragionamento con cui il danno è stato valutato “nella sua interezza, con [successiva] limitazione della responsabilità solidale in capo ad alcuni dei convenuti, per i quali il nesso causale è stato ritenuto sussistere solo con riguardo a una parte del danno”<sup>39</sup>.

Il corollario che ne discende è che il percorso logico seguito da chi imputa la responsabilità solidale ad una pluralità di soggetti, qualora anche soltanto una frazione del danno dipenda dalla condotta *esclusiva* di uno di essi, è poco rigoroso e finisce col violare gli articoli 1298 e 2055 c.c.

A queste norme, lette in coerenza con le altre del sistema della responsabilità contrattuale ed aquiliana, consegue che la solidarietà passiva esige che *ciascuno* dei responsabili abbia concorso alla generazione dell'*intera* obbligazione risarcitoria. Sicché non è corretto, in ragione di una pretesa unicità del danno assunta nella univoca prospettiva del danneggiato, attribuire rilevanza ‘solidale’ alla condotta di un potenziale responsabile, qualora egli non abbia *direttamente ed effettivamente* contribuito, per quanto anche in misura differente, alla lesione della sfera personale o patrimoniale altrui<sup>40</sup>.

Su questa linea si giunge a suggerire, benché ancora con prudenza, la configurazione di responsabilità proporzionali, commi-

---

<sup>39</sup> Cass., 16 gennaio 2018, n. 832, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 906 (s.m.). Su di essa v. anche M. MAGGIOLO, *op. cit.*, pp. 21 s., nota 24, che ne trae l’indicazione che “l’ordine logico vede dapprima individuato il danno eziologicamente riconducibile al fatto di (ciascuno dei) convenuti, e poi fissata la natura solidale dell’obbligazione risarcitoria sorta in capo a ciascuno per il danno (anche) dallo stesso causato”.

<sup>40</sup> V. ancora M. MAGGIOLO, *op. loc. ult. cit.*, al quale “pare che la solidarietà del debito risarcitorio possa sussistere solo rispetto al danno risarcibile eziologicamente imputabile a ciascuno degli obbligati: là dove invece una parte di danni sia riconducibile al solo fatto di taluno di essi, gli altri (...) non potrebbero essere chiamati a risponderne”. E ciò perché “le regole della solidarietà dell’obbligazione risarcitoria suppongono invero che il fatto illecito abbia generato l’intera obbligazione risarcitoria per ciascuno degli obbligati, senza che l’effetto (l’obbligazione da illecito e la solidarietà che la connota) possa determinare deroghe alle regole che identificano la fattispecie (fatto illecito, contrattuale o extracontrattuale; danno; e causalità giuridica tra il primo e il secondo).

surate all'entità dell'effettivo apporto causale di ciascuno dei soggetti coinvolti<sup>41</sup>.

La soluzione merita attenzione, perché utile a risolvere il conflitto tra una pluralità di soggetti tutti potenzialmente coinvolti – ma *non necessariamente, e non necessariamente in misura identica* – in una comune vicenda, contrattuale o extracontrattuale, lesiva di un terzo.

Rimane da segnalare che, proprio in questo tipo di vicenda, il conflitto non può dirsi risolto direttamente dalle norme: perché l'art. 1298, secondo comma c.c. fissa soltanto una presunzione di eguaglianza nelle parti del debito; e il secondo comma dell'art. 2055 legittima l'azione di regresso di chi ha risarcito il danno, contro ciascun altro dei responsabili, in una misura che è parametrata sui due criteri della gravità della rispettiva colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate. La ripartizione concreta dei pesi è in tal modo rimessa all'accertamento concreto del giudice: ciò che equivale dire, tenuto conto anche qui della presunzione di uguaglianza delle singole colpe (prevista dal terzo comma della medesima disposizione), che grava sui singoli responsabili l'onere di fornire la prova di elementi in grado di giustificare una distribuzione non paritaria delle responsabilità.

Il conflitto interno (tra i corresponsabili) si risolve, così, in modo non paritario soltanto se i singoli sono in grado di portare e dimostrare argomenti idonei a distinguere le rispettive posizioni; diversamente, tutti rispondono allo stesso modo. In ragione della solidarietà, invece, e quindi per la tutela assicurata al credito, la pluralità di corresponsabili ed il loro eventuale, diverso grado di coinvolgimento nella causazione del danno non incidono sul conflitto esterno (tra creditore e corresponsabili).

4. *Esdebitazione e obbligati in solido.* – Per quanto sommaria, l'analisi della giurisprudenza mostra dunque come, benché in-

---

<sup>41</sup> Cfr. L. Nocco, *Indirizzi giurisprudenziali di responsabilità proporzionale e recinto legislativo di solidarietà*, in *Le "nuove" obbligazioni solidali*, cit., pp. 60 ss.; A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, pp. 61 s., testo e nota 163, con ampiezza di richiami giurisprudenziali, anche per quel che attiene agli specifici casi nei quali si dà l'esistenza di una concausa naturale.

centrato su un sistema di norme – quelle del codice civile – rimaste inalterato, il modello italiano di responsabilità solidale abbia conosciuto un’evoluzione che ancora non è conclusa. Sicché viene da chiedersi se questo sviluppo non sia destinato ad essere influenzato dalla crisi economica dell’ultimo decennio, cui si è fatto cenno in apertura: un interrogativo, questo, che in realtà assume portata più ampia, ben potendo coinvolgere l’intero sistema dell’obbligazione e della responsabilità patrimoniale.

In primo luogo, la duratura stabilità del dato positivo contenuto nel codice civile non significa ovviamente che, ad un livello più ampio, il sistema non risenta dei pur settoriali interventi del legislatore degli ultimi anni (*infra*, § 5.). E a proposito di crisi, e di nuovo non soltanto per assonanze meramente terminologiche, la promulgazione del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza<sup>42</sup> fornisce, in materia di obbligazione solidale, un’interessante indicazione specifica.

Segnalato infatti, perché non del tutto irrilevante per i temi qui trattati, che l’art. 2, lettera a) del nuovo provvedimento offre ora la definizione normativa di *crisi* (quale “stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”), un’altra disposizione suggerisce un elemento di valutazione che può rivelarsi utile.

Ci si riferisce all’art. 278 che, in continuità con la modifica apportata nel 2006 all’art. 142 l. fall., continua appunto a prevedere che, in caso di esdebitazione (e cioè quando il debitore che ha partecipato ad una procedura concorsuale con li-

---

<sup>42</sup> Com’è noto, l’art. 389, comma 1 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 12 prevedeva un’entrata in vigore del nuovo Codice, per così dire generalizzata, decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (nel Supplemento Ordinario del 14 febbraio 2019, n. 3, dunque il 15 agosto 2020), con l’eccezione di un gruppo di disposizioni elencate nel comma 2, entrati in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del provvedimento. Al momento di licenziare queste pagine, i provvedimenti d’urgenza adottati per fronteggiare l’epidemia sanitaria da Covid-19 e le relative conseguenze economiche (su cui v. *infra* nel testo), e segnatamente l’art. 5 del d.l. 8 aprile 2020 n. 23, hanno disposto il differimento dell’entrata in vigore del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza al 1° settembre 2021.

quidazione dei beni venga liberato dai debiti residui grazie alla inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti), sono fatti “salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti dei co-obbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso”.

A fronte di una crisi dell'imprenditore co-obbligato, quindi, è ribadito che la liberazione dell'esdebitato non incide sul vincolo di solidarietà tanto da privarlo interamente della relativa operatività ed estinguerlo del tutto<sup>43</sup>.

Se ne trae un trattamento giuridico in linea con quello previsto dal secondo comma dell'art. 1299 c.c. per il caso di insolvenza di uno dei condebitori, a fronte del quale la perdita è ripartita tra tutti gli altri. Ciò che conferma, anche in caso di esdebitazione di uno dei co-obbligati, la funzione di tutela del credito svolta dall'obbligazione solidale: ché del resto sarebbe sistematicamente incoerente la soluzione della riduzione parziale dell'ammontare del debito, e addirittura eversiva quella della estinzione per tutti i co-obbligati.

Il conflitto tra condebitore esdebitato, co-obbligati e creditore viene così risolto a vantaggio del primo, liberato perché 'meritevole', sussistendo le condizioni di cui all'art. 280 del Codice della crisi d'impresa; e del terzo (che nonostante il sacrificio legato alla inesigibilità nei confronti dell'esdebitato, conserva integra la pretesa nei confronti dei co-obbligati. Per i quali ultimi, l'effetto dell'esdebitazione è la ripartizione della perdita indotta dalla liberazione di uno di essi.

---

<sup>43</sup> Cfr. D. VATTERMOLI, *L'esdebitazione nel passaggio dalla legge fallimentare al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), testo e nota 3, il quale rileva, “su di un piano generale”, come “il rapporto obbligatorio non si estingua e (...) sopravviva all'esdebitazione”: ciò che è “indirettamente” confermato proprio dalle disposizioni in esame (l'ultimo comma dell'art. 142 l. fall. e l'identico comma 1 dell'art. 278 del Codice della crisi d'impresa), che rendono “comunque salvi i diritti dei creditori concorsuali nei confronti dei soggetti (coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso) legati al debitore esdebitato dal vincolo della solidarietà passiva” (con la notazione che alla medesima conclusione si perveniva già nel quadro normativo previgente: ID., *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto “oggettivamente” concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2013, I, p. 799).

5. *Obbligazioni solidali e crisi. Postilla al tempo della pandemia da Covid-19.* – Abbandonando la limitata prospettiva dell'obbligazione solidale per ragionare in termini più generali, la prolungata crisi economica del secondo decennio di questo secolo ha portato con sé una serie di provvedimenti del legislatore speciale. I quali, sebbene con il tratto della disorganicità, hanno legittimato il dibattito sulla revisione di istituti tradizionali e concetti consolidati<sup>44</sup>.

In questo quadro si collocano i sempre più frequenti riferimenti alla "*difficultas praestandi*, connessa a variabili macro-economiche", e alla conseguente "impossibilità di prestare"<sup>45</sup>, o anche alla "impotenza del debitore"<sup>46</sup>; ad un inadempimento "debole" o "mite"<sup>47</sup>; ad un "prestito responsabile o sostenibile"<sup>48</sup>;

---

<sup>44</sup> U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, cit., pp. 116 s., discorre di 'indebitamenti', 'sovraindebitamenti' ed 'esdebitamenti', pubblici e privati, "quali figure mutanti e trasversali che non si sarebbero manifestate, e in seguito non si sarebbero rafforzate, senza un riferimento a più generali tendenze di natura economica e finanziaria". Anche A. DI MAJO, *Obbligazioni e tutele*, cit., pp. 128-137, si è chiesto "se una situazione di più generale *crisi economica* che investa, non già il singolo debitore, ma la collettività cui esso appartiene, sia tale da giustificare o, se non altro, da rendere 'incolpevole e/o scusabile' l'inadempimento, se non addirittura da poter realizzare una *causa di sospensione o addirittura di estinzione*, sia pure atipica, dell'obbligazione, al di là delle cause di estinzione codicistiche" (corsivo nel testo). Per R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *giustiziacivile.com*, editoriale del 9 aprile 2020, "[i]l primo scorcio di millennio consegna un'immagine delle categorie al fondo dei rapporti di credito alterata rispetto al disegno recatone dal codice civile e ancora di più, alterata, rispetto alla loro elaborazione classica, propria delle architetture concettuali trasmesseci dalla dottrina del secolo scorso".

<sup>45</sup> Così S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2019, p. 541, il quale osserva altresì che "[l]a stagione presente è invero dominata da un fiorire di formule accattivanti: inadempimento di necessità, impossibilità temporanea di adempiere, un'illiquidità quale causa di esonero da responsabilità (per il ritardo), tutte formule accomunate dall'idea che il debito entri in un periodo di sospensione quando il dissesto patrimoniale si leghi ad una *situazione di mercato del debitore*".

<sup>46</sup> F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in *AA.VV., I nuovi marciatori*, Torino, 2017, p. 164.

<sup>47</sup> S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, pp. 538, 542.

nonché, di riflesso, ad una “disciplina speciale dell’inadempimento per il consumatore”<sup>49</sup>, al “moltiplicarsi degli statuti debitori”<sup>50</sup> e ad un “nuovo statuto dell’insolvenza civile”<sup>51</sup>.

Vi si possono cogliere i segnali di una inversione della direzione verso cui oscilla il pendolo della storia: in particolare della storia dell’equilibrio nel rapporto tra debitore e creditore, in un punto oggi più vicino alle esigenze del primo<sup>52</sup>.

Poco più di 25 anni fa Pietro Rescigno, nell’ambito di una riflessione sollecitata dal problema del ‘debito esterno’ dei Paesi dell’America Latina, aveva di nuovo sconosciuto l’esistenza, nell’ordinamento italiano, di un principio generale di favore per il debitore: precisando tra l’altro che “[l]a condizione economica dei soggetti, ed in particolare quella del debitore, è (...) priva di influenza quando si debba valutare l’inadempimento e la responsabilità che ne consegue”<sup>53</sup>. Se l’affermazione è in linea di

---

<sup>48</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell’informazione e prestito responsabile nella Direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2014, pp. 523 ss.; e da ultimo G. LIBERATI BUCCIANI, *Il merito creditizio del consumatore*, Milano, 2019, pp. 5-23.

<sup>49</sup> V. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 553, in riferimento all’art. 120-*quinquiesdecies* del Testo Unico Bancario.

<sup>50</sup> S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, cit., pp. 533 ss.

<sup>51</sup> C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *ODCC*, 2017, pp. 282-284.

<sup>52</sup> Cfr. la notazione di A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 136: “All’interesse creditore, che figura privilegiato nelle procedure concorsuali, pur collettivamente gestito, subentra, nel sovra-indebitamento, una considerazione *inversa*, quella dell’interesse del debitore, e specie del consumatore, a risolvere la propria crisi, anche senza il consenso dei creditori (...)”. Per R. DI RAIMO, *op. loc. cit.*, “[l]a direzione assunta nella tutela dei debitori è assai bene espressa dalla disciplina del c.d. piano del consumatore”, che esprime – sebbene “parziale in quanto limitato alla patologia della crisi e non invece involgente appieno l’epicentro dei rapporti di credito” – “un segnale forte” ed “il sintomo di un approccio socialmente orientato alle vicende del credito”.

<sup>53</sup> P. RESCIGNO, «*Favor debitoris*», *ambiguità di una formula antica*, cit., c. 7; riflessioni sul tema già in Id., voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 173 ss.

massima tuttora condivisibile, una lettura attuale suggerisce di riflettere, almeno, sulla sua portata piena ed assoluta<sup>54</sup>.

Al momento di affidare queste pagine alla stampa, l'Italia e gran parte del mondo si trovano nel mezzo della epocale pandemia da Covid-19.

Come ancora insegnano indimenticabili pagine del passato, il giurista non è nuovo a situazioni in cui, pur immerso in una quotidianità drammatica, non abdica alla sua più propria "funzione tra gli uomini": "d'esser custode di valori civili"<sup>55</sup>, vigile scrutatore della realtà per adeguarla, quando necessario, a un più giusto e razionale ordine del futuro.

Operatori del diritto e cittadini si chiedono quale, tra le norme vigenti, si presti ad essere applicata alla presente situazione<sup>56</sup>; ed anche se gli effetti di alcuna, delle regole dettate dal

---

<sup>54</sup> Il dubbio è legittimo se A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*, è giunto ad affermare, ragionando sul "paradigma delle procedure concorsuali" e della "recente procedura di sovra-indebitamento", che "anche la 'crisi economica' esce dal circuito di *indifferenza* e/o dalla casualità in cui si trovava, per innestarsi in un dicorso circuito, che conosce un nuovo 'potere' del debitore e/o del consumatore, di (poter) governare la propria 'crisi', attraverso un accordo con i creditori o, in via privilegiata, in ragione del proprio ruolo di consumatore e/o dell'interesse del mercato".

<sup>55</sup> Risuonano le celebri parole con cui, all'epilogo del secondo conflitto mondiale, F. VASSALLI chiude *Del lus in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero sia la dogmatica ludicra*, Roma, 1944, p. 143; e la lezione che ne ha tratto G. BENEDETTI, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e ritratto*. Seminario coordinato da G. Benedetti e L.V. Moscarini, Milano, 1988, ora in *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 26, circa l'"impegno civile del giurista" anche nella "commozione per la tragedia che in quegli anni soffriva l'intera umanità". Su ciò anche ID., *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, pp. 1229-1299, ora in *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, pp. 19-81: "Il giurista non è concepito solo come *testimone*, ma come artefice di *giustizia*: esercitando l'*arte* del diritto, è interprete, custode, artefice di civiltà (...)" (pp. 56 s.). Pone dichiaratamente la domanda di senso nel contesto attuale C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020, specie nelle conclusioni di pp. 9 s.

<sup>56</sup> Tra molti, v. almeno F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, p. 8; A. GENTILI,

diritto dell'emergenza, saranno resi stabili e permanenti. Ma quest'ultima, al momento, è forse riflessione ancora prematura, poiché esige innanzitutto la fine dell'epidemia, o almeno il suo perdere le caratteristiche della eccezionalità, in modo da poterne valutare l'estensione definitiva e censirne le possibili conseguenze. Ciò su cui, invece, pare fin d'ora di potersi interrogare è, per così dire, il *precipitato* che la cultura giuridica saprà trarre da questa singolare esperienza<sup>57</sup>.

Stando al tema delle obbligazioni, il legislatore dell'emergenza ha al momento ragionato non nel senso di estinguere il debito perché la obiettiva situazione generale ostacola o rende economicamente insostenibile la prestazione. Ha piuttosto contemplato la possibilità di 'temperare' l'inadempimento, fissando criteri eccezionali alla cui stregua valutare la condotta del debitore, senza tuttavia escluderne la responsabilità, né in assoluto né in modo automatico<sup>58</sup>.

---

*Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, ivi, 29 aprile 2020, pp. 12 ss.; A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*.

<sup>57</sup> La prospettiva di una prima, pur dubbiosa riflessione sulle "conseguenze che la pandemia lascerà sul nostro sistema giuridico", in specie nel diritto dei contratti e delle obbligazioni, è adottata da N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, su *Il Sole 24 Ore* del 5 maggio 2020. Sull'interrogativo se "Covid-19 [possa] essere l'occasione per ripensare alcune categorie ordinanti del diritto civile o per costruirne di nuove" anche V. ROPPO-R. NATOLI, *Contratto e Covid-19*, in *giustiziainieme.it*, 28 aprile 2020, con la prospettiva di una possibile, "gigantesca esdebitazione di massa" (indicata da V. Roppo); e quelle della "revisione" della "categoria ordinante ... espressa nella formula *pacta sunt servanda*", volta "quanto meno ... al temperamento con altri non meno rilevanti, come quello *rebus sic stantibus*", e del ripensamento del "rapporto tra diritti e tecniche, soprattutto non processuali, di attuazione" (indicata da R. Natoli).

<sup>58</sup> Il riferimento è al comma 6-bis dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, per il quale "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti". Su di esso, in una miriade di commenti, v. almeno M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, p. 6 (per il quale "il giudice, che dovrà procedere all'accertamento dell'ina-

Sfruttando, allora, l'attuale strumentario concettuale, gli studiosi hanno proposto più soluzioni, in particolare per i rapporti contrattuali di durata: alcune incentrate sull'applicazione estesa, ma non sempre rigorosa<sup>59</sup>, di istituti positivi quali l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità; altre su logiche più innovative, non codificate ma conosciute e studiate da tempo, quale la rinegoziazione: reputata obbligatoria all'esito di interessanti percorsi argomentativi<sup>60</sup>, ovvero suggerita quale metodo alternativo di risoluzione delle prevedibili, inevitabili controversie<sup>61</sup>.

Sul piano generale, peraltro, rimane assai diffusa l'invocazione, talvolta quasi fideistica<sup>62</sup>, al principio di solidarietà: per "un'evol-

---

dempimento del debitore, anziché escludere la responsabilità di quest'ultimo solo ove venga da questi dimostrato, a norma dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento è dovuto a una impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, dovrà estendere la valutazione anche al rispetto delle misure di contenimento del Covid-19. Il giudice, in altre parole, nel compiere quell'indagine, sarà tenuto sempre ad allargare la sua valutazione all'accertamento del rispetto delle misure di contenimento del Covid-19 e, di riflesso, non potrà considerare il debitore responsabile se l'inadempimento derivi dal rispetto di quelle misure. E non è un caso che la norma parli di esclusione della responsabilità: ne discende che ove le misure siano state rispettate il debitore non sarà mai responsabile. Il criterio di responsabilità non è così la mancata prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a causa a lui non imputabile, ma il rispetto delle misure di contenimento da parte del debitore"); nonché V. ROPPO-R. NATOLI, *op. loc. cit.*

<sup>59</sup> Critica puntuale in M. ZACCHEO, *op. cit.*, pp. 2 ss.; e in A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 6 ss. Descrivono un "tradizionale armamentario dei rimedi contrattuali (...) indubbiamente spuntato" A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *op. loc. cit.*

<sup>60</sup> A.M. BENEDETTI-R. NATOLI, *op. loc. cit.*

<sup>61</sup> Cfr., pur con significative diversità di accenti, N. IRTI, *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, cit.; M. ZACCHEO, *op. loc. cit.*; A. GENTILI, *op. cit.*, p. 13; V. ROPPO-R. NATOLI, *op. loc. cit.*; F. MACARIO, *op. cit.*, pp. 5 s.

<sup>62</sup> Sferzante cenno ai "cantori della solidarietà e della buona fede, pronti a invocarle senza tanto preoccuparsi della logica del discorso e dei legittimi interessi delle controparti", è ora in A. GENTILI, *op. cit.*, p. 10. Su posizione opposta, e in una nuova prospettiva, U. MATTEI-A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020, ove la distinzione tra solidarietà "difensiva" e "sociale" (pp. 3-5), e la proposta della solidarietà da intendere quale "termine di funzionalizzazione del contratto" (pp. 8 ss.).

zione solidale del sistema in termini di effettività<sup>63</sup>; e anche, nella specifica prospettiva dei rapporti obbligatori, per una interpretazione in chiave solidaristica del concetto di impossibilità sopravvenuta<sup>64</sup>; con l'ennesimo invito alla centralità della buona fede quale tecnica di governo del rapporto<sup>65</sup>.

Senonché è stato chiarito che la solidarietà, per essere assunta e tradotta in precisi enunciati normativi, esigerebbe "precisione linguistica e rigore di concetti"; in modo da "evitar[e] il rischio del più arbitrario soggettivismo, ed anche tutelar[e] l'affidamento delle parti nel significato delle parole"<sup>66</sup>.

La sensazione è che l'epidemia, e l'emergenza economica che ne consegue, non hanno fatto altro che accentuare processi, sociali e giuridici, già in atto. È anche per questo che si ripropone un'alternativa che il giurista del nuovo millennio conosce bene.

Lasciare alla valutazione dei giudici, nelle aule dei tribunali e delle corti, l'individuazione della soluzione che appaia convincente, e che in definitiva sarà quella che, nel tempo lungo dell'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale prevalente, risulterà la meglio argomentata o la più persuasiva al fine di tradurre mozioni, aspirazioni ed esigenze emergenti dalla fattualità quotidiana.

---

<sup>63</sup> F. MACARIO, *op. cit.*, p. 8.

<sup>64</sup> Cfr. A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020.

<sup>65</sup> Dalle molteplici letture avanzate in questo periodo coglie "una riaffermazione della centralità della regola di buona fede come clausola generale in grado di affidare al giudice una tecnica di governo delle vicende contenziose", C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 3 s., per il quale "il valore della solidarietà", "tradotto tecnicamente nella clausola generale di buona fede o correttezza, costituisca una componente fondamentale della strumentazione argomentativa della quale si deve avvalere il civilista chiamato a fronteggiare i problemi derivanti dall'incidenza sul diritto dei contratti della pandemia in atto". Con la precisazione, tuttavia, che tale "presa d'atto" costituisce "solo il momento iniziale del discorso e non certo il suo approdo" (p. 5).

<sup>66</sup> N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, pp. 555 ss., e in *Jus civile*, 2018, p. 382, per il quale, anche, "[i]l dovere inderogabile di solidarietà esige una definizione laica e secolare, che sia compatibile con l'essenza antagonistica del mercato" accolta dall'ordinamento italiano in forza del vincolo ai trattati europei.

Ovvero confidare che il Parlamento, nel pieno esercizio delle sue funzioni, traduca in norme proprio le esigenze che emergono dal dibattito politico, così esercitando il tipico ruolo di interprete delle varie, pur contrastanti istanze sociali<sup>67</sup>; peraltro in una situazione di gravosa penuria di risorse, e con un debito pubblico interno che, già terzo al mondo prima della pandemia, potrebbe innalzarsi a livelli non conosciuti.

Rilevato che entrambi i possibili modi di risolvere i conflitti giuridici generati dalla pandemia (ri)attribuiscono allo Stato il suo ruolo ruolo ineludibile<sup>68</sup>, la verità è che la preferenza tra i due attiene ai convincimenti personali del giurista. E purtroppo, ancor più in questo momento, essa rischia di essere guidata non da razionale discernimento critico, ma dal livello di *sfiducia* nella capacità, dell'uno o dell'altro formante, di rinvenire una soluzione equilibrata, efficiente, rapida.

Ma così il discorso giunge alla crisi della società, della rappresentanza parlamentare e della democrazia: sicché non può che arrestarsi qui.

---

<sup>67</sup> In questa direzione, ad esempio, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 9: "l'emergenza che stiamo vivendo richiede soprattutto l'intervento del legislatore, che introduca regole puntuali, specifiche, di facile amministrazione ed in grado di garantire un elevatissimo tasso di prevedibilità del loro esito applicativo, così da circoscrivere quanto più possibile il contenzioso; non si tratta, dunque, tanto, in questo momento, di pensare ad una disciplina generale delle sopravvenienze, (...)bensì di dettare un autentico diritto dei contratti dell'emergenza".

<sup>68</sup> Per N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., pp. 75 s., "[s]oltanto la crisi, giuridica o economica, sospinge le imprese verso gli Stati, ai quali chiedono soccorso o protezione. Lo Stato, detentore della potestà legislativa e delle misure di coercizione, rimane l'ultima istanza. Non tanto la banale crisi dello Stato, ma piuttosto lo Stato della crisi, ossia lo Stato che, ricacciato nell'ombra e decretato di agonia, risorge al tempo delle crisi, di quegli scuotimenti, che rompono le ebbra vita della tecno-economia e la ricongiungono al dramma storico".



SALVATORE MAZZAMUTO\*

## IN RICORDO DEL MAESTRO PROF. GIUSEPPE BENEDETTI

Innanzitutto vorrei ringraziare il Prof. Carlo Pilia per l'invito al Convegno Internazionale. È stato un buon motivo per tornare a Cagliari, peraltro oggi ho avuto modo di rincontrare un mio vecchio assistente, il Presidente del Consiglio Giuseppe Conte. Allora il Prof. Carlo Pilia mi ha pregato di fare un discorso che mi commuove, il convegno è dedicato come avete visto al professor Giuseppe Benedetti; quindi è mio compito dire qualcosa a proposito di Giuseppe Benedetti. Intanto la sua scomparsa è stata un grave lutto per l'università, in un'epoca in cui i maestri del diritto civile sono ben pochi. Peppino Benedetti era anche un uomo di affetti, di sentimenti, nutriva per i suoi numerosi allievi un affetto di tipo paterno ed era anche un buon amico, in quanto di origine siciliana, aveva un alto sentimento dell'amicizia, ormai sconosciuta in altre zone d'Italia. Peppino Benedetti fu veramente un maestro, una guida per numerosi allievi, tra cui, qui a Cagliari, Filanti e poi per via di Filanti, Pilia, a Firenze Vettori, Rizzi, Orlandi.

Peppino Benedetti è stato sempre un commissario di alto livello, con una innata signorilità data dalle sue origini, infatti nacque a Canepina, amava ricordare i racconti della madre in dialetto siciliano. I nostri incontri erano un ricordo continuo. Per me è stato un amico e un collega perché quando mi trasferii a Roma lui mi rivolse ogni tipo di attenzione, ogni aiuto, ogni conforto. Poi da uomo ancora entusiasta aveva forte gioia di vivere, un amante dei viaggi, per esempio a Parigi si trasformava in un'altra persona, quasi un ragazzo. Anche dal punto di vista culturale per noi giovani della sinistra, parlo degli anni 60 anni 70 era come un esponente della vecchia guardia allievo, si era lau-

---

\* Professore di diritto privato all'Università Roma Tre.

reato con Vassalli che però morì precocemente, passò poi a Betti quindi a Santoro Passarelli di cui fu allievo fedelissimo e Peppino Benedetti gli fu fedele fino alla fine; essendo suo allievo prediletto collaborò tanto con Passarelli per esempio negli aggiornamenti delle dottrine generali.

La vita scientifica di Peppino Benedetti si può idealmente scindere in due fasi: una fase all'insegna della civilistica tradizionale, diciamo metodo sistematico, e poi la conversione sulla via di Damasco per l'ermeneutica, rileggendo i lavori di Peppino Benedetti così come anche quelli di Giovanni Ferri che io consideravo come esponenti della vecchia guardia da mettere all'indice. L'uno Peppino Benedetti col suo libro "Dal contratto al negozio giuridico unilaterale" e Giovanni Ferri con il discorso sulla funzione economico individuale del contratto avevano anticipato, senza manco saperlo, gli sviluppi del diritto europeo perché nel diritto europeo noi troviamo l'idea di una procedimentalizzazione della approvazione del contratto dentro la quale si creano conflitti che necessitano rimedi. Benedetti, così come Giovanni Ferri intuirono ciò, abbandonando l'idea della funzione economico sociale e abbracciando quella economico individuale che noi vogliamo leggere nel diritto Europeo sia nei *Principles of european contract law* se c'è una nozione di causa del contratto; tale nozione non è certo anti economico sociale che è stata soppiantata da altri metodi di controllo delle clausole abusive. Io ebbi l'occasione di scrivere la loro autocritica per il loro pensionamento, io ero un giovane professore di sinistra .

La civilistica italiana ha avuto varie fasi, tra cui una ribellione negli anni 60 che ha portato ad un ribaltamento poi l'introduzione del diritto europeo a complicare del tutto le cose quindi dagli anni 70 i nostri punti di riferimento non erano Santoro Vassarelli, non era professor Benedetti, non era il professor Giovanni Ferri.

Peppino Benedetti è stato quindi per una fase della sua storia un giurista tradizionale ma capace di intuire qualche cosa, era una mente aperta tant'è vero che poi passò all'ermeneutica. La verità è che lui aveva un solo vincolo nella sua idea dell'impegno scientifico, il vincolo della cultura, cioè tutto ciò che poteva essere mediato dalla cultura andava bene tutto ciò che ignorava il momento culturale andava male, aveva curiosità di tutti i

temi. Noi oggi lo rimpiangiamo tantissimo sia come uomo sia come studioso sia come amico: con lui abbiamo fatto tante cose, intrapreso strade comuni difficili, come la fondazione della unione dei privatisti.

In conclusione, come dice l'usanza ebraica, benedetta sia la sua memoria. Il suo stesso cognome, Benedetti, evoca un'origine ebraica e io sono sicuro che, guardandoci dall'alto, sarà contento che noi continuiamo imperterriti a ricordare la figura di questo grande maestro e di questo grande amico.



MANUEL GARCÍA MAYO\*

## LA PROTEZIONE DEI MINORI NELLA CASA FAMILIARE: COMPARATIVA TRA SPAGNA E ITALIA

SOMMARIO: 1. Introducción. - 2. Fundamento de la medida. - 2.1 La necesaria protección del más débil. - 2.2 Una necesidad habitacional de tipo personal o social. - 3. La vivienda propiedad de tercero: ¿comodato o precario? ¿protección del menor o protección del tercero propietario? - 4. La desprotección del menor o incapacitado por parte del tribunal supremo en sus últimos pronunciamientos. - 4.1. El hijo mayor de edad incapacitado: su no equiparación al hijo menor de edad. - 4.2. Extinción del uso atribuido por la convivencia *more uxorio* del progenitor custodio con una tercera persona. - 5. Conclusion y propuesta de *LEGE FERENDA*.

1. *Introducción*. – In Spagna, la protezione della famiglia come elemento naturale e fondamentale della società è stata il fulcro predominante nei vari testi normativi che sono stati citati sia a livello nazionale che internazionale. Insieme alla famiglia, la nostra Costituzione presta particolare attenzione alla casa familiare. Tali precetti costituzionali finiscono per influenzare il diritto civile, in cui, in una certa misura, si sviluppa questa protezione costituzionale della famiglia e, con essa, dell'alloggio familiare, mezzo essenziale di sussistenza. Il suddetto regime abitativo della famiglia nel codice civile è articolato in base alla situazione di stabilità (art. 1320 del codice civile spagnolo [di seguito, CC]) o crisi (art. 96 CC) del matrimonio. E, in ciascuna di queste situazioni, vengono affrontati sia il rapporto tra i coniugi sia il rapporto con terzi. L'art. 96 CC, d'altra parte, mentre svilupperemo questo lavoro, contempla la possibilità che, in caso di crisi coniugale, l'uso di quella che è stata una casa di famiglia possa essere attribuito all'uno o all'altro coniuge e ai figli se è il caso, indipendentemente dalla proprietà dell'abitazione di cui sopra. Vale a

---

\* Pofesor de derecho civil en la Universidad de Sevilla.

dire che la particolarità di questo regime giuridico consiste nella possibilità che il non titolare, in assenza di colui che lo è, possa continuare a utilizzare l'alloggio familiare. Questa misura ha causato non pochi conflitti dovuti, fundamentalmente, alla sua importanza economica, che l'ha resa un cavallo di battaglia nelle crisi coniugali. È da tener presente che, a vantaggio o a danno economico che la suddetta attribuzione implica, rispettivamente, per coloro che continuano a usare la casa e per coloro che devono abbandonarla, si è constatato che quest'ultimo, nonostante sia stato escluso dall'uso, in molti casi deve continuare ad affrontare il mutuo ipotecario che tassa le abitazioni familiari. Essendo, quindi, evidente l'importanza di questa protezione dell'alloggio familiare, non solo tra i coniugi, ma anche nei confronti di terzi, vale la pena chiedersi quale sia la base che giustifica l'esistenza di questo speciale regime giuridico al quale ci stiamo riferendo.

2. *Fundamento de la medida.* – Sobrenvenida la crisis matrimonial, y admitida la demanda de separación, nulidad o divorcio, cesa la obligación de vivir juntos (art. 102.1º CC). La familia queda dividida en dos: uno y otro cónyuge, así como los hijos que, en su caso, quedarán bajo la guarda y custodia de uno de ellos o de ambos. Ya no existe un grupo familiar – el cual ha quedado fragmentado –. No obstante, ese régimen jurídico especial de la que ha sido vivienda familiar se mantiene<sup>1</sup>. Cabría, pues, preguntarse, cuál es ahora el fundamento de que se mantenga ese régimen jurídico particular frente al general en virtud del cual el uso le corresponde, en todo caso, al propietario o titular de otro tipo de derecho sobre el inmueble.

2.1. *La necesaria protección del más débil.* – La medida contemplada en el art. 96 CC tiene un marcado carácter asistencial ante la situación de verdadero desamparo y necesidad cú'ue se pueden ver abocado los hijos y cualquiera de los cónyuges tras la crisis matrimonial. Así, roto el matrimonio, el derecho civil, inspirado

---

<sup>1</sup> Sobre el régimen jurídico de la vivienda familiar atribuida tras la crisis matrimonial, *vid.* GARCÍA MAYO, M., *Vivienda familiar y crisis de pareja: régimen jurídico*, Madrid, Reus, 2019.

por el principio de personalidad, ha de velar por proteger el interés del más débil – del más necesitado?. Es esto lo que justifica la existencia en el Derecho civil de un régimen imperativo a fin de defender a los más desfavorecidos. Son, en definitiva, razones de justicia las que obligan a conceder el uso de la vivienda al más débil, pero ¿qué tipo de necesidad es la que ha de tenerse en cuenta a la hora de identificar al miembro de la familia más débil?

*2.2. Una necesidad habitacional de tipo personal o social.* – La necesidad que se pretende satisfacer con la atribución del uso de la vivienda familiar no es una necesidad de cualquier tipo, sino una necesidad de tipo habitacional. La necesidad habitacional se entiende que existe cuando, además de la vivienda familiar, no se dispone de ningún otro derecho en el patrimonio que permita el uso de una vivienda que reúna las condiciones necesarias para su utilización, siempre que esta situación de necesidad no haya sido provocada (buena fe del art. 7.1 CC). Hemos, incluso, de precisar aún más esa necesidad de tipo habitacional. En virtud del art. 3.1 CC, las normas se han de interpretar atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas; uno y otra han de guiar, por tanto, al intérprete. En este sentido, ¿por qué el precepto se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar, y no de otra cualquiera? Porque la finalidad del legislador, con esta norma, no es la de satisfacer una necesidad habitacional de tipo – al menos exclusivamente – económica. El legislador es consciente de la función de relación social tan sumamente importante que tiene la vivienda familiar. Se trata, principalmente, de satisfacer una necesidad de tipo personal o social. La necesidad habrá de ir vinculada a la existencia de una serie de intereses que solo es posible satisfacerlos con la atribución de la vivienda que antes de la crisis matrimonial venía siendo la familiar, y no de otra. No es tanto un valor objetivo, como subjetivo. De no entenderse así, ¿por qué ha de ser, necesariamente, la vivienda familiar la que se atribuya y no cualquier otra que poseyese el mismo titular? ¿Por qué limitar el derecho de propiedad del cónyuge titular, constitucionalmente reconocido, en lugar de sustituir tal medida por una cuantía económica destinada a un alquiler? Porque la necesidad – reiteramos – no es – o no habría de ser –, según está planteado el precepto, meramente de tipo económica. En de-

finitiva, el fin *ratio* de la medida contemplada en el art. 96 CC y en virtud de la cual el uso de la vivienda familiar puede ser atribuido, una vez sobrevinida la crisis matrimonial, al cónyuge no propietario, no es otro que la protección del miembro de la familia más débil. El propio precepto presume que el interés más necesitado de protección, salvo prueba en contrario, es el de los hijos comunes menores de edad, en caso de haberlos, lo cual determina la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio. No obstante, los supuestos que se pueden presentar en torno a la vivienda familiar una vez acaecida la crisis matrimonial pueden ser muy diversos, sin que el precepto cuente *ni tiene por qué hacerlo* con respuesta para todos ellos. Entra, así, en juego, la interpretación de la norma por parte de los tribunales, que habrán de atender a cada caso concreto. Y lo cierto es que, en algunos casos, a la hora de proteger el derecho a permanecer en la vivienda del más débil frente al derecho de propiedad que ostenta el titular del inmueble, la postura de nuestros tribunales dista bastante de la mantenida por los tribunales de otros países con una medida similar a la nuestra, como es el caso de Italia, donde la protección del más débil parece más acentuada que en España. Y esto último se aprecia, básicamente, en tres supuestos: vivienda perteneciente a tercero y ocupada en precario; supuesto de hijo mayor de edad, pero incapacitado; y supuesto de convivencia marital con un tercero del cónyuge beneficiario del uso de la vivienda familiar en esta última. Veámoslos.

3. *La vivienda propiedad de tercero: ¿comodato o precario? ¿protección del menor o protección del tercero propietario?* – La *ratio* de los dos primeros párrafos del art. 96 CC es evidente que se encuentra inexorablemente unida a la protección de los hijos comunes menores de edad. Estos, y no otros, consideró – presumió – el legislador que, según lo defendido más arriba, eran los más débiles. Siendo tal interés el más necesitado de protección queda justificada, asimismo, la limitación del derecho de propiedad de uno o ambos progenitores, pues son ellos quienes tienen el deber de velar por sus hijos. Limitación al derecho de propiedad que vendría, a su vez, justificada por la función social a la que se refiere el art. 33.2 CE. El problema, en la

aplicación del art. 96 CC y, por tanto, en la atribución del uso de la vivienda familiar, ha surgido cuando el propietario de la vivienda no es ninguno de los cónyuges – progenitores –, sino un tercero. Hablamos, fundamentalmente, de aquellos supuestos en los que, bien la vivienda cuyo uso se atribuye venía ocupándose por la familia en virtud de un contrato de arrendamiento, o bien, simplemente, se venía ocupando sin contraprestación alguna. ¿Prevalece el interés de la parte más débil tras la crisis matrimonial – en nuestro caso, los hijos – o el interés del tercero, propietario de la vivienda y ajeno al matrimonio? Hemos de distinguir ambos supuestos. En primer lugar, en el caso de que la vivienda familiar fuera arrendada, con anterioridad a la Ley 29/2994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) existieron no pocas teorías sobre cómo proceder en aquellos casos en los que el arrendamiento había sido suscrito únicamente por uno de los cónyuges que era, a su vez, el que, bien por lo acordado en el convenio regulador, bien por la aplicación judicial del art. 96 CC, resultaba excluido del uso, en beneficio del cónyuge no titular. Frente a tal situación previa a la LAU, el actual art. 15 LAU contempla una solución expresa que beneficia el interés del miembro de la familia más necesitado de protección por encima del interés del tercero propietario de la vivienda: contempla expresamente una subrogación contractual, eso sí, siempre que se cumplan los dos presupuestos contemplados – la permanencia y el plazo – En segundo lugar, más dudas ha generado el supuesto en el que la vivienda familiar pertenece a un tercero, ajeno a la relación matrimonial, y la misma se ha venido ocupando por el matrimonio y sus hijos sin contraprestación alguna. Situación habitual cuando, tras el matrimonio, la escasez de recursos económicos lleva a los padres de uno de los recién casados a ceder a este el uso de una vivienda propiedad de aquellos. En estos casos, la clave se encuentra en determinar si aquella cesión del uso de la vivienda familiar fue en virtud de un contrato de comodato o si, por el contrario, ha de considerarse la existencia de una situación de precario. La diferencia entre una figura y otra – comodato y precario –, en lo que a sus consecuencias se refiere, son importantes. Encontrándonos ante el comodato del art. 1749 CC, el comodante únicamente podrá reclamar la cosa

cuando haya transcurrido el tiempo establecido o cuando haya concluido el uso para el que se entregó, contemplándose en el precepto como única excepción, que *“si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”*. En el caso de que nos encontremos ante un precario (art. 1750 CC), el “comodante” podrá reclamar la cosa a su voluntad, sin que pueda oponérsele la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Una vez incorporado el actual art. 96 al Código Civil español, es la STS 1118/1992 de 2 de diciembre, una de las primeras que se pronuncia sobre este asunto, considerando que la cesión – a la que nos venimos refiriendo en este epígrafe –, es constitutiva de un contrato de comodato. El Alto Tribunal mantiene que es causa de la cesión la de *“servir de vivienda, es decir para habitarla los esposos con sus hijas – nietas de los actores – (...) siempre en aras de prestar una ayuda económica al hijo en su matrimonio y a las nietas”*. El Tribunal, en aras de proteger, por encima de todo, la familia y la vivienda familiar, acude a un título – el comodato –, amparado en un uso, al que considera concreto y determinado, que es, cuanto menos, discutible, pero que le sirve a fin de evitar el inevitable lanzamiento que conlleva la confirmación del precario. Como mantiene HORNERO MÉNDEZ, hay un interés previsible *“dada la índole de las historias que subyacen en estos supuestos, por salvaguardar la justicia del caso”*<sup>2</sup>. Es, sin embargo, la STS 1022/2005 de 26 de diciembre, la que sienta las bases para fijar la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia, y que se sigue manteniendo en la actualidad. En esta sentencia, y en otras que la siguen, el Tribunal Supremo considera la existencia de un comodato durante la estabilidad matrimonial, aunque sin ofrecer mayor explicación. Ahora bien, a diferencia de aquella sentencia de 1992, el Tribunal concluye, aun sin extenderse en su fundamentación, que, una vez acaecida la disolución del matrimonio, se produce una conversión del comodato en precario, por cesar la razón de ser del contrato: *“al haberse convertido en un precario la posesión concedida inicialmente”* dice STS

---

<sup>2</sup> C. HORNERO MÉNDEZ, *“Cesión de vivienda a hijo casado: ¿comodato o precario? (Estudio jurisprudencial de una polémica)”*, en *RADP*, núm. 5, 2000.

1022/2005 de 26 de diciembre. La STS 910/2008 de 2 de octubre, por su parte, acaba fijando, como doctrina jurisprudencial, seguida por otras muchas sentencias, la siguiente: *“La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial”*. Prevalece, pues, el principio de libertad presunta de la propiedad y, con el mismo, el interés del propietario, que puede expulsar de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge, salvo que se demuestre la existencia de un contrato de comodato. La postura de la jurisprudencia española contrasta con la mantenida por la italiana, que apuesta por favorecer la continuidad de los hijos en la vivienda familiar. El Código Civil italiano regula la atribución del uso de la vivienda familiar de una forma muy similar al texto español. Sin embargo, en Italia, pese a la crisis matrimonial, el comodante está obligado a consentir la continuación del uso previsto en el comodato; en definitiva, el comodato sigue vigente, por lo que el comodante no dispone de derecho para recuperar la cosa en cualquier momento (art. 1810 CCit.), sino únicamente si alega y demuestra una necesidad urgente y sobrevenida. En cambio, en España, al considerarse que el comodato ha derivado en precario tras la crisis, podrá pedirse la restitución en cualquier momento. Es evidente, pues, que la solución aplicada por la jurisprudencia italiana favorece y protege a los hijos, que pueden conservar su *hábitat* – su entorno –. Ahora bien, lo hace sacrificando al comodante, quien asiste a una sustitución del comodatario originario por otro – el beneficiario del uso –, pese al carácter personal del contrato. De hecho, una opinión doctrinal italiana considera que el respeto al derecho de propiedad del comodante debería determinar, no solo la inoponibilidad de la asignación, sino también su imposibilidad jurídica<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid.: G. GABRIELLI, *“I problemi dell’assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia”*, en *Riv. dir. civ.*, núm. 2, 2003, parte primera, pp. 137 y ss.: *“il diritto di proprietà del terzo, qui del comodante, deve essere integralmente rispettato, se preesistente*

4. *La desprotección del menor o incapacitado por parte del tribunal supremo en sus últimos pronunciamientos.* – La propia letra del art. 96 CC, así como la interpretación que del mismo han venido realizando los tribunales, muestran la importancia que se le ha venido otorgando, en las crisis matrimoniales, a la protección del interés del menor por encima de cualquier otra cosa. Incluso el rechazo, más recientemente, al automatismo del art. 96.I CC ¿que llegó a ser dominante?, sigue salvaguardando al menor, en tanto que se presume, *iuris tantum*, que su interés es el más necesitado de protección a fin de que resulte beneficiado con el uso de la vivienda familiar, salvo aquellos supuestos ¿referidos? en los que podía verse afectado un tercero, propietario de la vivienda y ajeno a la relación matrimonial. Aun habiendo sido esa la tónica dominante desde la incorporación del art. 96 en el Código Civil, lo cierto es que en los últimos años venimos asistiendo, en cierta medida, a algunos pronunciamientos de la jurisprudencia que parecen olvidar cuál es el fundamento y el fin ¿la *ratio*? del art. 96 CC: la protección del interés del miembro más débil de la familia y, en cualquier caso, la protección de los hijos comunes menores de edad.

4.1. *El hijo mayor de edad incapacitado: su no equiparación al hijo menor de edad.* – Han sido varias las ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha referido, en resoluciones sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, a supuestos en los que existe un hijo, mayor de edad, discapacitado o incapacitado. Común denominador a todos estos supuestos es que el progenitor a cuyo cargo permanece este mayor de edad, a sabiendas del criterio seguido por el Tribunal Supremo, que excluye la consideración de los hijos mayores de edad a efectos de lo dispuesto en el art. 96.I CC, centra el peso de su argumentación en la necesidad de equiparar el hijo mayor de edad discapacitado

---

all'assegnazione, come del resto, ad altro proposito, la stessa giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto. Il rispetto del diritto di proprietà del comodante esige, a ben vedere, non già che l'assegnazione gli sia semplicemente inopponibile, ma che essa non venga affatto disposta"; OBERTO, G., *Famiglia e rapporti patrimoniali*, Giuffrè, Milán, 2002, p. 583; o BARBIERA, L., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Zanichelli, Bologna, 2001, p. 61.

o incapacitado a los hijos menores de edad, para que así le sea de aplicación el primer párrafo del art. 96 CC.

Si nos remontamos a la STS 325/2012 de 30 de mayo, la misma trae causa de un supuesto en el que se había declarado judicialmente la incapacidad plena de uno de los hijos, mayor de edad, rehabilitándose la patria potestad de la madre. El Tribunal Supremo consideró que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, estando, así, incluidos en el art. 96.I CC, que no distingue entre menores e incapacitados. Interpretación, esta, que consideraba avalada por la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la referida Convención.

Ahora bien, no ha sido esta la única sentencia dictada sobre el particular. Se ha de atender, asimismo, a la STS 31/2017 de 19 de enero, en la que la postura del Tribunal se distancia de forma notable de la mantenida en la sentencia anterior. En este caso, la esposa recurrente alega infracción del art. 96.I CC y solicita que la atribución del uso lo sea con carácter indefinido atendiendo a que convive con una hija, mayor de edad, que padece de una esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control. El Alto Tribunal desestimó el recurso considerando que, a diferencia del supuesto contemplado en la sentencia de 2012, ahora la discapacidad no había sido reconocida judicialmente, ni constaba en autos resolución administrativa de discapacidad. No obstante, no parece ser este el verdadero motivo por el que el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Uno de los argumentos en los que realmente se apoya el Tribunal Supremo para rechazar la equiparación pretendida – entre hijo menor e hijo mayor discapacitado – es en el carácter temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar. El art. 96 CC no configura el derecho de uso con carácter indefinido. En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad, su especial protección va vinculada a la minoría de edad ¿según viene interpretando la jurisprudencia, pues nada dice el precepto?. En cambio, en el caso de que el uso se atribuya en virtud de

la existencia de un hijo discapacitado – o con la capacidad judicialmente modificada –, precisamente por tener tal condición, difícilmente existirá un criterio de limitación temporal, pues tal discapacidad va a continuar, en principio, *sine die*.

Contrasta lo anterior con el tratamiento de la cuestión en Italia, donde se mantiene que, pese a la natural temporalidad del derecho atribuido, esta puede ser superada por razones particularmente graves, como la total invalidez del hijo mayor, que puede justificar una duración indefinida de la atribución<sup>4</sup>.

El Alto Tribunal, en la referida sentencia de 19 de enero de 2017, acaba considerando que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor.

El Tribunal Supremo, en cambio, sí reconoce la equiparación en supuestos de prestación de alimentos, con el fin de que pueda superarse la condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario. Es, precisamente, esta equiparación a efectos de alimentos, lo que hace que no se entienda la postura del Tribunal Supremo respecto a la atribución del uso de la vivienda, pues, pase a haber asimilado en infinidad de ocasiones la atribución del uso de la vivienda a los alimentos, ahora defiende la equiparación del hijo mayor discapacitado al menor solo a efectos de alimentos, pero no del uso de la vivienda.

Nosotros, en cambio, consideramos que el fundamento de la atribución del uso de la vivienda familiar y el de los alimentos difieren. Precisamente por eso compartimos – aun matizándola, como veremos a continuación – la postura del Tribunal Supremo, en tanto que una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta es que siempre haya de imponerse limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando haya otras formas de protección no discriminatorias. Así pues, según el Tribunal Supremo, alcanzada la mayoría de edad, las necesidades de vivienda y alojamiento que puedan tener los hijos, y que no puedan atenderlas por sí mismos, serán satisfechas mediante la obligación

---

<sup>4</sup> Vid. G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 222

de alimentos de los progenitores. En este mismo sentido se pronuncia la STS 167/2017 de 8 de marzo – en la que el hijo sufre esquizofrenia, al igual que ocurría en la sentencia de 19 de enero de ese mismo año –, así como la STS 181/2018 de 4 de abril – en la que existe, incluso, una rehabilitación de la patria potestad en favor de la madre –<sup>5</sup>.

Ahora bien, en el término medio está la virtud. Que nos opongamos a una equiparación, en todo caso, del hijo mayor de edad discapacitado o incapacitado al hijo menor de edad, no nos puede llevar tampoco a defender la postura adoptada por el Alto Tribunal en las últimas sentencias, en las que le resulta totalmente indiferente, a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar, el hecho de que existan hijos, mayores de edad, discapacitados e incluso incapacitados.

Nosotros consideramos necesario y justificado, en determinados casos, la referida equiparación. Será en aquellos supuestos en los que la situación de discapacidad o incapacidad hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, de forma que tal necesidad no fuera posible satisfacerla de otra manera. Es decir, mantenemos, como venimos haciendo en este trabajo, una interpretación de la norma según su fundamento y finalidad: la protección del más débil, encontrándose su necesidad habitacional directamente vinculada con la que ha venido siendo la vivienda familiar. Habría que atenderse, pues, caso por caso, a fin de valorar esa especial vinculación entre el hijo y la vivienda familiar.

4.2. *Extinción del uso atribuido por la convivencia more uxorio del progenitor custodio con una tercera persona.* – El otro de los supuestos en los que últimamente consideramos que se viene observando una cierta desprotección del menor tiene lugar cuando, tras la crisis matrimonial, el cónyuge que ha resultado beneficiario del uso de la vivienda familiar comienza una nueva relación sentimental y termina conviviendo maritalmente,

---

<sup>5</sup> Vid. M. GARCÍA MAYO, “La atribución del uso de la vivienda familiar y el hijo mayor de edad discapacitado. Comentario a la STS, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 181/2018 de 4 de abril”, en Revista Aranzadi de derecho patrimonial, núm. 46, mayo-agosto de 2018.

con la nueva pareja, en la vivienda cuyo uso le había sido atribuido. En estos casos, a los problemas económicos que puede acarrear la atribución del uso de la vivienda en el cónyuge que ha de salir de la misma – que en muchos casos habrá de seguir incluso haciendo frente al préstamo hipotecario –, se une, en esta situación concreta, un factor de tipo sentimental. Ahora bien, jurídicamente, ¿puede constituir esta circunstancia, *per se*, una causa de extinción del derecho de uso atribuido?<sup>6</sup> Habiéndose atribuido el uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (ex art. 96.I CC), cabe distinguir dos corrientes dentro de la doctrina y de la jurisprudencia. Para una parte de la doctrina y de la jurisprudencia menor, la convivencia marital del cónyuge beneficiario – y custodio – con un tercero en la vivienda familiar, no produce, por sí misma, una alteración sustancial de las circunstancias ni constituye, por tanto, causa de extinción del derecho. En cambio, ha existido otro sector de la doctrina y de la jurisprudencia menor para el que la circunstancia referida sí conlleva la existencia de una alteración de las circunstancias que se tuvieron en consideración en el momento de la atribución del uso. Concretamente, consideran que, con tal circunstancia, se produce la pérdida del carácter familiar de la vivienda, conllevado, esto último, la extinción del derecho de uso atribuido. Si bien la última de las posturas anteriormente referidas ¿partidaria de la extinción del derecho de uso atribuido? no venía siendo la mayoritaria, ha sido la adoptada en fecha muy reciente por el Tribunal Supremo en Pleno, en la STS 641/2018 de 20 de noviembre, primera ocasión en la que el Alto Tribunal se ha pronunciado respecto a esta cuestión, declarando extinguido el derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. El Tribunal, en la fundamentación jurídica de la sentencia, recurre a la STS 671/2012 de 5 de noviembre que, refiriéndose al art. 96 CC, dice que uno de los factores que elimina el rigor de la norma contemplada en el referido precepto es el carácter no familiar de la vivienda. Partiendo de lo ante-

---

<sup>6</sup> Vid. M. GARCÍA MAYO, “Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?”, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2019.

rior, el Alto Tribunal, en la sentencia de 20 de noviembre de 2018, afirma: *“La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su caso a una familia distinta y diferente»”; así como que “(...) no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial”*. Nosotros, en contraposición a lo mantenido por la citada STS de 20 de noviembre de 2018, hemos de posicionarnos junto con aquella otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia menor, para la que la convivencia marital del cónyuge beneficiario – y custodio – con un tercero en la vivienda familiar, no constituye, *per se*, una causa de extinción automática del derecho. No consideramos que exista fundamento jurídico suficiente para defender la pérdida del carácter familiar de la vivienda en el supuesto al que nos venimos refiriendo. Ante el silencio del art. 96 CC en lo que a causas de extinción del uso atribuido se refiere, se ha de acudir al fundamento, a la finalidad, de la medida contemplada en el art. 96.I CC. El fin no es otro que la protección de los hijos comunes menores de edad, satisfaciendo una necesidad habitacional de tipo social o personal, razón por la cual el art. 96 CC se sigue refiriendo a la vivienda familiar aun después de sobrevenida la ruptura matrimonial, extendiendo, así, el régimen jurídico de protección de la vivienda familiar incluso una vez rota la familia. Precisamente por ello, mientras siga existiendo la necesidad que motivó la atribución, el hecho al que ahora se alude – la convivencia marital – no es motivo suficiente para cesar en esa protección. Los únicos supuestos, hasta ahora, en los que el Tribunal Supremo ha considerado la extinción del derecho de uso atribuido por pérdida del carácter familiar de la vivienda, ha sido cuando los beneficiarios del uso abandonan el inmueble por encontrarse sus necesidades satisfechas por otros medios. En estos casos sí se encuentra fundamentado tal cese del régimen jurídico de la vivienda familiar, pues la necesidad ha cesado y el inmueble ha dejado de cumplir tal función, algo que no ocurre en el supuesto del que ahora nos ocupamos. No podemos, así, compartir el criterio del Tribunal cuando, en la reiterada sentencia de 20 de noviembre de 2018, considera que el domicilio familiar *“dejó*

*de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial*". Nótese que, en estos casos, aun siendo titular del derecho atribuido el cónyuge custodio, el uso se le atribuyó *per relationem*, por quedar bajo su custodia los hijos menores, cuyo interés es considerado el más necesitado de protección. Interés cuya protección está suficientemente justificada y que consistirá, a grandes rasgos, en la satisfacción de sus necesidades habitacionales, manteniéndolos en el mismo entorno en el que se han desarrollado. La mera convivencia marital a la que nos venimos refiriendo no modifica, altera, ni hace desaparecer, en modo alguno, el interés – la necesidad – que motivó la atribución. Tales necesidades son independientes y completamente ajenas a las circunstancias sentimentales del progenitor custodio y a la decisión de este de compartir, o no, la vivienda familiar con su nueva pareja. Dichas necesidades habitacionales de los hijos subsisten plenamente; continúan siendo idénticas a las del momento en que se atribuyó el uso. También subsiste el fundamento de aquella limitación del derecho de propiedad de uno o ambos padres: la obligación de los padres de velar por los hijos. Obligación que, al igual que no cesa a causa de la ruptura matrimonial de los progenitores, tampoco lo hace porque el cónyuge custodio conviva maritalmente con un tercero. No puede defenderse que ahora la vivienda haya pasado a servir a una familia nueva y distinta; sigue sirviendo, fundamentalmente, a los menores, que no han dejado de ser hijos – ni por tanto familia – del titular de la vivienda. Llega a afirmar, incluso, el Tribunal Supremo en la fundamentación jurídica de la reiterada STS 641/2018 de 20 de noviembre que *"No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio"*. Frente a ello, compartimos lo afirmado por la SAP de Madrid 217/2011 de 5 de mayo, en tanto que la presencia del tercero no le ocasiona al propietario de la vivienda ningún daño ?adicional?. El perjuicio económico proviene directamente de la prevalencia que el legislador ha otorgado al interés de los menores, y no del comportamiento de la demandante. Así pues, mientras el

interés de los menores siga siendo el más necesitado de protección, y la forma de protegerlo sea mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, a ello habrá de atenderse, independientemente de las relaciones que el cónyuge custodio pueda tener con un tercero. De no considerarse así, el interés de los menores quedaría desprotegido, dependiendo del éxito o fracaso de las relaciones de pareja del progenitor custodio. Si aceptamos lo que acabamos de defender, la única posibilidad de extinguir el uso atribuido sería a través de un procedimiento de modificación de medidas en el caso de que se entendiese producida una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en consideración en el momento de la atribución. Piénsese en el supuesto de que, habiendo rehecho su vida el progenitor custodio, la situación del excluido del uso sea tan sumamente precaria que el interés de los hijos, atendiendo a las nuevas circunstancias, haya dejado de ser el más necesitado de protección. A lo que nos oponemos es, pues, a que la mera convivencia marital con un tercero haya de suponer necesariamente una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para la atribución, así como a que ello conlleve, de forma automática, la extinción del derecho de uso atribuido. Más allá de la postura aquí mantenida por nosotros, cuestión distinta sería que el Código contemplase la referida convivencia marital con un tercero como causa de extinción. Así ocurre, por ejemplo, en Italia. El art. 337-*sexies* del Código Civil italiano, a diferencia del art. 96 del Código Civil español, sí contempla expresamente la extinción del derecho de uso cuando el beneficiario conviva *more uxorio* o contraiga nuevo matrimonio. Ahora bien, pese a tal previsión, la Corte Constitucional (*vid.* Corte Cost., 30 de julio de 2008, núm. 308) no considera la extinción automática, sino que la subordina a un juicio de conformidad al interés de los hijos. Cualquier automatismo en esta materia – considera – significaría descuidar el interés de los niños que la norma eleva a un parámetro fundamental y prioritario de referencia. En la doctrina, POMODORO, GIANNINO y AVALLONE<sup>7</sup> señalan que el párrafo tiene un evidente carácter punitivo para el progenitor y aca-

---

<sup>7</sup> L. POMODORO, P. GIANNINO, y P. AVALLONE, *Manuale di diritto di famiglia e dei minori*, UTET, Turín, 2009.

ban cuestionándose la propia constitucionalidad de la norma, en tanto que hace recaer sobre un sujeto – el hijo –, cuyo interés se ha tomado en consideración, las consecuencias de acciones realizadas por tercero – el progenitor –.

5. *Conclision y propuesta de LEGE FERENDA* – In breve, le disposizioni di questo documento mostrano come, sebbene la Spagna abbia un regolamento molto simile a quello dell'Italia per quanto riguarda l'attribuzione dell'uso della casa familiare, la verità è che l'applicazione pratica della misura da parte di giurisprudenza differisce molto in entrambi i paesi. La giurisprudenza italiana è molto più protezionistica per le persone più deboli della famiglia e, in particolare, per i minori. La giurisprudenza spagnola, nel frattempo, ha compiuto passi da gigante per la protezione prioritaria dei diritti di proprietà e, con essa, il proprietario della casa, in tal modo, ha ignorato la fine della misura. E ci si potrebbe chiedere: perché questa posizione dei tribunali spagnoli di non proteggere i più deboli per proteggere i diritti di proprietà? Forse, a causa delle situazioni di abuso a cui ha comportato questa misura gratuita. Per evitare tale abuso e realizzare il vero scopo della misura -non economico- proponiamo una soluzione di *lege ferenda* ispirata alla legge francese e portoghese, che consiste nella costituzione di un contratto di locazione forzata della casa familiare a favore del familiare più debole<sup>8</sup>. La costituzione di un contratto di locazione e, con esso, la determinazione di un reddito che deve essere pagato da chiunque sia il beneficiario dell'uso, comporterebbe una notevole riduzione degli interessi delle parti a essere beneficiari dell'uso. Pertanto, le parti verrebbero incoraggiate a chiedere l'attribuzione dell'uso della casa solo se fosse effettivamente necessario per coprire un'esigenza sociale o personale e non semplicemente al solo scopo di beneficiare, senza alcun pagamento, di un misura di notevole valore economico. Inoltre mitigherebbe il danno simultaneo che la misura produce nel coniuge che, pur essendo il proprietario della casa, è escluso dall'uso della

---

<sup>8</sup> Vid. M. GARCÍA MAYO, "El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España", *Actualidad Civil*, n° 9, 2019.

stessa. La costituzione del contratto di locazione forzata, sicuramente, ridurrebbe, anche indirettamente, il conflitto in due dei casi a cui abbiamo fatto riferimento: quei casi in cui la casa è di proprietà di una terza persona e quello della convivenza del coniuge beneficiario con un terzo nella casa familiare attribuita. La fissazione di un pagamento ridurrebbe i casi in cui, rispettivamente, il proprietario sollecita lo sfratto dei familiari che rimangono in casa o il coniuge escluso dall'uso richiede la cessazione dell'uso attribuito. Inoltre, in entrambi i casi, poiché non è più una misura gratuita, sono probabilmente i possibili beneficiari che scelgono di allocare l'importo dell'affitto per l'affitto di una casa diversa da quella che era stata familiare. Allo stesso modo, con la configurazione dei media qui proposta, l'incertezza giuridica generata dall'assenza di un chiaro e determinato regime giuridico in base al quale governare il diritto d'uso attribuito finirà: nel caso spagnolo, sarà quindi applicabile, le disposizioni del LAU come regime comune, ovvero, nel rispetto delle caratteristiche essenziali, è adattato a questo speciale contratto di locazione forzata che viene proposto. Infine, non è possibile opporre alla configurazione della misura proposta, al possibile danno o persino alla mancanza di protezione a cui il coniuge o il genitore beneficiario potrebbero essere sottoposti nel caso in cui avesse effettivamente mezzi economico limitati con cui affrontare l'affitto. Il giudice, in ogni caso, determinerà l'importo del contratto di locazione, tenendo conto, tra l'altro, delle circostanze economiche del beneficiario.



CARLO GRANELLI\*

## AUTODETERMINAZIONE E SCELTE DI FINE VITA

Il mio intervento si concentrerà – in modo estremamente sintetico – sulla più drammatica tra le “crisi” che possono coinvolgere l’essere umano: quella della sua morte e delle relative scelte di fine vita.

Gli enormi progressi fatti registrare negli ultimi decenni dalla scienza e dalla tecnologia medica – se, da un lato, consentono oggi di sottrarre alla morte, magari grazie all’ausilio di trattamenti di sostegno vitale, persone che un tempo non avrebbero avuto possibilità di sopravvivenza – da altro lato, però, non sempre riescono ad assicurare all’assistito condizioni di vita che lo stesso ritenga degne ed accettabili. Il che ha finito con il dischiudere spazi un tempo neppure prospettabili in tema di scelte terapeutiche, in generale, e di decisioni di fine vita, in particolare. La nostra legislazione – lo ricordo soprattutto a beneficio dei nostri ospiti stranieri – era tradizionalmente improntata alla più rigorosa tutela della sacralità della vita umana. Tre i principi di fondo:

- a) illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 375 cod. pen.) – è sempre stata la condotta di chi, per qualsivoglia ragione (anche *pietatis causa*), avesse provocato o anche solo accelerato la morte di un altro soggetto (c.d. “omicidio”); in particolare, per quanto ci riguarda più da vicino, illegittima – ed anche penalmente perseguita – è sempre stata ritenuta la condotta dell’esercente la professione sanitaria che non avesse posto in essere, secondo “scienza e coscienza” (come si usava dire), tutti i trattamenti che la medicina gli metteva a disposizione per salvare o, quanto meno, prolungare la vita del paziente;
- b) illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 579 cod. pen.) – è sempre stata altresì la condotta di chi avesse provo-

---

\* Professore di diritto civile all’Università di Pavia.

cato la morte di un altro soggetto, seppure “*col consenso di lui*” (c.d. “*omicidio del consenziente*”); in particolare, per quanto ci riguarda più da vicino, illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 579 cod. pen.) – è sempre stata ritenuta la condotta di chi, anche esercente la professione sanitaria, avesse provocato od anche solo accelerato (magari mediante somministrazione di farmaci ad effetto letale immediato) la morte di chi pure la sollecitava al dichiarato fine di sottrarsi alle sofferenze, determinate da una malattia grave e dall’esito sicuramente infausto, dallo stesso ritenute non ulteriormente tollerabili (c.d. “*eutanasia*”);

c) infine, illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 580 cod. pen.) – è sempre stata pure la condotta di chi, anche esercente la professione sanitaria, avesse agevolato l’altrui proposito suicida, pur autonomamente e consapevolmente maturato, quand’anche espresso da persona che, affetta da malattia grave ed irreversibile, volesse dichiaratamente sottrarsi alle relative sofferenze fisiche e psicologiche, dalla stessa ritenute non più tollerabili (c.d. “*aiuto al suicidio*”).

Il *discrimen* fra la seconda e la terza ipotesi – “omicidio del consenziente”, da un lato, e “aiuto al suicidio”, da altro lato – è sempre stato ravvisato nel fatto che, nel primo caso, è il terzo che dà la morte a chi la richiede; mentre, nel secondo caso, è il suicida che si dà la morte da sé, seppure grazie all’intervento adiutorio del terzo.

Giuridicamente non sanzionata è sempre stata solo la condotta di chi si fosse dato la morte da solo (c.d. “*suicidio*”) – o avesse tentato di darsi la morte da solo (c.d. “*suicidio tentato*”) – senza l’ausilio di terzi.

Altresì giuridicamente non illegittima è sempre stata considerata la condotta di chi si fosse limitato a praticare al paziente, con il consenso di lui, “*cure palliative*”, che – senza incidere sulle sue residue aspettative di vita – si limitavano ad aiutarlo a morire senza sofferenza (c.d. “*accompagnamento nel morire*”).

Oggi, siffatto sistema di regole si va progressivamente sgretolando.

La *prima* – fondamentale – *tappa* di tale processo risale agli anni ‘70 del secolo scorso, allorquando si è assistito ad una vera e propria “*rivoluzione copernicana*” nella concezione del rap-

porto medico/paziente: proprio in quegli anni al tradizionale *modello* di stampo *paternalistico* – imperniato sull’obbligo del medico di trattare il paziente secondo i migliori dettami della scienza medica, a tutela di diritti fondamentali ed indisponibili dell’individuo, quali la vita e la salute, senza troppo curarsi dell’opinione del malato, visto più come “oggetto” che come “soggetto” dell’attività terapeutica – si è venuta rapidamente sostituendo una *visione* di stampo marcatamente *personalistico* del rapporto di cura, imperniata sul c.d. “principio di autodeterminazione” dell’assistito, di cui non è stato difficile trovare fondamento addirittura a livello costituzionale (art. 32, comma 2, Cost., laddove prevede che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”). Di qui il rapido affermarsi, nel diritto applicato dalle corti, della regola secondo cui – come si esprime oggi l’art. 1, comma 1, L. 22.12.2017, n. 219 – “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata”, con la conseguenza che “ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso”, così come ha “il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento” (così si esprime ora l’art. 1, comma 5, L. n. 219/2017): “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale” (così si esprime ora l’art. 1, comma 6, L. n. 219/2017).

La *seconda tappa* del processo di progressivo distacco dall’impostazione tradizionale risale ai primi anni del nuovo secolo, allorquando regole come quelle appena enunciate – espressione del “principio di autodeterminazione” – cominciarono ad affermarsi valide non solo con riferimento agli accertamenti diagnostici ed ai trattamenti sanitari rivolti alla cura dell’assistito, ma anche con riferimento a quelli c.d. “salvavita”: con riferimento, cioè, a quegli accertamenti/trattamenti che la scienza medica indica come idonei a scongiurare o, quantomeno, ad allontanare il rischio di morte dell’infermo.

In sintesi, si viene consolidando il principio secondo cui il diritto alla salute, costituzionalmente garantito, implica anche il suo risvolto negativo: cioè, il “*diritto di non curarsi*” e, persino, il “*diritto di lasciarsi morire*” (di lasciare, in altre parole, che la malattia segua il suo corso naturale sino all’*exitus* finale).

Siffatti principi, ancora una volta, si impongono inizialmente in giurisprudenza. Punto di riferimento obbligato, al riguardo, è il c.d. “caso Welby”.

Piergiorgio Welby era un giornalista, politico, poeta, pittore, che – affetto da distrofia fascio-scapolomereale – sopravviveva esclusivamente grazie al supporto di un respiratore automatico, al quale era stato collegato fin dal 1997 e che, in piena lucidità, aveva reiteratamente ed inequivocabilmente espresso la volontà di ottenerne il distacco, sotto sedazione terminale: risultato, quest’ultimo, raggiunto solo nel 2006, grazie all’intervento di un anestesista cremonese, il dott. Mario Riccio, che provvedeva, prima, alla sedazione del paziente e, subito dopo, al distacco del ventilatore automatico, cui seguiva la morte di Piergiorgio Welby nell’arco di circa mezz’ora. Il dott. Riccio – siamo nel 2007 – veniva assolto dall’accusa di omicidio volontario per essersi limitato ad assecondare la richiesta (libera, cosciente ed informata) del paziente di interrompere il trattamento salvavita in atto e, conseguentemente, di lasciare che la natura facesse il proprio corso. Tant’è che immediatamente dopo l’attenzione non solo degli operatori del settore, ma anche della pubblica opinione veniva polarizzandosi su un diverso – e conseguente – problema: *quid iuris* nell’ipotesi in cui il paziente, a causa del proprio stato, non fosse in grado di esprimere coscientemente l’assenso/rifiuto ad un trattamento sanitario salvavita? Anche in questa ipotesi è d’obbligo il riferimento ad un *leading case*: il c.d. “caso Englaro”.

Eluana Englaro era una giovane donna che, a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato in conseguenza di un incidente in motorino, giaceva in uno stato vegetativo persistente e permanente, in assenza di qualsiasi attività psichica. Il padre, nominato tutore di Eluana allorquando la stessa era divenuta maggiorenne, chiedeva che la figlia fosse lasciata morire, interrompendo i trattamenti di nutrizione ed idratazione artificiale che la tenevano in vita.

A fronte del vuoto normativo, è stata la Suprema Corte – con sentenza 16.10.2007, n. 21748 – a delineare la soluzione, demandando la relativa decisione al rappresentante legale dell’incapace, con la precisazione però che quest’ultimo avrebbe potuto optare per il rifiuto/interruzione del trattamento salvavita solo nell’ipotesi in cui il paziente incapace dovesse essersi venuto a trovare in uno “*stato vegetativo (...) irreversibile*”, che “– *tenendo conto della volontà espressa dall’interessato prima di cadere in tale stato, ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona*”.

Su questi temi il legislatore è intervenuto solo nel 2017 – con 10 anni di ritardo – con legge n. 219/2017, che – come non ha mancato di evidenziare la stessa Corte costituzionale nella propria ordinanza n. 207/2018 – “*recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta (...) la giurisprudenza ordinaria, in particolare a seguito delle sentenze sul caso Welby (Tribunale ord. di Roma, 27.10.2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21748)*” (così Corte cost., ord. 16.11.2018, n. 207, § 8): tradotto in un linguaggio meno curiale, la Corte costituzionale ha – giustamente – evidenziato come l’intervento legislativo del 2017 risulti non solo tardivo, ma anche ormai sostanzialmente inutile.

La terza – e, al momento, ultima – tappa è proprio di questi giorni.

Il caso che vi ha dato origine è a tutti noto in Italia; ma lo richiamo a beneficio dei colleghi e amici stranieri.

Fabiano Antoniani – conosciuto dal grande pubblico come DJ Fabo – a seguito di un grave incidente stradale avvenuto nell’estate 2014, era rimasto tetraplegico, affetto da cecità bilaterale corticale (dunque irreversibile), non autonomo nella respirazione (con conseguente necessità dell’ausilio, seppure non continuativo, di un respiratore) e nell’alimentazione (con conseguente necessità di nutrizione per via intraparietale), percorso da ricorrenti spasmi e contrazioni che gli procuravano acute sofferenze. Intatte conservava, però, le facoltà intellettive e la sensibilità al dolore.

Maturato un pienamente consapevole proposito di porre fine ai propri giorni, DJ Fabo chiedeva non già l'interruzione dei trattamenti di ventilazione e di alimentazione artificiale con cui era tenuto in vita, bensì – al dichiarato fine di evitare le sofferenze cui sarebbe andato inevitabilmente incontro nell'arco temporale (dai medici stimato in alcuni giorni) fra la cessazione dei trattamenti salvavita ed il sopravvenire del decesso – di essere aiutato ad assumere un farmaco che gli avrebbe procurato una morte immediata, sottraendolo ad ulteriori sofferenze. Era così che DJ Fabo veniva trasportato, a bordo di un'autovettura appositamente attrezzata, con alla guida il sig. Marco Cappato, in una clinica svizzera, dove due giorni dopo, azionando con la bocca uno stantuffo, lo stesso DJ Fabo si iniettava in vena il farmaco letale. Marco Cappato veniva imputato del reato di cui all'art. 580 cod. pen. (*"aiuto al suicidio"*) per aver, accompagnandolo in Svizzera, agevolato il proposito suicida liberamente e consapevolmente maturato – e, poi, autonomamente realizzato – da DJ Fabo.

Il dubbio di illegittimità costituzionale dell'incriminazione della cooperazione materiale al suicidio, sollevato dal giudice di merito, giungeva alla Corte costituzionale, la quale – con la già ricordata ordinanza 26.11.2018, n. 207 – aveva a rilevare:

a) che l'illeceità penale dell'aiuto al suicidio è *"funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento"*: in particolare, *alla tutela del diritto alla vita, soprattutto dalle persone più deboli e vulnerabili*; *"persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita"*; con la conseguenza che – in sé – *"l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione"* (§§ 7 e 8);

b) che tuttavia – se la legge prevede oggi *"l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)"* – non vi è ragione perché debba porsi *"un ostacolo assoluto, penalmente"*

*presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento, apprezzato come contrario alle propria idea di morte dignitosa, conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale" (§ 9).*

La Corte – siamo a fine 2018 – non pronunciava, però, immediatamente l'incostituzionalità della norma che contemplava un divieto – assoluto e generalizzato – di aiuto al suicidio; e ciò per il fatto che una decisione in tal senso avrebbe determinato un vuoto normativo, che non rientrava nei suoi poteri colmare: sarebbe stata infatti necessaria una puntuale individuazione dei presupposti in presenza dei quali il concorso materiale al suicidio possa considerarsi lecito, così come dei controlli della loro effettiva ricorrenza nel caso di specie, dei soggetti (se solo gli esercenti la professione sanitaria o qualunque consociato: familiari, amici, associazioni che offrono aiuto al suicidio, ecc.) legittimati a prestare il proprio aiuto alla realizzazione del proposito suicida, delle "procedure" per la relativa attuazione, delle strutture entro cui dar esecuzione al necessario trattamento, della possibilità, per il personale sanitario eventualmente coinvolto, di opporre l'obiezione di coscienza, ecc.

Di qui l'inusuale scelta della Corte di rinviare la decisione definitiva di poco meno di un anno, onde *"consentire (...) al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa"* al riguardo.

*"Riflessione e iniziativa"* che il nostro Parlamento ha clamorosamente mancato. Arriviamo così al 25 settembre scorso, quando la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 580 cod. pen. nella parte in cui punisce chi – riporto le parole usate nel comunicato ufficiale della Corte – *"agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli"*. *"In attesa di un indispensabile intervento del legislatore"*, la Corte ha peraltro *"s subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte*

*di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente”.*

Poiché la motivazione della sentenza della Corte costituzionale non è stata ancora depositata, è prudente astenersi da qualsiasi commento, che potrebbe presto rivelarsi fuori luogo.

Mi limiterò, quindi, a due sole – brevi – osservazioni di fondo. Prima osservazione. La Corte costituzionale ha indicato quali opzioni debbano ritenersi precluse al legislatore, perché le stesse risulterebbero in contrasto con inderogabili principi costituzionali. Non ha però inteso escludere che il Parlamento ben possa – oggi o, più probabilmente, domani – legittimamente intervenire per ulteriormente allentare quella “cintura protettiva” (come la definisce la stessa Corte) che l’art. 580 cod. pen. aveva steso a tutela di chi – soprattutto, persone deboli e vulnerabili – potrebbe, per le più varie circostanze della vita, essere indotto a desiderare di congedarsene prematuramente.

Voglio dire che la legalizzazione del suicidio assistito – inizialmente prospettata, come oggi viene prospettata, per pochi “casi pietosi”, del tutto eccezionali – ben potrebbe, in futuro, venir *legittimamente* (dal punto di vista costituzionale) estesa ad altri casi, subordinandone la liceità non più solo all’esistenza di patologie gravi ed inguaribili che siano causa di sofferenze fisiche e/o psichiche percepite dall’interessato come insopportabili, ma anche, ad es. – come pure si discute in altri Paesi – alla ricorrenza di gravi situazioni di disagio esistenziale, di sofferenza psicologica generata dalla mancanza di autonomia della persona e conseguente necessità gravare (economicamente, ma non solo) sui familiari, di situazioni di confusione mentale o di depressione, di solitudine, di incapacità di intendere e volere (come nel caso di persone affette da gravi ed irreversibili forme di demenza senile), ecc. Non appare, quindi, affatto peregrina la metafora del “pendio scivoloso” evocato da taluni per richiamare l’attenzione sulla possibilità che un’apertura alla legittimazione del suicidio assistito, inizialmente circoscritta a casi particolari e ben limitati, possa un domani allargarsi ad ipotesi originariamente neppure prese in considerazione. Non intendo esprimere qui giudizi di valore: se, cioè, quella appena delineata costituisca una prospettiva auspicabile o, al contrario, un pericolo da temere ed evitare. Voglio solo segnalare una possibile

– e, forse, probabile – linea di evoluzione del nostro sistema normativo. Chi ricorda che la disciplina dei “casi di scioglimento del matrimonio” venne originariamente – alla fine degli anni '60 – presentata, per tranquillizzare la pubblica opinione (specie di matrice cattolica), come “piccolo divorzio”; chi ricorda che la normativa in tema di interruzione volontaria della gravidanza venne originariamente – negli anni '70 – presentata, sempre per tranquillizzare la pubblica opinione (specie di matrice cattolica), come volta alla liberalizzazione dell'aborto solo nei “casi pietosi”, non potrà non condividere questo mio caveat. Seconda osservazione. La Corte costituzionale, con la sua recentissima decisione, ha fatto segnare un salto di qualità in punto di scelte di fine vita: invero, il c.d. “principio di autodeterminazione” viene ora ritenuto operativo non solo con riferimento agli accertamenti diagnostici ed ai trattamenti sanitari rivolti alla cura del paziente, non solo ai trattamenti salvavita, che possono essere dal paziente legittimamente rifiutati, lasciando così che la malattia faccia il proprio corso naturale fino all'exitus finale, ma anche con riferimento ad interventi volti a provocare/accelerare il fine vita. Si passa, così, dal legittimare la collaborazione (passiva o attiva) del terzo al disegno del paziente di lasciarsi morire al legittimare la collaborazione (attiva) del terzo ad disegno del paziente di darsi la morte: si passa, cioè, dal legittimare il lasciare morire al legittimare l'agevolare la morte. A fronte di un siffatto salto di qualità, diviene però problematico escludere che debba ritenersi costituzionalmente illegittima anche la normativa – art. 579 cod. pen. – che sanziona penalmente la condotta del terzo che, pur in presenza di presupposti analoghi a quelli che legittimano il suicidio assistito, procura – lui – la morte del paziente che, liberamente e consapevolmente, la richiama: c.d. “eutanasia” (attiva). Mi spiego: DJ Fabo, in piena lucidità, si è dato da sé la morte, seppure con il necessario (e legittimo) aiuto dal sig. Marco Cappato; ma *quid iuris*, se DJ Fabo non fosse stato materialmente in grado di darsi da sé la morte, ma solo di esprimere la volontà, libera e consapevole, che gli venisse somministrato quel medesimo farmaco letale che lo stesso non era nelle condizioni di assumere? Al riguardo, si è osservato che, “se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe con-

*dizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di un'ferrea ed indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa della predetta interruzione": non sono, queste ultime, parole mie; sono parole della Corte costituzionale (ord. 26.11.2018, n. 207) che, nel momento in cui parla di "decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri", significativamente non distingue fra *aiuto a supporto* della condotta suicida del paziente ("aiuto al suicidio") e *aiuto sostitutivo* della condotta che il paziente non è in grado di porre in essere autonomamente ("eutanasia").*

MASSIMO PROTO\*

## INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DISCIPLINA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il mercato nell'era delle imprese tecno finanziarie. - 2. Identificazione delle parti e imputazione delle decisioni. - 3. Gli *smart contract*. - 4. Errore, buona fede, responsabilità.

1. *Il mercato nell'era delle imprese tecno finanziarie.* – La progressiva espansione di modelli tecnologici nuovi e capaci di rivoluzionare i fenomeni socio-economici induce a riflettere sulla perdurante adeguatezza di categorie e concetti giuridici ereditati dal passato. Categorie e concetti che, talvolta, sono sopravvissuti solo per inerzia, nonostante le tensioni alle quali sono stati sottoposti nel corso del tempo.

Credo sia di fondamentale importanza, nei nostri giorni, rivolgere l'attenzione alle più recenti innovazioni introdotte nel settore *dell'Information and Communication Technology* e al loro ripercuotersi sul diritto dei contratti. La digitalizzazione di beni, servizi e contratti non è un fenomeno limitato al settore dell'informatica e delle telecomunicazioni; si tratta, piuttosto, di un fenomeno che sta cambiando la struttura e il funzionamento di tutto il mercato: i rapporti *business-to-business* e quelli *business-to-consumers*, come pure i comportamenti dei consumatori. Fermiamo l'attenzione sul sistema bancario.

Il sistema competitivo, nel quale le banche si sono mosse fino ad ora, sta conoscendo un'importante trasformazione che lascia immaginare – se non il tramonto del così detto sistema bancario, che a lungo ha contraddistinto la storia del nostro ordinamento finanziario – certamente il ridimensionamento del ruolo svolto dagli intermediari tradizionali.

Il settore bancario già da qualche tempo si è arricchito di una pluralità di soggetti operanti nell'esercizio del credito: accanto

---

\* Professore di diritto privato al Link Campus University di Roma.

alle comuni banche, ad esempio, sono comparsi gli intermediari speciali e le società di intermediazione immobiliare. Questo processo di ampliamento degli attori, di 'pluralizzazione soggettiva' del settore, in tempi recenti si è ulteriormente accentuato per effetto dell'innovazione tecnologica.

L'innovazione tecnologica ha portato lo sviluppo di nuove forme di attività e di nuovi operatori, i quali stanno radicalmente cambiando la fisionomia del mercato bancario tradizionale. E ciò, in particolare, con la crescita delle imprese tecnofinanziarie (o *FinTech*, cioè legate alla *Financial Technology*) e con la modifica del modello tradizionale di erogazione dei servizi e dei prodotti, al quale si accompagna il mutamento del rapporto banca-cliente. Sono due, allora, i nuovi obiettivi: reimmaginare i prodotti finanziari e raggiungere il consumatore attraverso nuovi canali tecnologici.

Certamente, le imprese Fintech rappresentano un'opportunità per l'intera economia: per i consumatori, che potranno ottenere servizi di alta qualità a basso costo; per le imprese, soprattutto quelle di minore dimensione, che potranno più facilmente accedere a una più vasta gamma di fonti di finanziamento; per gli stessi intermediari tradizionali, che attraverso il ricorso alla tecnologia potranno accrescere la propria efficienza e offrire servizi finanziari digitali innovativi.

È molto complesso e forse impossibile svolgere un discorso unitario sulla materia, perché il settore della *Financial Technology* è assai variegato ed eterogeneo, spingendosi a includere tutte le realtà che, attraverso nuove tecnologie, rendono più efficienti i servizi finanziari esistenti o ne creano di originali e sofisticati: dalla gestione delle valute digitali a quella, automatizzata, dei conti correnti, dalla consulenza erogata attraverso *robot advisor* all'attività di *crowdfunding*.

Ciò non di meno, vi sono alcuni punti comuni e profili trasversali, legati alla materia contrattuale, sui quali è possibile svolgere alcune riflessioni.

*2. Identificazione delle parti e imputazione delle decisioni.* – Congegni informatici e reti telematiche sono ormai impiegati costantemente in ambito contrattuale: dalle trattative fino all'esecuzione, nonché all'eventuale fase contenziosa. E l'Unione

Europea – sulle cui orme si sono mossi i legislatori degli Stati membri – è stata più volte sollecitata a intervenire, per aggiornare talune regole reputate ormai obsolete.

Oggi siamo in una fase di pieno sviluppo dell'intelligenza artificiale, intesa quale scienza che studia come fare eseguire alle macchine attività che postulano capacità di discernimento e di scelta quando vengono svolte dagli uomini. Tutto lascia presagire che lo sviluppo dell'intelligenza artificiale possa avere un impatto molto forte sul diritto dei contratti; una incidenza ancora più dirompente rispetto a quella determinata dall'avvento dei sistemi informatici. L'obiettivo è di verificare se e in che modo reagiranno, di fronte a questi fenomeni, le categorie contrattuali così come sino ad oggi concepite. Cercando, in particolare, di comprendere l'attitudine delle categorie tradizionali a metabolizzare il cambiamento, anche al fine di indicare opportuni correttivi sul piano interpretativo.

Un primo problema è quello relativo all'identificazione delle parti e alla imputazione delle relative decisioni.

Nella rete telematica non è sempre agevole identificare i contraenti, i quali possono nascondersi attraverso meccanismi di pseudonimizzazione o di anonimizzazione (possono usare pseudonimi o diventare anonimi).

Certamente utile, al fine di rimuovere gli ostacoli giuridici allo sviluppo del commercio *on line*, è la sottoscrizione elettronica, la quale, consentendo di raggiungere una ragionevole certezza sull'identità del contraente, contribuisce a stimolare la fiducia degli utenti nell'uso delle nuove tecnologie.

Nel panorama mondiale, però, la situazione resta incerta. Non esistono al momento sistemi di identificazioni condivisi.

Sul tema sta lavorando, ormai da due anni, il *Working Group* sul commercio elettronico dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), presieduto dall'italiana Giusella Finocchiaro. L'obiettivo di questo gruppo di lavoro è quello di giungere alla creazione di un sistema internazionale comune per l'identificazione dei contraenti nelle negoziazioni telematiche, al fine di assicurare uno sviluppo sicuro del mercato globale *on line*.

Sino a quando non vi saranno standard internazionali condivisi, tuttavia, l'interprete deve sforzarsi di elaborare un bagaglio ermeneutico, il quale sia in grado di governare un fenomeno che tende a sottrarsi al controllo del diritto.

3. *Gli smart contract*. – Questione ancora più complessa e affascinante – rispetto a quella ora accennata circa l'identificazione delle parti e l'imputazione delle relative decisioni – è quella relativa alla conoscibilità del contenuto del contratto e alla prevedibilità, da parte dei contraenti, delle sue modalità esecutive.

Il tema assume rilievo, in particolare, negli *smart contract*: contratti tradotti in programmi informatici che ne consentono la autoesecuzione<sup>1</sup>.

Negli *smart contract* il tradizionale schema di conclusione del contratto viene adattato al programma informatico e il testo contrattuale tradotto in un codice crittografato, leggibile da un *hardware*. A quel punto il programma informatico, tenuto conto dei dati che sono stati immessi e di cui è in possesso, provvede esso stesso ad applicare le clausole pattuite e a gestire gli eventi che accadono.

Il verificarsi di una certa condizione determina la conseguenza programmata. Ad esempio, il mancato pagamento di un determinato numero di rate cagiona automaticamente il blocco del veicolo che è stato acquistato; oppure il versamento del corrispettivo per l'acquisto di un certo spazio di archiviazione sul computer determina automaticamente la liberazione dello spazio.

E tutto questo accade, appunto, automaticamente: il contratto si autoesegue.

Gli *smart contract* – nati prima della tecnologia blockchain<sup>2</sup>, che tuttavia ne ha consentito un'ampia e rapida diffusione – pos-

---

<sup>1</sup> Il decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, così come convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12, all'art. 8-ter (rubricato "*Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*") provvede a definire lo "*smart contract*" come "*un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse. Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale [...]*" (co. 2).

<sup>2</sup> Ideata per consentire pagamenti elettronici senza l'ausilio di intermediari (banche o istituti finanziari autorizzati a tale scopo), la *blockchain* può essere intesa come un sofisticato sistema di contabilità, del quale il bitcoin rappresenta soltanto la prima e più popolare applicazione. Si tratta di un database decentralizzato, nel quale possono essere inseriti valori digitali o rappresentati beni materiali, in modo che sia facile identificarne l'attuale proprietà e registrarne i trasferimenti, al pari di un registro notarile.

sono includere una serie infinita di opzioni; concepite, secondo il linguaggio informatico, come altrettanti *if-then*.

Può essere previsto un numero infinito di clausole che stabiliscono, in un dato momento e tenuto conto delle circostanze (*if*), il contenuto delle prestazioni cui sono tenute le parti (*then*).

L'automazione, in questi contratti, si traduce nella sostituzione dell'uomo non soltanto con riguardo all'esecuzione dell'attività, ma altresì nella scelta circa gli atti da compiere.

4. *Errore, buona fede, responsabilità*. – I problemi posti dagli *smart contract* sono numerosi. Ne indico alcuni.

(A) Una questione rilevante è data dalla necessità di adattare alle nuove modalità di conclusione del contratto<sup>3</sup> i rimedi che l'ordinamento prevede per i casi in cui si manifesti una divergenza tra gli effetti programmati da una delle parti e le concrete modalità di esecuzione del contratto.

Il riferimento più immediato è alla disciplina dell'errore (art. 1433 cod. civ.); e intorno a questa figura l'interprete è chiamato a svolgere la propria indagine per individuare le soluzioni più opportune.

Occorre domandarsi, tuttavia, cosa accade se il programma contrattuale, pensato dalla parte e poi riversato nella macchina che direttamente esegue il contratto, non coincide con quanto effettivamente si verifica nella realtà. Il contratto si autoesegue; le parti non fanno nulla. Cosa succede se il programma previsto da una delle parti non corrisponde a quanto poi effettivamente eseguito dalla macchina?

---

L'art. 8-ter del richiamato decreto legge 135/2018 definisce oggi le "tecnologie basate su registri distribuiti" (Distributed Ledger Technology) come "le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili" (co. 1).

<sup>3</sup> Con le quali sono senz'altro incompatibili diverse disposizioni sul contratto in generale: si pensi, solo a modo d'esempio, alla revoca della proposta e dell'accettazione (art. 1328 cod. civ.).

L'indagine dovrebbe essere diretta a verificare in quali limiti sia applicabile la disciplina dell'errore, immaginata dal legislatore con riguardo al tradizionale schema proposta-accettazione. In quali limiti, cioè, sia applicabile una disciplina normativa pensata dal legislatore in relazione a un vizio riguardante la formazione del contratto, anziché la sua esecuzione.

(B) Vi è poi un'altra questione.

Gli *smart contract* – in ragione del programma informatico costituito dalla catena *if-then* – consentono di rendere l'esecuzione inevitabile. Ad esempio, il versamento del corrispettivo per l'acquisto di un certo spazio di archiviazione sul computer determina automaticamente la liberazione dello spazio. Non sono ammesse soluzioni diverse: è tutto automatico.

Allo stesso tempo tali contratti – grazie alle innumerevoli variabili che il programma informatico può includere – consentono di neutralizzare il rischio delle sopravvenienze. Se il programma informatico riesce a prevedere in anticipo tutto quanto può accadere, e se tutto accade in modo automatico, lo schema *if-then* non lascia margini per decisioni diverse da quelle previste nel programma informativo.

La conseguenza è che non sono ammessi spazi di tolleranza, né vi è margine per una valutazione in termini di ragionevolezza che possa indurre a considerare doveroso un diverso comportamento del contraente.

L'interprete deve domandarsi, allora, quale sia il residuo spazio riservato alla clausola generale di buona fede. La clausola generale di buona fede nella esecuzione del contratto trova o non trova applicazione negli *smart contract*?

(C) Ulteriore problema, infine, è quello di chi risponda circa i danni conseguenti all'illegittimo uso dei *Big Data*.

Il tema degli *smart contract* è legato, ineludibilmente, a quello dell'uso delle informazioni. Si pensi, ad esempio, alle offerte personalizzate, che il sistema informatico elabora sulla base delle informazioni immagazzinate.

Chi risponde in ordine ai danni (conseguenti all'uso illecito dei *Big Data*) cagionati dal software al quale sono delegate le decisioni? È immaginabile una responsabilità "da ideazione" o "da algoritmo"?

Sono domande, quelle appena poste, la cui risposta resta affidata al sapiente lavoro che gli interpreti sapranno svolgere negli anni a venire.



ALEJANDRO LAJE\*

## LÍMITES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS DURANTE LA CRISIS

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El concepto genérico de dignidad. - 3. Dignidad humana como un término jurídico. - 4. Análisis de la doctrina civilista argentina. - 5. Concreción del concepto de Dignidad jurídica.

1. *Introducción.* – Muchas gracias a la Universidad de Cagliari por la invitación y en especial al Profesor Carlo Pilia que gentilmente nos ha invitado.

La primera cuestión que se plantea con relación al concepto de crisis es que su significado es multivoco. Se puede referir a las crisis de las instituciones del derecho: los contratos, las obligaciones, la familia. También puede aludir a las crisis económicas internacionales al modo de la generada en los Estados Unidos con la problemática inmobiliaria o a la crisis política que se generó, por ejemplo, con la caída del muro de Berlín. Todos estos cambios profundos y de consecuencias importantes también impactan en el sistema jurídico. El concepto de crisis puede evocar el permanente estado en las que viven países como la Argentina, que están sujetos de manera constante a cambios profundos sin perspectivas previsibles de lo que puede suceder. Por otro lado, en su versión más dramática el vocablo crisis describe los cambios en las valoraciones morales y de valores que se generan en los pueblos. Posiblemente la más relevante para esta época sea la producida a partir del fin de la modernidad.

Esta crisis del fin de la modernidad generó el movimiento y auge de la doctrina de los derechos de personalísimos y el auge de la protección de la personalidad como una construcción que deriva de la idea de dignidad de la persona humana.

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho y de Teoría de la Persona y del Hecho Jurídico, Universidad Abierta Interamericana.

2. *El concepto genérico de dignidad.* – La primera referencia normativa que se encuentra respecto de la dignidad humana es en la Constitución de Weimar de 1919 que en su Art. 151 establece: *“Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen”*, esto es, el orden de la vida económica debe estar de acuerdo con los principios de justicia con el objetivo de garantizar una existencia digna para todos. También la Constitución Irlandesa de 1937 menciona a la *“dignity and freedom of the individual”*, la dignidad y libertad del individuo, en su preámbulo. La Constitución española de 1945 en su Art. 1 1, menciona la *“dignidad de la vida humana”*, en el 1 2, la refiere a la *“dignidad personal del trabajador”* y en los Art. 1 3 y 25 refiere a la *“dignidad de la patria”*.

Es sin duda la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la pieza normativa de mayor influencia en lo que respecta al proceso de centralización del concepto de dignidad, al incluir en su preámbulo la idea de que los países miembros están resueltos *“a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas. Se suma a esta lista de documentos jurídicos trascendentes la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que también en su preámbulo declara: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” y agrega “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Para mayor abundamiento el mismo documento en el Art. 1 establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

En lo que hace a normas vigentes, una de las de mayor trascendencia es Ley fundamental Alemana de 1949 que en su Art. 1 establece *“Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”*

esto es: La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. Para mayor abundamiento el Artículo 2 dispone "*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*", toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su Artículo 1 dispone "*Human dignity is inviolable. It must be respected and protected*", la dignidad humana es inviolable. Debe ser respetada y protegida. Por su parte la Constitución Italiana tiene abundantes referencias a la dignidad. Por ejemplo, el art. 3 reconoce "*pari dignità social*", "igual dignidad social" a todos los ciudadanos; el art. 29 reconoce "*Eguaglianza giuridica e morale*", "igualdad legal y moral" a marido y mujer; el art. 32 establece que el tratamiento obligatorio de la salud no deberá infringir la dignidad humana; el art. 36 considera los salarios como un medio para asegurar al trabajador y su familia de un existencia "*esistenza libera e dignitosa*" "libre y digna"; y la dignidad humana es también un límite para la economía de empresa según lo establece el art. 41.

Otros documentos que también reconocen el concepto de dignidad humana son: el Código de Derecho Canónico de 1983 que en el canon 208 establece "Por su regeneración en Cristo, se da entre todos los fieles una verdadera igualdad en cuanto a la dignidad y acción, en virtud de la cual todos, según su propia condición y oficio, cooperan a la edificación del Cuerpo de Cristo". La Constitución de la República Islámica de 1979 en el preámbulo declara que "Esta constitución considera como su objetivo más alto la libertad y la dignidad de la raza humana" y en el art. 22 que "La dignidad, la vida, la propiedad, los derechos, la residencia y la ocupación del individuo son inviolables, excepto en los casos sancionados por la ley". Finalmente, la Constitución de la República Popular China de 1982 también hace referencia a la dignidad en el art. 38 que establece, "La dignidad personal de los ciudadanos de la República Popular de China es inviolable".

3. *Dignidad humana como un término jurídico.* – Ahora bien, a pesar de la abundante referencia de los textos legales al concepto de dignidad, el contenido legal de la dignidad humana encuentra dificultades al momento de intentar precisarlo, toda vez permanentemente surgen nuevos derechos de la personalidad. A mero título ejemplificativo es posible nombrar los derechos al honor, a la intimidad o privacidad, a la integridad, a la identidad, a la protección de datos personales, a la transmisibilidad de datos personales, a la salud, a la imagen, a conocer los datos de padres biológicos, al cambio de sexo, al proyecto de vida, todos vinculados con la inviolabilidad de la persona humana que deriva de su dignidad.

4. *Análisis de la doctrina civilista argentina.* – El primero que dejó una huella importante en la doctrina argentina, en lo que a derechos de la personalidad respecta, fue Alfredo Orgaz, quien trató la problemática, ya en 1961, “uno de los problemas más debatidos de la sistemática actual”<sup>2</sup>. Se enrola entre quienes niegan la condición de Derechos Subjetivos a los Derechos de la personalidad y señala que la persona no puede ser objeto de Derecho porque ella es el sujeto de todo Derecho. Si bien advierte que la distinción es dogmática, considera que tiene un aspecto práctico importante, ya que la construcción de una categoría denominada Derechos de la personalidad tiende a ampliar la posibilidad de reparación del daño, mientras que su rechazo limita la responsabilidad a los supuestos contemplados por la ley, contribuyendo así a dar mayor seguridad jurídica<sup>3</sup>.

Considera Orgaz que en el caso de la vida, la integridad corporal, el honor (siguiendo esta enumeración la intimidad tampoco aparecería en el pensamiento de Orgaz) no se constituyen en auténticos Derechos subjetivos porque ‘no hay ninguna facultad específica concedida por el Derecho objetivo a favor de las personas (...) sino que el Derecho subjetivo surge sólo después de la lesión inferida por otro sujeto a esos bienes (homicidio, lesiones, injurias, etc.) y tal Derecho ya no se caracteriza

---

<sup>1</sup> A. ORGAZ, *Personas Individuales*, Assandri, Buenos Aires 1961, p. 107.

<sup>2</sup> Cfr. A. ORGAZ, *op. cit.*, p. 111.

*como un Derecho a la vida, a la integridad, etc., sino simplemente a obtener la condenación penal o civil del ofensor*<sup>3</sup>.

Finalmente, sostiene este autor que la afirmación de que la persona es el sujeto de un Derecho sobre sí misma o con respecto a sí misma, comporta un absurdo.

Puede señalarse, entonces, que la obra de Orgaz tuvo una importancia definitoria en la construcción de los antecedentes doctrinarios y legislativos en la doctrina argentina sobre el tema en estudio. Considera que las “*meras libertades*” no son derechos subjetivos concretos<sup>4</sup>.

A partir de allí, la formación de la doctrina de los derechos de la personalidad o derechos personalísimos cuentan como pilares al pensamiento de Santos Cifuentes, que justifica la doctrina de los derechos personalísimos; las ideas de Guillermo Borda quien considera que, si bien idealmente el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea privada de ellos por lo que, por consiguiente, son separables del sujeto y en cuanto elementos separados pueden constituir el objeto de un derecho<sup>5</sup> y el aporte fundamental de Alberto Bueres quien sostiene que si el objeto de estos Derechos se hace palpable una vez que se los lesiona, al quedar expuesto el contenido económico del que carecen apriorísticamente, al modo del dominio<sup>6</sup> ello equivaldría a considerarlo como un Derecho Subjetivo Patrimonial y no un Derecho Subjetivo Personalísimo. Distingue Bueres este Derecho, “*cuyo objeto es un bien interior de la persona, de aquel cuya causa eficiente es el ilícito dimanante del daño causado a dicho bien. Esta última prerrogativa, de raigambre puramente obligacional, no es otra cosa que el poder que asiste a la víctima para exigir la reparación del perjuicio; en suma un derecho creditorio, distinto y ulterior – cronológicamente hablando – en relación con el Dere-*

---

<sup>3</sup> A. ORGAZ, *op. cit.*, p. 117.

<sup>4</sup> A. ALTERINI y ROBERTO LÓPEZ CABANA *El abuso del Derecho. Estudio de derecho comparado*, La Ley, 1990-B, p. 1101.

<sup>5</sup> Cfr. G.A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot, Buenos Aires 1959 y actualizada 2004, nro. 310.

<sup>6</sup> Cfr. A.J. BUERES, en prólogo a M.T. Bergoglio, *op. cit.*, p. XXVI.

*cho Subjetivo personalísimo extrapatrimonial afectado*<sup>7</sup>. Por lo contrario considera Bueres, que la existencia del Derecho Subjetivo personalísimo queda en evidencia cuando la persona puede realizar actos de disposición de esos bienes en los que se asienta el Derecho Subjetivo (dona sangre, autoriza a que se los intervenga quirúrgicamente y participa en actividades riesgosas; da sus órganos, revela intimidades si lo desea y autoriza la divulgación de su imagen, etc.). *“Toda negación del Derecho Subjetivo importa, en definitiva, el camino directo hacia la negación de la persona en su integridad ética, la que se garantiza con la certeza del Derecho que se manifiesta en el reconocimiento del Derecho Subjetivo, donde la norma llega a ser concreta a través de la voluntad del agente que se actúa en la pretensión”*<sup>8</sup>.

Estas ideas cristalizaron en el Código Civil y Comercial Argentino de 2015 que regula el Sistema de Derechos de la Personalidad en varios artículos. En el art. 51 establece que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Completando el concepto en el art. 52 que dispone que la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación integral de los daños sufridos. Resulta relevante agregar que el contenido normativo del art. 1737 considera que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. La indemnización integral comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

---

<sup>7</sup> A.J. BUERES, en M.T. Bergoglio, *op. cit.*, p. XXVI.

<sup>8</sup> A.J. BUERES, E.I. HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2b, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 82.

5. *Concreción del concepto de Dignidad jurídica.* – Ahora bien, resulta necesario reducir a lo más esencial y seguro el concepto de dignidad humana. Se trata de un valor de la persona y de la humanidad. Debe aclararse que no basta con establecer que no es un derecho negativo (no afectar la dignidad humana) sino que se concreta en reconocer a toda persona humana la condición de sujeto de derecho y a poder actuar de tal manera que sea posible ejercer esos derechos, particularmente a través de los derechos de la personalidad. La dignidad humana no es una propiedad metafísica de los humanos individuales, sino más bien una propiedad de relación entre humanos, entre, por así decirlo, el dignante y el dignificado. Para decirlo de otra manera, la dignidad humana designa una forma de ser humano, no una propiedad de ser humano. Dependiente del reconocimiento de los demás en la práctica. Se debe poder dar y recibir dignidad.

Un punto indispensable de referencia al momento de explicar en qué consiste el trato digno entre personas humanas es el artículo 2 de La Ley Fundamental Alemana que consagra ya tempranamente a mediados del siglo Pasado el derecho al desarrollo de la propia personalidad. A partir de allí en los distintos ordenamientos jurídicos empezaron a elaborar la doctrina de los derechos de la personalidad. En este momento los diferentes sistemas jurídicos cuentan ya con una extensa lista del Derecho de la Personalidad entre los que se encuentran el derecho al honor, el Derecho a la intimidad o a la privacidad según como se la trate en distintos países, el Derecho a la Integridad, el Derecho a la Identidad, el derecho a los Datos Personales y en relación a ellos uno que he advertido recientemente que es el derecho a la Transmisibilidad de los Datos Personales como también un Derecho de la Personalidad, el Derecho a la Imagen, el Derecho a la Salud o de la Salud como también un Derecho fundamental a la Personalidad o el Proyecto al Derecho de Vida. Esta lista no se detiene aquí sino que surgen nuevos Derechos de la Personalidad según la dignidad que las personas quieran reconocerse.

Para llegar a una teoría sólida sobre los Derechos de la Personalidad la evolución de la doctrina y la jurisprudencia tuvo que dedicar muchas páginas. El último y más reciente eslabón es el aporte de la Escuela de la Solidaridad en el Derecho fundada e

impulsada por el profesor doctor Marcos M. Córdoba<sup>9</sup>. Esta *Escuela* argumenta que el principio de solidaridad constituye una estándar moral de la sociedad, resultante de su evolución social y jurídica y de sus modos de vida, costumbres y conocimientos.

La actitud solidaria, y exigible por ley de manera proporsionada y ordenada, debiene así en la única posibilidad de trato digno entre personas humanas. Ello debido a que la solidaridad se define como la relación recíproca entre el todo y sus partes. Ningún problema pertenece solo a una persona y se debe rechazar la idea de que la mente está primero sola, y luego en relación con otros ya que la conciencia de uno mismo, como yo y como persona, es siempre experimentada en el contexto de su membresía a una totalidad. Se distingue el principio de solidaridad del de simple *agregación* presente en las relaciones sociales. La sociedad solidaria no tiene nada que ver con aquella que está simplemente junta. El trato digno que se da y se recibe se concreta en una sociedad solidaria en la que sus miembros están unidos según la cualidad de su participación en el grupo, diferenciándola de las sociedades estructuradas en la búsqueda de la mayor felicidad individual o del mayor número<sup>10</sup>.

La clave de la concepción de los Derechos de la Personalidad y en última instancia, de la regulación de todos los Derechos, se encuentra en la protección de la dignidad de la persona humana como un valor, como una valoración de la persona y de la humanidad que debe orientar y que debe ser reconocida en la práctica, en el trato solidario con que el derecho regula las relaciones entre las personas.

---

<sup>9</sup> A. TULLIO, *“La respuesta del derecho a las crisis económicas”*, *Secondo Convegno Internazionale di Studi di Diritto Euro-Americano. La crisi economica e la risposta del diritto*, Universidad de Modena, 2013.

<sup>10</sup> M.F. SCHELER, *On the Nature of Sympathy*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2008.

E. STATHIS BANAKAS\*

## CIVIL LIABILITY IN THE CONSUMERS RELATIONS

My speaking will be focus on the civil liability in the consumers relations (in Italian: *responsabilità civile nei rapporti di consumo*). This is an important field, especially in Europe where consumer protection is a priority. Europe is the only place in the planet where the consumer protection takes priority even over the economy. Consumer protection costs the European economy a lot of money, but this is the way we wanted because as European we value protection and safety. The American say that we are crazy. They don't come to Europe because they are worried about the large consumer protection that we have here. Intense of consumer protection won't say that the idea of product liability never arrives in Europe from America; this was an idea that didn't exist in the European civil law systems, but now it's very popular in Europe as well. And you can see that now, we do product liability almost everywhere. We do it in contract law, we do it with the tort law (*responsabilità extracontrattuale*) and also in the strict liability (*responsabilità senza colpa*), which is very famous from the European directive issued on 1995 on product liability. Indeed Europe offers different kind of advantages to the consumers. Contract law offers the advantage of greater damages compensation, but then, it there must be a contract and that means that product liability should be between the consumer who buys the product and the seller of the product. There can't be a liability contract linking the consumer with the producer. When we go to the producer we have to go through the tort law or the strict liability. In Europe we have a big regime of European consumer protection law. I only mentioned the directive of the 1995, which will be soon replaced.

---

\* Professor in Law at the University East Anglia.

In fact in May 2020 it will be replaced by the recent directive of 2019. These directives offer protection by inserting certain guarantees in every contract and sale of products. They offer guarantees about the quality and guarantees about the usefulness for the purpose. But then we have also the normal liability for negligence (*responsabilità extracontrattuale*). We can mention the famous case of Donald vs Stevenson in England, which is the case of the image of the dead snail in a bottle of ginger beer. The question was whether the producer of the ginger beer was liable to the old lady that became sick because she drank the beer and just at the end she saw in the bottom the snail. All of this led to the theory of negligence liability, which means that you have to take care of the people that may be injured if you are not careful. I will move on to the strict liability that started with the directive of the 1985, which was issued in Europe after the big tragedy of Thalidomide. Thalidomide was a drug, a contraceptive drug very dangerous for new born babies. Women that were on that drug, eventually will give in birth deformed babies (here we have a case of strict liability). The important thing to know about the strict liability is that there is not need to prove the guilty of the producer, therefore the consumer who is injured by the product can actually have a claim for the compensation. The idea is that the producer, who knows that he has to pay regard the negligence, will pay immediately and there will be no need to go to the court. There are several issues that arise for being under this European regime of that strict liability. I can't mention all of them now but, one issue is for example that originally the regime didn't allow the liability for agriculture products. But then, we had in England the big mad cow disease problem, and there was a lot of pressure to include the agriculture products and now they are included. So, what is the future about the liability for defected products and about the consumer protection? Is consumer protection an obsession for Europe? Are we obsessed about the consumer protection? Is the high level of consumer protection bad for the economy? It's certainly is. It costs the economy. We have this aversion in Europe that is affecting the economic growth. The industrial revolution was possible last century because the law allowed people to get injured. A lot of people were accidentally killed, but they didn't

do anything about it because they wanted to give a push to the industrial revolution. There is a problem of development risks. If you have a product, a drug, a pharmaceutical drug you cannot really know if it will cure you or if it will kill you until you give it to the people to try. The best drug trial is when thousand of people buy the things. Another problem is how we protect the consumer at the time when going to the court is very expensive. You cannot afford to go the court for the small claims, so producers sometimes ignore them. All of that means that we need systems of out-of-court, mediations. Everywhere we have the ombudsman that are supposed to take care of consumer complains. But the ombudsman can only make judgments generally, they cannot actually focus on an individual person in small claims. Finally, even if this is not always very obvious but it's very important, it has to be said that consumer protection works in a democratic way. This means that what is dangerous for the consumers is decided on the basis of what consumers can reasonably expect. The legitimate expectation of safety of consumers provides the standards of whether the product is dangerous or whether the product is safe. For example, in England consumers that were burnt by very hot coffee, failed to get compensation because the judge said that the general public want the coffee to be really hot. So the judge said that a coffee served at about ninety degrees is safe.



SILVIA LILLIU\*

## LA MÉDIATION FAMILIALE EN FRANCE

SOMMAIRE: 1. Origine et développement de la médiation familiale. - 2. Sources normatives. - 3. Champ d'application. - 4. Intérêt supérieur de l'enfant. - 5. Caractère obligatoire. - 6. Conclusion.

*«Mauvais arrangement vaut mieux que bon procès»<sup>1</sup>*

1. *Origine et développement de la médiation familiale.* – La médiation familiale est née aux Etats-Unis dans les années 70 sous l'impulsion d'un avocat intéressé à réduire les effets traumatiques du divorce, mais, rapidement, se propage en Europe, à la suite de l'incidence canadienne<sup>2</sup>. En France, le début est marqué en 1988, quand à Paris né l'APMF "Association pour la Promotion de la Médiation Familiale"<sup>3</sup>, créée par un groupe constitué d'avocats, de thérapeutes, de psychologues, de travailleur sociaux et de conseillers conjugaux avec l'objectif de coordonner les activités de médiation. Après cet événement, se crée le CNASMF (Comité National des Association et Services de Médiation Familiale), regroupant des associations qui gèrent un service de médiation familiale dans le but de défendre la qualité de la Médiation Familiale, de faire respecter sa déontologie et de faire connaître et reconnaître la Médiation Familiale auprès des pouvoirs publics

---

\* Docteur en droit à l'Université de Cagliari.

<sup>1</sup> Citation de Honoré de Balzac. Il s'agit d'une sentence prononcée pour défendre la médiation de préférence à un jugement.

<sup>2</sup> Un avocat américain nommé Cowlson mène les premières recherches. En suite, l'Etat de Californie adopte une loi obligeant les parents en conflit sur la garde des enfants à rencontrer un médiateur familiale.

<sup>3</sup> En 1990 l'APMF adopte un code déontologique qui représente le premier acte écrit en français sur la médiation familiale e qu'encore aujourd'hui constitue un modèle pour l'intégralité et l'avant-garde.

et du grand public. Le terrain français est bien différent de celui américain: il s'agit d'une époque où les séparations, les divorces, les recomposition familiales ne cessent d'augmenter, mais c'est aussi l'époque dans laquelle la France ratifie la Convention Internationale des Droits de l'Enfant. En effet, l'enfant, sa place dans la famille, son intérêt, les conditions de son développement, deviennent des priorités: «C'est l'intérêt de l'enfant qui va orienter l'identité de la médiation vers le maintien et la restauration du lien familial plus que vers un mode de gestion des conflits»<sup>4</sup>. En 2001, le Ministre de la Famille institue le Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale<sup>5</sup>, dont l'objectif principale est celui de favoriser l'organisation de la médiation familiale et promouvoir son développement. Le Conseil va élaborer une définition de médiation familiale: «un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de rupture où de séparation dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décision, le médiateur familial, favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution»<sup>6</sup>.

2. *Sources normatives.* – La reconnaissance juridique aura lieu d'abord avec deux textes de loi qui donnent une vraie place à la Médiation Familiale. Il s'agit de la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002 et la loi sur la réforme du divorce du 26 mai 2004<sup>7</sup>. La première généralise le caractère conjoint de l'exercice de l'autorité parentale, quelque soit la nature du lien de la filiation, à re-

---

<sup>4</sup> M.-O. REDOUIN, *Histoire de la médiation familiale en France*, Intervention lors de la Journée départementale de la Médiation Familiale organisée par la CAF du Val de Marne le 2 Avril 2015 «*Couple un jour..parents toujours*».

<sup>5</sup> Arrêté du 8 octobre 2001 portant création du Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale.

<sup>6</sup> Définition du Conseil National Consultatif de la Médiation Familiale, décembre 2003.

<sup>7</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

sponsabiliser les pères et mères dans leurs prérogatives et obligations parentales, à instituer une coparentalité, même si le couple est séparé<sup>8</sup>. La deuxième vise à humaniser les procédures de divorce pour mieux accompagner les parents dans l'organisation responsable des conséquences de leur séparation à l'égard de leurs enfants. Ces deux lois demandent désormais aux praticiens, Juges aux affaires familiales, Juge des enfants, Avocats, Notaires, de travailler dans un autre état d'esprit que par le passé, plus consensuel, et de moins en moins conflictuel afin de protéger l'Enfant des conflits destructeurs<sup>9</sup>. En particulier, ces deux textes donnent la possibilité aux juges de suspendre la procédure judiciaire afin de faciliter le recours à la médiation familiale: «A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut proposer aux parties une mesure de médiation, et après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder» et «il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familiale qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure»<sup>10</sup>. C'est ainsi que le législateur a intégré la Médiation Familiale dans le Code Civil, alors que la Médiation civile généraliste n'est intégrée que dans le Nouveau Code de Procédure Civile. Donc, d'une part, dans le cadre de la réforme de l'autorité parentale, c'est la médiation familiale parentale<sup>11</sup>; d'autre part, dans le cadre de la réforme du divorce, c'est la mé-

---

<sup>8</sup> Art. 371-1 Code Civil: «L'enfant a un droit à la parentalité, un droit à la coparentalité, et de plus la loi impose que les parents associent l'enfant aux décisions qui les concernent, selon son âge et son degré de maturité».

<sup>9</sup> M. JUSTON, *Justice et médiation familiale*, in Association GeA, 10 octobre 2008.

<sup>10</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>11</sup> Art. 373-2-10 du Code Civil, modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019-art 31: «En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge peut leur proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il peut de même leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera de l'objet et le déroulement de cette mesure».

diation familiale conjugale<sup>12</sup>. Ensuite, la loi n. 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance fait de la prévention un axe majeur; l'annexe 12 de la loi préconise le recours à la médiation familiale; en fait «La médiation familiale pourra être ordonné par le juge des enfants comme obligation particulière d'une mesure éducative en milieu ouverte». La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle introduit une tentative obligatoire de médiation; mais le droit de famille évolue constamment et la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-222 et de réforme pour la justice introduit des modifications en matière de droit de la famille, pour ce qui concerne le couple, l'enfant, les majeurs protégés et l'absent<sup>13</sup>.

3. *Champ d'application.* – Même si chaque situation est particulière, la médiation familiale paraît appropriée aux situations suivantes: absence de dialogue entre les parties, dialogue entre les parties mais existence d'un fort déséquilibre entre les deux parents, absence d'accord entre les parties sur les modalités de l'autorité parentale et notamment la résidence de l'enfant, le temps de résidence de l'autre parent et sur les conséquences économiques-patrimoniales d'une séparation, absence d'accords susceptible de porter préjudice aux enfants, résidence alternée aux parties ou à l'une des parties. En revanche, la médiation familiale n'est pas appropriée dans les cas suivants: situations dans lesquelles il y a suspicion d'abus d'enfants, d'abus domestiques, situations de violences conjugales, cas dans lesquels l'une des parties est traitée pour des problèmes psychiatriques, cas dans lesquels l'une des parties est traitée pour des problèmes de dépendance à la drogue ou à l'alcool. Pour ordonner une médiation familiale, est nécessaire la collaboration de tous professionnels, il faut que les Avocats et les Juges aux Affaires familiales en comprennent les

---

<sup>12</sup> Art. 255-1 et 2 du Code Civil, modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004: «Le juge peut notamment: 1. Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder; 2. Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation»

<sup>13</sup> Loi n° 2018-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-222 et de réforme pour la justice.

mécanismes et la spécificité. De plus, il convient que les Avocats aient conscience que les racines d'un conflit familiale ne sont pas seulement juridique car le conflit conjugale a différentes sources; l'application d'une règle de droit ne suffit pas à résoudre les conflits familiaux, ou notamment l'affectif, l'émotionnel, le passionnel et la souffrance sont en jeu<sup>14</sup>. Chaque professionnels a un rôle précis: l'Avocat donne des conseils juridiques, propose des solutions, négocie; le Juge applique la loi avec humanité; le médiateur familiale, qui dispose d'une formation particulière, travaille sur le lien de communication, essaie de rétablir un dialogue direct entre les parties. Toutes les parties se complètent l'une avec l'autre en cherchant le même objectif. En fait, «Qu'avec la Médiation Familiale, le justiciable va participer à la décision, et le travail de l'avocat sera allégé, l'Avocat se consacrera à l'essentiel, c'est-à-dire au conseil et à la mise en forme juridique»<sup>15</sup>.

En France il a deux types de médiation: une médiation familiale conventionnelle et une médiation familiale judiciaire. Pour ce qui concerne la première, il est possible pour toute personne ayant un problème familiale et cherchant une approche de résolution, d'aller voir un médiateur familiale ou une association de médiation pour lui exposé son problème. Dans le cas contraire, la médiation est judiciaire et intervient au cours du procès. A cet égard, le juge peut proposer aux personnes l'intervention d'un médiateur familiale et les enjoindre à participer à un entretien d'information gratuit sur la médiation familiale: «Qu'en cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. A l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parental, le juge peut leur proposer une mesure de médiation, et après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure»<sup>16</sup>. Donc, la médiation familiale peut intervenir de façon spontanée avant, pendant ou après une sépara-

---

<sup>14</sup> M. JUSTON, *Justice et médiation familiale*, in Association GeA, 10 octobre 2008.

<sup>15</sup> L. SAYN-URPAR, Batonnier de l'Ordre des Avocats du Burreau de Tarascon.

<sup>16</sup> Art. 373-2-10 du Code civil issu de la loi 4 mars 2002 portant sur l'autorité parentale.

tion, mais aussi au cours du procès par voie judiciaire. C'est important remarquer que la démarche est avant tout volontaire et les participants doivent être d'accord sur le processus qui les implique dans la recherche d'un dialogue positif<sup>17</sup>.

4. *Intérêt supérieur de l'enfant.* – La médiation familiale permet aux parents de considérer l'intérêt supérieur de l'enfant. En réalité, il s'agit d'un principe récent car qu'au XIX<sup>e</sup> siècles la notion de mineur apparaît pour la première fois. Jusqu'à ce moment, le mineur était considéré sans droit et soumis au pouvoir du *pater familias*. La conception actuelle est très différente: c'est le résultat d'une longue réflexion, marquée par l'évolution de la famille, du concept même du mineur et du rôle qu'il occupe aujourd'hui au sein de la société et de la famille<sup>18</sup>. Ce n'est que sous l'impulsion de M. Janusz Korczak que cette réflexion a pris une dimension internationale<sup>19</sup>. Si apparemment paraît déconnecté du monde juridique, c'est à partir de ses idées que l'ONU a fondé son travail sur le sujet des mineurs. En 1959, l'ONU rédige une déclaration sur les droits de l'enfant, suivie vingt ans plus tard de «L'année de l'enfance», décrétée par cette organisation en 1979<sup>20</sup>. La CIDE (Convention Internationale des Droits de l'Enfant) considère le mineur comme sujet de droits: «Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité»<sup>21</sup>. En fait, même s'il a besoin de

---

<sup>17</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, *Répertoire de procédure civile*, in Autorité Parentale, décembre 2014, actualisation avril 2015.

<sup>18</sup> G. AUBRÉE, P. TAFOUR, *Il était une fois la médiation et c'est encore aujourd'hui. Etat approché d'une recherche sur les médiations familiales à l'occasion des divorces et des séparations*, in *Thérapie familiale*, 15, p. 223-251.

<sup>19</sup> Il s'agit d'un pédiatre polonais qui a écrit, au XX<sup>e</sup> siècle, une œuvre dédiée aux droits de l'enfant. V.J. KORCZAK, *Comment aimer un enfant, 1919-1920*, suivi du *Droit de l'enfant au respect*.

<sup>20</sup> R. GUILLIEN, J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, in Dalloz, 15<sup>ème</sup> édition, 2005.

<sup>21</sup> Art. 12-1 Convention Internationale des Droits de l'Enfant.

protection et d'éducation, il est également capable de penser et d'exprimer une opinion sur ses intérêts. C'est ainsi que pour la première fois une règle juridique de droit internationale reconnaît au mineur des droits subjectifs<sup>22</sup>. En 1989 la CIDE a été adoptée et ratifiée en France par la loi 90-548 du 2 juillet 1990<sup>23</sup>. La Convention a élaboré quatre principes fondamentaux: le principe de non discrimination, le droit à la vie, à le développement, le respect de l'opinion du mineur, et enfin la priorité de l'intérêt supérieur du mineur avant tout autres considérations. Ce dernier est un principe novateur que la Convention Internationale a eu le mérite d'introduire. L'article 3-1 précise que «Dans toutes les décisions concernant les mineurs, qu'elles émanent d'institutions publiques ou privées de protection sociale, de tribunaux, d'autorités administratives ou d'organes législatives, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être primordial»<sup>24</sup>. Le rôle privilégié accordé à cet intérêt conduit à considérer cette notion comme une introduction aux droits énoncés dans les articles suivants. Le terme exacte est celui de «intérêt supérieur», conformément à la Convention de New York. Cela signifie que les juges sont obligés de justifier leurs décisions en raison de cet intérêt.

5. *Caractère obligatoire.* – La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au 21<sup>ème</sup> siècle a instauré à titre expérimental une tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) pour les requêtes modificatives sous peine d'irrecevabilité. C'est donc impératif que les parties justifient la tentative amiable de règlement du différend en faisant de cette tentative une condition préalable à l'accès à la justice. En particulier, à titre expérimental, et jusqu'au 31 décembre 2019, dans certains tribunaux, les dispositions suivantes s'appliquent, par dérogation

---

<sup>22</sup> M. THEAULT, J-C. SURY, *Écouter l'enfant et le faire entendre: le défi de l'audition de l'enfant dans le cadre d'un service de médiation familiale*, in Journal du droit des jeunes, n° 295 2010/5.

<sup>23</sup> Loi n° 90-548 autorisant la ratification de la convention relative aux droits de l'enfant, 2 juill. 1990, JORF n° 154, 5 juill. 1990, p. 7856; le texte est entré en vigueur le 6 sept. 1990.

<sup>24</sup> Art. 3-1 Convention Internationale des Droits de l'Enfant.

à l'article 373-2-2013 du code civil. Les décisions concernant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, l'éducation du mineur et les dispositions contenues dans la nouvelle convention de divorce peuvent être modifiés ou complétés à tout moment par le juge, à la demande des parties, puis des parents ou du pm, qui peut être désigné par un tiers, parent ou non<sup>25</sup>. Les parents, à peine d'irrecevabilité qui peut être soulevée d'office par le juge, ne peuvent s'adresser au juge qu'après avoir tenté une procédure de médiation familiale, donc obligatoire. Les cas suivants constituent une exception: si la demande provient conjointement des deux parents afin de demander l'approbation d'un accord selon les modalités prévues à l'article 373-2-7 du code civil, si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime, si des violences ont été commises par l'un des parents contre l'autre ou contre le mineur<sup>26</sup>. L'arrêt du 16 mars 2017 a désigné les 11 juridictions concernées: Bayonne, Bordeaux, Cherbourg-en-Cotentin, Evry, Montpellier, Nantes, Nîmes, Pontoise, Rennes, Saint-Denis de la Réunion et Tours<sup>27</sup>. Pour ce qui concerne le champ d'application de cette expérimentation, les parties doivent tenter la médiation familiale si elles souhaitent modifier: une décision réglant les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ou la contribution ou l'éducation de l'enfant mineur, ou qui est devenue majeure, en application de l'article 371-2 du code civil<sup>28</sup>, les dispositions contenues dans un accord. Sont également incluses les demandes qui modifient les accords du divorce ou de séparation consensuelle et celles précédemment approuvées par le juge conformément à l'article 373-2-7 du code civil. En particulier, sont déterminés la résidence du mineur, le droit de visite, l'éducation, l'exercice de l'autorité parentale. En revanche, sont

---

<sup>25</sup> V. POTIRON, *Loi Justice: des changements importants applicables dès le 1<sup>er</sup> janvier 2020*, in *Droit/Justice*, 2019.

<sup>26</sup> Art. 7 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>27</sup> Arrêt du 16 mars 2017 désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge en matière familiale.

<sup>28</sup> À l'exception des décisions fondées sur une obligation alimentaire conformément à l'article 205 et 207 du code civil.

exclues le différend sur le divorce, les premières demandes, les questions concernant la délégation ou la révocation de l'autorité parentale, le différend concernant les parents non séparés, tels que les contributions aux fraies de mariage, l'obligation de payer une pension alimentaire, les demandes pour changer de nom<sup>29</sup>. Le processus de médiation peut être divisé en plusieurs étapes. Pour ce qui concerne la première, les parties doivent être informées sur l'obligation de la tentative de médiation familiale. La session informative, qui précède le dépôt de la demande, peut s'exprimer de différentes manières: dans les décisions de divorce avec l'insertion d'une formule standard qui rappelle aux parties l'obligation de tenter une médiation avant de saisir le juge, par notification de la décision, de la même manière que les parties qui ont envoyé leur demande par voie postale. Les informations concernent l'étendue de la tentative obligatoire, les objectifs de la médiation familiale, la liste des médiateurs, le caractère contraignant, les frais de la médiation, les conditions pour obtenir l'aide judiciaire, la possibilité d'être assisté par un avocat. La deuxième étape concerne la rencontre avec le médiateur familial. Le choix du médiateur est remis aux parties à partir d'une liste d'associations de médiateurs qui ont signé un protocole. Une séance d'information, gratuite pour les parties, précède la tentative obligatoire. Les parties, donc, doivent justifier leur participation à au moins une séance d'information avant de déposer la demande. Si la date d'une audience a déjà été fixée, les parties peuvent contacter directement une association de médiateurs pour tenter la médiation. En cas d'absence de l'une des parties, le médiateur peut déclarer faillite. Le médiateur délivre aux parties un certificat qui leur permet de justifier la tentative. En vue d'une homologation, le médiateur précise si les parties ont choisi de poursuivre ou non le processus de médiation. En cas de poursuite volontaire, le juge doit être informé de l'accord de médiation en cas de résultat positif ou d'échec de la médiation<sup>30</sup>. En relation

---

<sup>29</sup> M.-L. PESME, *La médiation familiale au cours des audiences du Juge aux Affaires Familiales: une experimentation fructueuse*, in Village de Justice, Avril 2019.

<sup>30</sup> Art. 126 du Code de procédure civile: «Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue».

au lieu de la médiation, les séances d'information se déroulent de préférence dans les salles des associations, afin de créer un climat de confiance dès le début du processus de médiation. Ceci est encore plus important dans la médiation familiale car l'objectif est de pacifier les litiges et parvenir à un accord, dans un endroit neutre. La troisième phase concerne l'évaluation du juge: dans le cas d'une demande d'accord conjointe, le juge constate la tentative de médiation; lors d'une audience il vérifie plutôt que la demande soit précédée de la tentative de médiation. Dans ce dernier cas, la décision est prise si la tentative a échoué; il renvoie l'affaire si la tentative est en cours, au contraire il approuve l'accord à la suite de la médiation. Par conséquent, la tentative de médiation est expressément envisagée pour les questions relatives à la responsabilité parentale et au droit à l'entretien. Ainsi du 1<sup>er</sup> septembre au 31 décembre 2019, la saisine des tribunaux de famille doit être précédé d'une tentative de médiation familiale dans 11 juridiction<sup>31</sup>.

6. *Conclusion.* – En conclusion, l'information et la communication sont indispensables pour permettre l'adhésion des différents professionnels concernés et pour conduire à une motivation commune qui mène à la réussite d'un tel système. La médiation est un moyen destinée à alléger le fonctionnement de la justice. Les échanges initiés par cette expérimentation ont permis aux professionnels de s'articuler entre eux en connaissent leur propre façon de penser, leurs propres techniques, leur propres possibilités mais aussi leur propres limites de compétence. Le but commun est celui de servir la famille. A la suite de cette expérimentation, on se souhaite que la médiation familiale pourra continuer son développement<sup>32</sup>. La médiation familiale s'est implantée et s'est structurée très rapidement, elle a aussi bénéficiée d'une reconnaissance très rapide. Mais il y a encore du travail à faire: c'est un travail qui concerne chacun, comme médiateur, comme

---

<sup>31</sup> H. BENOÎT, *Existe-t-il une obligation de tenter une résolution amiable devant les nouveaux Tribunaux judiciaires*, in Village de la Justice, 2019.

<sup>32</sup> M.-L. PESME, *La médiation familiale au cours des audiences du Juge aux Affaires Familiales: une experimentation fructueuse*, in Village de Justice, Avril 2019.

partenaire, comme citoyen, un travail de patience, d'adaptation, de créativité, et surtout de dialogue. C'est toute la société qui est visée à travers cet accompagnement des familles et des personnes: l'avenir des rapports humains, des rapports sociaux, et de la démocratie est au cœur de ce changement de culture initié par la médiation. Donc la Médiation Familiale permet d'introduire un autre regard sur la séparation des couples et sur la protection de l'Enfance car la famille et la Justice des mineurs doivent évoluer, ne peuvent qu'évoluer.



PIERLUIGI MAZZAMUTO\*

## LA MEDIAZIONE FAMILIARE QUALE GARANZIA DI EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO DEL MINORE ALLA BIGENITORIALITÀ

La mediazione dei conflitti familiari, oggi, come e forse più che in passato, riveste un ruolo di fondamentale importanza, solo se si riflette sulla crisi che, in Italia e in larga parte del mondo occidentale, sta attraversando la famiglia «come società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Costituzione della Repubblica Italiana; dello stesso tenore l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani).

Le cause di questa preoccupante crisi della famiglia sono molteplici, sia di ordine morale (egoismo e individualismo, materialismo e consumismo, relativismo e mancanza sempre più diffusa di senso etico e di responsabilità), sia di ordine sociale (abuso delle tecniche anticoncezionali, aborto volontario e costante aumento della denatalità; proliferare delle libere convivenze e ora persino di “modelli alternativi” alla famiglia naturale composta da mamma, papà e figli, per il tramite del sempre più vasto e incontrollato *business* internazionale delle tecniche di procreazione artificiale, favorito anche dal diffondersi di pericolose ideologie contro natura come la nota teoria del *gender*, sino a giungere all'inquietante fenomeno della c.d. “maternità surrogata” e alla sua scandalosa versione commerciale rappresentata dall'utero in affitto), sia di ordine economico (disoccupazione specie giovanile e precarietà del lavoro, discriminazioni ai danni delle lavoratrici in maternità e difficoltà a conciliare ritmi e orari di lavoro affaticanti con le esigenze di cura della prole, insufficienza e inadeguatezza delle politiche pubbliche di sostegno alle famiglie) ma non è possibile in questa sede soffermarsi su ognuna di esse.

---

\* .Professore di diritto privato all'Università di Palermo.

È sufficiente osservare l'aumento esponenziale di separazioni e divorzi, quasi come se il matrimonio fosse, nella società odierna, non più considerato quale negozio familiare per eccellenza, solido e duraturo fondamento della famiglia, bensì come un semplice contratto da poter sciogliere in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo (spesso meramente economico o persino futile), pur in presenza di figli minori bisognosi, per loro natura, delle cure e attenzioni sia della madre che del padre, quali genitori presenti e responsabili: ciò pone il grosso problema di come gestire adeguatamente il conflitto e la separazione, in modo da tutelare il più possibile la salute psico-fisica dei figli che subiscono il trauma della divisione dei (e sovente dai) propri genitori e della conseguente disgregazione della famiglia.

Due sono le strade percorribili: l'una, quella più pericolosa, di esasperare i toni del conflitto e cercare a tutti i costi di far valere le proprie "ragioni" (*rectius*: egoismi) in giudizio, talora finanche al caro prezzo di privare, sostanzialmente, il figlio di una delle due figure genitoriali (il padre o la madre); l'altra, quella più prudente, di cercare il dialogo e la responsabile collaborazione nell'interesse preminente dei figli, preferibilmente con l'aiuto di un mediatore familiare professionista che assista i genitori in crisi nella ricerca del miglior accordo (o "piano genitoriale" condiviso) possibile.

Che la mediazione familiare sia oggi non solo opportuna, ma praticamente indispensabile, al fine di evitare che una insana gestione del conflitto familiare pregiudichi irrimediabilmente, nel tempo, la salute e la crescita equilibrata dei figli, con inevitabili danni alla loro psiche (che, non poche volte, segnano la loro vita, producendo in essi un persistente malessere e talora forme anche gravi di disabilità), è un dato ormai acquisito nella gran parte dei Paesi "civilizzati" del mondo.

In Italia, il primo tentativo di introduzione di una organica disciplina della mediazione familiare e dell'affidamento dei figli "condiviso" (equamente, dalla madre e dal padre separati) è stato operato dalla legge n. 54/2006, che tuttavia sia in fase di approvazione, anche a causa dell'ostilità di una parte dell'avvocatura che non vedeva con favore l'istituzione della mediazione familiare, sia in fase di successiva applicazione, nel corso degli anni, a causa della creazione giurisprudenziale della "colloca-

zione prevalente” del minore presso uno dei due genitori (per lo più la madre), ha sostanzialmente disatteso l’importante obiettivo per il quale era stata, inizialmente, pensata.

Il risultato di tutto ciò è che, ancor oggi, nel 2019, l’Italia a differenza della gran parte dei Paesi europei ed extraeuropei non conosce una normativa organica in materia di mediazione familiare, né ha garantito l’effettività dell’affidamento condiviso dei figli di genitori separati o divorziati.

È evidente a tutti che tale grave lacuna del nostro sistema giuridico dev’essere al più presto colmata con una buona riforma che realmente introduca l’affidamento condiviso disciplinando compiutamente la mediazione familiare e la professione di mediatore familiare, quali presupposti imprescindibili per l’effettiva attuazione del principio di bigenitorialità, principio cardine in materia familiare, riconosciuto dalle fonti internazionali ed europee (v. per tutte la Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo del 1989, in particolare agli artt. da 7 a 10, ma ancor prima la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo all’art. 8 sul diritto al rispetto della vita familiare e, in tempi più recenti, la Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea all’art. 24 sui diritti del minore), che sanciscono il fondamentale diritto dei figli di avere e mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori – e per naturale estensione anche con entrambi i rami parentali, materno e paterno – non solo durante il normale svolgimento della vita familiare, ma anche quando la relazione coniugale dovesse entrare in crisi, dando luogo alla separazione o al divorzio.

Il legislatore italiano, nonostante le direttive e raccomandazioni dell’Unione europea in materia di mediazione civile, ha fino ad oggi incomprensibilmente omissso di prevedere l’obbligatorietà (*rectius*: condizione di procedibilità dell’eventuale giudizio) di un tentativo o quantomeno di un incontro preliminare informativo di mediazione in materia di famiglia, ambito che coinvolge la vita delle persone in modo molto più incisivo di quanto non avvenga in altri settori e nel quale si rendono necessari strumenti di soluzione del conflitto proprio a tutela dei soggetti più deboli, in primo luogo i minori, i quali per lo più subiscono passivamente le conseguenze pregiudizievoli della conflittualità tra i propri genitori, con gravi ripercussioni sul loro equilibrio psico-fisico.

Il percorso di mediazione familiare ha pertanto come obiettivo il raggiungimento di un accordo tra i genitori che sia il più possibile rispettoso del preminente interesse dei figli, specie se minori, dei loro bisogni e diritti fondamentali fra cui spicca quello alla bigenitorialità, ossia a mantenere una relazione equilibrata e continuativa con la propria madre e con il proprio padre, anche dopo la separazione o il divorzio: in quest'ottica il mediatore familiare risulta figura preziosa, perché aiuta le parti a comprendere l'importanza dei propri distinti e complementari ruoli genitoriali, avendo speciale riguardo agli interessi della prole.

La mediazione familiare è pertanto uno strumento necessario e ineludibile nei procedimenti di separazione e divorzio, al fine di prevenire, elidere o attenuare la conflittualità tra le parti, trasformandola in una rinnovata capacità di raggiungere accordi e di collaborare quali genitori responsabili dell'educazione, della crescita equilibrata e della salute psico-fisica dei propri figli.

Nella normalità dei casi, la previsione del passaggio in mediazione familiare quale condizione di procedibilità del giudizio costituirà, per un verso, un efficace deterrente all'instaurarsi e/o protrarsi indefinito di conflitti tra i genitori e, per altro verso, l'occasione, purtroppo ancor oggi poco nota alle famiglie italiane, per affrontare la controversia in modo riservato e pacifico, con l'ausilio di un esperto dei conflitti familiari, il quale aiuterà i genitori a raggiungere un accordo che realmente soddisfi, prima ancora che gli interessi di entrambi, anzitutto quelli della prole.

Rendendo obbligatorio il primo incontro (preliminare e informativo, preferibilmente gratuito), verrebbe salvaguardata sia la corretta funzionalità dell'istituto sia la libertà da condizionamenti, posto che i genitori rimangono liberi di intraprendere (o meno) e di proseguire (o meno) tale percorso – la cui durata massima dovrebbe essere fissata in circa 6 mesi – avendo ciascuno di essi la facoltà di porvi fine in qualsiasi momento.

In relazione alle situazioni di particolare gravità, poi, come nelle ipotesi di violenza endofamiliare o abusi, che sono causa di esclusione dell'affidamento condiviso e in cui la mediazione non è praticabile come previsto dall'art. 48 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, ferme le tutele penali e quelle parapenali rappresentate dagli ordini di protezione della vittima, sarà dovere del mediatore non avviare o interrompere il procedi-

mento di mediazione, certificando la non mediabilità della coppia per la sussistenza di violenze domestiche o abusi in famiglia e comunque assicurando (come avviene, ad esempio, in Austria) che non avvenga un incontro fra la vittima e l'autore della violenza o dell'abuso (eventualmente contemplando sessioni separate).

Per altro verso, tuttavia, l'alta conflittualità e gli episodi di violenza che spesso conseguono all'aggravarsi della crisi coniugale/genitoriale potrebbero essere prevenuti proprio grazie al tempestivo utilizzo – prima che la conflittualità si esaspera a tal punto da sfociare in violenza – della mediazione familiare, quale percorso che educa (o rieduca) le parti al dialogo e al rispetto reciproco della persona e del ruolo genitoriale materno o paterno che le compete.

D'altro canto, nell'ambito della famiglia l'obbligatorietà del passaggio (quantomeno informativo) in mediazione, già prevista in vari ordinamenti stranieri (fra i quali spiccano l'Australia e la Norvegia, in cui, in presenza di un figlio minore, è obbligatorio un percorso di mediazione, e la Croazia, il Regno Unito e l'Ungheria, in cui è obbligatoria almeno una sessione informativa sulla mediazione familiare), si rende ancor più necessaria che nella mediazione civile e commerciale già disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010, in quanto viene coinvolta direttamente la vita e la salute delle persone che nella famiglia esprimono la loro personalità, ed è del tutto evidente come da questo punto di vista l'ordinamento italiano sia rimasto indietro rispetto a molti Paesi europei ed extraeuropei, dove la mediazione familiare è da decenni una prassi consolidata.

Finché sia possibile, infatti, è bene evitare di intraprendere o proseguire un giudizio, con tutte le conseguenze negative, in termini di costi economici ma soprattutto umani, che questo può comportare per la famiglia e in particolare per i soggetti più deboli, ossia i minori, che troppo spesso finiscono per diventare oggetto di contesa e di continue rivendicazioni tra i genitori in perenne conflitto tra loro per via della consolidata prassi – potenzialmente dannosa per la salute psico-fisica dei figli – di affrontare la controversia a suon di ricorsi e controricorsi giudiziari, che di certo non contribuiscono a quella serena e pacifica riorganizzazione delle relazioni familiari che soltanto un percorso riservato di mediazione familiare può garantire.

Tutte le volte in cui, grazie alla capacità del mediatore di favorire un clima di dialogo costruttivo e responsabile, la controversia si definisca con un accordo, scelto liberamente dalle parti e soddisfacente per entrambe e per i propri figli, i tempi e i costi complessivi del conflitto genitoriale, lungi dal dilatarsi e rispettivamente aumentare, conosceranno piuttosto una drastica riduzione, portando significativi benefici anche in termini di serenità familiare e di collaborazione proficua tra i genitori, nell'interesse preminente dei figli, i quali potranno così vedere soddisfatto il loro fondamentale diritto alla bigenitorialità.

Si discute perciò in questi mesi al Parlamento in merito all'opportunità/necessità di istituire un albo professionale dei mediatori familiari, facendo assurgere al rango di professione protetta (o riservata) un'attività peraltro già riconosciuta come professione (non regolamentata), ai sensi e per gli effetti di cui alla legge n. 4/2013, dalla norma tecnica UNI 11644 approvata il 30 agosto 2016.

Sarà, quindi, indispensabile valorizzare la formazione, la competenza e le abilità della figura professionale del mediatore familiare, caratterizzata da terzietà e imparzialità e la cui attività è, conseguentemente, presidiata da autonomia, segreto professionale e obblighi di informazione nei confronti delle parti.

La mediazione familiare, per la sua naturale vocazione interdisciplinare, si avvale del contributo di studiosi ed esperti in materia di famiglia provenienti dalle molteplici aree del sapere in essa implicate (giuristi, mediatori familiari, pedagogisti, pediatri, psicologi, sociologi e teologi), dando voce a punti di vista autonomi e talora divergenti che tuttavia finiscono col convergere sull'importanza della mediazione quale approccio indispensabile per la pacifica e responsabile composizione delle crisi familiari e, in definitiva, quale garanzia del fondamentale diritto del minore alla bigenitorialità.

Si rende necessario, pertanto, favorire una migliore conoscenza e diffusione della mediazione familiare come strumento di elezione per la pacifica risoluzione delle controversie di famiglia, nell'ottica specialmente della miglior tutela del preminente interesse del minore, sostenendo l'attività parlamentare di riforma in materia di affidamento condiviso e mediazione familiare, al fine di pervenire, auspicabilmente in tempi rapidi, all'approvazione di un testo di legge unitario, equilibrato e, *magis ut valeat*, condiviso.

NATALE CENTO\*

SERVIZIO DI MEDIAZIONE FAMILIARE:  
PROFESSIONISTI QUALIFICATI E STANDARD  
A TUTELA DELL'UTENZA

SOMMARIO: 1.Introduzione. - 2. In mancanza di ordine. - 3. Argini a tutela di utenza e concorrenza. - 4. Attestati e Certificazioni. - 5. La formazione del Mediatore Familiare: standard nazionali e regionali. - 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Il 2018 è stato un anno in cui la Mediazione Familiare è tornata al centro dell'attenzione grazie all'ennesimo tentativo del legislatore di occuparsi di un istituto entrato ufficialmente nel corpo normativo italiano grazie ad una legge di 21 anni or sono<sup>1</sup>. Il Disegno di Legge n. 735, comunemente definito "Pillon" (dal cognome del primo senatore firmatario), nell'intento di riformare diversi aspetti del diritto di famiglia, ha dedicato grande attenzione, per spazio e collocazione, alla Mediazione Familiare ed in particolare alla professione del Mediatore Familiare, riconoscendo a questo intervento/professionista un ruolo di prim'ordine durante la fase giudiziaria della separazione tra coniugi.

Il DDL 735 è stato per diversi mesi al centro di aspre critiche da parte di associazioni ed Ordini, che ne hanno contestato gran parte del contenuto, anche quello dedicato alla Mediazione Familiare. Conseguenza di queste critiche, ma più probabilmente del cambio di composizione del governo avvenuto durante l'estate di 2019, il DDL 735 è sparito dai radar, come altri illustri tentativi fatti in precedenza.

Questo mio intervento vuol prendere spunto dal DDL 735 per fornire ai lettori (studenti, professionisti o semplici curiosi) infor-

---

\* Mediatore familiare.

<sup>1</sup> La Legge 28 agosto 1997, n. 285 "Disposizioni per la promozione dei diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza", prevede, all'art. 4, la Mediazione Familiare tra i "Servizi di sostegno alla relazione genitore-figli".

mazioni e paragoni utili a comprendere il livello di competenza di chi scrive una legge e la sua conoscenza di ciò che oggi il nostro ordinamento offre in materia di Mediazione Familiare ed, in special modo, circa la professione del Mediatore Familiare.

Gli estensori del DDL 735 hanno voluto affrontare la tematica sotto alcuni aspetti: istituzione dell'Albo dei Mediatori Familiari, la loro formazione e la "processualizzazione" dell'intervento di Mediazione Familiare, a seguito dell'ingresso del conflitto di coppia in ambito giudiziario.

In gran parte dell'opinione pubblica (e purtroppo anche di molti cd "addetti ai lavori") è maturata la convinzione che, arenatosi il DDL 735, poco o nulla di Mediazione Familiare si possa rintracciare nel nostro ordinamento.

Come è noto a coloro che operano nel settore della Famiglia e dei Minori, la Mediazione Familiare è espressamente prevista da diverse leggi nazionali e regionali. L'esperienza professionale maturata in diverse regioni italiane mi ha, però, insegnato che talvolta proprio coloro che operano, a vario titolo, nel difficile campo dei conflitti familiari hanno scarsa e non sempre corretta conoscenza delle leggi e normative che si occupano di Mediazione Familiare e della professione del Mediatore Familiare.

Nei capitoli che seguiranno elencherò alcuni importanti riferimenti corredati da alcune istruzioni per un loro uso che può contribuire all'efficientamento di un sistema, quale quello dei Servizi Sociali, che necessità di continui adeguamenti a rinnovate esigenze e bisogni di una gran parte della popolazione che affronta la traumatica esperienza di una separazione e le nefaste conseguenze che ad essa si associano, tanto nefaste quanto il cd "sistema" si dimostra incapace di offrire servizi e risposte adeguate, prima che un conflitto familiare si trasformi in un caso di cronaca nera.

2. *In mancanza di ordine.* – Come accennavo poc'anzi, il DDL 735 aveva previsto, all'articolo 1, "l'istituzione dell'albo nazionale per la professione di mediatore familiare". Non essendo chiaro se unitamente o preventivamente all'albo si volesse istituire anche l'Ordine dei Mediatori Familiari, dalla lettura dell'articolo

emerge la volontà di creare un elenco unico nazionale cui potersi iscrivere possedendo determinati requisiti.

Il DDL 735 fissava due tipologie di requisiti, peraltro assegnando una "corsia preferenziale" agli avvocati.

Difatti: se da un lato l'esercizio dell'attività/professione di mediatore familiare era permesso a laureati "in discipline sociali, psicologiche, giuridiche, mediche o pedagogiche, nonché della formazione specifica, certificata da idonei titoli quali master universitari ovvero specializzazioni o perfezionamenti presso enti di formazione riconosciuti dalle regioni, aventi durata biennale e di almeno 350 ore", lo stesso DDL prevedeva che "la qualifica di mediatore familiare" potesse "essere attribuita anche agli avvocati iscritti all'ordine professionale da almeno cinque anni e che abbiano trattato almeno dieci nuovi procedimenti in diritto di famiglia e dei minori per ogni anno". Orbene, lungi dal volermi aggiungere al coro di coloro che, talvolta con modalità apparse pretestuose e legate più a questioni di parte politica che di miglioramento di un testo, hanno criticato duramente il DDL, non posso esimermi da un paio di considerazioni tecnico-giuridiche.

Da docente di Mediazione Familiare, nonché operatore di Servizio pubblico (ambito in cui l'attività di Mediazione Familiare non è sempre svolta da personale titolato e qualificato), rilevo che il DDL ha scelto di fissare in 350 il numero minimo di ore di formazione di un futuro Mediatore Familiare, senza in alcun modo entrare nel merito dei contenuti di questa formazione o rimandare a provvedimenti ad hoc.

Secondo aspetto dell'articolo 1 meritevole di censura è quello relativo alla "corsia preferenziale" offerta agli avvocati che avrebbero potuto conseguire "la qualifica di mediatore familiare" per il solo fatto di essere "iscritti all'ordine professionale da almeno cinque anni" ed aver "trattato almeno dieci nuovi procedimenti in diritto di famiglia e dei minori per ogni anno".

Non si comprende, infatti, il motivo per il quale un Avvocato possa diventare Mediatore Familiare senza una adeguata e specifica formazione richiesta a tutti gli altri.

Parimenti incomprensibile, almeno per chi scrive, è anche il motivo per il quale i senatori firmatari del DDL 735 non abbiano utilizzato la medesima "corsia preferenziale" anche per Assi-

stenti Sociali e Psicologi, molti dei quali operano nel settore Famiglia e Minori non meno degli Avvocati.

Formulazione, quella appena citata, difficilmente coniugabile con quanto stabilito dallo stesso DDL in premessa e cioè che la professione del Mediatore Familiare “necessita di una formazione approfondita” che, però, l’estensore del DDL ha ommesso di richiedere agli avvocati.

3. *Argini a tutela di utenza e concorrenza.* – Dando merito al DDL 735 di aver affrontato un tema molto complesso come quello del cd “affido condiviso”, va detto che il nostro legislatore è già intervenuto in materia di Mediazione Familiare. In particolar modo e relativamente agli aspetti poc’anzi accennati, gli anni 2013, 2016 e 2019 sono stati forieri di provvedimenti e norme che oggi costituiscono veri e propri punti cardine in materia.

Il nostro legislatore, infatti, consapevole dell’esistenza di alcune professioni prive di Ordini professionali o Collegi e preso atto della loro incidenza sia sulle dinamiche economiche sia in materia di concorrenza, ha ritenuto di intervenire con un argine normativo a tutela dell’utenza e della leale concorrenza tra professionisti.

Ad inizio del 2013 è entrata in vigore la Legge 14 gennaio 2013, n.4 “*Disposizioni in materia di professioni non organizzate*”.

Come più avanti specificato, si tratta di una legge che delinea in modo abbastanza chiaro un sistema di associazioni professionali, attestazioni e certificazioni rilasciate e vigilate da Ministeri competenti ed organismi delegati dallo Stato, per creare una demarcazione tra un esercizio qualificato o meno di determinate professioni non regolamentate.

Da una attenta analisi socio economica, è emerso che la mancanza di Ordini e Collegi che garantissero circa la qualificazione dei loro iscritti e vigilassero sulle loro condotte, si traducesse in mancanza di tutela dei consumatori e distorsioni della concorrenza tra i professionisti presenti sul mercato.

Riguardo la professione di Mediatore Familiare, è agevole rendersi conto della rilevanza della Legge in esame. Pur senza introdurre obblighi per alcuno (non vengono istituiti Ordini o Colle-

gi), il cliente di un Mediatore Familiare che esercita la professione ai sensi della Legge 4/2013 può ricevere una prestazione professionale definibile come “qualificata” ed ottenere ogni forma di tutela in caso di violazioni di natura deontologica. Parimenti, un Mediatore Familiare “qualificato” può attivare diverse forme a tutela della concorrenza in caso di comportamenti sleali posti in essere da parte di un altro Mediatore Familiare “qualificato”. In più, pur potendo chiunque esercitare attività di Mediazione Familiare anche “improvvisata”, l’esistenza della Legge 4/2013 consente ad una Pubblica Amministrazione di dotarsi di Mediatori Familiari “qualificati” e poter così offrire alla collettività servizi in linea con standard di qualità. Per correttezza di informazione, va dato atto che l’art. 1, comma 2, lett d) del DDL 735 prevede che “la professione di mediatore familiare può essere esercitata in forma individuale o associata secondo le disposizioni stabilite dalla legge 14 gennaio 2013, n. 4”, ma, come avrò modo di approfondire tra breve, questa formulazione non coglie i pregi della L.4/2013, volendola utilizzare solo in minima parte.

4. *Attestazioni e certificazioni.* – Entriamo nel cuore della Legge 14 gennaio 2013, n.4 applicando le “*Disposizioni*” in essa previste alla professione del Mediatore Familiare.

Da una lettura complessiva emerge la volontà del legislatore del 2013 di creare un sistema di tutela che si fonda sulla chiamata in causa delle associazioni di categoria le quali, a seguito del possesso di determinati requisiti, possono iscriversi ad un elenco tenuto dal Ministero dello Sviluppo Economico.

Le medesime associazioni, sotto vigilanza del predetto Ministero, se ottengono l’iscrizione nella Sezione seconda del suddetto elenco, possono rilasciare ai propri iscritti “*Attestato di qualità e di qualificazione professionale del servizio reso*”.

Questo “Attestato”, sostanzialmente equiparabile al bollino che annualmente ogni Ordine professionale rilascia ai propri iscritti, costituisce una attestazione che quel socio, nell’esercizio della professione ha rispettato gli obblighi derivanti dal proprio Codice Deontologico ed ha svolto aggiornamento professionale.

Prevenendo possibili contestazioni sulla “convenienza” delle Associazioni professionali a rilasciare con facilità l’Attestato in questione e non perdere il contributo economico annuale del proprio iscritto, posso in questa sede riferire sull’efficacia del potere di vigilanza in capo al Ministero dello Sviluppo Economico (come espressamente previsto dall’articolo 10 L. 4/2013).

Venuto a conoscenza di violazioni commesse da un Mediatore Familiare iscritto ad una delle Associazioni ex articolo 2 Legge 4/2013 ed effettuata apposita segnalazione al Ministero (a seguito di inattività della Associazione), ho potuto apprezzare l’intervento ministeriale nei confronti della Associazione che è stata costretta a prendere adeguati provvedimenti a carico del proprio iscritto.

La Legge 14 gennaio 2013, n.4 prevede poi un ulteriore livello di garanzia, aggiuntivo od indipendente dal precedente.

Si tratta della “Certificazione” prevista dall’articolo 9: un titolo “di Stato” che costituisce il massimo livello di garanzia ad oggi previsto in materia di Mediazione Familiare.

Provando a semplificare un procedimento che contiene un discreto livello di complessità, la predetta certificazione è un titolo: a) attestante che quel professionista lo ha conseguito ad esito positivo di un percorso di formazione post lauream strutturato secondo standard formativi previsti dalla Norma UNI di riferimento; b) rilasciato da un organismo “di certificazione accreditato dall’organismo unico nazionale di accreditamento ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008”; c) posseduto da un Mediatore Familiare professionista che ogni anno è obbligato a sottoporsi ad almeno 6 ore di aggiornamento professionale e 10 ore di supervisione, nonché in effettiva e documentata attività professionale.

Specificando quanto appena elencato “l’organismo unico nazionale di accreditamento ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008” è Accredia<sup>2</sup>, che, ad oggi, ha accreditato al rilascio della Certifi-

---

<sup>2</sup> Accredia è l’Ente Unico nazionale di accreditamento designato dal governo italiano, in applicazione del Regolamento europeo 765/2008, ad attestare la competenza, l’indipendenza e l’imparzialità degli organismi di certificazione (Fonte: [www.accredia.it](http://www.accredia.it)).

cazione di Mediatore Familiare gli organismi di certificazione AICQ Sicev<sup>3</sup> e KIWA Cermet, che non vanno confusi con gli organismi previsti in materia di Mediazione Civile e Commerciale.

AICQ Sicev e KIWA Cermet vigilano sul corretto operato dei professionisti certificati, tenuti al costante rispetto sia di quanto previsto dalla Norma UNI, sia del codice di comportamento del singolo organismo di certificazione.

Riprendendo quanto esposto in precedenza a proposito di Albi ed Elenchi, la Legge 4/2013 realizza anche quanto avrebbe voluto fare il DDL 735.

Infatti, ciascun cittadino/utente può consultare *“L’elenco delle associazioni professionali ... pubblicato dal Ministero dello sviluppo economico nel proprio sito internet”*, elenco che alla Sezione 2 contiene le Associazioni di Mediatori Familiari che rilasciano *“Attestato di qualità e di qualificazione professionale dei servizi resi dai propri soci”*<sup>4</sup>.

Se, invece, un cittadino/utente volesse conoscere l’elenco aggiornato dei Mediatori Familiari Certificati, potrà consultare il sito di Accredia, nella Sezione Banche dati, selezionando la Figura professionale del Mediatore familiare<sup>5</sup>.

Fondamento e riferimento della Certificazione di Mediatore Familiare è la Norma UNI.

La Legge 4/2013 conferisce alla Norma UNI un ruolo determinante. Testualmente, all’articolo 6 si legge *“La qualificazione della prestazione professionale si basa sulla conformità della medesima a norme tecniche UNI ISO, UNI EN ISO, UNI EN e UNI, di seguito denominate «normativa tecnica UNI», di cui alla direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, e sulla base delle linee guida CEN 14 del 2010”*.

La Norma UNI che ci interessa è la Norma 11644:2016 *“Attività professionali non regolamentate – Mediatore Familiare – Requisiti di conoscenza, abilità e competenza”* ed entra in vigore (o come espressamente appare in Premessa *“è entrata a far parte*

---

<sup>3</sup> Associazione Italiana Cultura Qualità - Sistema di Certificazione e di Valutazione.

<sup>4</sup> Articolo 2, comma 7, L.4/2013.

<sup>5</sup> Alla data del 24 novembre 2019, i Mediatori Familiari Certificati in Italia sono 51 (Fonte: [www.accredia.it](http://www.accredia.it)).

*del corpo normativo nazionale*") il 30 agosto 2016. Un testo che giunge a tre anni di distanza: sia dall'entrata in vigore della Legge 4/2013, sia dall'iscrizione della prima Associazione di Mediatori Familiari nella Sezione 2 dell'Elenco tenuto dal Ministero dello Sviluppo Economico<sup>6</sup> e conferisce piena attuazione a quanto previsto dalla L. 4/2013.

Tornando al contenuto dell'articolo 6 L. 4/2013, diverse sono le indicazioni che si possono trarre. Anzitutto si tratta una formulazione che "qualifica" la prestazione professionale.

Una "qualificazione" che può agevolmente interpretarsi: sia nel senso di definirla rispetto ad altre simili, sia nel senso di differenziarla da una prestazione "improvvisata".

Pertanto, attingendo dalla Norma UNI 11644:2016, un Mediatore Familiare può dirsi "qualificato" se ha seguito un "percorso di formazione specifico" o, ancora, se interviene "in autonomia dall'ambito giudiziario".

Ne discende che, come logica vuole, non può dirsi "qualificato" un Assistente Sociale, un Avvocato od uno Psicologo che esercitino attività di Mediazione Familiare senza aver frequentato un percorso di formazione in Mediazione Familiare. Ma anche, non può dirsi "qualificato" un Assistente Sociale od uno Psicologo che esercitino attività di Mediazione Familiare nell'adempimento di un incarico di Consulente Tecnico d'ufficio.

Due esempi tratti dalla mia pratica quotidiana, forse tra quelli ad alto contenuto di "non qualificazione" in quanto messi in atto da Mediatori Familiari senza (adeguata) formazione o incaricati da un Magistrato di "indagare e valutare" persone che, in quanto utenti di un Mediatore Familiare, avrebbero diritto al più stretto riserbo sui contenuti di quanto avviene alla presenza del Mediatore Familiare.

*5. La formazione del mediatore familiare: standard nazionali e regionali.* – La questione della formazione del Mediatore Familiare (o meglio, per conseguire un titolo di Mediatore Familiare) costituisce da tempo uno dei principali argomenti di dibattito e,

---

<sup>6</sup> Il 23 maggio 2013 l'Associazione Italiana Mediatori Familiari viene iscritta nella Sezione 2 dell'elenco previsto dall'articolo 2, comma 7, L. 4/2013

talvolta, di scontro tra Mediatori e tra Mediatori e coloro che si ritengono tali per il sol fatto di essere iscritti ad un Ordine professionale.

In precedenza ho avuto modo di accennare come il DDL 735 abbia affrontato l'aspetto formativo: dapprima affermando che quella del Mediatore Familiare è una "professione che non può essere improvvisata, ma che necessita di una formazione approfondita", salvo poi prevedere che la qualifica di mediatore familiare potesse "essere attribuita anche agli avvocati iscritti all'ordine professionale da almeno cinque anni", pur privi di esperienza in Mediazione Familiare.

Accantonato il DDL 735, il percorso di formazione per diventare Mediatori Familiari trova due autorevoli riferimenti.

Dell'aspetto formativo si occupa compiutamente la Norma UNI 11644:2016. Questa, come il DDL 735, prevede un numero minimo di ore (leggermente inferiori alle 350 del DDL), ma, a differenza del DDL 735, scende nel merito di ciò che si deve insegnare/apprendere nelle ore previste, distinguendo tra "Percorso formativo teorico-pratico" (dedicato per più di 2/3 alla Mediazione Familiare), "Pratica guidata" e "Supervisione didattica e professionale".

Il Percorso Formativo previsto al punto 6.1.2 di UNI 11644 prevede altresì la strutturazione dell'esame ed il successivo punto 6.1.3 distingue tra un "Primo livello" (al superamento del quale "al candidato verrà rilasciato un attestato di idoneità alla pratica guidata e alla supervisione didattica e professionale") ed un "Secondo livello" al termine del quale si può conseguire "un attestato di qualifica professionale", diventando così Mediatori Familiari.

Come è evidente, anche solo da questi accenni, si tratta di una regolamentazione che può conferire ad un percorso formativo quelle caratteristiche atte a preparare in modo sufficientemente adeguato un professionista che vuole operare all'interno dei conflitti familiari; ambito sociale che imporrebbe una formazione degli operatori ben più congrua ed adeguata di quella posseduta oggi da molti Mediatori familiari operanti (talvolta anche in Servizi pubblici).

Un punto ulteriore e diverso dal percorso formativo per conseguire la qualifica professionale di Mediatore Familiare, ma

funzionale al mantenimento dell'attestato e della certificazione trattati nel precedente Capitolo 4, è costituito dall'Aggiornamento professionale continuo e supervisione, previsti dalla Norma UNI 11644 al punto 6.1.4. Si tratta di un obbligo ben conosciuto dagli iscritti agli Ordini Professionali e che impone ad ogni Mediatore Familiare Certificato in conformità alla Norma UNI di tenersi costantemente aggiornato e di sottoporsi ad almeno dieci ore di supervisione l'anno, anche e soprattutto in considerazione della specificità della professione svolta.

Ritornando all'aspetto della formazione necessari al conseguimento della qualifica, vi è un'importante normativa in vigore dal 2013 e che riguarda la formazione degli aspiranti Mediatori Familiari.

Si tratta del decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13 "Definizione delle norme generali e dei livelli essenziali delle prestazioni per l'individuazione e validazione degli apprendimenti non formali e informali e degli standard minimi di servizio del sistema nazionale di certificazione delle competenze".

Un decreto che, all'articolo 8, si occupa del "Repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali" che "costituisce il quadro di riferimento unitario per la certificazione delle competenze, attraverso la progressiva standardizzazione degli elementi essenziali, anche descrittivi, dei titoli di istruzione e formazione, ivi compresi quelli di istruzione e formazione professionale, e delle qualificazioni professionali attraverso la loro correlabilità anche tramite un sistema condiviso di riconoscimento di crediti formativi in chiave europea".

Provando a semplificare e contestualizzando la sua applicazione al Mediatore Familiare, il d.lgs. 13/2013 si prefigge l'obiettivo di uniformare i percorsi formativi per conseguire la qualifica di Mediatore Familiare, in modo che un corso erogato a Genova abbia contenuti simili ad uno erogato ad Agrigento ed una qualifica di Mediatore Familiare rilasciata dalla Regione Liguria abbia lo stesso valore legale di quella rilasciata dalla Regione Siciliana.

Due anni dopo, il suddetto articolo 8 trova applicazione nel Decreto inter ministeriale 30 giugno 2015 "Definizione di un quadro operativo per il riconoscimento a livello nazionale delle

qualificazioni regionali e delle relative competenze, nell'ambito del Repertorio nazionale dei titoli di istruzione e formazione e delle qualificazioni professionali".

Previsto dal combinato dei due atti normativi, l'Atlante del lavoro e delle Qualificazioni, costituisce il dispositivo classificatorio e informativo realizzato sulla base delle sequenze descrittive della Classificazione dei settori economico-professionali<sup>7</sup>.

All'interno dell'Atlante si trova il "Servizio di Mediazione Familiare" che, come anticipato contiene gli elementi utili per il riconoscimento a livello nazionale delle qualificazioni di Mediatore Familiare rilasciate dalle regioni e delle relative competenze acquisite dagli allievi dei corsi formativi per il conseguimento della qualificazione regionale.

Il "Servizio di Mediazione Familiare" contenuto nell'Atlante è stato oggetto di una procedura di "manutenzione" terminata nel giugno 2019 con l'approvazione da parte del "gruppo tecnico"<sup>8</sup> dell'aggiornamento del "Servizio" proposto da un gruppo di sette esperti di cui ho fatto parte.

Si tratta di un importante risultato che, al di là della evidente connotazione tecnica dell'argomento, incide direttamente sulla fase formativa dei futuri Mediatori Familiari i quali potranno da oggi formarsi su contenuti uniformi su tutto il territorio nazionale, nonché aggiornati alla Norma UNI 11644:2016 ed alle migliori prassi territoriali in materia di Mediazione Familiare, potendo così conseguire una qualificazione professionale agevolmente spendibile in un mercato del lavoro sempre più selettivo.

6. *Conclusioni.* – L'invito del Prof. Carlo Pilia a fornire il mio contributo a questa pubblicazione mi ha consentito di condividere con altri professionisti della Mediazione, molti studenti o semplici curiosi, un percorso professionale pluriennale dedicato

---

<sup>7</sup> V. articolo 8 del decreto legislativo n. 13 del 2013; articolo 3, comma 5, del decreto interministeriale del 30 giugno 2015; articoli 13 e 15 del decreto legislativo n. 150 del 2015.

<sup>8</sup> Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e delle regioni e province autonome di Trento e Bolzano, partenariato istituzionale ed economico e sociale.

alla Mediazione Familiare, al suo sviluppo in ogni contesto e livello istituzionale in cui mi è stato chiesto di intervenire.

Ho voluto condividere elementi puntuali che potessero condurvi ad una conoscenza reale dello stato dell'arte e delle norme fondamentali per l'esercizio di una professione, quella del Mediatore Familiare, che in un tempo caratterizzato da una crescente conflittualità, costituisce sempre più uno strumento unico ed insostituibile per fornire risposte tempestive ed efficaci a molte famiglie che oggi vivono sofferenze atroci.

HUSSEIN CHIBLÉ\*

## LA MEDIAZIONE COME STRUMENTO DI PACIFICAZIONE DEL MEDITERRANEO

Innanzitutto, vorrei ringraziare per la mia partecipazione a questa Conferenza all'Università di Cagliari per la seconda volta, e per questo desidero esprimere la mia profonda gratitudine agli organizzatori di questa iniziativa. Consentitemi, all'inizio, di esprimere il mio piacere di partecipare a questo convegno nella storica isola della Sardegna, a Cagliari. Vorrei ringraziare il Prof. Carlo Pilia verso cui nutro rispetto e ammirazione sia a livello personale, sia a livello accademico e in particolare per il suo grande sforzo ed impegno che mette nella realizzazione di questo convegno. La collaborazione con l'Università di Cagliari è iniziata nel 1997 quando il Prof. Luigi Raffo mi invitò a lavorare insieme nel campo dell'ingegneria elettronica. Vorrei ringraziare il Prof. Luigi Raffo, per il quale ho un grande rispetto e ammirazione a livello personale, accademico e di ricerca, in particolare per la grande collaborazione nelle nostre tesi di dottorato congiunte. Ringrazio anche la Prof.ssa Alessandra Carruci, Responsabile delle relazioni esterne dell'Università di Cagliari, per la continua e proficua collaborazione tra l'Università di Cagliari e l'Università libanese. Ringrazio anche il Dott. Doreid Mohamad, presidente del Comitato Culturale del Consiglio Mondiale dell'Unione libanese Culturale nel Mondo, per la sua continua collaborazione con noi come gruppo di lavoro di cooperazione e mediazione internazionale. Cito qui la visita del Presidente dell'Università libanese Dott. Adnan Al Saied che nel 2015 venne a Cagliari per firmare un accordo di cooperazione con il Presidente dell'Università degli Studi di Cagliari. L'accordo ha avuto effetti molto positivi, soprattutto per quanto riguarda gli studenti del dottorato.

---

\* Professor at the Lebanese University.

Per quanto riguarda l'argomento di questa conferenza e dal momento che lavoro nel campo dell'ingegneria e del turismo, mi chiedo il perché della mia partecipazione ad una conferenza che non appartiene al campo della mia specializzazione. Ma vorrei dire che la mediazione e la riconciliazione sono parte integrante della mia vita. Ora sono più sicuro che questa scienza sia molto importante e che questa scienza debba essere sviluppata. Ricordo che il Prof. Carlo Pilia una volta mi disse che chi voleva essere un mediatore non doveva necessariamente essere un Giurista e poi mi incoraggiò ad entrare nei dettagli di questa meravigliosa scienza. Quando mi ha invitato a partecipare a questa conferenza, non ho esitato neanche un momento e ho deciso di venire a conoscere gli ultimi risultati in questo settore. Siamo stati molto contenti della visita del Prof. Carlo Pilia e del Dott. Doreid Mohamad in Libano l'anno scorso, dove abbiamo tenuto un incontro con i nostri professori nella Facoltà di Giurisprudenza e l'argomento è stato discusso scientificamente. In un mondo di crescenti conflitti, conferenze come queste possono favorire una maggiore comprensione tra nazioni, culture, società e popoli.

Lo scopo della mia presentazione oggi è quello di condividere con voi una mia considerazione della riconciliazione e della mediazione per risolvere le controversie attraverso ciò che ho imparato nella religione islamica e ciò che ho visto nella mediazione e nella riconciliazione nella nostra società. La domanda importante è come svilupparla nella nostra società. L'Islam, come il cristianesimo e l'ebraismo, è una religione monoteista e i suoi principi di base si basano sulla fede in un solo Dio, o "Allah" in arabo, unico clemente e misericordioso. Vorrei spiegare la natura morale che sta alla base dell'intera struttura, che è ispirata all'Islam, e dalla pratica del primo periodo della storia islamica. Questa ispirazione è stata trovata per preservare e rafforzare lo spirito della comunità attraverso il consenso e la fratellanza. La fonte di questa ispirazione è il Corano, che è la luce guida per tutti i musulmani. Il Corano dice: E se avessero uno scisma tra di loro, inviate un conciliatore della sua famiglia e un consigliere dell'altra famiglia, se essi vogliono una conciliazione Allah lo riconcilierà. In un altro verso, il Corano afferma: "Dio vi comanda di ridare i pegni ai loro proprietari, e se sarete giudicati

tra la gente di giudicare con giustizia, perché Dio è veggente? Chiunque abbia paura di chi ti raccomanda, o che esso sia esso peccato o un'iniquità, fai pace tra loro ricordandoli che Allah è Clemente e misericordioso [Al-Baqarah: 182]. E non rendere Dio vulnerabile e non lo rendere soggetto alla tua fede per essere giustificato, la paura e la riconciliazione tra le persone e Dio udito è consapevole. Ad eccezione di quelli che si pentono e fanno ammenda Allah è Clemente e misericordioso [Al-Imran: 86- 89]. L'intercessione di una buona intercessione non ne avrà una parte, e chiunque intercede con una cattiva intercessione non ne avrà alcuna garanzia ma è stato Dio abominevole. Al [Nisaa 85]. Esiste anche il concetto di riconciliazione la riconciliazione nelle tradizioni della Sunnah del Profeta Muhammad (la pace sia su di lui) la cui vita era piena di esempi di risoluzione di problemi umanitari attraverso la mediazione. C'è stata una storia sul rinnovamento della Kaaba, un luogo dove i musulmani fanno il pellegrinaggio alla Mecca, quando è sorto un conflitto sul chi deve posare la Pietra Nera al suo posto nella costruzione della Kaaba. Ognuna delle quattro tribù di Quraish voleva avere l'onore di posare la pietra senza offendere o cadere in conflitto con il resto delle tribù. La disputa tra loro raggiunse un vicolo cieco, quindi riferirono il caso al Profeta che diede una soluzione e ordinò alle tribù in conflitto di scegliere ognuna di loro un rappresentante, quindi di mettere un panno a terra e posare la pietra nel mezzo, chiedendo a ciascuno dei quattro capi di tenere ognuno un lembo e sollevarlo insieme. Pertanto, la disputa fu risolta dalla proposta esigente del Profeta, che diede a tutti e quattro i leader lo stesso onore di posare la pietra. L'Islam e il suo primo imam sciita Ali ibn Abi Talib dicono, sulla virtù del dialogo e sul valore del compromesso. Egli ha paragonato l'assistenza fornita per risolvere i conflitti umanitari come la preghiera e ha incoraggiato i principi della negoziazione come i principi dell'etica della fede. Nel suo "regno" di Malik ibn al-Ashtar (morto nel 657 d.C.) quando lo nominò governatore dell'Egitto egli lo raccomanda di essere giudizievole come segue: "Dai a ciascuno il suo diritto" e poi descrivendo dettagliatamente come raggiungere questo obiettivo, scrisse: "Equità a Dio non favorire la tua parentela e specialmente le persone della tua famiglia ma sii equo con tutti quelli della tua

parrocchia. L'Imam Ali Malik ha raccomandato "misericordia" ai cittadini dello stato, dicendo: "E sento il tuo cuore di misericordia per la parrocchia". Secondo questa "misericordia", egli sottolinea il principio dell'unità della famiglia umana. Riferendosi alla cittadinanza, l'Imam Ali afferma: "L'ostacolo primario in una (comunità) sono di due tipi: o trovi un tuo fratello nella religione o una tua controparte nella creazione". Secondo la tradizione sciita, all'Imam Hussein (morto nel 680 d.C.), figlio dell'Imam Ali, una volta fu chiesto se due suoi seguaci in disaccordo sulla questione della religione o dell'eredità, potessero riferire il conflitto all'autorità mondana. L'imam ha risposto che entrambe le parti dovrebbero riferire il caso a una persona qualificata tra i suoi seguaci. Un simile consiglio si trova negli insegnamenti dell'Imam Ja'far al-Sadiq (morto nel 765 d.C.), un altro imam sciita citato, ad esempio, dicendo: "La carità che Dio ama di più è la riconciliazione tra le parti in conflitto". Riformare se stessi è meglio della preghiera e del digiuno. La riconciliazione nella nostra società tra due persone, due famiglie o due proprietà è estremamente importante. Le persone di solito ricorrono a un conciliatore che di norma è una persona conosciuta per onestà e sincerità o all'arbitrato tra due istituzioni. Grazie e auguro il successo a questo grande congresso che ci unisce per rafforzare e unire ulteriormente le due sponde del Mediterraneo.

HUSSEIN ALI OBEID\*

## MEDIATION IN THE MEDITERRANEAN

Mediation as a means to resolve disputes in the Mediterranean. The means used to resolve interpersonal disputes (natural, moral) differ, in particular the litigation, arbitration and mediation. If the means of litigation and arbitration authorize the judge or the arbitrator decides the dispute in isolation from the will of the parties, otherwise mediation can be considered an agreement based on the consent of the parties in order to resolve the dispute. To unlike litigation and arbitration, the legislation has not seen mediation as a means to judge disputes, although it was important due to the time and expenses it has provided to parts for dispute resolution. Given the fertile material of this topic, we will limit the our attention in this intervention to the emerging conflicts between the countries of the basin of the you, above all from moment that the colonial withdrawal from this region has left many hot spots through which it can any time move them into armed conflicts. The increase in conflicts in the Mediterranean region, particularly after the Second World War, there requires us to sit at the negotiating table to resolve the conflicts arising from its geopolitical realities region of the world, which would lead to the peaceful resolution of conflicts and avoid our societies deteriorate to various levels (social, political, economic, security ...) Consequently, an in-depth understanding of mediation as an alternative to armed conflicts in the Mediterranean. The resulting migration of people to escape the war is the danger that this phenomenon represents for the social security of all the Mediterranean countries have become an urgent necessity for these countries to maintain their safety. Below, we will work to discuss mediation on several axes.

---

\* Mediatore familiare.

First: what is mediation? Mediation is a means to handle a specific controversy by a neutral third party, he not a party in conflict and without decision-making power, with the aim of resolving disputes peacefully inviting the parties to a dialogue table to bring opinions closer to a friendly solution acceptable to the conflicting parties. This means that any mediation is different from other legal procedures as a dispute and arbitration. Mediation involves voluntary procedures and does not require strategies judicial systems to function. Rather, they include various forms of assistance aimed at helping the parties in conflict to reach a mutually acceptable agreement and therefore arbitration mediation does not have binding nature.

Second: negotiation techniques. Given the causes of conflicts in the Middle East, particularly those of sovereignty and ideology, style negotiation plays a very important role. In addition to the need for the negotiator to be aware of the historical dimension of the region and its ethnic, cultural and religious diversity, the negotiator must establish a clear mediation program between the conflicting parties. For more complex problems. the negotiator then passes to exert influence towards the end of the mediation process and not exercising himself too early or in the pre-negotiation phase.

Third: the characteristics and types of mediation. The mediation between the parties in conflict can be at the request of the conflicting parties. States parties to the conflict also have the right to accept or refuse mediation and are not in violation of common law. The personality of the mediator plays an important role in the achievement of the objective entrusted to him. (The third part could be the head of state, UN envoy). Collective mediation: is conducted by a group of personalities within an organization international or regional and this collective mediation takes place within these organizations and contributes in one way or another to calm the conflict or the disputes between the parties, which involves one new phase of direct negotiations. If the parties to an international dispute fail to reach a agreement to end the dispute during direct negotiations, a neutral third party can justify an initiative to intervene to help find a

peaceful solution to the conflict and, however possible, to prevent the development of the conflict. Double mediation: it is a special form of mediation appeal in the event of serious conflicts that threaten peace and that both contending states choose one foreign state in charge of negotiating the existing conflict, and the chosen State before not interrupting the peaceful relations between the conflicting parties and then negotiate between them in order to resolve the dispute between their. Judicial mediation Mediation can be judicial, which means that the judiciary that does reference to certain mediators in the list of accredited mediators in the courts, to veterans a full time or retired judges, or experts in any field, often work in the private sector. Mediation of the Convention: mediation The agreement is agreed between the parties without any dispute before the court, in which the parties go directly to the agreed mediator, in a previous contract or in a subsequent contract after the outbreak of the dispute.



STEFANO SCHIRÓ\*

## AUTONOMIA E RESPONSABILITÀ NELLA GESTIONE DEI CONFLITTI RELATIVI ALLE ACQUE PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. La giurisdizione delle acque pubbliche. - 2. La giurisdizione delle acque pubbliche ed il quadro sociale ed economico di riferimento. - 3. Il contenzioso delle acque pubbliche in materia di diritti soggettivi. - 4. Il contenzioso delle acque pubbliche in materia di interessi legittimi. - 5. Conclusioni.

1. *La giurisdizione delle acque pubbliche.* – Tratterò il tema sotto il profilo della giurisdizione delle acque pubbliche. L'acqua, da sempre, ha formato oggetto di rilevanti interessi privati e pubblici, tra loro connessi, che hanno determinato spesso situazioni conflittuali di difficile soluzione. L'esigenza di una specifica giurisdizione delle acque si è affermata sul finire dell'Ottocento e nei primi anni del Novecento, contestualmente al formarsi e al consolidarsi di uno specifico corpo normativo, che richiedeva sempre più cognizioni tecniche specialistiche per risolvere controversie molto complesse anche sul piano strettamente tecnico.

La genesi dei tribunali delle acque si colloca nell'ambito dell'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865, in quanto il contenzioso in tema di acque pubbliche fu dapprima fatto rientrare nella competenza del giudice ordinario, per quanto ateneva alla protezione dei diritti soggettivi, e in capo al Consiglio di Stato per la tutela degli interessi legittimi.

Tuttavia, l'evolversi dell'economia e la necessità di sfruttare in maniera più intensiva le risorse idriche avevano portato alla creazione di un *corpus* normativo, la cui applicazione richiedeva la presenza di un sistema giurisdizionale in grado di risolvere questioni spesso molto complesse sotto il profilo tecnico. Si è quindi progressivamente avvertita l'esigenza di un organo giuri-

---

\* Presidente Tribunale superiore Acque pubbliche.

sdizionale *ad hoc*, chiamato a risolvere specificamente soltanto le questioni in materia di acque pubbliche.

La risposta venne fornita dal d.lgt. 20 novembre 2016, n. 1644, il cui art. 34 prevedeva l'istituzione di un Tribunale delle acque pubbliche, che cumulava le due giurisdizioni, civile e amministrativa, ed esercitava la propria cognizione in un solo grado di giudizio.

Questa impostazione, fortemente criticata all'epoca, appare oggi estremamente moderna ed attuale, poiché aveva dato luogo ad una sorta di giurisdizione specializzata, visto che un medesimo giudice conosceva di diritti soggettivi e di interessi legittimi. Inoltre costituiva anche un modello processuale di notevole semplificazione ed evitava che venissero alimentate questioni controverse circa la natura della posizione giuridica violata e fatta valere.

Il decreto luogotenenziale del 1916, sia per le critiche ricevute, che a causa delle emergenze derivanti dalla situazione bellica mondiale, non trovò sostanziale attuazione e fu modificato con il decreto luogotenenziale del 5 ottobre 1919, n. 2161, poi trasfuso nel testo unico 11 dicembre 1933, n. 1775, che rimane tutt'oggi il testo base in materia di acque. L'attuale sistema complessivo della giurisdizione delle acque pubbliche si articola su otto tribunali regionali, quali sezioni di altrettante corti di appello e quali giudici di primo grado sulle controversie in materia di diritti soggettivi, e su un Tribunale superiore delle acque pubbliche, con sede in Roma, come giudice di appello sulle pronunce dei tribunali regionali e quale giudice unico di legittimità nelle controversie in materia di interessi legittimi. Sulle pronunce del Tribunale superiore è ammesso ricorso alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione. Pertanto anche il quadro giurisprudenziale integrato in tema di controversie sulle acque pubbliche scaturisce da una interconnessione di decisioni che, attraverso i Tribunali regionali e il Tribunale superiore, arriva alle Sezioni unite civili della Corte di cassazione.

Nel 2019 cade dunque il centenario della riorganizzazione territoriale del contenzioso delle acque pubbliche e l'evento è stato di recente celebrato il trascorso 19 settembre nell'Aula magna della Corte di cassazione, alla presenza del Primo Presidente della Corte, con un incontro di studio, organizzato in col-

laborazione tra il Tribunale superiore delle acque pubbliche e la Struttura territoriale della Scuola superiore della magistratura presso la Corte di cassazione (Formazione territoriale), avente ad oggetto "Il diritto all'acqua come diritto fondamentale. Il ruolo del Tribunale superiore delle acque pubbliche e dei Tribunali regionali nella prospettiva sociale e giuridica della riforma del regime delle acque."

*2. La giurisdizione delle acque pubbliche ed il quadro sociale ed economico di riferimento.* – La giurisdizione delle acque si è imposta inizialmente come strumento di supporto all'efficiente funzionamento del complessivo sistema delle risorse idriche. In particolare, soprattutto dopo la fine della Prima guerra mondiale, in un contesto economico che imponeva al Paese un ottimale utilizzo delle risorse ai fini della crescita, la giurisprudenza degli organi giurisdizionali delle acque pubbliche ha prestato particolare attenzione alle esigenze dello sviluppo economico ed industriale e, nello stesso tempo, alle ragioni dell'organizzazione e dell'efficienza delle imprese. Oggi il quadro sociale ed economico di riferimento è almeno parzialmente cambiato. L'acqua è attualmente considerata un bene fondamentale, una risorsa imprescindibile per la vita umana e nello stesso tempo cruciale per la vita economica e per le dinamiche della politica internazionale. È noto che l'ONU, con risoluzione del 28 luglio 2010, ha dichiarato che il diritto all'acqua costituisce un diritto umano universale e fondamentale. Il mutamento progressivo del quadro socio-economico di riferimento ha fatto emergere nuove sensibilità e la giurisdizione delle acque ha saputo cogliere questi mutamenti e le relative nuove esigenze di tutela, ponendo al centro della propria giurisprudenza anche il diritto all'acqua nei suoi risvolti di collegamento con la tutela ambientale.

In questo mutato contesto sociale, economico e giuridico, assume rilievo, all'interno della giurisdizione delle acque, la dialettica giurisprudenziale intorno ai principi di autonomia e di responsabilità. È stato di recente condivisibilmente osservato (De Stefano, "Il ruolo dei tribunali delle acque pubbliche nella prospettiva sociale e giuridica della riforma del regime delle acque", relazione all'incontro di studio "Il diritto all'acqua come diritto

fondamentale”, Roma, 19 settembre 2019, p. 7) che “non vi è traccia ... nell’impostazione tradizionale del t.u. di un diritto all’acqua inteso come tale, né di alcuna prospettiva di un diritto di accesso all’acqua come bene fondamentale per la vita e l’esistenza quotidiana e quindi connesso alla salute od all’esistenza libera e dignitosa” e che “anche sulle prime controversie in materia di qualità dell’acqua potabile non si è mai neppure ipotizzata una devoluzione al plesso giurisdizionale delle acque, sol che la causa sia impostata come diritto a ricevere l’acqua in condizioni corrispondenti a quelle fissate dalla legge quale oggetto del contratto di somministrazione”. Tuttavia, almeno in materia di interessi legittimi (e quindi nell’ambito della giurisdizione del Tribunale superiore in unico grado) la visione eminentemente patrimonialistica del bene acqua è stata di recente fortemente ridimensionata, “in quanto la cura di interessi pubblici, anche sensibilmente diversi, soprattutto in materia ambientale, ha consentito un controllo accurato dell’adeguatezza dell’azione amministrativa del governo delle acque orientandola anche al temperamento di esigenze pubblicistiche importanti e via via assurde ad autentica centralità” (v. ancora de Stefano, cit. p. 9). Da qui sempre nuove occasioni e ragioni d’intervento della giurisdizione delle acque pubbliche sulla sfera dell’autonomia e della discrezionalità della pubblica amministrazione.

3. *Il contenzioso delle acque pubbliche in materia di diritti soggettivi.* – Qual è l’ambito del contenzioso delle acque pubbliche in materia di diritti soggettivi? Esattamente è stato osservato (De Stefano, cit., p. 11) che in materia di diritti soggettivi, fermo il riconoscimento dell’inammissibilità di una condanna ad un *facere* da parte del giudice specializzato nei confronti dell’autorità amministrativa (Tsap, sent. n. 107 del 2018; n. 210 del 2016), “il contenzioso può dividersi in due grandi categorie”: una relativa alle cause concernenti lo “sfruttamento complessivo della risorsa idrica (canoni, sovracani, altre prestazioni patrimoniali” in relazione a concessioni o a differenti modalità di intervento pubblicistico); l’altra relativa “alla regimentazione della risorsa idrica ed ai danni conseguenti (espropriazioni,

acquisizioni sananti, delimitazioni del demanio, danni da esondazioni o disastri analoghi)". Le cause risarcitorie, e i conseguenti profili di responsabilità, attengono, soprattutto nelle regioni dell'Italia settentrionale, agli ostacoli all'accesso alle acque quali beni produttivi (Tsap, sent. n. 309 del 2016) o al ristoro del pregiudizio derivante da uno sfruttamento oltre o senza specifici titoli e relativi corrispettivi (Tsap, sent. n. 111 del 2016, relativa ad interferenza di manufatti su opere idrauliche; Tsap, sent. n. 99 del 2017, concernente danni da sottensioni illegittime). Nelle regioni centro meridionali, ma anche in qualche regione del nord, quale la Liguria, in un contesto idrogeologico assai precario, prevale il contenzioso risarcitorio da mala gestione delle opere idrauliche e soprattutto da danni ascrivibili ad allagamenti, inondazioni, esondazioni, frane, dissesti, quali conseguenze della inadeguatezza delle opere di prevenzione realizzate e di errori compiuti nella programmazione degli interventi ritenuti necessari. In particolare, gli interventi sono stati posti in discussione in caso di istituzione di oasi o riserve naturali (Tsap, sent. n. 54 del 2016), ma soprattutto in rapporto a problematiche relative al cosiddetto tempo di ritorno ed all'entità ed al costo delle opere (Tsap, sent. n. 109 del 2016) (v. ancora De Stefano, cit., p. 13).

Quanto alla individuazione dei soggetti pubblici responsabili, la giurisprudenza della giurisdizione delle acque in tema di diritti soggettivi ha ribadito concetti generali elaborati nella teoria generale del danno e della responsabilità oggettiva da danni da cose in custodia, individuando – in coerenza con l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione – quale primo responsabile il soggetto attuale titolare della proprietà e delle potestà amministrative in materia di corsi d'acqua, ossia la Regione (Tsap, sent. nn. 198 e 199 del 2016; sent. n. 21 del 2017), configurando altresì, a titolo di concorso ai sensi dell'art. 2055 c.c., la responsabilità degli altri enti a vario titolo coinvolti nella gestione o manutenzione di detti corsi d'acqua e quindi in particolare, in presenza di specifiche previsioni in singole legislazioni regionali e in caso di effettivo trasferimento del dominio di fatto sui beni, dei consorzi di bonifica o di altri enti territoriali intermedi, con l'effetto di un rafforzamento della tutela del danneggiato (v. ancora De Stefano, cit., p. 14).

4. *Il contenzioso delle acque pubbliche in materia di interessi legittimi.* – Sul versante del rapporto tra giurisdizione delle acque ed autonomia e discrezionalità dell'amministrazione, si è già posto in evidenza che, in materia di interessi legittimi e quindi nell'ambito della giurisdizione del tribunale superiore in unico grado, la visione eminentemente patrimonialistica del bene acqua è stata di recente fortemente ridimensionata e si è accentuato il controllo accurato dell'adeguatezza dell'azione amministrativa del governo delle acque, avuto riguardo anche al temperamento di esigenze pubblicistiche importanti, quale quella ambientale, con sempre più frequenti ragioni d'intervento della giurisdizione delle acque pubbliche nella sfera dell'autonomia e della discrezionalità della pubblica amministrazione (v., *retro*, par. 2) Esempi concreti non mancano, come reso evidente anche di recente, dalle vicende riguardanti la situazione idrica di Roma Capitale e l'approvvigionamento di acqua dal lago di Bracciano. Ma spunti giurisprudenziali significativi si colgono anche con riferimento ad altre problematiche.

È stato in particolare affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (sent. n. 16039 del 2010, a conferma della sentenza del Tribunale superiore n. 90 del 2009) che, nell'ambito del procedimento per il rilascio della concessione di derivazione di acque pubbliche, è prevista l'obbligatoria apertura di un subprocedimento per la valutazione dell'impatto ambientale, la cui conclusione, se positiva, consente la prosecuzione e l'eventuale esito favorevole di quello principale, mentre, ove negativa, preclude l'accoglimento della domanda del richiedente, dovendosi ritenere che detti procedimenti perseguono interessi pubblici differenti, posto che in quello principale va valutata l'opportunità del rilascio della concessione procedendo, in caso di più domande concorrenti, ad una valutazione comparativa, così da pervenire alla scelta migliore, mentre in quello incidentale il giudizio di compromissione dell'interesse ambientale è di tipo assoluto e preclude il rilascio della concessione in relazione al progetto negativamente valutato, a prescindere da ulteriori profili di convenienza. Ne consegue che la valutazione comparativa tra le domande concorrenti spetta esclusivamente all'autorità competente per il rilascio della concessione e non a quella titolare del rilascio del parere di valutazione dell'impatto am-

bientale, essendo la comparazione ammissibile soltanto tra i richiedenti che abbiano ottenuto il parere positivo.

Si è inoltre sostenuto (sent. Cass., SU, n. 16386 del 2011, a conferma della sentenza del Tribunale superiore n. 125 del 2009) che, in tema di concessione di derivazione di acque pubbliche, la conferenza di servizi costituisce strumento conoscitivo interno alla fase istruttoria la quale deve tenere conto delle diverse istanze e delle problematiche prospettate dai vari organi e servizi interessati all'“iter” procedimentale, in attuazione del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione. Ne consegue che, pur essendo il relativo procedimento pervenuto al punto di poter escludere la presenza di elementi ostativi in termini di valutazione di impatto ambientale, il medesimo può essere sospeso in attesa dell'ottenimento di ulteriori elementi, anche alla luce dell'adozione di eventuali e diversi interventi a tutela delle acque (nella specie, dell'approvazione di un nuovo piano di tutela delle acque nel territorio), in ragione della natura stessa dei compiti attribuiti alla conferenza.

Non si è infine trascurato di affermare (sent. Cass., SU, n. 401 del 1999, a conferma della sentenza del Tribunale superiore n. 17 del 1998) che la circostanza che le concessioni in materia di acque pubbliche siano rilasciate sulla base dei progetti di massima, a norma dell'art. 7 del R.D. n. 1775 del 1933, non determina l'illegittimità dell'atto di revoca della concessione basato sulla considerazione della notevolissima diversità delle opere previste dal progetto esecutivo, idonea a modificare la situazione materiale e giuridica tenuta presente al momento della concessione e quindi la valutazione degli interessi pubblici in gioco. (Fattispecie relativa a concessione di derivazione d'acqua pubblica a fini di produzione di energia elettrica: nel passaggio dal progetto di massima a quello esecutivo era stata notevolmente aumentata l'altezza della diga prevista e più che raddoppiata la capacità dell'invaso e conseguentemente si era resa necessaria, ai sensi di legge, la verifica di impatto ambientale).

5. *Conclusioni.* – Questa pur sintetica esposizione di riferimenti giurisprudenziali in tema di responsabilità e di autonomia con-

sente di affermare ragionevolmente che l'esperienza dei tribunali delle acque costituisce un positivo modello giurisdizionale – anche con finalità di controllo dell'azione amministrativa, affinché sia finalizzata al contemperamento di tutti gli interessi rilevanti nella gestione delle acque pubbliche – a cui ispirarsi anche nel futuro. Ciò tanto più se il legislatore, in sede di riforma, volesse condividere e fare proprio un concetto moderno e attuale di acqua pubblica come diritto fondamentale della persona, anziché come mero oggetto di diritti di utilizzazione economica.

MASSIMO GARGANO\*

## INVESTIMENTI NELLE STRUTTURE IDRICHE QUALE STRATEGIA DI PREVENZIONE DEI CONFLITTI

L'acqua rappresenta un bene prezioso, fondamentale per l'ambiente, il paesaggio, l'agricoltura, l'economia complessiva tutta, la qualità della vita degli abitanti del Pianeta. Perciò non meraviglia che i contrasti in ordine alla disponibilità e all'utilizzo della risorsa idrica rappresentino un caso paradigmatico di conflittualità se è vero che già a livello etimologico l'idea di rivalità nasce dall'esigenza di ripartire l'acqua fluente in un fiume tra gli utilizzatori situati sulle rive opposte dello stesso corso d'acqua. Sulle controversie giurisdizionali aventi per oggetto l'acqua hanno già relazionato competenti giuristi. Il mio compito è quello di illustrare come gli attori delle irrigazione collettiva e cioè i Consorzi per la gestione e la tutela del territorio delle acque irrigue, la loro Associazione Nazionale (ANBI) e, a livello sovranazionale, l'associazione Irrigants d' Europe (IE) possono prevenire o gestire a livello di coordinamento istituzionale i potenziali conflitti di interesse relativi a questa risorsa sempre più scarsa e contesa. Le controversie per l'acqua non riguardano solo località e attori remoti come collocazione geografica e situazioni ambientali: non c'è bisogno di pensare ai temi dello sfruttamento delle acque del Nilo in Africa o del fiume Giordano in Medio-Oriente. Posso testimoniare dal mio punto di osservazione in ANBI che conflitti per l'acqua ci sono anche in Italia e non solo nel caso delle ricorrenti crisi idriche. La necessità di coordinamento delle utilizzazioni della risorsa idrica ha determinato contrapposizioni tra autorità e utilizzatori di differenti Regioni per esempio lungo il corso dell'Adige; ancora, le divergenti esigenze di tutela ambientale e paesaggistiche tra gli ope-

---

\* Presidente A.N.B.I.

ratori turistici e gli enti locali rivieraschi dei laghi e gli enti titolari di derivazioni idriche per finalità civili, irrigue ed energetiche sono emerse nella gestione dei laghi prealpini (penso al lago d'Idro) ma anche recentemente per Roma e il lago di Bracciano. Non è mancato neppure un contrasto a livello internazionale per la ripartizione degli usi delle acque sul confine friulano sloveno. L'ANBI, come è noto, riunisce i Consorzi di bonifica e di irrigazione, si occupa quindi degli utilizzi idrici esclusivamente per quanto riguarda l'agricoltura e la connessa difesa del suolo. Il tema è quindi l'irrigazione, che in Italia costituisce una condizione fondamentale per avere un'agricoltura che rimanga reddituale e competitiva sui mercati globali, si calcola che le produzioni irrigue valgano oltre l'85% del valore agricolo complessivo ed è pertanto una risorsa importante per il reddito delle imprese agricole, ma anche dei settori ad esse correlate: produzioni tipiche, olio, vini, formaggi, insaccati, agro turismo, agroindustria, made in Italy. Si è certi di poter sostenere la tesi che si può fare agricoltura senza terra ma non senza acqua. Si ricorda che nel nostro Paese il valore della produzione agroalimentare risulta di circa 270 miliardi di euro (di cui l'export vale 45 miliardi) con 3,3 milioni di occupati, si tratta quindi di un settore di grande rilevanza dell'economia e dell'occupazione. I Consorzi di bonifica, enti pubblici economici di autogoverno, riordinati sulla base dell'Accordo Stato Regioni del 2008, sono attivi su 17 milioni di ettari di pianura e collina, oltre la metà del territorio del Paese, e assicurano l'irrigazione collettiva su 3,3 milioni di ettari e gestiscono 200.000 chilometri di canali naturali ed artificiali. Essi, forte espressione di sussidiarietà, sono costretti ad affrontare con sempre maggior frequenza gli effetti della scarsità idrica, il contrasto ai cambiamenti climatici, il consumo del suolo e le difficilissime situazioni idrauliche che ne derivano impegnando uomini, mezzi e risorse finanziarie dei privati consorziati per attenuare i danni e, con proprie risorse, assicurano al territorio in via ordinaria una costante azione preventiva di manutenzione degli impianti idraulici, corsi d'acqua, canali, argini e degli impianti pubblici di irrigazione collettiva, gli unici in grado di gestire al meglio le crisi idriche, ormai sempre più frequenti. È facilmente intuibile come la struttura consortile e la gestione collettiva della risorsa

idrica rappresentino uno strumento di coordinamento e contenimento delle esigenze degli utenti agricoli consorziati: se titolare della concessione di derivazione è il Consorzio e non i singoli agricoltori, sono evidenti i vantaggi in termini di coordinamento degli usi, di riduzione dei costi di trasporto e distribuzione, di possibilità di risparmio della risorsa idrica e, quindi, di prevenzione dei conflitti potenziali. Nella stessa ottica va ricordato che ai Consorzi di bonifica e di irrigazione può essere attribuita la funzione di Consorzio per il coordinamento di utenze di derivazione idrica, anche extragricole. Inoltre i Consorzi di bonifica, attraverso l'Anbi, partecipano agli Osservatori distrettuali per le risorse idriche, istituiti con appositi Protocolli di intesa presso le Autorità di distretto dopo la precedente positiva esperienza delle Cabine di regia per la gestione degli eventi siccitosi. L'ANBI, come associazione nazionale di rappresentanza dei Consorzi di bonifica è l'unico operatore nazionale in termini di copertura territoriale e di attività e ovviamente dei volumi distribuiti. In tale contesto si colloca il Paese Italia, una realtà che gode di cospicue risorse idriche rinnovabili (acque superficiali e sotterranee), con abbondanti precipitazioni, dove l'istituzione dei Consorzi di bonifica ha sempre risposto con grande flessibilità e modernità alle esigenze di bonifica, di difesa idrogeologica e successivamente all'attività irrigua. In alcuni contesti rurali il servizio irriguo alimenta una pluralità di utenti (civili, industriali, idroelettrici e agricoli). Il problema è che la notevole quantità di acqua piovana risulta mal distribuita nelle diverse stagioni e nelle singole aree climatiche, cioè piove in modo diverso rispetto alle esigenze e ormai in modo sempre più "tropicale", con alluvioni nel periodo autunno/invernale e scarsità di precipitazioni in quello primaverile/estivo, situazioni purtroppo destinate ad aggravarsi nei prossimi anni per il continuo strutturarsi dei cambiamenti climatici. Occorre pertanto agire al fine di contrastarne gli effetti negativi. È quindi necessario difendersi dalle precipitazioni eccessive, ma risulta anche importante conservarla (attualmente solo l'11% viene invasata nei serbatoi) e tutelare questa risorsa decisiva per ogni forma di vita e fondamentale per l'agricoltura. Oltre al ruolo per la vita dell'uomo, si ricorda che l'acqua svolge funzioni importanti anche per la conservazione del paesaggio e dell'ambiente e per la produ-

zione di energia elettrica rinnovabile. La tutela degli ecosistemi, delle biodiversità, del patrimonio forestale, dei bacini idrici ed il contrasto al degrado del suolo devono perciò necessariamente coniugarsi con la garanzia dell'approvvigionamento idrico per la popolazione (acqua potabile e strutture igienico-sanitarie), per l'agricoltura e l'allevamento animale, per l'industria e la produzione elettrica. Risulta quindi essenziale continuare ad investire per migliorare la qualità dell'acqua, aumentare l'efficienza idrica (ridurre sprechi e perdite, razionalizzare gli usi) ed incrementare ove possibile l'utilizzo delle acque reflue depurate (finora molto limitato). Il tasso d'investimento nel settore idrico mostra il nostro Paese agli ultimi posti in Europa, avanti solo a Malta e Romania, con 40 euro annui per abitante, rispetto ad una media europea di 100 euro. Se l'Italia volesse allinearsi alla media europea degli investimenti nel settore idrico sarebbe necessario un investimento aggiuntivo di oltre 3,5 miliardi di euro annui (quasi 13 miliardi annui se volessimo allinearci ai tre migliori: Slovenia, Svizzera, Norvegia). Appare pertanto indispensabile, anche in considerazione dei cambiamenti climatici in atto che peggioreranno situazioni già difficili all'attualità, concordare gli orientamenti da assumere nell'immediato coinvolgendo le istituzioni responsabili e tutti i soggetti interessati alla filiera dell'acqua, allo scopo di affrontare in modo organico il tema della sostenibilità e della corretta gestione della risorsa idrica. È con orgoglio quindi che ricordiamo in questa sede che i Consorzi di bonifica hanno offerto al Paese e alle sue istituzioni le più importanti iniziative per la realizzazione di opere pubbliche tese alla razionalizzazione nell'uso della risorsa idrica e per contrastare gli effetti devastanti per i territori degli effetti dei cambiamenti climatici. Ciò è stato possibile grazie alla loro capacità di realizzare progettazioni vere e concrete, finanziate da più Governi che si sono succeduti, e questo ci riempie di fierezza ma anche di responsabilità che certamente sapremo frequentare. Tornando all'irrigazione peraltro, oltre a consentire il mantenimento delle filiere produttive, provvede alla ricarica delle falde sotterranee, assicura il mantenimento delle aree umide, di agro ecosistemi e del paesaggio, riduce la subsidenza e l'intrusione salina nelle falde e assicura il presidio del territorio, fornendo ai cittadini la necessaria attività di manutenzione delle

loro proprietà da essi stessi direttamente amministrata. Ma l'agricoltura e i territori, per continuare a produrre reddito, devono essere sicuri idraulicamente ed avere la necessaria disponibilità idrica e quindi essere in costante evoluzione, in sostanza devono continuamente migliorare la propria efficienza, e questo nel caso dell'agricoltura a partire dall'irrigazione. In pratica si deve tendere ad ottenere risultati superiori utilizzando la medesima quantità di risorsa idrica o almeno ottenere lo stesso risultato impegnando quantità inferiori, ed in ogni caso riducendo gli impatti sull'ambiente e "liberando" la risorsa idrica per altri usi. Questo può avvenire solo avvalendosi delle tecnologie attualmente disponibili, quali elettronica, sensoristica, informatica e gli altri strumenti, che continuamente arrivano sul mercato, per ridurre le risorse utilizzate ed aumentare le produzioni in modo da continuare a garantire un reddito adeguato alle imprese (fondamentale quindi la ricerca). L'innovazione, per l'irrigazione consortile rappresenta una realtà in continuo divenire, essa si è sviluppata con i sistemi di consiglio irriguo, le tessere elettroniche, l'utilizzo del telerilevamento, dell'informatica, dei droni, con il risparmio dei costi attraverso la produzione di energia idroelettrica utilizzando i dislivelli dei canali. È necessario però sottolineare anche in questa sede che l'obiettivo che ci si prefigge di raggiungere è quello di ottimizzare l'uso della risorsa idrica, ciò significa sì ridurre al minimo l'utilizzo dell'acqua nelle aree dove essa scarseggia, ma anche conservare le aree umide ed il paesaggio. Razionalizzare, infatti, non significa necessariamente risparmiare: in territori con abbondanza di risorsa idrica, infatti, non solo non risulta necessario economizzarla, ma al contrario sono fondamentali alcune pratiche agricole (quali la sommersione delle risaie, lo scorrimento, ecc.) che hanno lo scopo di rimpinguare le falde, alimentare le risorgive e conservare in falda per la stagione irrigua l'acqua che, altrimenti nei mesi di aprile e maggio, scorrerebbe in tutta fretta ed inutilizzata a mare. Senza quel "mare a quadretti" costituito da marcite e risaie, scomparirebbero paesaggi e produzioni originali e distintive, ma anche riserve idriche necessarie ad una economia ed una occupazione oggi molto vivaci. Un'opportunità di innovazione è rappresentata dal riuso in agricoltura delle acque reflue depurate, che porterebbe un rilevante aumento della quantità di

risorsa idrica destinata all'agricoltura, risorsa che appare destinata nel futuro ad una drastica riduzione, sia per quantità che per qualità, in relazione ai cambiamenti climatici, al previsto aumento della richiesta e al sempre più diffuso inquinamento. L'Italia tratta il 78% delle acque reflue, rispetto ad una media europea dell'89% e circa 1,5 milioni di cittadini non hanno accesso a servizi di depurazione delle acque, con conseguenti impatti negativi per le casse dello Stato (sentenza Corte Giustizia UE maggio 2018: sanzione di 25 milioni di euro più altri 30 milioni per ogni semestre di ritardo nella messa a norma degli oltre 70 Comuni inadempienti). Perché sia possibile un rilevante incremento dell'utilizzo in agricoltura di acque reflue depurate risulta però indispensabile migliorare decisamente le vigenti disposizioni in materia che finora hanno di fatto impedito la diffusione del loro utilizzo nel nostro Paese, mentre in alcuni Paesi costituisce quasi la norma: in Israele, ad esempio il riutilizzo in agricoltura di tali acque rappresenta l'87% del totale. Con riferimento all'utilizzo agricolo di acque reflue depurate mi fa piacere citare in questa sede il caso concreto del Consorzio di bonifica della Gallura che, su finanziamento Mipaaf del 2007, ha realizzato la rete di adduzione e distribuzione delle acque reflue provenienti dal depuratore di Olbia e interconnessione con il distretto irriguo Olbia Nord alimentato dalla diga del Liscia. La gestione dell'impianto comporta appunto lo svolgimento di compiti da parte di Regione, ARPAS, Provincia, Comuni, Autorità d'ambito, SII, Consorzio di bonifica, tali soggetti hanno quindi provveduto a stipulare uno specifico protocollo d'intesa allo scopo di definire con precisione compiti e responsabilità, coinvolgendo in attività di comune interesse e vantaggio soggetti potenzialmente portatori di interessi in conflitto. Il ricorso al reimpiego delle acque reflue recuperate dal depuratore di Olbia comporta i seguenti vantaggi: *Riduzione nell'impiego dell'acqua grezza; La riserva di approvvigionamento* in periodi siccitosi; *Riduzione dell'inquinamento del corpo idrico* (e di conseguenza del *Golfo interno di Olbia*), evitando che ingenti quantitativi di nutrienti vengano versati nel golfo interno con conseguenze negative sull'eutrofizzazione; *Riduzione degli emungimenti dalle falde*. Il reimpiego della risorsa consente una riduzione delle portate emunte dalle falde sotterranee limitando al contempo il pericolo dell'ingressione marina; *Risparmio* per il Con-

sorzio nel costo di acquisto dell'acqua grezza. Pertanto il riuso dei reflui urbani in agricoltura ha delle ricadute generali che vanno probabilmente anche oltre i vantaggi del comparto agricolo coinvolgendo altre sfere quali l'ambiente, la qualità della vita, il commercio ed il turismo con conseguenti benefici socio-economici indotti, trasformando stakeholder potenzialmente conflittuali in soggetti cooperanti. Infine, analoghe problematiche e possibilità di prevenzione dei conflitti sussistono a livello europeo, dove l'ANBI, quale associazione che riunisce i Consorzi di Bonifica italiani, disponendo di una struttura organizzativa sia su base regionale che nazionale, ha aderito alla Associazione Irrigants d'Europe la quale, insieme agli omologhi portoghesi, spagnoli e francesi promuove i contenuti da adottare nella revisione delle direttive europee di interesse quale la Direttiva Quadro Acque (DQA) e in generale della "Politica agricola comune" (PAC), allo scopo di non danneggiare l'agricoltura irrigua dei Paesi mediterranei, anche con riferimento al principio del recupero dei costi dell'acqua. I momenti di interlocuzione sulla PAC sono già stati avviati dall'ANBI e da Irrigants d'Europe con le proprie basi economiche e sociali e con i decisori politici locali, regionali, nazionali ed europei. Dall'analisi delle criticità si procede nella costruzione dei contenuti degli interventi e alla previsione dei sistemi di controllo e verifica del raggiungimento degli obiettivi comuni. In tal senso, nell'elaborazione e nell'attuazione della PAC le istituzioni politiche si avvalgono di corpi sociali ed economici capaci di esprimere soluzioni contrattate alle quali corrispondono precise assunzioni di responsabilità che garantiscono flessibilità ed efficacia degli interventi. La "Politica agricola comune" (PAC) si è dimostrata uno strumento programmatico fondamentale, di forte impatto e notevole successo.

Gli interventi programmati non sono circoscritti al solo settore agricolo e, quindi, non ne beneficiano esclusivamente quanti direttamente vi operano, ma assumono una portata molto più ampia e trasversale poiché incidono anche sul territorio, l'ambiente, il clima, la sicurezza e la salute. La capacità della PAC di adattarsi e, sotto quest'ultimo profilo, di integrarsi in maniera intersettoriale e trasversale con altre politiche comunitarie, tra l'altro, si manifesta con particolare evidenza con riguardo agli interventi sulle risorse irrigue. In questo campo, infatti, si coglie

la polifunzionalità delle attività che riguardano la gestione delle risorse idriche, anche per quanto attiene alla realizzazione degli interventi di costruzione, gestione e utilizzazione delle infrastrutture idrauliche, che non beneficiano solo i produttori agricoli che irrigano, ma anche i trasformatori, i vari rivenditori fino ai consumatori finali del prodotto. Gli interventi sulle infrastrutture idrauliche, inoltre, portano benefici più generali per i valori pubblici dell'ambiente, della salute e della sicurezza collettiva, che fuoriescono dalla cerchia dei fruitori diretti della risorsa idrica. Per questa ragione, è importante che nei complessi processi di costruzione ed attuazione della PAC siano resi trasparenti i momenti di cointeressenza e, inoltre, si aprano gli spazi pubblici di dibattito e confronto, con il coinvolgimento dei vari soggetti portatori degli interessi coinvolti. Soltanto con i processi partecipativi multilivello, europei, nazionali e locali, infatti, si riescono a condividere le analisi più approfondite e a compiere le scelte più appropriate nella declinazione della PAC per il prossimo quinquennio 2021-2027.

In chiave interdisciplinare e multifunzionale la PAC incide direttamente sulla gestione delle risorse idriche e, quindi, sulla relativa tutela quantitativa e qualitativa, stanti gli ingenti volumi d'acqua destinati all'irrigazione e, inoltre, il potenziale impatto inquinante. Occorre perciò una sinergia di politiche e un coordinamento degli interventi per un uso più efficiente delle risorse che realizzino obiettivi comuni a più settori. Tra le attuali sei priorità d'intervento europeo, se ne possono individuare tre fortemente collegate al tema dell'acqua, per ciascuna delle quali gli Stati membri sono tenuti a rispettare ex ante delle condizionalità, che non poche difficoltà applicative stanno presentando in Italia. Più precisamente, sono state individuate le priorità: 2 (rafforzamento della competitività e la promozione dell'innovazione), 4 (miglioramento nella gestione delle risorse idriche) e 5 (uso più efficiente dell'acqua in agricoltura). Per la prossima PAC si impone, pertanto, la necessità di organizzare sin da subito uno stretto coordinamento tra le istituzioni e garantire la massima partecipazione pubblica al processo programmatico. Occorre, inoltre, approfittare della coincidenza della strutturazione della nuova PAC e del contestuale aggiornamento dei piani di gestione dei distretti idrografici (previsti per il 2021) per generare a monte delle politi-

che integrate in grado di produrre risultati sinergici. Gravi criticità, legate soprattutto al sistema della condizionalità ex ante, si sono finora riscontrate nell'attuazione degli interventi e hanno limitato la piena funzionalità dello strumento programmatico. Sono parimenti importanti le principali novità che sono state prospettate, tanto nei metodi quanto contenuti, per la prossima PAC 2021/2027. L'applicazione del "principio di sussidiarietà rafforzata e contrattata" costituisce la novità politica più significativa, che impone una stretta sinergia e una continua collaborazione tra istituzioni e parti interessate nelle fasi di costruzione e attuazione della prossima PAC, tanto a livello europeo, quanto nazionale e regionale. In tal senso, quanto alla prima fase, è necessario costruire dei processi partecipativi aperti di confronto e decisione che, prendendo le mosse dalle criticità rilevate, avanzino delle proposte da condividere per la prossima PAC. Per il tramite di Consorzi di Bonifica, ANBI e *Irrigants d'Europe*, quali organizzazioni rappresentative del mondo agricolo e della gestione delle risorse idriche, sono state raccolte in un documento condiviso adottato da *Irrigants d'Europe* il 1° luglio 2018 dal titolo "Futura PAC 2021-2027: una sfida per l'agricoltura irrigata, *Position Paper*" le proposte da portare all'attenzione delle istituzioni e dei decisori politici e dei responsabili amministrativi della PAC per condividere le soluzioni da adottare e assumere la responsabilità nell'attuare gli interventi della PAC 2021-2017. Tra queste: sostenere redditi agricoli e resilienza sostenibili in tutto il territorio dell'UE per migliorare la sicurezza alimentare; migliorare l'orientamento al mercato e aumentare la competitività, compresa una maggiore attenzione alla ricerca, alla tecnologia e alla digitalizzazione; migliorare la posizione degli agricoltori nella catena del valore; contribuire alla mitigazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici, nonché all'energia sostenibile; promuovere lo sviluppo sostenibile e la gestione efficiente delle risorse naturali come acqua, suolo e aria; contribuire alla protezione della biodiversità, migliorare i servizi eco sistemici e preservare habitat e paesaggi; attirare giovani agricoltori e facilitare lo sviluppo delle imprese nelle zone rurali; migliorare la risposta dell'agricoltura dell'UE alle richieste della società su cibo e salute, compresi alimenti sicuri, nutrienti e sostenibili.



PAOLA PERISI\*

## IL GARANTE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO

SOMMARIO: 1. La figura del garante del Servizio Idrico Integrato. - 2. Le principali funzioni. - 3. L'evoluzione nel tempo. - 4. Conclusioni.

1. *La figura del garante del Servizio Idrico Integrato.* – La figura del Garante del Servizio Idrico Integrato è stata istituita con la legge regionale n. 26 del 1998 della Regione Lazio ed è una figura interessante in quanto la sua evoluzione delle funzioni rappresenta il soddisfacimento delle esigenze che via via si sono presentate all'interno di una materia specifica che è rappresentata dal Servizio Idrico Integrato.

Quest'ultimo è rappresentato dall'insieme di tutti i servizi pubblici di captazione, adduzione distribuzione dell'acqua ad usi civili nonché di fognatura e depurazione delle acque reflue. L'attività di incidenza dei poteri della figura del Garante riguarda questa materia specifica che, come ben sapete, è comunque una materia caratterizzata da un altissimo tasso di conflittualità perché, all'interno del funzionamento del servizio idrico integrato, entrano tutta una pluralità di soggetti che dovrebbero, normalmente, avere interessi tesi ad una finalità comune, cioè permettere la fruizione da parte dei cittadini e degli utenti del bene primario acqua, ma che, invece, alla fine risultano portatori di interessi conflittuali, anche perché la stessa normativa che disciplina i loro poteri, molte volte non ne delimita bene i confini e non ne chiarisce i poteri e le facoltà.

La figura del garante, *mutatis mutandis*, dovrebbe essere speculare all'Autorità Nazionale di Garanzia, che nel nostro Paese è l'ARERA. Tuttavia sussiste una differenza fondamentale. Il Garante non ha poteri regolatori e sanzionatori nei confronti dei Gestori.

---

\* Avvocato Garante del Servizio Idrico Integrato.

Questa figura regionale, però, ha come aspetto positivo il fatto che può relazionarsi sul territorio in quanto, essendo una figura su base regionale, ha la possibilità di conoscere il territorio e di relazionarsi con tutti i soggetti comunque collegati al territorio perché all'interno del Servizio Idrico Integrato non si può prescindere dalle esigenze dei singoli territori. Ogni territorio ha una struttura, una conformazione anche idrografica sua che necessita di specifiche tutele.

Inizialmente la figura del Garante era stata concepita nel '98 come una figura di consulenza nei confronti della Regione, nei confronti del gestore e nei confronti dei rappresentanti degli Ambiti Territoriali Ottimali.

È necessario tener conto che nel servizio idrico integrato, ciascuna Regione, sulla base della legge Galli, è suddivisa in Ambiti Territoriali Ottimali che, normalmente, corrispondono alle Province e, in ciascun Ambito, c'è un Ente d'Ambito che ha poteri di regolazione e conferisce poi la gestione del servizio idrico ai singoli soggetti gestori ed ha la forma giuridica dei Consorzi o della Conferenze dei Sindaci.

Nella Regione Lazio viene utilizzata la figura della Conferenza dei sindaci e viene data a questo organismo una funzione fondamentale all'interno del Servizio Idrico e cioè la definizione delle tariffe dell'acqua. Nel Lazio gli ATO sono cinque e le esigenze sono diverse perché diversa è la qualità dell'acqua. Ad esempio, in provincia di Viterbo, c'è l'annoso problema dell'arsenico, in altre province c'è il problema della mancanza di approvvigionamento. Basti pensare alla questione, emersa nel 2018, relativa allo stato di siccità e all'abbassamento del livello del Lago di Bracciano che aveva costretto la Regione Lazio a sospendere le captazioni.

*2. Le principali funzioni.* – In relazione alle funzioni del Garante, questa figura, come detto in precedenza, è nata con poteri di consultazione e con funzioni conoscitive e di verifica della situazione del servizio, con il tempo però sta assumendo delle connotazioni tipiche di una figura giuridica di conciliazione atipica. Infatti il Garante, così come è stato modellato dalla legge regionale che l'ha istituito, non ha poteri conciliativi. Cioè non

può redigere un verbale di conciliazione con tutti gli effetti giuridici dal punto di vista civilistico che ha un verbale di composizione della lite o di prevenzione. Ha 4 funzioni che fanno di questa figura un importante punto di riferimento per prevenire più che comporre le liti perché molto spesso ho potuto cogliere che in questo settore del servizio idrico integrato, il cittadino e l'utente finale ha difficoltà a relazionarsi con la pubblica amministrazione e soprattutto con la figura dei gestori.

Il Garante ha una funzione di mediazione e di tramite tra i vari soggetti e tenta di comporre e di prevenire le liti, magari esprimendo un parere ovviamente non vincolante che però ha comportato l'aver indirizzato l'eventuale controversia verso una strada invece che verso un'altra. Presiede un organismo, la Consulta degli utenti e dei consumatori, costituita dai rappresentanti delle associazioni maggiormente rappresentative per caratteristiche dimensionali e più che altro dimensione anche di rappresentatività che vengono inserite in un elenco stilato e recepito in una determina regionale. Tale Consulta viene riunita ogni tre mesi e, in questa sede, si portano all'attenzione del Garante le problematiche più rilevanti e si trovano le soluzioni in concerto con i rappresentanti delle associazioni che sono poi i diretti interessati e sono poi il polso delle necessità dei cittadini.

Si evidenziano anche le iniziative da portare avanti e da sottoporre all'attenzione del legislatore regionale e nazionale. Ogni tre mesi inoltre, il Garante, convoca anche il Consiglio dei responsabili delle segreterie tecniche operative. Infatti presso ogni ATO è costituita una segreteria tecnica di supporto appunto alla conferenza dei sindaci e ai rappresentanti dell'Ente di governo d'ambito i cui membri danno il loro supporto soprattutto per quanto riguarda la definizione delle tariffe che poi è uno dei nodi cruciali di questa materia. Perciò il Garante presiede questi due organismi che sono comunque degli organismi che fanno da cuscinetto alla conflittualità che c'è all'interno di questa materia.

3. *L'evoluzione nel tempo.* – Come accennavo prima l'evoluzione di questa figura ha portato anche ad allargare le maglie della norma istitutiva. Per rispondere alle esigenze concrete questa fi-

gura ha utilizzato alcuni poteri e figure che non erano previsti nella legislazione, e di cui, in ogni caso non se ne vietava l'impiego. Tale nuovo assetto di poteri in capo al Garante, peraltro, dovrebbe essere a breve recepito nella nuova legge di riordino del servizio idrico che sarà presentata al Consiglio Regionale del Lazio e che ha proprio come finalità il riordino del servizio idrico integrato.

In relazione ai poteri e alle funzioni del Garante occorre evidenziare come la legge istitutiva sia positivamente una norma generale e generica che permette di ricomprenderci tutta una serie ampia di poteri e facoltà. La norma dice che il Garante promuove tutte le iniziative utili alla tutela degli utenti e perciò, fa riferimento a qualsiasi tipo iniziativa. Personalmente mi sono chiesta se, all'interno di queste iniziative, fosse possibile magari farci rientrare anche delle iniziative giurisdizionali.

Allo stato si sta verificando la compatibilità col sistema e soprattutto col principio di legalità e di tipicità di una legittimazione ad agire da parte del Garante nel presupposto di una titolarità in capo ad esso di interessi collettivi o, quantomeno, diffusi.

In ogni caso, il fatto che il Garante nella sua qualità di figura istituzionale terza possa portare avanti qualsiasi tipo di iniziativa utile a tutelare l'utente ha dato la possibilità di esercitare tutta una serie di poteri finalizzati alla tutela delle varie situazioni giuridiche soggettive.

Sebbene non abbia un vero e proprio potere provvedimentoale e non sia, conseguentemente soggetto alla disciplina prevista dalla legge n. 241 del 1990, vengono utilizzati da parte di questo Organo due strumenti particolari utili proprio per prevenire e per comporre questa conflittualità all'interno della materia. Il primo, molto efficace perchè sulla base della mia esperienza ha portato poi a delle conclusioni concrete è rappresentato dall'istituzione, presso l'Ufficio del garante, di tavoli tecnici in cui vengono invitati a partecipare tutti i soggetti comunque portatori di interessi conflittuali e sono preordinati all'acquisizione dei documenti e al confronto tra le parti. Grazie ai tavoli tecnici si è arrivati a comporre delle liti aventi ad oggetto questioni di grande rilevanza regionale.

Un altro strumento utilizzato da questo Organo è la raccomandazione della nota di richiesta di informativa dove comun-

que si chiede ai gestori informativa in ordine a una determinata controversia. Il Garante poi ha un ampio potere istruttorio nel senso che addirittura può accedere ai servizi informatici e fare accesso agli atti direttamente delle banche dati dei gestori, dell'Ente di Governo d'Ambito esercitando così un potere pregnante per quanto riguarda il controllo.

Ha però anche alcune criticità tra cui la più rilevante è rappresentata dal fatto che non abbia potere sanzionatorio. Ad esempio, una volta verificata l'inadempienza del gestore o la non compatibilità ad esempio della carta dei servizi adottata da un determinato gestore il Garante non ha potere sanzionatorio al pari dell'ARERA. A tal proposito, attraverso una interpretazione estensiva dei poteri di questo organo, si è collaudato un meccanismo in virtù del quale si provvede a segnalare l'inadempimento all'ARERA e a fare, contemporaneamente, istanza di apertura del procedimento sanzionatorio.

4. *Conclusioni.* – In conclusione, la funzione principe di questo Organo rimane comunque quella di mediazione e conciliazione atipica dove si istruisce un vero e proprio procedimento a cui prendono parte tutti i soggetti portatori di interessi in conflitto, al fine di pervenire ad una composizione bonaria della lite. Peraltro occorre evidenziare come la conciliazione nel sistema del servizio idrico integrato è recente poiché è stata introdotta da una deliberazione del 2018 ed è obbligatoria da luglio 2019. Il Garante ha, inoltre una funzione di consulenza rivolta alle istituzioni. Nel 2019, ad esempio, ha partecipato come membro effettivo al Comitato scientifico costituito presso la Regione Lazio per la stesura delle norme regionali di riordino del servizio idrico integrato.



TIZIANA FRAGOMENI\*

## I PATTI PRECONFLITTUALI E LE MAPPE DEI PRINCIPI INNOVATIVI STRUMENTI PER GESTIRE COSTRUTTIVAMENTE I CONFLITTI

SOMMARIO: 1. Premessa: la descrizione del mondo ricevuta. - 2. La costruzione di un processo partecipato. - 3. I patti preconfittuali e le Mappe dei Principi: cosa sono. - 4. I patti preconfittuali: a chi servono. - 5. I patti preconfittuali e le Mappe dei Principi: come redigerli.

1. *Premessa: la descrizione del mondo ricevuta.* – Quando veniamo al mondo, ereditiamo dai nostri genitori non soltanto il loro patrimonio genetico, ma anche un intero patrimonio di esperienze, convinzioni e credenze<sup>1</sup>. Non si tratta della trasmissione di dati organizzati in pensieri logici e concatenati tra loro, ma di uno stato emozionale inconscio, che ci porta a chiuderci o aprirci, a comunicare ed essere disponibili verso il mondo e verso la vita, oppure a difenderci e a isolarci.

Le prime volte che facciamo esperienza di noi stessi e del mondo, associamo alla realtà che osserviamo gli schemi mentali dei nostri genitori, contribuendo alla strutturazione della nostra personalità. Se i nostri genitori vivono nell'idea che il mondo sia pericoloso, noi cresceremo con questa idea, e le loro emozioni e credenze interferiranno con le nostre esperienze, condizionando la relazione che avremo con gli altri. Questi schemi di pensiero e di comportamento vengono organizzati in forme di programmi che diventano via via più articolati e complessi e che agiscono al di fuori della nostra consapevolezza. Il processo di apprendimento prosegue attraverso la capacità di fare esperienza del mondo esterno, che, con l'età adulta, progredisce attraverso automatismi

---

\* Avvocato e mediatore.

<sup>1</sup> Ciò è acquisito anche in prospettiva psicoanalitica (cfr. C.G. JUNG, *Introduzione* a F.G. WICKES, *Il mondo psichico dell'infanzia*, Roma, 1948, 19-20; Id., *Studi sull'alchimia*, in *Opere*, vol. 13, Torino, 1988, 6).

estremamente articolati, che vengono attivati di volta in volta in base alla situazione che stiamo vivendo e che influiscono su tutte le nostre relazioni intersoggettive con quanto ci circonda.

Le credenze, o convinzioni che qui interessano, riguardano il tema del conflitto e la descrizione del mondo, ad esso inerente, che abbiamo ricevuto<sup>2</sup>. Per un mediatore, infatti, è assolutamente necessario essere preparato a riconoscere gli schemi di pensiero delle parti, in modo da non violarli ma comprenderli, al fine di agevolare la trasformazione dei loro atteggiamenti e comportamenti. Come ciascuna parte vive il conflitto può rivelarsi estremamente importante.

Se nella mediazione un litigante ritiene che occorra lottare l'uno contro l'altro, contrapporsi e prevaricare, perché qualcuno gli ha descritto il mondo in questo modo, oppure cedere e lasciar perdere, perché altri glielo hanno descritto in quest'altro modo, molto probabilmente innescherà degli automatismi che lo porteranno a mettere in scena un copione scritto da altri e tramandato di generazione in generazione. Questi copioni possono di conseguenza aver radicato determinate convinzioni (se non attacco, verrò visto come debole; bisogna sempre evitare i conflitti), che istituiscono e costituiscono la realtà (attacco/evito).

Queste descrizioni hanno inevitabilmente condizionato la vita dei litiganti, generando convinzioni, abitudini, modi di fare e di essere in grado di influire, positivamente o negativamente, sulle loro capacità espressive, sul loro modo di percepire il mondo e di interagire con gli altri<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul tema, cfr. *amplius* R. DILTS-T. HALLBOM-S. SMITH, *Convinzioni*, Roma, 1998, 23: «Le convinzioni non si basano necessariamente su una struttura logica di idee. Al contrario, notoriamente non rispondono alla logica»; R. BANDLER-J. GRINDER, *La struttura della magia*, Roma, 1981, 26 ss., che parlano di una serie di filtri, o vincoli, alla rappresentazione della realtà (neurologici, sociali, individuali).

<sup>3</sup> Gautama Buddha, in un discorso di 2600 anni or sono, significativamente diceva: «Non credete in ciò che avete udito, non credete in ciò che è stato tramandato come tradizione di generazione in generazione, non credete in qualcosa solo perché molti ne parlano, non credete solo perché vi viene presentato uno scritto di un antico saggio, non credete in ipotesi; non credete che sia Verità ciò a cui siete attaccati per abitudine, non credete semplicemente all'autorità dei vostri maestri e anziani. Ma se dopo un'attenta analisi e osservazione, vi convincete che qualcosa è in accordo con la vostra ragione e porta al benessere

Un mediatore ha ben chiaro che le parti sono immerse nel cosiddetto paradigma di partenza, su cui si fondano le loro credenze e convinzioni, ma il suo compito è condurle verso il nuovo paradigma di arrivo, dove è possibile gestire i conflitti in modo costruttivo. Per fare ciò dovrà aiutarle a capovolgere la descrizione del mondo che è stata loro tramandata, permettendo di abbandonando lo sterile e per altri versi nocivo modello della contrapposizione, per favorire invero modalità inclusive. Per consentire questo capovolgimento, occorrerà passare dal pensiero singolare al pensiero plurale, dall'ego-sistema all'eco-sistema, dall'Io al Tu per costruire il Noi. Per agevolare questo fondamentale passaggio è necessario costruire un processo partecipato.

*2. La costruzione di un processo partecipato.* – Le parti sono le migliori conoscitrici del loro problema e, se vengono aidate ad esprimere bisogni e interessi, unitamente alle paure e alle preoccupazioni, e ad attivare le loro risorse, si innesca ciò che viene chiamato un processo partecipato, che permette di risolvere autonomamente i problemi<sup>4</sup> attraverso le loro risorse personali.

Un processo partecipato è una metodologia di facilitazione del lavoro di persone. Si tratta di un'opportunità straordinaria per praticare e apprendere direttamente un processo decisionale, dove la gestione delle divergenze è dialogica e viene cercata

---

per tutti e va a beneficio di tutti, allora accettate questa idea e comportatevi di conseguenza». Se ci interroghiamo sulle nostre credenze, dovremmo anzitutto chiederci da dove arrivino, se e come riteniamo che siano nostre, quanto determinino il modo in cui guardiamo il mondo, quanto e come condizionino la nostra vita. Ponendosi questi interrogativi, è facile indulgere alla considerazione per cui le credenze, che possono facilmente essere diventate convinzioni, derivino non tanto, o non solo, dalla esperienza personale, ma anche, e soprattutto, dalla descrizione del mondo che abbiamo ricevuto.

<sup>4</sup> L'etimologia della parola *problema* è da ricondursi al greco *πρόβλημα* (*próblēma*), «sporgenza», «promontorio», «impedimento», «ostacolo», dal verbo *προβαλλω* (*probállō*), «mettere davanti», che deriva, a sua volta dall'unione di *προ* (*pro*), «innanzi» e *βάλλω* (*bállō*), «mettere», «gettare». Un problema è un salto tra il punto in cui ci troviamo in un dato momento e quello in cui vorremmo arrivare. Un aspetto interessante è che ogni problema contiene non una, ma molte soluzioni, che, quando attiviamo la creatività, possono essere trovate.

e reperita una soluzione creativa e congiunta dei problemi. Si basa chiaramente sulla necessaria acquisizione della visione integrativa, dove tutti gli attori (parti ed avvocati delle stesse) hanno risorse da mettere in gioco per contribuire in modo positivo al risultato<sup>5</sup>. Nella dimensione del conflitto, infatti, l'obiettivo è integrare ciò che è stato separato e distinto, ovvero mettere insieme i poli, accettando la loro coesistenza. Quando ciò non accade, prevale il modello della contrapposizione, che è basato sul metodo argomentativo o del convincimento dove ciascuno cerca di esporre la tesi a sostegno della propria posizione e attraverso una discussione, più o meno animata, cerca di convincere l'altro della giustezza della propria tesi. In questo modello le energie dei litiganti sono tese a convincere l'altro. Se ciò non accade, avviene lo scontro, dove ciascuno cerca di affermare il proprio punto di vista sull'altro. Qui si attiveranno i giochi di potere, che prevedono che uno perda e quindi predomini, in via alternativa, la visione di uno o dell'altro. Sono in gioco le dinamiche conflittuali, insieme alle convinzioni e agli automatismi innescati dal conflitto. Se il mediatore non riesce a costruire un ponte tra le parti, il modello della contrapposizione prende il sopravvento. L'effetto che si otterrà è che ognuno rimarrà ancorato al proprio punto di vista, lasciando integro il problema, con fallimento della mediazione. Ragionando su questo scenario, ogni parte usa la propria energia per convincere l'altro, o sopraffarlo, perdendo di vista il problema.

Quando due persone si scontrano, esse si mettono in condizione attiva, ovvero scelgono un riferimento dell'oggetto in discussione e lo perseguono perdendo di vista la totalità dell'oggetto stesso che immancabilmente presenta anche la sua versione opposta.

Consentire alle parti di abbandonare il modello della contrapposizione per passare alla visione integrativa, permette di far coesistere entrambe le antitetiche tesi dei litiganti.

In questa situazione occorre condurre le parti in una condizione passiva che permetta che la questione si possa esprimere nella sua totalità. Passiva qui non significa accettare supinamen-

---

<sup>5</sup> Sul tema, v. M. SCLAVI-L.E. SUSSKIND, *Confronto creativo*, Milano, 2011; G. CHAREST, *Vivere in sociocrazia*, Reggio Emilia, 2009.

te la visione dell'altro, né rimanere inermi o trovare una via di mezzo tra le due tesi, ma permettere la coesistenza delle visioni di entrambi. Mediare infatti non significa trovare una via di mezzo – mediana – tra le due opposte tesi<sup>6</sup>.

La visione integrativa trascende e supera l'apparente inconciliabilità degli opposti. Si entra in una logica contro-intuitiva: quando diamo valore ad un aspetto, classificandolo come bianco o nero, positivo o negativo, giusto o sbagliato, automaticamente sappiamo che la funzione di quell'aspetto sarà data dall'esatto opposto, dove l'uno non può esistere senza l'altro.

Applicare questi concetti al conflitto dei litiganti significa capovolgere la loro descrizione del mondo, permettergli di spostarsi dal punto di vista *monofocale*, e cioè dalla limitata ed ego-riferita visione personale, alla visione *bifocale*, che permette a ciascuno di includere l'altro nel proprio sguardo. Per un mediatore ciascun punto di vista delle parti è meritevole di essere accolto ed è proprio questa capacità di accoglienza che supera i *petitum* e che permette di esplorare l'invisibile del loro conflitto, fatto di interessi, bisogni, paure, preoccupazioni, aspettative e desideri. In questo modo il mediatore consente alle parti di osservare tutti i lati e le sfaccettature dei differenti punti di vista di ognuno, giungendo così a un nuovo punto di vista (integrativo), dove, le

---

<sup>6</sup> Immaginiamo di camminare su una corda: non potremmo mai stare esattamente nel mezzo a lungo. Se ci provassimo, cadremmo. Essere nel mezzo non è una condizione statica: è un fenomeno dinamico. Il funambolo si sposta in continuazione da sinistra a destra, da destra a sinistra. Quando ha la sensazione di essersi mosso troppo verso sinistra e ha paura di cadere, immediatamente si bilancia, spostandosi verso l'estremo opposto, verso destra. Certo, passando da sinistra a destra, c'è un momento in cui si trova nel mezzo. Poi, di nuovo, quando si è spostato troppo verso destra, e riemerge la paura di cadere, di perdere l'equilibrio, inizia a muoversi verso sinistra. E passando da destra a sinistra, di nuovo per un istante attraversa il punto mediano. Ciò significa che l'equilibrio non è un nome, ma è un equilibrarsi, e cioè un processo dinamico. Tutta la vita è un processo dinamico, così come il mondo è un eterno divenire. Lo stesso conflitto è principio dinamico della trasformazione, forza che determina i cambiamenti e fa sì che il mondo non sia statico ma dinamico. Il conflitto è *pólemos*, guerra, da cui nasce ogni cosa; la materia stessa nasce da una relazione di tensione tra gli opposti (v. ERACLITO, frammento 53; Milano, 2013: *Pólemos è padre di tutte le cose, di tutte re; e gli uni disvela come dèi e gli altri come uomini, gli uni fa schiavi gli altri liberi*).

tesi contrapposte lasciano il campo agli interessi comuni che le porteranno all'accordo.

Così le parti, in vece di usare le loro energie per contrapporsi, producendo attrito (la forza della contrapposizione stessa) e consumarle nella lotta, possono usarle per raggiungere l'obiettivo di superare e risolvere il problema insieme. Il fine è raggiungere un accordo che sia soddisfacente per tutti, con la premessa che si media per ottenere un risultato migliore di quello che si otterrebbe con una causa o un giudizio. Inoltre, quando le parti vengono aiutate a costruire insieme il loro accordo, esse ne acquisiscono la paternità, sicché è molto più facile che quell'accordo, così raggiunto, sia auto-esecutivo, perché deciso e voluto da tutte le parti direttamente interessate e non già imposto da terzi. Per costruire sin dall'inizio un vero e proprio processo partecipato, occorre stabilire insieme quali dovranno essere i principi a cui tutte le parti vogliono aderire e ai quali vogliono attenersi durante la mediazione: tali strumenti sono i patti preconfittuali e le mappe dei principi.

3. *I patti preconfittuali e le Mappe dei Principi: cosa sono.* – I patti preconfittuali sono clausole che le parti sottoscrivono, al fine di prevenire i conflitti, stabilendo, sin dall'inizio della loro relazione, intese, vincoli e determinati impegni. Essi rispondono alla domanda su come prevenire i conflitti. Possono essere inseriti: prima dell'avvio di una mediazione; prima di sottoscrivere un accordo; in un contratto, prima della sua esecuzione; in una convenzione di negoziazione assistita; in qualsiasi altro documento che debba regolare i rapporti futuri tra le parti (c.d. contratti normativi o regolamentari)<sup>7</sup>. Le Mappe dei Principi sono documenti in cui le parti, per favorire sin dall'inizio un processo partecipato, individuano e fissano concordemente regole e linee comportamentali relative alla gestione costruttiva di eventuali contrasti, dissensi o conflitti che potrebbero sorgere durante le loro relazioni. Esse rispondono alla domanda su come vogliamo litigare. Possono essere co-costruite e inserite in un documento che costituisce parte integrante: di una mediazione, prima del suo avvio, al fine di fissare le regole a cui attenersi du-

---

<sup>7</sup> Su cui v. G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.

rante la mediazione; di un contratto, prima della sua esecuzione, al fine di fissare le regole a cui attenersi durante il rapporto derivante dalla stipula dello stesso. Una Mappa dei Principi è un “abito su misura” costruito dalle parti sulle loro esigenze specifiche, che costituisce espressione della loro autodeterminazione al fine di renderle sovrane, non solo nella fase iniziale della redazione dei loro documenti, ma anche nel prosieguo delle loro relazioni. Mentre i patti preconfittuali hanno lo scopo di prevenire i conflitti, le Mappe dei Principi hanno più propriamente il fine di gestirli costruttivamente nel momento in cui questi dovessero sorgere. In questo modo, le parti si riappropriano del loro potere decisionale, stabilendo in anticipo come vogliono affrontare i conflitti.

4. *I patti preconfittuali: a chi servono.* – Operatori del diritto e operatori economici sono le prime due categorie che possono trarre beneficio dall’uso e dall’applicazione dei patti preconfittuali e dalle mappe dei principi. Per quanto riguarda la prima categoria, quella degli operatori del diritto, a partire dal movimento di pensiero anglo-americano, identificato con l’acronimo ADR, che ha introdotto negli Stati Uniti da più di cinquanta anni efficaci e validi strumenti alternativi al giudizio, anche nel nostro ordinamento si è sviluppata sempre di più l’attenzione a queste innovative metodologie, nella convinzione che si potesse così contribuire ad una riduzione del carico di controversie che affluiscono nelle aule del tribunale<sup>8</sup>. Mediazione e negoziazione assistita sono

---

<sup>8</sup> Sugli ADR la produzione scientifica è particolarmente voluminosa; soltanto a titolo esemplificativo, v. S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996; G. COSI-M.A. FODDAI (cur.), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003; J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000; G. PISAPIA-D. ANTONIUCCI (cur.), *La sfida della mediazione*, Padova, 1997; E. RESTA, *Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice*, Torino, 2003, 97 ss.; P. BERNARDINI (cur.), *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001; P. NICOSIA-A. RUGGIERO, *Manuale del conciliatore*, Milano, 2000; A. SCHENEBALG-E. GALTON, *Avvocati e consulenti delle parti in conciliazioni*, Milano, 2005; I. BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; G. DE PALO-L. D’URSO-D. GOLANN, *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004; M. DI ROCCO-A. SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli*

i due strumenti che più si prestano all'utilizzo di una mappa dei principi, in quanto il loro elemento comune è l'autodeterminazione delle parti<sup>9</sup>, pur se assistite dai loro legali.

I principi sui quali poggiano gli ADR presi in esame si basano invero sui seguenti presupposti: ogni conflitto è differente e singolare, non deve essere necessariamente risolto per il tramite dell'applicazione di una norma giuridica o di un principio generale di diritto, né l'attività di aggiudicazione deve essere sempre svolta da un terzo imparziale; ogni conflitto ha una parte invisibile che si nasconde sotto le richieste/pretese e che necessita di essere portata alla luce attraverso una metodologia esplorativa, che ha natura diversa rispetto a quella argomentativa; il conflitto è delle parti, sicché agli avvocati è richiesto di essere assistenti (e non rappresentanti) per accompagnarle nella negoziazione volta a trovare ciò che le accomuna; è necessario un nuovo approccio che sostituisca il binomio torto/ragione e il consequenziale modello avversariale con l'approccio integrativo, dove le parti sono partner che dedicano le proprie risorse alla soluzione dei problemi, non al conflitto.

L'altra importante categoria è quella degli operatori economici.

Nei fatti, è avvenuto sinora che, nella negoziazione di un contratto fra imprese, gli avvocati sono addestrati e avvezzi a vedere l'affare come un processo competitivo: il loro compito è "vincere" l'accordo per il loro clienti, che loro rappresentano "contro" l'altra parte. Il contratto che doveva garantire sicurezza, prevedibilità e benefici ottimali viene usato come "arma", danneggiando (spesso distruggendo) la relazione delle parti e minando lo scopo benefico che essi si prefiguravano originariamente.

---

*aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003; S. GIACOMELLI (cur.), *La via della conciliazione*, Milano, 2003.

<sup>9</sup> Come noto, nella mediazione l'autodeterminazione si ritrova sia nell'incontro introduttivo, dove il mediatore necessita che le parti in lite, assistite dai loro avvocati, esprimano la volontà di proseguire per provare a trovare un accordo, sia durante tutto il procedimento, in quanto, in ogni momento, le parti sono libere di chiudere la mediazione con un verbale negativo. Nella procedura di negoziazione assistita, le parti devono sottoscrivere una convenzione di negoziazione assistita, ovvero un accordo mediante il quale le parti in conflitto convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri legali.

Questo approccio, più che mirare alla risoluzione del problema, concentra tutto il potere nel documento e mette le parti nella condizione di doversi rivolgere a un terzo (tribunale; arbitro) per interpretare il loro linguaggio, facendo investire tempo ed energie per ottenere spesso risultati non eseguibili e che rischiano di distruggere la relazione commerciale.

I patti preconfittuali e le mappe dei principi possono diventare per le imprese parte integrante della loro strategia imprenditoriale, permettendo di porsi sul mercato con *policy* chiare e trasparenti nei confronti di tutti i loro *stakeholder*, consentendo loro di aderirvi sin dall'inizio delle relazioni commerciali. Si pensi, per esempio, agli statuti delle associazioni di categoria e alla possibilità di inserirvi patti preconfittuali (che potremmo denominare PPC -Protocollo Prevenzione Conflitti) o Mappe dei Principi (che potremmo denominare PRC -Procedura Risoluzione Conflitti) che indicano agli associati, sin dal momento della loro iscrizione all'associazione, regole certe e predefinite su come verranno gestiti i conflitti. Coloro che aderiscono allo statuto aderiscono anche a questi Protocolli o Procedure, impegnandosi a non portare in tribunale l'eventuale controversia che dovesse insorgere ma ad adire prima la nuova procedura indicata dall'associazione.

In ogni caso, i patti preconfittuali possono essere stipulati da chiunque voglia prevenire conflitti, siano le parti in mediazione, o un gruppo di persone con intenti comuni, stabilendo in anticipo, al momento dell'inizio delle loro relazioni, intese, vincoli e impegni predefiniti, diretti a tale scopo.

5. *I patti preconfittuali e le Mappe dei Principi: come redigerli.* – Proponiamo un modello-base che potrà essere utilizzato, e opportunamente adattato, prima l'avvio di una mediazione o della redazione di un contratto. «Le parti si impegnano a: essere leali, trasparenti, sincere; individuare le verità evidenti, distinguendole dalle verità costruite e dalle verità dialogiche<sup>10</sup>; non negare le

---

<sup>10</sup> Per non cadere nell'errore della visione dualistica e del modello della contrapposizione, tesi a dividere i torti dalle ragioni e a ricercare un colpevole, è necessario saper riconoscere in ogni storia narrata l'esistenza di tre verità. La prima è la *verità evidente*, ovvero quella attinente ai fatti/eventi oggettivi, in-

verità dialogiche (vissuti, percepiti, emozioni) delle parti; scambiarsi in modo continuativo informazioni rilevanti; mettere a disposizione reciprocamente documentazione che risulti utile alla gestione dei problemi; concentrare tutte le energie nella realizzazione di accordi di mutuo soddisfacimento; garantire la riservatezza delle informazioni raccolte nel contratto; stipulare eventuali accordi temporanei o parziali soggetti a monitoraggio per successive implementazioni o modifiche rinegoziare l'accordo nel caso intervenissero sopraggiunti mutamenti delle condizioni iniziali».

---

controvertibili, che sono accaduti, che non hanno a che fare con i percepiti e le conseguenti descrizioni soggettive dei litiganti, sui quali le persone non possono avere verità proprie, fatti cioè che non possono essere messi in discussione, sui quali non è possibile dire non è vero. La seconda è la *verità costruita*. Vengono attribuiti significati a ciò che è accaduto, ovvero ognuno dei litiganti racconta i fatti dalla propria (limitata) prospettiva, dà una sua personale versione (*monofocale*), esibendo le proprie ragioni, attraverso argomentazioni di varia natura. Il modello della contrapposizione è all'opera. La terza è la *verità dialogica*, ovvero i fatti/eventi così come percepiti e vissuti dalle persone, la quale si forma su una ricostruzione delle percezioni e dei sentimenti in chiave essenzialmente soggettiva. Nella gestione costruttiva del conflitto questo tema è di fondamentale importanza. Lo scopo, infatti, non è assicurarsi la corrispondenza a verità delle dichiarazioni fatte dalle parti attraverso la minaccia della sanzione, come avviene in un processo, o sulla portata delle prove e sul regime del contraddittorio nella costruzione probatoria, ma riconoscere che tutte le «verità», intese qui come punti di vista, sono meritevoli di essere accolte. Inoltre, non nuoce ricordare che ciò che conta in un conflitto non è tanto l'evento o accadimento, ma come ciascuna persona attribuisca significati a quell'evento in base alla propria percezione. La percezione nel conflitto è più importante dell'evento/accadimento. Jalāl ad-Dīn Muḥammad Balkhī, teologo musulmano sunnita e poeta mistico di origine persiana, scriveva: «La verità è uno specchio caduto dalle mani di Dio e andato in frantumi. Ognuno ne raccoglie un frammento e sostiene che lì è racchiusa tutta la verità». Ognuno dà una descrizione del proprio, limitato ed ego-riferito, punto di vista. Ognuno raccoglie un pezzo di specchio e dà una sua personale versione dei fatti, cercando altresì alleati che la pensino come lui e che lo sostengano contro la differente versione dell'altro. In ogni storia, dunque, c'è un pezzo di verità, ma è solo un pezzo dello specchio andato in frantumi. Il problema sorge quando qualcuno ritiene che il proprio pezzo di specchio, la sua verità sia l'unica "vera", e si senta legittimato a combattere o ad attaccare le verità degli altri. Occorre quindi ridefinire quel pezzo di specchio/verità come punto di vista. Sul punto, v. T. FRAGOMENI, *Surfando sul conflitto*, Milano, 2016, spec. parte III.

Vediamo adesso come costruire una Mappa dei Princìpi, che può essere rappresentata come una sorta di “ring del conflitto”: occorre, infatti, stabilire in anticipo come litigare e quanto tempo si intenda dedicare al conflitto, per poterlo superare, mantenendo la relazione fra le parti.

Ecco un modello-base:

### MAPPA DEI PRINCÌPI

*Il Sig....., nato a ..... il ....., residente in ....., Via ....., C.F. ...., assistito dall'avvocato.....*

*e*

*il Sig....., nato a ..... il ....., residente in ....., Via ....., C.F. ...., assistito dall'avvocato.....*

### PREMESSO CHE

- le parti hanno in animo di redigere il contratto attinente .... / l'accordo attinente...../avviare la mediazione attinente.....*
- tutto ciò premesso, le parti (e i loro avvocati) intendono sottoscrivere una prodromica Mappa dei Princìpi che (in caso di mediazione si può scrivere: indipendentemente dall'esito della mediazione) costituisce, in totale autodeterminazione, la base della regolazione dei loro rapporti personali.*
- Con tale Mappa dei Princìpi le parti, nel momento in cui dovranno affrontare problemi o conflitti derivanti da..... si impegnano in ogni caso a: 1. utilizzare un linguaggio rispettoso, privo di termini offensivi e/o lesivi della dignità e decoro delle persone; 2. ascoltare le rispettive lamentele/questioni, senza interrompersi, convenendo un tempo utile per far emergere ciò che è successo, senza disperdere le energie in rancori o risentimenti, che appartengono al passato, ma di guardare al futuro; 3. esplicitare le motivazioni alla base delle richieste; 4. esplorare i rispettivi interessi, bisogni, preoccupazioni, paure, desideri, aspettative, ecc.; 5. non disattendere/giudicare/ attaccare i differenti punti di vista delle persone coinvolte sulle questioni oggetto di trattativa/discussione; 6. assumersi la responsabilità di essere stati co-costruttori del conflitto. Nel caso emerga evidentemente e pacificamente che la responsabilità è da imputarsi solo ad una parte, a non colpevolizzare*

*inutilmente chi ha causato il problema, ma cercare di trovare possibili soluzioni; 7. comprendere le differenti opinioni/punti di vista di ciascuno, salvaguardando sempre, come prima cosa, la relazione, usando tecniche di ascolto attivo (parafrasi, parole chiave, domande esplorative); 8. non far prevalere la propria opinione su quella dell'altro; 9. chiarire equivoci e fraintendimenti, che possono essersi verificati o aver costituito la causa dei problemi/conflitti, al fine di «pulire» la situazione che si è venuta a creare; 10. mettere a disposizione documenti, informazioni o elementi, comunque ritenuti utili a chiarire i termini della controversia, in possesso delle parti, senza riserva alcuna e a semplice richiesta. L'eventuale scambio di corrispondenza verrà limitato a risolvere le questioni documentali; 11. mettere a disposizione risorse (perizie, consulenti esterni, ecc.) fino a un massimo di euro...per ciascuna parte; 12. non fare prevalere le posizioni iniziali cercando di trovare soluzioni integrative; 13. non far prevalere le proprie idee di soluzione dei problemi. A tal fine si impegnano a utilizzare la tecnica del brainstorming per generare più opzioni prima di decidere quale soluzione si riveli la più efficace e possibilmente anche integrativa delle idee di tutti; 14. laddove non sia possibile trovare soluzioni integrative, neanche con lo strumento del brainstorming, si impegnano ad accettare la persona dell'altro nella sua diversità, mettendo altresì in rilievo gli aspetti positivi di ciascuno, e lavorare insieme per smussare eventuali atteggiamenti/comportamenti di entrambi che possano essere di ostacolo per la soluzione dei problemi.*

#### Riferimenti bibliografici:

- E.ARIELLI, G. SCOTTO, *Conflitti e mediazione*, Milano, 2003.
- R.BANDLER, J. GRINDER, *La struttura della magia*, Roma, 1981.
- R.A. BARUCH BUSH, J.P. FOLGER, *La promessa della mediazione*, Firenze, 2009.
- M. BENASAYAG, A. DEL REY, *Elogio del conflitto*, Milano, 2008.
- P. BERNARDINI (a cura di), *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001.
- C. BESEMER, *Gestione dei conflitti e mediazione*, Torino, 1999.
- I. BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003.

*I patti preconfittuali e le mappe dei principi - Innovativi strumenti per gestire...*

- S. CASTELLI, *La mediazione. Teorie e tecniche*, Milano, 1996.
- G. CHAREST, *Vivere in sociocrazia*, Reggio Emilia, 2009.
- G. COSI, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione: conflitto di diritti e confronto di interessi*, Milano, 2003.
- F. DANОВI, F. FERRARIS, T. FRAGOMENI, A. MANIACI, A. MARCHESI, *I patti preconfittuali*, Torino, 2019.
- G. DE PALO, L. D'URSO, D. GOLANN *Manuale del conciliatore professionista*, Milano, 2004.
- R. DILTS, T. HALLBOM, S. SMITH, *Convinzioni*, Roma, 1998.
- M. DI ROCCO, A. SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003.
- ERACLITO, *Frammenti*, Milano, 2013.
- P. FAYARD, *Vincere senza combattere*, Firenze, 2010.
- T. FRAGOMENI, *Mediazione e conciliazione. Teoria e pratica della mediazione dopo la riforma*, Piacenza, 2010.
- T. FRAGOMENI, *Conflitti istruzioni per l'uso*, Milano, 2014.
- T. FRAGOMENI, *I professionisti e la gestione dei conflitti*, Milano, 2015.
- T. FRAGOMENI, *Surfando sul conflitto*, Milano, 2016.
- S. GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, 2003.
- G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.
- U. MORELLI, *Conflitto*, Roma, 2006.
- J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.
- P. NICOSIA, A. RUGGIERO, *Manuale del conciliatore*, Milano, 2000.
- G. PISAPIA, D. ANTONIUCCI (a cura di), *La sfida della mediazione*, Padova, 1997.
- E. RESTA, *Il linguaggio del mediatore e il linguaggio del giudice*, Torino, 2003.
- F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001.
- A. SCHENEEBALG, E. GALTON, *Avvocati e consulenti delle parti in conciliazioni*, Milano, 2005.
- M. SCLAVI, L.E. SUSSKIND, *Confronto creativo*, Milano, 2011.
- F.G. WICKES, *Il mondo psichico dell'infanzia*, Roma, 1948.



OLGA M. PIASKOWSKA\*

IS MEDIATION IN CIVIL DISPUTES IN POLAND REALLY  
VOLUNTARY? A FEW COMMENTS ON THE BACKGROUND  
OF THE SOLUTIONS ADOPTED IN THE POLISH CODE  
OF CIVIL PROCEDURE

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. - 2. Introduzione della mediazione nell'ordinamento polacco. - 3. Mediazione in controversie civili nel diritto polacco. - 4. Applicazione della direttiva 2008/52/CE. - 5. Mediazione volontaria e sue manifestazioni. - 6. Incentivi e sanzioni e mediazione come processo volontario. - 7. Conclusioni.

1. *Osservazioni introduttive.* – Mediation regulated by the Polish legal system is voluntary. The Polish legislature adopted full voluntariness as the basic principle of this institution. The voluntary nature of mediation in the Polish legal system therefore also means the voluntary participation in mediation. It is left to be decided by the parties whether they want to go to trial or whether they decide to resolve it independently with the support of an impartial third person (mediator). Incentives for parties should be associated with the shape of mediation in the national legal system. Incentives should encourage the parties' more frequent use of this form of alternative dispute resolution (ADR). In Polish society, it seems to be particularly important because mediation (in spite of having been in force for 14 years in civil proceedings) is still not very popular. The Polish legislator decided to introduce an incentive in the form of reduction of the processing fee finally in 2019. At the same time, however, in Polish civil proceedings there are a number of sanctions that the parties may incur if they do not join in mediation after previous consent. Such a normative regulation is questionable with regard to

---

\* Professor at the SWPS University.

the principle of voluntary mediation. So, the question arises whether mediation in the Polish civil trial is really voluntary. Such a question requires an analysis of the mediation institution in the Polish legal system, with particular emphasis on civil procedure and the manifestation of the voluntary principle. Then, there is a need to consider whether the normative shape of sanctions provided for in the Code of Civil Procedure is relevant to the principle of voluntary mediation (in terms of joining in it) adopted in it. Evaluation of these issues allow to form a judgment of the solution introduced by the Polish legislator and the correct implementation of the principle of voluntary mediation.

*2. Introduzione della mediazione nell'ordinamento polacco.* – Mediation as a legal institution in the Polish legal system appeared for the first time in the Act of 23 May 1991 on the settlement of collective disputes (Journal of Laws of 2019, item 174). Then, it was introduced to criminal proceedings and juvenile proceedings. In juvenile cases, it is based on Article 3a of the Act of 26 October 1982 on proceedings in juvenile cases (consolidated text, Journal of Laws of 2002, No. 11, item 109, as amended), added by Article 1 point 2 of the Act of 15 September 2000 (Journal of Laws 2000, No 91, item 1010). In the criminal procedure, mediation is based on Article 23a Act of 6 June 1997 Code of Criminal Procedure (Journal of Laws 2018, item 1987). More detailed provisions are set out in implementing rules (the Regulation of the Minister of Justice of 7 May 2015 on mediation in criminal matters, Journal of Laws 2015, item 716). Article 23a governing the institution of mediation, was added by Article 1 point 6 of the Act of 10 January 2003 (Journal of Laws 2003, No 17, item 155) amending the Act from 1 July 2003. In December 2005, the provisions introducing mediation into the Polish Code of Civil Procedure entered into force (Act of July 28, 2005 amending the Act - Code of Civil Procedure, Civil Code and the Act on court costs in civil matters, Journal of Laws of September 9, 2005 No. 172, item 1438). Therefore, in civil cases, mediation appeared 14 years after the adoption of the law on the settlement of collective disputes which set out the legal framework for mediation in this type of con-

flict, and 7 years after its introduction into criminal proceedings and in juvenile cases. The introduction of mediation in civil proceedings was therefore related to the need to adapt the Polish legal system to the system of EU law, where the institution of mediation in such disputes already existed, and in particular it was considered the preferred form of resolving disputes in consumer cases. At this point, it is worth noting two regulations first, Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, and second Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001.

3. *Mediazione in controversie civili nel diritto polacco.* – The introduction of mediation into the Polish Code of Civil Procedure in December 2005 did not cause any interest in ending the dispute using this institution. Statistics drawn up by the Ministry of Justice show that in 2006 district courts referred to civil mediation only 395 cases, of which only 68 led to settlement. In turn, district courts referred to civil mediation 1053 cases, of which only 25 cases led to settlement. It reveals a degree of interest, or rather its lack, in the institution of civil mediation in Poland, which since the beginning of its introduction to the Code of Civil Procedure has been based on the full principle of voluntariness (see more at section 4). Over time, the number of cases referred to civil mediation has increased, but it did not translate into the number of cases solved by settlement. In 2015, district courts referred to civil mediation only 1597 cases, of which only 208 led to settlement. In turn, regional courts referred to civil mediation 2526 cases, of which only 113 cases led to settlement. There is therefore no doubt that mediation in Poland is not a common method of resolving dispute. The parties prefer expensive and time-consuming court's proceedings.

Regulations regarding civil mediation are covered by Articles 183<sup>1</sup>-183<sup>15</sup> of the Code of Civil Procedure and they encompass the entire mediation proceedings in civil cases. These articles contain both, regulations regarding the principles and procedure for mediation carried out on the basis of a mediation agreement, or the court decision to refer parties to mediation. In the

Polish system, in either case pre-trial mediation (based on a mediation agreement) and mediation during a trial (based on a court decision) is allowed. In the first case, instead of bringing a civil action, the parties to the dispute may decide to refer the case to mediation. This situation applies both to cases where the parties had previously signed a mediation agreement (or incorporated a relevant provision in the agreement underlying the dispute), as well as those where such an agreement was not previously concluded and signed by the parties. In the other case, the parties are referred to mediation at the stage of court proceedings (during a trial). In this case, we can also distinguish two situations. First, if the parties have previously signed a mediation agreement, but they have not entered into the mediation. In such a situation, the defendant may plea filed before defending on the merits of the case, the acceptance of which results in the referral of the case to mediation by the court (Article 202<sup>1</sup> of the Code of Civil Procedure). Second, when the court presents to the parties the possibility of resolving the dispute using mediation, and the parties agreed to participate in it, the court refers the case to mediation proceedings determining its duration (Article 183<sup>10</sup> of the Code of Civil Procedure).

4. *Applicazione della direttiva 2008/52/CE*. – The provisions of the Code of Civil Procedure regarding mediation have been amended several times. Interestingly, the legal literature indicates that Poland is one of the first Eastern European countries to implement Directive 2008/52/CE<sup>1</sup>. This is not entirely true. The introduction of mediation in Polish civil proceedings should be associated with Poland's accession to the EU since the provisions enabling the parties to use mediation were introduced in 2005. On the contrary, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of May 21, 2008 on certain aspects mediation in civil and commercial matters (hereinafter

---

<sup>1</sup> J.M. NOLAN-HALEY, *Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 2012, Nr 37, p. 8. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2010615>

2008/52/EC) was introduced three years after the Polish legislator introduced mediation in this category of cases. Directly after the adoption of Directive 2008/52/EC, the Polish legislator did not take any steps to adapt Polish regulations contained in the Code of Civil Procedure to the requirements provided for in this Directive. The legislator decided that the current provisions were sufficient. The Code of Civil Procedure has been amended finally in 2016. Insignificant from the point of view of the functioning of the mediation institution itself, changes were introduced to the provisions of the Code of Civil Procedure regarding mediation by the Act of 16 September 2011 amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts (Journal of Laws 2011, No. 233, item 1381). More significant changes that were to adapt the Polish provisions of the Code of Civil Procedure to the requirements of Directive 2008/52/EC were only introduced by the Polish legislator by means of the Act of 10 September 2015 amending certain acts in connection with the support of amicable dispute resolution methods (Journal of Laws 2015, item 1595). This Act not only changed the provisions governing the institution of mediation (Articles 183<sup>1</sup>-183<sup>15</sup> of the Code of Civil Procedure), but also amended Article 10 of the Code of Civil Procedure to strengthen the position of this institution, which was in practice extremely rarely used. According to Article 10 of the Code of Civil Procedure, in cases where an amicable settlement is admissible, the court should strive to reach an amicable settlement at any stage of the proceedings, in particular by encouraging the parties to join in mediation. The aforementioned provision does not constitute an obligation but only a court's duty<sup>2</sup>. Nonetheless, the court is obliged to assess whether it is possible to refer the case to mediation in a specific case. This does not mean, however, that under these circumstances it is the court's obligation to refer the parties to mediation, after the parties have accepted the court's proposal to take

---

<sup>2</sup> J. JAGIELA [w:] *Kodeks postępowania cywilnego, t. 1, Komentarz. Art. 1-366*, red. K. Piasecki, A. Marciniak, Warszawa 2016, p. 112; O.M. Piaskowska, *Komentarz do art. 10 (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz do niektórych przepisów*, O.M. Piaskowska (red.), Lex el. 2019.

part in mediation. Article 10 of the Code of Civil Procedure applies to all types of proceedings as long as settlement is possible<sup>3</sup>. Furthermore, the court's attempt to resolve the dispute amicably concerns the possibility of reaching a settlement both before the court and before the mediator - as a result of the case referral to mediation by the court. At the same time, this provision shows that mediation is the alternative form of dispute resolution preferred by the Polish legislator. This is also confirmed by the recent change in regulations, including the introduction of pre-trial hearing to the Polish Code of Civil Procedure. According to Article 205<sup>6</sup> § 2 Code of Civil Procedure the presiding judge should encourage the parties to reconcile and seek to resolve the dispute by way of a settlement, especially by way of mediation. For this purpose, the presiding judge may seek amicable dispute resolution methods with the parties, supporting them in formulating settlement submissions and indicating methods and effects of dispute resolution, including financial effects. Finally it should be underlined that since the introduction of the mediation institution in the Polish Code of Civil Procedure, mediation has been a voluntary process. This is expressed clearly in Article 183<sup>1</sup> § 1 Code of Civil Procedure.

5. *Mediazione volontaria e sue manifestazioni.* – Mediation as an alternative form of dispute resolution is a voluntary process. According to recital 13 of Directive 2008/52/EC, the mediation provided for in this Directive should be a voluntary process in the sense that the parties are themselves in charge of the process and may organise it as they wish and terminate it at any time. However, it should be possible under national law for the courts to set time-limits for a mediation process. Moreover, the courts should be able to draw the parties' attention to the possibility of mediation whenever this is appropriate. Therefore, the EU legislator decided that the inherent feature of mediation is its voluntary nature, the minimum degree of which results from the above-mentioned provision. Consequently, mediation is vo-

---

<sup>3</sup> H. DOLECKI [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 1, Artykuły 1-366*, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2011, p. 76.

luntary if the parties are the hosts of this proceeding, and therefore have an impact on its course (frequency of meetings, form, manner of communication, choice of mediator), as well as they decide freely about the time and manner of ending mediation. Mediation can lead to settlement, although this is not the main goal of mediation. That purpose is entering dialog between parties to resolve the conflict. In the view of the provisions of Directive 2008/52/EC, mediation may also be voluntary. However, compulsory mediation may be introduced. The national legislator decides which type of mediation is appropriate for a particular legal system. The Polish legislator, like the Austrian<sup>4</sup>, has decided to introduce voluntary mediation. Therefore, it is also voluntary for the parties to mediate, i.e. the parties are free to decide whether or not they want to benefit from this institution. In Polish legal literature, it is indicated that the expression of voluntariness at the stage of joining mediation has a dispositive nature, and therefore can be modified by the unfettered will of the parties<sup>5</sup>. The parties may in fact conclude a mediation agreement, and therefore independently before the origin of the dispute decide that an attempt will be made to resolve the dispute by mediation. In the case of a dispute, when one party initiates a civil action instead of initiating mediation, the other party may contest the mediation agreement. It is stated so in Article 202<sup>1</sup> of the Code of Civil Procedure. According to this provision, if, before instituting proceedings in court, parties have concluded a mediation agreement, the court shall refer the parties to mediation upon a plea filed by the defendant before defending on the merits of the case. During the process of mediation, the voluntary principle is absolutely binding and, consequently, its violation means that we are no longer

---

<sup>4</sup> Austrian law does not provide for compulsory mediation - § 1 *ust. 1 Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG)*, BGBl. I nr 29/2003. An exception to this rule is provided for only one category of cases – see, B. Kloiber, *Die Mediations – Richtlinie und ihre Umsetzung in Osterreich, Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* 2011, s. 124.

<sup>5</sup> P. SOBOLEWSKI, *Skutki prawne umowy o mediację*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, No 8, p. 34.

<sup>6</sup> P. SOBOLEWSKI, *Skutki prawne umowy o mediację*, *Przegląd Prawa Handlowego* 2007, No 8, p. 34.

dealing with mediation<sup>6</sup>. Thus, two aspects of voluntariness are indicated in legal literature<sup>7</sup>. The first – voluntary joining in the mediation and the second – the voluntary process of mediation (participation in mediation). Directive 2008/52/EC only requires EU legislation to meet the second of these criteria, while the first is left to the legislator's discretion. Therefore, in Polish civil proceedings, voluntariness should be implemented in both of these aspects. In accordance with recital 14 of Directive 2008/52/EC, nothing in this Directive should prejudice national legislation making the use of mediation compulsory or subject to incentives or sanctions provided that such legislation does not prevent parties from exercising their right of access to the judicial system. Nor should anything in this Directive prejudice existing self-regulating mediation systems in so far as these deal with aspects which are not covered by this Directive. The regulation above indicates that by introducing mediation into the legal system, the national legislator may make the use incentives or sanctions. The condition is that such incentives or sanctions do not prevent the parties from exercising their right of access to justice. It should be stated that the introduction of both sanctions and incentives for the parties to use mediation should be consistent with the mediation regulation adopted by national law in the aspect of voluntariness. This means, therefore, that by deciding to regulate mediation as a compulsory process – the national legislator may provide incentives or sanctions appropriate for the effective functioning of this type of mediation (compulsory mediation). While deciding to introduce voluntary mediation – shaping incentives or sanctions related to the use of this institution should not violate this voluntariness. In other words, by introducing specific sanctions, the national legislature should not modify the principle of voluntary mediation, which it itself regulated. For this reason, the Polish regulation of voluntary mediation raises some doubts.

6. *Incentivi e sanzioni e mediazione come processo volontario.*  
– The incentive that the national legislator may provide is a cer-

---

<sup>7</sup> P. SOBOLEWSKI, *Skutki prawne umowy o mediację*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, No 8, p. 34.

tain type of advantage that a party may receive in relation to the use of mediation. There is no doubt that it should be regulated in such a way that the basic principles of this institution be preserved. The point is that it should not become a means which the parties use only because they wish to receive this benefit. Such an incentive, for example, might be a reduction of the amount of the court fee, or incurring the costs of the procedure to a lesser incurring lower costs, which would be decided by the court in the final decision (if the mediation is unsuccessful). It seems that the incentive is naturally related to voluntary mediation, i.e. these statutory solutions that provide for the parties' freedom to join mediation. Sanctions, however, are naturally linked to compulsory mediation. At the same time, however, the use of this sanction for voluntary mediation is not excluded. There is no doubt that such a sanction might be the obligation to bear higher costs of proceedings, or the obligation to pay, e.g. a fine for refusal without due cause to participate in mediation.

By introducing mediation to civil proceedings, the Polish legislator did not decide to introduce incentives that would encourage parties to mediate. At the same time, from the beginning, they have introduced a sanction threatening the parties who agreed to participate in mediation and then failed to attend the mediation meeting. This is a sanction of obligation to reimburse the costs of a mediation meeting incurred by other party. It should be noted that the provisions discussed below apply only to those cases where the parties are referred to mediation after bringing an action to the court. It therefore refers to two cases. The first occurs when the parties signed a mediation agreement and then one of the parties, instead of referring the case to mediation, brings an action to the court. In this case, in the event of an objection by the other party (Article 202<sup>1</sup> of the Code of Civil Procedure), the court refers the parties to mediation. The second case takes place when the court – regardless of the stage of the proceedings – after obtaining the consent of the parties, refers them to mediation.

This sanction is expressed in Article 103 § 2 in relation to § 1 of article 103 of the Code of Civil Procedure, which has not changed since its introduction in 2005. Pursuant to that provi-

sion notwithstanding the outcome of a case, the court may order a party or an intervenor to reimburse any costs caused by their undue or evidently improper conduct (§ 1). The provision of § 1 shall apply in particular to costs caused by a failure to submit explanations or by submission of explanations which are not consistent with the truth, hiding or delayed submission of evidence, and refusal without due cause to participate in mediation (§ 2). The formulation used in this provision (“refusal without due cause to participate in mediation”) raises fundamental doubts in the context of the principle of voluntary participation in mediation adopted by the Polish legislator. It should be recognized that if the legislator decides to introduce the principle of voluntary mediation also at the stage of joining in, they should not provide any sanctions for parties who have refused to do so. The voluntary nature of entering into mediation means that a party has the right to take part in mediation or refuse to join in. This decision should be expressed freely and unrestrictedly. Meanwhile, the use of formulation in Article 103 § 1 and 2 of the Code of Civil Procedure provides for the possibility of imposing sanctions on the party if they do not submit to mediation. On the one hand, therefore, we have the unfettered right of the party as to the decision to enter into mediation, including changing his or her decision without giving any reasons (voluntary joining in mediation). On the other hand, we have the option of imposing sanctions on the party for refusal without due cause to participate in a mediation meeting. It should also be emphasized that the application of Article 103 of the Code of Civil Procedure is not the court’s obligation. The court’s decision depends on a number of specific circumstances that must be assessed from the perspective of the overall proceedings<sup>8</sup>.

In addition, as a result of the recent amendment to the Code of Civil Procedure which affected the institution of mediation, to Article 103, § 3 and 4 have been added. According to the provision of this article if a party: 1) did not appear in order to participate in court proceedings despite a summons to appear in

---

<sup>8</sup> J. SZWAJA, K. JASIŃSKA, *Mediacja w postępowaniu cywilnym: czy wciąż dobrowolna?*, Monitor Prawniczy 2017, No 7, p. 354.

person and did not justify their absence, 2) in the course of proceedings they did not appear at a mediation meeting despite previously agreeing to mediation and did not justify their absence, - the court may, regardless of the outcome of the case, impose an obligation on that party to reimburse the costs in a portion higher than the outcome of the case would dictate or even to reimburse the costs in whole (§ 3). The court shall advise the parties of that option in the summons to appear in person or when referring the parties for mediation (§ 4). Therefore, the amendment entered into force on November 7th, and added another sanction that may be incurred by a party if, without justification, they did not appear at the mediation meeting despite prior consent to mediation. The aforementioned provision is not the only one which causes doubts in light of the principle of voluntary mediation adopted in Article 183<sup>1</sup> of the Code of Civil Procedure. According to Article 187 § 1 of the Code of Civil Procedure after the 2016 amendment<sup>9</sup> (point 3), according to which a complaint shall comply with the conditions related to pleadings and shall include information on whether the parties have tried mediation or any other out-of-court settlement method, and if no such attempts have been made, an explanation of reasons thereof. Therefore, it is clear that the party bringing a civil action has an obligation to explain the failure to use the mediation institution, which is, after all, voluntary. The literal meaning of this provision indicates that the lack of explanation of the reasons for not undertaking mediation is the lack of formal condition of a pleading which is supplemented by the party. However, it was assumed, both in jurisprudence and in legal literature, that this is the formal condition that does not affect the effectiveness of a pleading. Consequently, in the absence of such a statement, the lawsuit gets the proper course of action<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> As already explained above, it was this amendment that was to lead to greater compliance of Polish normative solutions with Directive 2008/52/ EC on certain aspects of mediation in civil and commercial matters.

<sup>10</sup> See, O.M. PIASKOWSKA [w:] *Mediacja w postępowaniu cywilnym. Komentarz*, K. Antolak-Szymanski, O.M. Piaskowska, Warszawa 2017, komentarz do art. 187 k.p.c., Lex el.

The voluntary nature of mediation also raises doubts about the content of Art. 183<sup>8</sup> § 4-6 of the Code of Civil Procedure. According to this provisions,

- 1) the presiding judge may summon the parties to participate in an inforamory meeting regarding manners of amicable dispute settlement, in particular mediation. The inforamory meeting may be conducted by a judge, court clerk, court official, judge assistant or permanent mediator (§ 4);
- 2) before the first session scheduled as a trial, the presiding judge shall assess whether to refer the parties to mediation. To this end, should it be necessary to hear the parties, the presiding judge shall call on them to appear in person at a session in camera (§ 5);
- 3) should a party fail to appear at an inforamory meeting or a session in camera without justification, the court may charge the party with the costs of the ordered appearance incurred by the other party (§ 6).

With reference to this provision, in Polish legal literature it is indicated that the voluntary nature of mediation does not mean that the court cannot convince a party to mediate. This is particularly important given the fact that the parties may not be aware of what mediation is<sup>11</sup>. Under that provision, the court should present to the parties the possibility of using mediation services. The president judge should explain what this institution is and what are the benefits for the parties whose will join in mediation (such as a joint settlement of the dispute instead of arbitrary court decision). This obligation may not, however, consist in threatening the parties with negative consequences if they do not participate in mediation<sup>12</sup>.

All the normative regulations indicated above providing for sanctions for not participating to mediation and ordering the party to explain the lack of using this institution before a trial, raise a question about the voluntary nature of mediation. What does it mean that according to Article 183<sup>1</sup> § mediation is voluntary?

---

<sup>11</sup> M. TABERNACKA, *Zgoda na mediacje w postępowaniu cywilnym w zakresie obowiązywania regulacji art. 183<sup>8</sup> k.p.c.*, ADR 2012, No 12, p. 100.

<sup>12</sup> J. SZWAJA, K. JASIŃSKA, *Mediacja w postępowaniu cywilnym: czy wciąż dobrowolna?*, Monitor Prawniczy 2017, No 7, p. 354-355.

Voluntariness also includes full freedom when it comes to decisions on joining in mediation. The threat, however, of imposing on the party the costs of proceedings, which in some cases may be severely high, can undoubtedly affect the decision taken by the party. In this situation, there are two solutions. Firstly, the party may not agree to mediate. Consequently, interest in mediation as an alternative form of dispute resolution will decline. Secondly, a party may agree to participate in mediation, but in this case their freedom as regards the decision to withdraw from mediation may be limited. There is no doubt that in such a case the decision of the party will not be completely free. Furthermore, they may feel compelled to participate in mediation for fear of the costs that they may be charged. There is therefore no doubt that the normative solutions in Article 103 and Article 183<sup>8</sup> § 4-6 of the Code of Civil Procedure may be considered as limiting the voluntary nature of mediation (voluntary joining mediation). Therefore, they are not an incentive to use mediation - on the contrary. They constitute an argument for not using mediation services.

By introducing the last change to the mediation institution in civil proceedings<sup>13</sup>, the Polish legislator decided to introduce an incentive to use mediation in the form of the possibility of paying a lower court fee. This change was introduced to Article 13e of the Act of July 28, 2005 on court costs in civil matters<sup>14</sup>.

Pursuant to the provision of this article, in cases where, before the trial, the claimant took part in mediation conducted on the basis of a mediation agreement, or attempted to resolve a dispute by submitting a request to resolve the dispute by a competent and arbitral tribunal established by statute to resolve consumer disputes or an application to initiate proceedings on the out-of-court resolution of a consumer dispute, the fixed or relative fee on the lawsuit is reduced by two-thirds, but no more than by PLN 400 (equivalent to approx. EUR 100). This provision is to encourage the parties to use the mediation institution

---

<sup>13</sup> The amendment subject to the provisions of law of 4 July 2019 (Journal of Laws 2019, item 1469) amending, among others Code of Civil Procedure as of August 21, 2019 (institution of mediation).

<sup>14</sup> Journal of Law 2019, item 785 and 1043.

before bringing an action. It should be considered that such an incentive would indeed have been possible had it not been for the upper limit of the fee reduction indicated in that provision. It will be beneficial only in cases where the regulations provide for a fixed fee, i.e. Art. 13 section 1 of the Act, and therefore in cases where the value of the subject of the dispute does not exceed PLN 20,000 (equivalent to about EUR 4,800). For cases that exceed PLN 20,000, a relative fee of 5% of this value is charged, but no more than PLN 200,000. Consequently, the higher the amount sought, the higher the fee, and thus no less incentive in the form of a reduction of the claim fee in the event of mediation.

7. *Conclusioni.* – Mediation in the Polish Code of Civil Procedure is voluntary according to the principle adopted by the national legislator. The voluntary nature of mediation manifests itself both in the voluntary joining in it and in the participation in the mediation process. The consequence of the adopted principle of fully voluntary mediation should be the appropriate regulation of the provisions of the Code of Civil Procedure. Appropriate, i.e. on one hand such that fully implements the principle adopted by the legislator; on the other hand, the regulation which contains incentives to use mediation institutions that will positively affect the use of this institution. However, the Polish legislator did not provide any incentive to use mediation, but did instead provide a few sanctions. The sanctions may affect the actions of a party that are free to decide to enter into mediation and, therefore, to refrain from participating in it. Consequently, it seems reasonable to state that mediation in Polish civil proceedings is not entirely voluntary in the aspect of voluntarily entering into mediation. In the second aspect, the voluntary nature of mediation procedure, the Polish legislator has fully implemented the voluntary principle and compliance with the UE standards.

*Astratto: La mediazione nelle controversie civili in Polonia è davvero volontaria? Alcuni commenti sullo sfondo delle soluzioni adottate nel codice di procedura civile polacco.*

La mediazione è stata introdotta nel processo civile polacco nel 2005, vale a dire prima dell'entrata in vigore della direttiva

2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Sin dall'inizio, la mediazione nel processo civile polacco è stata completamente volontaria. Il legislatore polacco ha adottato questo principio. Le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento ma anche decidere se non mediare affatto (il principio della partecipazione volontaria alla mediazione). Il principio della partecipazione volontaria alla mediazione solleva dubbi alla luce delle disposizioni del codice di procedura civile polacco, che prevedono sanzioni qualora una parte non acceda alla mediazione. Le soluzioni normative polacche sono discutibili e questi argomenti sono discussi in questo testo.



PIOTR F. PIESIEWICZ\*

MEDIATION IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW DISPUTES.  
PROBLEMS OF IMPLEMENTATION OF DIRECTIVE 2014/26/EU

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. - 2. Istituzione di mediazione nell'ordinamento polacco. - 3. Direttiva 2008/52/CE (caratteristiche della mediazione). - 4. Mediazione nelle disposizioni della direttiva 2014/26/CE. - 5. Attuazione Direttiva 2014/26/CE nella legislazione polacca in materia di mediazione. - 6. Imparzialità e indipendenza dell'organismo incaricato di risolvere le controversie attraverso la mediazione. - 7. Conoscenza professionale dell'organismo incaricato della mediazione. - 8. Mediazione volontaria in materia di diritti d'autore e diritti connessi. - 9. Conclusioni.

1. *Osservazioni introduttive.* – Introductory remarks. On 9 April 2014, Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market came into force. The Directive laid down requirements which are necessary in order to ensure the proper application of the management of copyright and related rights by collective management organisations. Additionally, it set the requirements related to multi-territorial licensing by a collective management organisation of online rights in musical works (Art. 1 of Directive 2014/26/EU).

Undoubtedly, disputes may arise between collective management organisations, their members and authorised entities regarding the application of Directive 2014/26/EU with reference to the subject it governs. The EU legislator has taken into account this possibility by foreseeing in Directive 2014/26/EU the preferred manner of solving such disputes. One should then pay special attention to Recital 49 of the Directive which indicates that Member States should have the right to establish a rapid, independent and impartial alternative pro-

---

\* Professor at the SWPS University.

cedure of dispute resolution. It was observed that the efficacy of provisions on multi-territorial licensing might be impaired if disputes concerning the application of the Directives were not solved quickly and efficiently. One of the manners of dispute resolution indicated by Directive 2014/26/EU is mediation. Under Art. 43 of Directive 2014/26/EU the Member States have been obliged to bring into force laws, regulations and administrative provisions necessary for the implementation of this Directive by 10 April 2016.

The Polish legislator implemented the Directive with more than a two-year delay. The transposition of the regulations took place under the Act of 15 June 2018 on collective management of copyright and related rights. The Act came into force on 19 July 2018. According to the recommendations of the Directive, the Act introduces the institution of mediation in disputes related to collective management of copyright and related rights.

Introducing that institution to the Polish legal system makes it necessary to analyze the correctness of the implementation of Directive 2014/26/EU as regards the institution of mediation. One should put forward a thesis that in that respect Directive 2014/26/EU was implemented in an erroneous manner. The manner in which the mediation is regulated in the said Act leads to the conclusion that the institution lacks the basic characteristics which should be a part of this voluntary dispute-solving mechanism. The above-defined thesis was then followed by several research questions. Firstly, one should find the answer to the question about what characteristic features allow us to qualify an institution as mediation. Next, one was to consider what requirements the Directive poses to out-of-court ways of dispute resolution. By juxtaposing the EU legal solutions with the Polish law, one was to indicate to what degree and for what reasons the Polish regulation is incompatible with the EU law.

*2. Istituzione di mediazione nell'ordinamento polacco.* – Mediation is considered one of forms of alternative dispute resolution, that is, a possibility of solving a dispute outside the framework of a formalized court proceeding<sup>1</sup>. In the Polish legal system,

---

<sup>1</sup> Z.M. HANKS, *Perspectives on mandatory mediation*, University of New South Wales Law Journal 2012, Volume 35(3), s. 929 i n.; R. MNOOKIN, "Alter-

mediation is present in all procedures and pertains to nearly all categories of cases, including civil, criminal and administrative ones. One can claim that mediation is a preferred form of alternative dispute resolution. It is supposed to be an alternative to long-lasting and time-consuming court proceedings, as emphasized in legal literature<sup>2</sup>, and its main advantage is the fact that eventually it is the parties who decide about their rights and the manner in which the dispute will be finalized. It is one of the most characteristic features of the institution. Although mediation is considered a uniform institution, it serves different purposes depending on the proceeding it consists a part of. In a criminal proceeding, mediation is a way of responding to delinquency, thus constituting a part of the so-called restorative justice<sup>3</sup>. It differs then from the basic model of criminal procedure, which focuses on punishing the offender. In legal literature, it is indicated, among other things, that if the victim is involved in "doing justice", it allows them to obtain compensation (be it of a moral, psychological or another nature) more rapidly, and, what is crucial, it prevents secondary victimization<sup>4</sup>. In the administrative procedure, the purpose of mediation is defined as clarifying and considering factual and legal circumstances of the case and determining how the case should be solved pursuant to provisions of the binding law, including issuing a decision or reaching a settlement<sup>5</sup>. It is therefore assumed that as a result of mediation, it will be established how the case will be

---

native Dispute Resolution" (1998). Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. Paper 232. [http://lsr.nellco.org/harvard\\_olin/232](http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232).

<sup>2</sup> Zob. P. SOBOLEWSKI, *Mediacja w sprawach cywilnych*, PPH 2006, nr 2, s. 31 and literature mentioned there.

<sup>3</sup> Zob. A. SIEDLECKA, ANDRYCHOWICZ, *Mediacja w sprawach karnych* (w:) E. MURZYŃSKA, R. MOREK (red.), *Mediacje. Teoria i praktyka*, Warszawa 2009, s. 203.

<sup>4</sup> T. CIELECKI, *Bezdroża mediacji* (w:), L. MAZOWIECKA (red.), *Mediacja*, Warszawa 2009, s. 76; R. MOREK, *Wprowadzenie* (w:), E. MURZYŃSKA, R. MOREK (red.), *Mediacje...*, *op. cit.*, s. 26-27; B. CZARNECKA, DZIAŁUK, D. WÓJCIK, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii i badań*, Warszawa 2001, s. 7.

<sup>5</sup> Article 96a Act of June 14, 1960 Code of Administrative Procedure, Journal of Law 2018, item 2096.

solved. In the civil procedure, the purpose of mediation is described as conflict mitigation or resolution by the concerned parties, which may in turn lead to an amicable settlement of the dispute<sup>6</sup>.

In the civil procedure, settlement may be established both before a mediator (with the referral to mediation issued *ex officio* or at a request) or before a court of law. Taking into account that mediation laid down in Directive 2014/26/EU is a part of civil mediation, further considerations concerning the notion of mediation itself as well as the mediator will focus on its civil law aspects.

3. *Direttiva 2008/52/CE (caratteristiche della mediazione)*. – The standards of mediation in civil and commercial matters are laid down in Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. It contains the definition of two basic notions, that is, of mediation and of the mediator. According to Art. 3a of Directive 2008/52/EC, mediation means a structured process, however it is named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It directly arises from the above definition that mediation should be a voluntary process. One should point out though that the voluntariness is not manifested in the full freedom of decision to join in the process<sup>7</sup>. Although Member States may leave the possibility of initiating a mediation process to the parties to the dispute or establish a rule under which the court in which the case is being

---

<sup>6</sup> ZOB. Z. KMIĘCIAK, *Postępowanie mediacyjne i uproszczone przed sądami administracyjnymi*, PiP 2003, Nr 10, s. 25.

<sup>7</sup> J.M. NOLAN-HALEY, *Is Europe Headed Down the Primrose Path with Mandatory Mediation?* (February 10, 2012), North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 37, 2012; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2010615. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2010615>.

considered may propose mediation to the parties, other solutions are also possible. Namely, it is admissible to introduce obligatory mediation. Obligatory mediation may be conducted as a result of a court order to refer the case to mediation or it might stem from the law itself.

In the Polish legal system, the legislator did not resolve to introduce such solutions, adopting therefore the principle of the voluntary nature of mediation also as regards the freedom of the parties to choose to join in the process.

The notion of voluntariness of mediation in light of Directive 2008/52/EC applies exclusively to the very course of the process. The definition referred to in Art. 3A of Directive 2008/52/EC does not specify how this voluntariness should be understood. We find some clarifications in Recital 13 of Directive/2008/52/EC, which specifies 3 components of which contribute to the voluntary nature. The first component is the fact that the parties themselves are in charge of the process, i.e. they are responsible for the mediation process. The responsibility means that that, apart from the parties, there is no other entity in control of the shape of mediation since the mediator may formulate proposals only, but it is the parties who decide about the final form and process of the mediation. From the fact of being responsible for the process of mediation, there stems another component that characterizes its voluntary nature, namely the fact that the parties may organize mediation according to their own wishes. This signifies that there are no formal procedures guiding mediation that would bind the parties: mediation is by its nature a deformed proceeding. Right here one should point out that typically parties' legal representatives, while commencing mediation on behalf of their clients, approach mediation as the onset of a legal dispute. That goes together with their attempts to prove their right – and this is not what mediation is about. The last component that proves that mediation is voluntary is the right to terminate it at any given moment<sup>8</sup>. That means that it is up to the

---

<sup>8</sup> C.A. ESPLUGUES, *New Trends for Cross-Border Litigation in Europe: The Directive of 2008 on Mediation in Civil and Commercial Cases (May, 20 2012)*, *Meiji Law Journal*, *Forthcoming*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2063121>.

parties, too, whether mediation will end with a settlement or whether the parties will not reach a settlement. It is not possible to regulate the mediation process in a Member State in such a manner as to force its parties – either directly or indirectly – to reach a settlement. In order to reach settlement, the parties should then make joint statements concerning the final form of agreement. The mediator may not therefore presume what their intentions are. It is not possible, either, to apply solutions under which law would permit tacit agreement. Mediation conducted on the initiative of the parties can obviously continue for as long as they wish. Nonetheless, when a case is referred to mediation by the court, EU regulations enable the court to set a deadline. It is a justified restriction to the voluntary principle of mediation concerning the right of the parties to decide about its ending. It is so because, when the case is referred to court, mediation cannot be used by the parties as a tool to postpone the settlement of the dispute.

Along with the voluntary nature of mediation, pursuant to Recital 17 of Directive 2008/52/EC, Member States are obliged to, among other things, ensure that a mediation process takes place in an efficient, impartial and competent manner. The guarantee of an efficient, impartial and competent mediation is the mediator. According to the definition laid down in Art. 3b of Directive 2008/52/EC, the mediator means any third person who is asked to conduct a mediation in an effective, impartial and competent way, regardless of the denomination or profession of that third person in the Member State concerned and of the way in which the third person has been appointed or requested to conduct the mediation. In order to ensure the three components of the mediation process, Member States should support initial and further training of mediators (Article 4 para. 2 of Directive 2008/52/EC).

Analysis of the characteristics of a mediator should commence with the virtue of impartiality. In Council of Europe Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters in point IV it is said that “the mediator has no power to impose a solution on the parties”. In legal literature it was raised that impartiality is manifested in the fact that the mediator should conduct the mediation process irrespective of their own personal convictions or prefe-

rences. This means that the mediator should treat the parties to the dispute equally<sup>9</sup>. Moreover, impartiality is also expressed in the fact that the mediator may be in the relationship of dependence with respect to either party<sup>10</sup>. One should add that the lack of dependence should be also manifested in the fact that the mediator should not be directly or indirectly related to the subject matter of the dispute. In other words, the mediator may not derive any profit or satisfaction from the way in which the dispute has been resolved. What is more, the mediator should be indifferent to the way in which the dispute will end. One should support the opinion that impartiality should also manifest itself in the fact that the mediator should not be involved with either party even if one party is weaker, since it is not the role of the mediator to conduct mediation in the manner that would favor either party. Yet one should emphasize that while negotiating settlement and formulating its specific proposals, the mediator may in a matter-of-fact and frank manner explain to the weaker party the consequences of the reached agreement. Such steps taken by the mediator are not initiatives aimed to ensure equal opportunities for the parties, but they implement the voluntary principle. Namely, one must remember that, under Directive 2008/52/EC, the parties strive to resolve the dispute using the assistance of the mediator (Recital 10), and the voluntary principle manifests itself in the possibility to decide about the ending of the process (Recital 13). The assistance of the mediator may be manifested in helping a party to make an informed decision, which facilitates implementation of the voluntariness.

Referring to the relevant competences required from a mediator, one should state that this assumption should be linked to relevant expertise enabling one to take up the role. In other words, a mediator should have professional expertise<sup>11</sup>. In turn, the criterion of professional expertise should be linked to com-

---

<sup>9</sup> E. STEFAŃSKA, *Komentarz do art. 183<sup>3</sup> (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*. Tom I. Art. 1-505(38), wyd. III. Wolters Kluwer, 2015.

<sup>10</sup> P. TELENGA, *Komentarz do art. 183<sup>3</sup> (w:) Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz aktualizowany*. Tom I. Art. 1-729. System Informacji Prawnej LEX, 2019.

<sup>11</sup> R. MOREK, *Definicja pojęcia mediator (w:), Europejskie prawo procesowe cywilne i kolizyjne*. Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2012.

pletion of relevant training in mediation. It arises directly from the above-mentioned Art. 4 para. 2 of Directive 2008/52/EC pursuant to which Member States are obliged to encourage the training of mediators.

Competences are combinations of three attributes, that is, knowledge, skills and attitude. By briefly describing the three, one must state that by knowledge one should understand all information concerning mediation the mediator should have in order to be one. Next, skills mean a practical command – the ability to use the acquired knowledge. The mediator should therefore have the ability to perform tasks and solve problems that go together with the role. The last element of the mediator's competences is the attitude that they should assume towards the parties, i.e. they should manifest appropriate conduct or behavior both as a part of mediation and in direct contact with the parties. The last attribute of the mediator is efficiency. The mediator should conduct mediation in an efficient way, that is in a way which to their best knowledge and skills may bring the desired outcome. It is obvious that the desired outcome of mediation is the resolution of a dispute, and, as a result, reaching by the parties an agreement in the form of settlement.

4. *Mediazione nelle disposizioni della direttiva 2014/26/CE.* – Pursuant to Article 35 para. 1 of Directive 2014/26/EU, Member States ensure that disputes between collective management organisations and users concerning in particular binding or proposed licensing conditions or contractual infringements could be referred to be settled by the court to, in applicable cases, by another independent and impartial dispute-solving body with professional expertise regarding intellectual property law. To interpret this provision, it is useful to refer to Recital 49 of Directive 2014/26/EU. It indicates that apart from the right to a legal process, the parties should be able to resolve disputes as a part of the so-called out-of-court procedures. This recital indicates that the EU legislator treats mediation or arbitrary proceedings as one of such out-of-court procedures. One should note that neither Art. 35 nor Recital 49 of Directive 2014/26/EU point out one specific body competent for the resolution of the disputes of

this sort<sup>12</sup>. On the other hand, Directive 2014/26/EU lays down the principle according to which the national legislator is obliged to ensure that the body established for the conciliatory resolution of disputes should be independent, impartial and efficient. Additionally, it was indicated that the body is required to have expertise in intellectual property law. In practical terms, it means that persons constituting this body should be knowledgeable about intellectual property law as well as have the ability to practically apply the knowledge.

One should assume that in EU legislation the notion of mediation in civil cases should be understood in a uniform way. It means that the definition of mediation referred to in Directive 2008/52/EC will be applicable to Directive 2014/26/EU. In consequence, mediation in intellectual property law cases referred to in Directive 2014/26/EU should also be organized in a such a way that the procedure can be voluntary in light of Directive 2008/52/EC. Whereas Directive 2008/52/EC indicates that the competent body to conduct mediation is a mediator, Directive 2014/26/EU indicates that a relevant entity to resolve an intellectual property law dispute is a competent authority. Therefore, mediation may also be entrusted to a specialist organization. Taking into account the foregoing, the EU legislator does not clearly indicate that the authority should have the specific competences that should characterise the mediator in light of Directive 2008/52/EC. We should assume though that, since the EU legislator foresees a specific authority to conduct an out-of-court dispute resolution process in the form of mediation, they assume that it will consist of persons with relevant knowledge, skills and attitude required from a mediator. That is why the EU legislator in Directive 2014/26/EU indicates one area of expertise only that a mediator being a part of the authority should have. Namely, pursuant to Recital 49 of Directive 2014/26/EU and Art. 35 of Directive 2014/26/EU, persons constituting the body should have expertise in the field of intellectual property law.

To be still more specific about the notion of mediation referred to in Directive 2014/26/EU, one should state that mediation in li-

---

<sup>12</sup> L. GUIBAULT, S. VAN GOMPEL, *Collective Management in the European Union* (January 11, 2016), D.J. GERVAIS (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 3rd ed., Kluwer Law International, 2015, pp. 156-157; ISBN 978-90-411-5441-5. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3166890>.

ght of this directive means an organized procedure of a voluntary nature in which at least two parties to the dispute referred to in Art. 35 of Directive 2014/26/EU try to reach an agreement to solve the dispute on their own, employing to this end the assistance of a body established for mediation purposes. As regards the scope of the notion of mediator, under Directive 2014/26/EU by this term we should understand a person being a part of a body established to resolve intellectual property law disputes in a conciliatory out-of-court way. Mediators must guarantee the independent and impartial character of the body established to resolve disputes, and themselves, they should conduct mediation in a competent and efficient way as well as they should have expertise in the field of intellectual property law. Therefore, one should state that mediation in light of Directive 2014/26/EU should have a voluntary nature, and the mediator, being a part of a body, should conduct mediation in an efficient, competent and impartial way using expertise in the field of intellectual property law.

5. *Attuazione Direttiva 2014/26/CE nella legislazione polacca in materia di mediazione.* – Defining mediation and a mediator who is a member of a body responsible for the amicable resolution of disputes involving intellectual property rights identifies the standards that must be met by mediation within the meaning of Directive 2014/26/EU. Such standards must be included in the process of implementing the Directive. National law should, therefore, be shaped in a way that would ensure that the mediation panel responsible for resolving intellectual property disputes is independent and impartial, while the mediator should mediate effectively, competently and, also, impartially. National arrangements must thus contain such provisions so as to ensure the said guarantees.

The Polish legislature transposed Directive 2014/26/EU into national law by means of the Act of 15 June 2018 on Collective Management of Copyright and Related Rights (Journal of Laws, item 1293). This transposition should be analysed in terms of whether it meets standards for mediation, beginning with the body responsible for the alternative resolution of disputes involving intellectual property rights.

The Act on Collective Management of Copyright and Related Rights lays down the principles for the operation of the Copyright Commission (later the Commission). Article 64(1) of the act on Collective Management of Copyright and Related Rights sets out its tasks - specifically enumerating the four main ones. The first task is to hear cases involving the approval of and amendment of the approved tables of remuneration for using works and objects of related rights. The remaining three tasks refer to the competences of the Commission in terms of the forms of alternative dispute resolution. They refer to the resolution of disputes between the users of copyright or related rights and collective management organisations. The Act on Collective Management of Copyright and Related Rights only partially regulates the issues connected with resolving disputes by way of mediation. In any matters involving mediation which are not regulated by the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights, the provisions of the Act of 17 November 1964 the Civil Code (later the Civil Code) apply *mutatis mutandis*. It is worth noting that mediation was introduced to the provisions of the Code of Civil Procedure by means of the Act of 28 July 2005 Amending the Code of Civil Procedure, the Civil Code, and the Act on Court Costs in Civil Cases (Journal of Laws of 9 September 2005 No. 172, item 1438 as amended). They were subsequently changed, among other things, in order to further accommodate the requirements of Directive 2008/52/EC, but only as late as in 2016.

6. *Imparzialità e indipendenza dell'organismo incaricato di risolvere le controversie attraverso la mediazione.* – Impartiality and independence of the mediation panel should be analysed, beginning with establishing the principles for appointing members of the Commission, as well as the requirements for persons who may serve on the Commission<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> R. MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Implementation of Directive 2014/26/EU on Collective Management and Multi-Territorial Licensing of Musical Rights in Regulating the Tariff-Setting Systems in Central and Eastern Europe*, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, February 2016, Volume 47, Issue 1, pp. 33-34.

Firstly, it should be noted that the Act refers to the members of the Commission as “arbitrators”. One may assume, however, that terminology is non-essential here, even though the roles of mediator and arbitrator are completely different. Pursuant to Article 3(b) of Directive 2008/52/EC, the statutory name for the person administering mediation is of no significance. Consequently, it follows that this fact remains without any bearing on the interpretation of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights in terms of the requirements imposed by EU law.

In accordance with the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights, the Copyright Commission consists of twenty arbitrators appointed from among the candidates proposed by: 1) collective management organisations; 2) associations of authors, performers, producers and publishers; 3) associations of users of works and objects of related rights; 4) radio or television organisations (Articles 65(1) and 66(2) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights). Arbitrators are, therefore, appointed by the bodies which, in principle, may be parties to disputes involving the application of remuneration tables. Hence, we are faced with a downright perverse situation, as the statutory arrangement provides that the body responsible for approving and amending remuneration tables for using works and objects of related rights is, at the same time, the body whose members are appointed to mediate disputes involving the use of such tables. The reasoning behind this arrangement is that the panel dealing with disputes involving the use of works and objects of related rights consists of three persons, while mediation is conducted by one arbitrator. Potentially, it is thus possible to appoint an arbitrator other than the one who was the member of the Commission approving the table and the remuneration for the use of works and objects of related rights to conduct mediation. In any event, before being appointed to the Commission by the competent minister (Article 67 of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights) the candidate arbitrator must submit a written statement on the legal relationships between the candidate and the bodies submitting his or her candidacy to the Commission. Such a statement should cover a term of five years preceding the submission. It should be noted that both the option to select a mediator other than the arbitrator who was a

member of the panel approving the tables and submission of the aforementioned statement does not guarantee full independence and impartiality of the body. This is due to the fact that it is contrary to the principle of independence and impartiality if the same body (even collegially) sets certain principles and then participates as an independent and impartial body in a dispute related to the application of the same principles, since it may, as a body, have an interest in a certain interpretation of the principles it itself set. Potentially, it is, therefore, possible to influence a party in terms of the content of the final settlement agreement. Additionally, one must take into account the contents of Article 87(2) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights. It provides that mediation is administered on the grounds of a mediation agreement or mediation request, which the Chairperson of the Commission promptly submits to the other party. Whereas, if the other party does not submit a statement of opposition within 14 days following receipt of the mediation request, the Chairperson of the Commission calls on both parties to select a mediator from the list of arbitrators within 14 days from the day the parties are served with the call. If the parties fail to select a mediator within this time, the Chairperson of the Commission appoints one forthwith (Article 87(3) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights). It should be noted that such a solution also infringes the principle of independence and impartiality, which should be the hallmark of the mediator and the mediation process. A party has the right to determine which of the possible arbitrators provides the best guarantees of independence and impartiality.

7. *Conoscenza professionale dell'organismo incaricato della mediazione.* – As mentioned before, pursuant to Article 35 of Directive 2014/26/EU, the dispute resolution body must have expertise in intellectual property law. It is obvious that such a requirement may only be met by means of ensuring that the members of such a body have expertise in intellectual property law. That is why, when implementing the Directive, the member State should shape national law in such a way as to ensure that members of the body have such expertise.

Pursuant to Article 66(3) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights, a candidate for an arbitrator must have professional experience in terms of copyright and related rights, and: hold a degree of doctor of laws or doctor of economics, or be entered into the register of attorneys-at-law, advocates or investment advisers, or into the register of statutory auditors. In the context of the provision quoted above, a question arises whether the arbitrator candidates who have submitted the declaration mentioned in this provision meet the prerequisite of having expertise in intellectual property law.

Firstly, it must be noted that Directive 2014/26/EU states that the expertise must refer to the intellectual property law. On the other hand, Article 66(3) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights provides that the arbitrator candidate must have experience not in the entire branch of intellectual property law, but only in copyright and related rights. It is obvious that copyright and related rights fall within the scope of "intellectual property law", however, the latter term is much broader. Due to the fact that the tasks delegated to the Commission include resolving disputes involving copyright and related rights, such arrangements under national law must be deemed as meeting the requirements of the Directive.

While Directive 2014/26/EU states that the arbitrator must have the proper expertise, Article 66(3) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights goes a step further. It poses a requirement of not only proper expertise, but also of the necessary professional experience. The requirement of expertise must be understood as theoretical training, while the professional experience in copyright and related rights should be linked to pursuing a profession involving a practical application of copyright. A question thus arises whether a person with theoretical training who is, for instance, a mere academic teacher, holds professional experience within the meaning of Article 66(3) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights. The question so phrased must be answered in the negative. It seems that the national legislator enacted requirements according to which a person (arbitrator) desirable on the Commission is one who has experience and knows the actual aspects of copyright and related rights application. It must be noted here that no crite-

ria are provided as to how to measure the expertise that an arbitrator candidate must have. On the other hand, the necessary professional experience may be proved by enumerating any experiences related to applying the law accumulated over the years. Apart from the requirements of expertise and experience, the Act also imposes a number of formal requirements that the candidate must meet. A Member of the Commission must hold a proper degree (Article 66(3) point 1 of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights) or, alternatively, be entered into the list of professions requiring appropriate qualifications (Article 66(3) point 2 of the Act). Such a requirement should be viewed in a positive light since it strengthens the guarantee that the member of the body must meet the requirement of expertise referred to in Article 35 of Directive 2014/26/EC. Summing up this part of the reflections, one should say that the national legislature has properly implemented the EU provisions in the scope of the requirements for the members of the body, i.e. expertise.

8. *Mediazione volontaria in materia di diritti d'autore e diritti connessi.* – When reflecting on the voluntary nature of mediation, one must keep in mind that the principle of voluntariness has several aspects. In accordance with Recital 13 of Directive 2008/52/EC, for the mediation to be considered as voluntary the procedure must, on the one hand, allow the parties to be in charge of the process, while on the other allow them to organise the proceedings as they deem fit. They should also have the capacity to terminate mediation at any time and for any reason they deem appropriate. Additionally, the parties should also be able to set time limits for the mediation process at their own discretion<sup>14</sup>. Since, pursuant to Directive 2014/26/EU, the Polish legislature chose mediation as an alternative resolution method for copyright and related rights disputes, it must meet the voluntariness prerequisites within the meaning discussed above. One should also remember that, when implementing Directive 2014/26/EU, the na-

---

<sup>14</sup> This right is not affected by the possibility for the court to indicate the duration of mediation in cases in which the parties are referred to mediation at the stage of the judicial proceedings.

tional legislature stipulated that in any matters not governed by the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights the provisions of the Code of Civil Procedure on mediation apply *mutatis mutandis*.

Division 3 of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights only contains two articles pertaining to the mediation process. None of those directly expresses the principle that mediation is voluntary. Instead, the principle of the voluntary nature of mediation is expressed in Article 1831 of the Code of Civil Procedure which states directly in § 1 that mediation is voluntary. The following provisions of the Code of Civil Procedure put this principle in definite terms. One of many ways in which the fact that the parties to mediation are its governors, and they may organise mediation as they deem fit, is expressed by the fact that administration of mediation process requires the consent of both parties, not only before such a process is instituted, but also in the course of mediation. In the former instance, the mediation process is administered either on the grounds of an existing agreement of the parties or without such an agreement. In the latter, the court may refer the case to mediation, with the consent of the parties, at any stage of the proceedings. The arrangement provided for in the Code of Civil Procedure is only one of many ways mediation process may be initiated. Pursuant to Directive 2008/52/EC, national law may provide an arrangement wherein this process may be ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. The arrangements found in the Code of Civil Procedure differ considerably from the arrangements foreseen by the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights. The Act provides that the mediation process may be administered on the grounds of either a mediation agreement or request for mediation submitted by either party. If a party submits such a request, the Chairperson of the Commission immediately provides the other party with the request. Whereas, if the other party does not submit a statement of opposition within 14 days following receipt of mediation request, the Chairperson of the Commission calls on both parties to select a mediator from the list of arbitrators in the Commission within 14 days from the day the parties are served with the call. Since Directive 2008/52/EC allows for the so-

called obligatory mediation, it must be deemed that an arrangement according to which a lack of opposition entails consent to the mediation process is even more compliant with this Directive<sup>15</sup>. It seems that the arrangement referred to in Article 85(3) *in fine* of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights contravenes the principle of voluntariness, as in the case that the parties fail to select a mediator within 14 days, the Chairperson of the Commission immediately appoints one, regardless of the wishes of the parties. The principle of voluntariness is contravened in this way that the parties are deprived of the ability to organise mediation process as they deem fit. Consequently, a question arises if the person who was arbitrarily chosen by the Chairperson of the Commission may be considered by the parties as an impartial person whose assistance is to facilitate an amicable settlement of the dispute. One should keep in mind that the person of the mediator is not only supposed to assist in resolving the dispute in an effective, impartial and competent way, but also inspire trust in the parties. Without such trust, it is incredibly difficult to reach an amicable resolution of the dispute. Even more concerns are raised by the manner in which the parties may reach the agreement. Pursuant to Article 85(4) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights the mediator has the authority to offer a proposal of the agreement to the parties. Whereas, if neither party submits to the mediator a reasoned notice of opposition in writing within 3 months of the day such a proposal is made, the agreement is deemed as concluded. Such a construction is in flagrant contravention of the principle of voluntariness of mediation expressed among other things in the fact that it is the parties who should have the right to terminate the mediation process at any time<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> A.W. HATANAKA, *Optimising Mediation for Intellectual Property Law - Perspectives from EU, French and UK Law*, IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, May 2018, Volume 49, Issue 4, pp. 406-407.

<sup>16</sup> C.A. ESPLUGUES, *Mediation in the EU after the Transposition of the Directive 2008/52/EC on Mediation in Civil and Commercial Matters* in Civil and Commercial Mediation in the E.U.: Cross-Border Mediation, Volume II., C. ESPLUGUES (ed.), Cambridge Intersentia 2014, pp. 485-771. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2710301>.

The ability to terminate the mediation process at any time should be interpreted broadly, that is as a right to terminate the mediation process both as a result of an agreement reached and without such agreement. Further, Article 85(4) of the Act on Collective Management of Copyright and Related Rights mentioned above shapes the position of the mediator, instead as a person who fosters the parties in resolving the dispute and reaching an agreement, as a person who arbitrarily resolves the dispute. The solution proposed by the mediator may thus become the agreement concluding the mediation, if the parties fail to take action in order to undo it. Such an agreement is closer to the construct of an arbitrary resolution than an agreement reached by the parties. Another inexplicable thing is that, after the mediator has proposed an agreement, the parties need to meet a number of formal obligations in order to oppose to that agreement. The first requirement is meeting a statutory deadline. The second is to submit a written statement of opposition, while the third is providing reasons for the opposition. From the perspective of the principle of voluntariness, it is inexplicable that a party to mediation be obliged to make a written list of the reasons why the agreement proposed by the mediator is unacceptable for that party. This is in direct contravention of the very idea of mediation. Therefore, one should assume that the legislature's intent was to make the effectiveness of such opposition dependent on a thorough and substantive justification. The proposed arrangement is surprising, as the general provisions of the Code of Civil Procedure concerning mediator-led mediation are in line with Directive 2008/52/EC. Accordingly, under Article 1833a of the Code of Civil Procedure, a mediator has the right to assist the parties in making agreement proposals and, at the request of a party, may also suggest ways to resolve the dispute, which are, however, non-binding for the parties. In this sense, a mediator remains a body striving for a voluntary amicable resolution of the dispute. He or she is an assistant in its resolution, not the arbitrator.

9. *Conclusioni.* – In conclusion of the above reflections, it must be noted that Directive 2014/26/EU was implemented in violation of the principle of independence and impartiality of the body re-

sponsible for the resolution of disputes by way of mediation, as well as in breach of the principle of mediation voluntariness. It seems that the national legislator interpreted Recital 49 of Directive 2014/26/EU, according to which the effectiveness of the Directive would be undermined if disputes between collective management organisations and other parties were not resolved quickly and efficiently, too literally. When providing for effective and impartial procedures for out-of-court resolution of disputes, the Polish legislature could have, in line with Recital 49 of Directive 2014/26/EU, used a different arrangement, namely arbitration proceedings. It, however, chose the institution of mediation. This choice should involve a provision for proper standards for such an institution. Polish arrangements are, however, a hybrid between mediation and arbitration, where the parties – if they fail to reach an agreement – may be in certain situations forced to make an agreement resulting from an arbitrary proposal of the “mediator”.

*Astratto: Mediazione in controversie in materia di diritto d'autore. Questioni relative all'attuazione della direttiva 2014/26/UE.*

Il testo tratta la questione dell'attuazione da parte del legislatore polacco della direttiva 2014/26 / UE, del 26 febbraio 2014, relativa alla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e alla concessione di licenze multiterritoriali relative ai diritti di opere musicali per l'uso online nel mercato interno. Il legislatore polacco ha recepito le disposizioni della presente direttiva sulla base della legge del 15 giugno 2018 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi. La presente legge è entrata in vigore il 19 luglio 2018. In conformità con le raccomandazioni della direttiva, questa legge introduce l'istituzione della mediazione nelle controversie relative alla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi. L'attuazione polacca della direttiva 2014/26/CE è avvenuta in violazione del principio di indipendenza e imparzialità dell'organismo designato per la risoluzione delle controversie attraverso la mediazione, nonché del principio delle procedure di mediazione volontaria. Le soluzioni polacche sono un ibrido di mediazione e arbitrato, in cui le parti – se non raggiungono un accordo – possono essere costrette a concludere un accordo in determinate situazioni a seguito di una proposta arbitraria di un “mediatore”, che è in conflitto con i principi di base della mediazione.



MARA FAEDDA\*

## LA MEDIAZIONE IN ITALIA E IN POLONIA

SOMMARIO: 1. L'introduzione in Polonia della mediazione civile e commerciale. - 2. Le tipologie di mediazione ai sensi della normativa polacca. - 3. Conclusioni: confronto tra Italia e Polonia.

1. *L'introduzione in Polonia della mediazione civile e commerciale.* – L'esigenza deflattiva del contenzioso, la necessità di garantire l'autonomia delle parti, la brevità del processo possono essere raggiunte in modo proficuo anche tramite il ricorso agli strumenti deflattivi del contenzioso, i quali si pongono in alternativa rispetto al processo di cognizione davanti al giudice ordinario. La mediazione senza dubbio è considerata la regina delle ADR, grazie alla sua flessibilità e alla sua capacità di offrire alle parti un alto livello di autonomia arrivando ad una soluzione personalizzata<sup>1</sup>. La mediazione, quale metodo alternativo delle risoluzioni delle controversie civili e commerciali, trova la sua disciplina anche in Polonia: essa ha cominciato ad acquisire rilevanza soltanto con l'approvazione, nel 2005, della modifica del Codice di Procedura Civile in seguito alla quale è stata inserita nel capitolo I, la sezione I, intitolata "Mediazione"<sup>2</sup>. La Polonia stava attraversando una situazione di profonda crisi giudiziaria e, in questo contesto, la riforma ha assunto un ruolo fondamentale sulla questione relativa all'eccessiva durata dei processi. Infatti, in numerose sentenze, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sottolineando la necessità di introdurre un procedimento extra giurisdizionale per richiedere il risarcimento del danno in caso di eccessiva durata del procedimento, ha condanna-

---

\* Dottoressa in giurisprudenza.

<sup>1</sup> Sulle origini della mediazione, tra i tanti, A. SOMMA, P.G. MONATERI, *Il modello di civil law, Sistemi Giuridici comparati*, Giappichelli, 2016.

<sup>2</sup> Si veda: Art. 183(1) - 183(15).

to lo stato polacco per il mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo (sancito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo). L'introduzione dell'istituto, all'interno dell'ordinamento, non ha tuttavia prodotto l'auspicata riduzione dei procedimenti giudiziari: in particolare, analogamente a quanto si è verificato in Italia e in altri Paesi dell'Unione Europea, la scarsa volontà dei magistrati di utilizzare il nuovo istituto giuridico è stata una delle principali cause dell'insuccesso dello stesso; a questo si è aggiunto l'ulteriore timore relativo alla qualità degli accordi stipulati con l'ausilio dei mediatori<sup>3</sup>.

Lo sviluppo dell'istituto in Polonia è avvenuto su due binari paralleli: da una parte, nel corso degli anni, le mediazioni extra-giudiziali tra le imprese hanno acquisito un'importanza sempre crescente mentre, dall'altra, era evidente il tentativo da parte degli stessi tribunali di utilizzare la mediazione per le cause in materia di diritto di famiglia e di diritto civile, in quanto la mediazione veniva sempre percepita come uno strumento utile allo snellimento del contenzioso e all'accelerazione del procedimento giudiziale. In realtà in quel periodo non si è registrato un progresso effettivo dell'utilizzo dell'istituto poiché il numero di accordi raggiunti mediante mediazione non ha superato l'1%.

È stato necessario introdurre una modifica volta a favorire l'utilizzo dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, avvenuta ad opera della legge del 10 settembre 2015: le modifiche al codice di procedura civile sono entrate in vigore il 1° gennaio 2016. Nonostante questa modifica, permanevano ancora numerosi problemi: il tribunale, per esempio, poteva rimettere la controversia alla cognizione di un organismo di mediazione una sola volta durante tutto il processo e soltanto entro la prima udienza fissata per la trattazione della causa; oppure, un altro ostacolo era costituito dal tempo limitato entro il quale doveva terminare il procedimento di mediazione, la cui durata era complessivamente di un mese; in ultima analisi, le spese di mediazione sostenute dalle parti non erano computate tra le spese processuali, facendo venir meno la possibilità di chiedere l'esenzione dal pagamento delle spese.

---

<sup>3</sup> M. BOBROWICZ, *Mediacja, Jestem za*, Warszawa 2008.

Oggi i suddetti problemi sono praticamente risolti, ma non esistono meccanismi sufficienti a garantire un'elevata qualità di servizi di mediazione. Una conseguenza è l'incapacità dei mediatori di adempiere agli obblighi di cui all'articolo 183(2) del Kodeks Postepowania Cywilnego. Questo contrasta con l'articolo 4 della Direttiva 2008/52/CE, il quale disciplinando la qualità della mediazione, prevede che *“Gli Stati membri incoraggiano in qualsiasi modo da essi ritenuto appropriato l'elaborazione di codici volontari di condotta da parte dei mediatori e delle organizzazioni che forniscono servizi di mediazione nonché l'ottemperanza ai medesimi, così come qualunque altro efficace meccanismo di controllo della qualità riguardante la fornitura di servizi di mediazione. Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti”*.

Gli Stati membri conservano una libertà, quasi illimitata, nella scelta delle misure normative e non hanno responsabilità organizzative o di controllo: si limitano appunto a sostenere la formazione dei mediatori. Molti paesi dell'Unione Europea, tra cui appunto la Polonia, non dispongono di meccanismi efficaci per controllare la qualità dei servizi di mediazione forniti. I mediatori non devono essere qualificati solo sulla base delle loro caratteristiche personali; la mediazione richiede che essi non solo siano aperti, ma anche in grado di stabilire contatti interpersonali, di conoscere le procedure e le tecniche di mediazione<sup>4</sup>. La scelta di un mediatore competente non è solo una questione di responsabilità nei confronti delle parti della controversia, ma anche nei confronti della giustizia perché una mediazione svolta in maniera competente che arrivi alla conclusione di un accordo soddisfa anche i tribunali<sup>5</sup>. La formazione dei mediatori in Polonia è affidata ad alcuni corsi a livello nazionale, alcuni presso

---

<sup>4</sup> E.F. HARTFIELD, *Qualifications and Training Standards for Mediators of Environmental and Public Policy Disputes*, Seton Hall Lagis. J. 1988.

<sup>5</sup> Vedi S. PIECKOWSKI, che ha espresso la sua posizione in questi termini : “Bisogna dire onestamente che la legge in materia non è soddisfacente. Nell'art. 183(1) non ci sono determinati criteri di ammissibilità che devono essere soddisfatti da un mediatore”. In *Mediacka w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 38.

le Università di Giurisprudenza, altri corsi invece sono dedicati agli avvocati. La direttiva del 2008/52/CE all'articolo 1 prevede che *"La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri"*. Come visto, anche per l'Italia, questo non ha impedito agli stati membri di estendere l'applicazione anche a controversie interne. Dal punto di vista polacco, le disposizioni del codice sulla mediazione sono sempre applicate sia in controversie nazionali che transfrontaliere.

2. *Le tipologie di mediazione ai sensi della normativa polacca.* – L'accesso alla mediazione è disciplinato all'interno della direttiva dagli articoli 3 e 5. La disciplina invece, dal punto di vista polacco, parte dall'articolo 10 del codice di procedura civile. Questo prevede che nelle cause in cui è possibile raggiungere un accordo tra le parti, il Tribunale tenta in ogni fase del procedimento di favorire il raggiungimento di un accordo, in particolare invitando le parti alla mediazione. Questa disposizione costituisce quindi una chiara indicazione per il tribunale cui esso deve attenersi per tutta la durata del processo. Nell'attuale stato giuridico la mediazione in Polonia non è obbligatoria, nonostante sia questa la forma di ADR che il legislatore sembra preferire come risulta anche dall'articolo 10 sopracitato. Incoraggiare le parti a giungere ad una composizione amichevole della crisi, senza però porre poi l'obbligo in capo alle stesse, risulta essere insufficiente, tenendo conto della poca conoscenza dell'istituto a livello statale. Solo alcuni giudici informano le parti della possibilità di ricorrere alla mediazione durante la prima udienza, alcune informazioni sono fornite dai tribunali tramite la divulgazione di opuscoli. Un aspetto collegato a questo è come i giudici vengono a conoscenza della mediazione: finché questa viene trasmessa ai giudici solo tramite convegni facoltativi, ai quali partecipa la maggior parte dei giudici già persuasi nell'utilizzo della mediazione, sarà difficile aspettarsi un forte au-

mento del ricorso all'istituto. Questo è una criticità che non riguarda esclusivamente la Polonia, ma molti altri stati membri dell'Unione. Una soluzione potrebbe consistere nell'introduzione di corsi obbligatori per avvocati, magistrati e studenti di materie giuridiche. Allo stesso tempo dovrebbe essere la stessa legge ad ordinare al tribunale di informare la parte sull'essenza della mediazione e sui vantaggi della risoluzione amichevole di una controversia dinanzi a un mediatore.

Un principio molto importante è il cosiddetto "principio di colpa": secondo tale principio è possibile imporre ad una delle parti l'obbligo di sostenere le spese insorte a causa dell'illegittimo rifiuto di tentare la mediazione. La disciplina mira a mobilitare le parti per il raggiungimento di un accordo. L'eventuale obbligo in capo ad una delle parti di rimborsare le spese sostenute dalla parte avversaria si limita unicamente a quelle spese processuali conseguenti al comportamento non corretto di una delle parti: ad esempio, gli onorari e i costi sostenuti dal mediatore, oppure i costi sostenuti da una delle parti per prendere parte all'incontro di mediazione, qualora la parte avversaria non si sia presentata. Il legislatore utilizza l'espressione costi "causati" dal comportamento colposo delle parti. Tuttavia, il tribunale non è obbligato ad applicare tale regola, poiché tiene conto dello svolgimento del processo nel suo insieme; in questo caso ha una discrezionalità piena.

In Polonia viene applicata la mediazione volontaria. Questa è in vigore da oltre una dozzina di anni: ciò significa che quando una delle parti del procedimento propone la mediazione il tribunale deve, prima di decidere sulla questione, chiedere alla controparte il suo parere. A maggior ragione, quando l'iniziativa arriva dal tribunale, il consenso di entrambe le parti è necessario: questo potrà essere espresso in modi e tempi diversi, in qualsiasi forma. Il legislatore ha ritenuto che i procedimenti di mediazione avviati senza il consenso delle parti non diano alcuna possibilità di successo e che rinviare le questioni alla mediazione senza il consenso preventivo di entrambe le parti sarebbe inefficace.

La seconda tipologia di mediazione presente in Polonia è la "Court referral or court -connected mediation". È stata introdotta nel codice di procedura civile con la legge del 28 luglio 2005.

Una delle opzioni per condurre questa mediazione è firmare un accordo di mediazione al di fuori delle aule di tribunale. Questo viene definito “contractual mediation”: si tratta di un metodo indipendente di risoluzione della controversia. Nonostante questo avvenga generalmente fuori dalle aule di tribunale, ci sono dei casi in cui vi è una connessione tra la “contractual mediation” e il procedimento giudiziario.

La terza tipologia utilizzata in Polonia è definita “Court ordered mediation”: in base all’articolo 10 del Codice di Procedura civile polacco, le controversie civili, in particolare di diritto familiare, lavoro e commerciale possono essere rimandate alla mediazione svolta dal giudice. Questo è possibile in tutti i casi in cui è permesso l’accordo tra le parti. L’iniziativa potrebbe partire dal giudice o dalle parti stesse. La legge polacca non ha previsto dei criteri di selezione dei casi che possono formare oggetto di questa tipologia di mediazione. Le parti possono sottoscrivere una mozione di mediazione in ogni momento durante il procedimento davanti alla corte.

La stipula dell’accordo<sup>6</sup> costituisce il momento finale del procedimento di mediazione. L’accordo può essere omologato dal Tribunale o può farne istanza una delle parti (in quest’ultimo caso, il tribunale, senza indugio, avvia la procedura di omologazione dell’accordo). L’accordo omologato ha lo stesso valore legale di una qualsiasi sentenza emessa da un giudice; se l’accordo è dotato di una clausola di esecutività, esso costituisce altresì titolo esecutivo. Ovviamente se questo viola, anche in parte la legge o sia contrario ai principi della convivenza sociale, sia poco chiaro o contraddittorio, non si procederà all’omologazione.

Il numero di cause civile iscritte a ruolo nei tribunali, le lungaggini processuali e le spese relative ai giudizi, ma anche una maggiore consapevolezza da parte dei cittadini dei propri diritti fanno sì che la scelta di un metodo alternativo di risoluzione delle controversie debba rappresentare un’alternativa reale e attraente rispetto alla giustizia ordinaria. Le modifiche apportate hanno avuto come scopo quello di avvicinare i cittadini all’istituto della mediazione, snellire le pratiche nei tribunali ed evitare il ri-

---

<sup>6</sup> M. PAZDAN, *Umowa o mediacj*, Ksiga pamitkowa ku czci Profesora Janusza Szwejki, PIPWI UJ 2005, Nr.88, s.262-263.

corso alla giurisdizione statale per tutte quelle controversie in cui sembra possibile raggiungere un accordo tra le parti mediante metodi alternativi di risoluzione. Un ampio catalogo di modifiche che spazia dallo snellimento della procedura processuale al rafforzamento della posizione del mediatore e, allo stesso tempo, all'inasprimento dei criteri per esercitare la funzione di mediatore, alla possibilità di rinviare le parti alla mediazione in ogni fase del procedimento giudiziale, all'allungamento del periodo della mediazione a tre mesi e infine l'introduzione di incentivi economici e fiscali, permette di sperare che la mediazione possa diventare sempre più popolare, affinché le parti possano disporre di un'alternativa più economica rispetto a quella offerta dai tribunali ordinari.

3. *Conclusioni: confronto tra Italia e Polonia.* – In Italia la mediazione è disciplinata dal decreto legislativo n.28/2010 al quale è stato affiancato poco più tardi il D.M n.180/2010, testo normativo finalizzato alla regolamentazione degli organismi che possono erogare il sistema di mediazione. Il legislatore italiano, a differenza di quello polacco, ha optato per un modello quadripartito di mediazione: obbligatoria, delegata dal giudice, volontaria e derivante da clausola contrattuale<sup>7</sup>. Il modello di mediazione volontaria<sup>8</sup>, sia nel sistema italiano che in quello polacco, presenta gli stessi vantaggi e svantaggi. Ha un approccio tipicamente dal basso verso l'alto (down-top), basato sui litiganti che spontaneamente accettano di risolvere la crisi in questo modo. I vantaggi sono chiari: quando le parti sono propense ad iniziare una mediazione è più probabile che lo strumento abbia successo. Lo svantaggio principale del modello è ovvio: entrambe le parti devono essere concordi e spesso, durante una controversia, una o entrambe, potrebbero non essere disposte a trovare una soluzione amichevole. Le dinamiche sociali in gioco non sono sicuramente favorevoli alla mediazione: quando si verifica

---

<sup>7</sup> Sul tema vd. T. GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano, 2010.

<sup>8</sup> C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Quaderni di conciliazione n. 1, Edizioni AV di Antonino Valveri, Cagliari, 2012.

una controversia i litiganti e i loro rispettivi avvocati si concentrano di più sull'aspetto litigioso e legale, non cogliendo l'opportunità di incontrarsi e discutere i pro e i contro di una mediazione. In Italia, è possibile attivare un sistema di questo tipo ogni qualvolta siamo in presenza di diritti disponibili.

Per mediazione obbligatoria, invece, si intende l'imposizione relativa all'obbligatorio esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. È una tipologia top down. I vantaggi che presenta a causa di una disinformazione non sono molteplici. Il termine obbligatorio ha sempre suscitato qualche opposizione: sembra contraddire il principio centrale della mediazione, ovvero la volontarietà. In questo contesto è estremamente importante ricordare che l'obbligo di partecipare ad una sessione di mediazione non è un obbligo di risolvere il caso. Il raggiungimento di un accordo è sempre su base volontaria. La mediazione obbligatoria ha creato non pochi problemi sul piano italiano, il tentativo obbligatorio è disciplinato dall'articolo 5 comma 1 bis del d.lgs. n. 28/2010, dove vengono specificate le materie: condominio, diritti reali, responsabilità medica e così via. Perché in queste materie l'Italia ha scelto l'obbligatorietà, e al contrario altri paesi, quale la Polonia, hanno optato su un sistema basato sulla volontarietà? Sicuramente al fine di ridurre il conflitto sociale in quelle controversie in cui il rapporto tra le parti è destinato a durare anche dopo la conclusione del procedimento, per scopi deflattivi, controversie che scaturiscono da contratti come quelli assicurativi bancari e finanziari che, essendo oggetto di una diffusione di massa costituiscono una parte rilevante del contenzioso giudiziario e, infine, sono controversie che ben si prestano ad essere risolte con la mediazione.

Se vogliamo fare un paragone, non possiamo parlare di un sistema migliore dell'altro: siamo in presenza di una differente declinazione in coerenza con la tradizione dei due Paesi. L'Italia ha dato un impulso forte, la Polonia si mantiene su un approccio più generale, volontario e un controllo della legalità affidato all'autorità giudiziaria. Non c'è un modo migliore per recepire la direttiva considerando ogni sistema appropriato in base alla cultura giuridica.

FRANCESCO USALA\*

## LA QUALITÀ DELLA MEDIAZIONE NEI PAESI BASSI

SOMMARIO: 1. La direttiva 2008/52/CE. - 2. Le principali scelte olandesi. - 3. La qualità della mediazione del Mediatorsfederatie Nederland (MfN).

1. *La direttiva 2008/52/CE.* – La direttiva 2008/52/CE “è stata una importante pietra miliare”<sup>1</sup> per lo sviluppo della mediazione negli Stati europei, motivata dalla recente esplosione di un elevato numero di nuovi diritti in capo ai cittadini, da quelli del consumatore, a quelli legati allo sviluppo delle telecomunicazioni, o ancora, quelli legati al più recente sviluppo delle tecnologie informatiche.

La direttiva è stata emanata dalla comunità europea col chiaro intento di favorire l’utilizzo e promuovere uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie che, tecnicamente parlando, assume il nome di “*Mediation*”<sup>2</sup>. La mediazione, che nel territorio comunitario non può comunque essere considerata una novità assoluta, essendo già positivamente disciplinata in molti Paesi comunitari prima della direttiva, è un procedimento strutturato su base volontaria, in cui le parti, con l’assistenza di un

---

\* Dottore in giurisprudenza.

<sup>1</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull’attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (la “direttiva sulla mediazione”) (2016/2066[INI]). Il riconoscimento esplicito della mediazione da parte del legislatore comunitario nel 2008 si è reso necessario perché, a fronte dell’emersione di nuovi diritti in capo ai cittadini, si è fatta sempre più pressante l’esigenza di introdurre metodi di composizione delle controversie alternativi rispetto al rito di cognizione ordinario. L’insieme di questi metodi alternativi è anche conosciuto, con espressione anglosassone come “*Alternative Dispute Resolution*”, ADR.

<sup>2</sup> E.M. APPIANO, *Contributo al dibattito sulla mediazione civile e commerciale*, in *contratto e impresa/europa 1-2001*, pp.104-133.

terzo, il mediatore, tentano di raggiungere un accordo per la risoluzione del conflitto<sup>3</sup>. Il legislatore comunitario propone una forma di giustizia alternativa, che non necessita di procedure rigide e complesse, ma rimessa alla volontà delle parti, e pertanto efficaci in quanto strutturate sulla base di un punto d'incontro dei loro convergenti interessi, in quanto sono loro stesse, col l'aiuto del mediatore, a risolvere la controversia mediante un accordo che, di fatto, sostituisce la decisione del giudice<sup>4</sup>.

La Comunità Europea, pertanto, definisce i requisiti minimi di legalità da attuare nei singoli Stati, al fine di garantire un livello minimo di protezione ed efficienza della mediazione a livello europeo, in modo che questo nuovo strumento possa consentire di risolvere efficacemente le controversie in maniera autonoma, evitando, per quanto possibile, di ricorrere alla giurisdizione ordinaria<sup>5</sup>. Nonostante la norma comunitaria abbia come finalità diretta la regolamentazione dei conflitti transfrontalieri, il Parlamento e il Consiglio dell'Unione Europea ritengono, comunque, che l'utilizzo delle disposizioni comunitarie sulla mediazione andrebbe incentivato anche per i procedimenti di mediazione interni<sup>6</sup>.

La direttiva definisce la mediazione nelle controversie transfrontaliere civili, commerciali e, non certo ultimo in ordine di

---

<sup>3</sup> Sul punto in oggetto, dalla lettura delle fonti, in particolare la "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo", datata 26 agosto 2016, va considerato che, già prima dell'adozione della direttiva 2008/52/CE, ben 15 paesi disponevano già di un sistema di mediazione completo. In questi paesi, spiega il documento, la fonte comunitaria non ha apportato significative modifiche alla disciplina interna preesistente. Non è tutto: infatti, se si considera che altri 9 Stati membri disponevano di normative frastagliate ed incomplete sulla mediazione, si deduce che il carattere di novità assoluta dell'istituto è tale solo per 4 paesi comunitari. Tuttavia, va anche considerato che in 9 paesi la disciplina dello strumento era frastagliata ed incompleta. Da queste rapide osservazioni, si evince che la direttiva ha comportato significative modifiche degli ordinamenti interni in 14 paesi, ovvero metà degli Stati comunitari.

<sup>4</sup> F. STEFFEK, *Mediation in the European Union: An introduction*, 2012, pp. 2 ss.

<sup>5</sup> C. ESPLUGUES, L. MARQUIS, *New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives*, 2015, pp. 11 ss.

<sup>6</sup> "Nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni", considerando 8, Direttiva 2008/52/CE.

importanza, anche in quella parte delle regolazioni giuridiche privatistiche identificabile con quella parte del diritto di famiglia attinente ai diritti disponibili. In particolare, l'Unione Europea conferisce espressamente carattere libero agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie rimessi alla volontà dei singoli Stati, determinandone, soltanto, un contenuto minimo in ottica transfrontaliera. D'altra parte, la stessa Unione ne amplia consapevolmente il raggio di azione, per una sua auspicabile diffusione anche nel diritto interno dello stesso Stato membro.

La mediazione viene definita nella direttiva, dall'art 1, lettera a), come "un procedimento strutturato dove due o più parti tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore". Il procedimento si potrebbe definire come un percorso volontario, intrapreso dalle parti volontariamente, in cui la comunicazione, agevolata dal mediatore<sup>7</sup>, assume un ruolo essenziale per la risoluzione condivisa del conflitto<sup>8</sup>. Il profilo riguardante il ricorso alla mediazione è liberamente declinabile, gli Stati membri potrebbero, quindi, discrezionalmente adottare nelle proprie legislazioni statali diverse modalità d'accesso, purché tale legislazione non impedisca alle parti il diritto di accedere alla tutela giurisdizionale. Il procedimento, in sede di recepimento, potrebbe essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da giudice o imposto dalla legge di uno Stato membro<sup>9</sup>.

La direttiva, pertanto, enuncia le caratteristiche principali dell'istituto, definendone l'ambito applicativo e i requisiti generali minimi di legalità per garantirne l'efficienza, che riguardano il profilo del ricorso alla mediazione, dell'esecutività dell'accordo

---

<sup>7</sup> Il mediatore, ai sensi dell'art. 3, lett. a), della direttiva 2008/52/CE, è il soggetto terzo che ha il compito di condurre la procedura di mediazione in modo efficace, imparziale e competente.

<sup>8</sup> N. TROCKER, *La direttiva CE/2008/52 in materia di mediazione: Una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, 2011, pp. 166 ss.

<sup>9</sup> M. MICELI, *La mediazione in materia civile e commerciale nella direttiva 2008/52/CE*, in *Europa e Diritto Privato*, III, 2009, pp. 855 ss; A. BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, 2011, pp. 61-62; M. MARINARI, *La mediazione nella prospettiva europea*, in *Riv. Questione e Giustizia*, I, /2015, pp. 855-894.

di mediazione, quello della riservatezza ed infine le questioni riguardanti gli istituti della prescrizione e della decadenza<sup>10</sup>.

Al momento di aderire alla direttiva, gli Stati membri sono quindi tenuti obbligatoriamente ad attuare alcuni requisiti minimi di legalità dell'istituto, indispensabili per un effettivo recepimento<sup>11</sup>. Ne consegue che, il legislatore europeo fissa uno statuto minimo<sup>12</sup> che dev'essere obbligatoriamente attuato in ogni singolo Stato, lasciando tuttavia, a questi ultimi, la possibilità di declinare la disciplina di dettaglio della mediazione secondo le formule più congeniali ai singoli paesi<sup>13</sup>.

Un altro aspetto che risulta di primaria importanza, delineato dal legislatore comunitario, in ottica di promozione e sviluppo della mediazione nel tessuto europeo, risulta essere quello della qualità<sup>14</sup>. Solo inseguendo standard di funzionamento di un certo livello, si potrebbe favorire, nel territorio dell'Unione, un utilizzo convinto di questo meccanismo extragiudiziale. Tuttavia, è abbastanza chiaro che, al fine di assicurare che il procedimento di mediazione funzioni in modo efficiente, con delle regole e principi minimi stabiliti da rispettare, è necessario, oltre che indispensabile, mettere nelle mani dei cittadini e dei professionisti agili strumenti alternativi di qualità con cui vengano risolte rapidamente ed in modo soddisfacente le controversie. Pertanto, un requisito cardine della disciplina, richiesto per l'effettiva attuazione e lasciato alla discrezione degli stati membri e dei centri di mediazione è individuato nella elevazione degli standard di qualità del procedimento di mediazione e nella professionalità del mediato-

---

<sup>10</sup> C. PILIA, *Quaderni di conciliazione*, n. 11, 2019, pp. 39-40.

<sup>11</sup> V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?* in E. Fazzalari, *Rivista dell'arbitrato*, 2013, pp. 2 ss.

<sup>12</sup> Il legislatore comunitario, anche per evitare quel fenomeno consistente nel dettare una regolazione troppo dettagliata che assimilerebbe, sul piano strutturale la direttiva ad un regolamento, detta delle linee guida vincolanti sulle principali aree di interesse dell'istituto, spetterà poi allo Stato membro trovare le soluzioni concrete più idonee per soddisfare, al suo interno, le richieste della normativa comunitaria.

<sup>13</sup> A. BRUNI, *La mediazione conviene. I vantaggi della conciliazione civile e commerciale. Tecniche e casistica*, 2011, pp. 61-62.

<sup>14</sup> M. LEATHES, *Mediation Quality and Information*, 2012, pp.1-6.

re. Più precisamente, la fonte sovranazionale dispone che gli Stati membri incoraggino i mediatori e le organizzazioni che forniscono tali servizi all'elaborazione di codici volontari di condotta e a regolare puntualmente la formazione iniziale e successiva del mediatore allo scopo di garantire che il procedimento di mediazione sia gestito in maniera efficace, imparziale, e competente<sup>15</sup>.

Pertanto, senza l'esistenza, a monte, di un convincimento diffuso tra i cittadini di tali Stati aderenti, clienti e professionisti, potenziali utilizzatori, di avere a disposizione un'alternativa di qualità rispetto a quella tradizionale di tipo giurisdizionale, sarebbe difficile aspettarsi che questi utilizzino volentieri il nuovo strumento. Gli stati membri, per la adeguata attuazione della direttiva comunitaria<sup>16</sup>, dovrebbero, non solo definire e regolare il procedimento rendendolo conforme ai requisiti di legalità, ma, soprattutto, incentivare gli organismi di mediazione di dotarsi e di sviluppare codici di condotta per innalzare il livello di qualità dei centri di mediazione, dei mediatori e conseguentemente delle procedure. Oltre che, assicurare una adeguata formazione sia iniziale che successiva del mediatore, tale da garantire un approccio adeguato, professionale, ed efficiente caso per caso, nell'espletamento dell'incarico, ovvero quello di ricongiungere bonariamente le volontà delle parti ai fini del raggiungimento dell'accordo che ponga fine alla lite.

2. *Le principali scelte olandesi.* – Nei Paesi Bassi, già da molti secoli, esistono dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie che sono nati e si sono nel tempo sviluppati in maniera spontanea. In particolare, la mediazione<sup>17</sup> esisteva già da tempi remoti, anche se con nomi diversi quali: “*Bemiddeling*”, “*verzoening*”, “*conciliatie*” o “*comparitie*”, ed era affidata a persone, magari non

---

<sup>15</sup> Art. 4, Direttiva 2008/52/CE.

<sup>16</sup> La direttiva, al fine di perseguire detto obiettivo qualitativo, traccia due vie da seguire. La prima riguarda la formazione dei mediatori, che non deve essere solo iniziale, ma anche successiva. La seconda si focalizza nello stabilire criteri atti a consentire un controllo sulla qualità del servizio erogato dai mediatori. E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa/europa*, 1-2009, pp. 84 ss.

<sup>17</sup> Sulla mediazione nei Paesi Bassi, tra i tanti, si segnala: T.M. Kools, *Alternative Dispute Resolution in the Netherlands*, in *International Business Law*,

dotate di particolare cultura, ma semplicemente di buon senso. Questi metodi di risoluzione delle controversie erano comunemente praticati da parte di giudici, sindaci, o ancora altri funzionari, con la loro intuizione, esperienza di vita, o di mera autorità<sup>18</sup>. Si trattava, sostanzialmente, di una mediazione volontaria affidata al buon senso del mediatore.

I Paesi Bassi, nonostante avessero una buona tradizione legata all'utilizzo di tecniche di risoluzione extragiudiziale, hanno recepito la direttiva 2008/52/CE con un certo ritardo, mediante

---

2012, pp. 19 ss.; T. JONGBLOED, *Mediation: een (on)geoorloofd duwtje in de rug?*, in *Ars Aequi*, 2012, pp. 434 ss.; T. JONGBLOED, *Mediation, een wettelijke regeling binnen handbereik?* In *Demediator: van procesbegeleider naar inhoudsdeskundige*, a cura di G.Frerks, T. Jongbloed, M. Uitslag, 2014, 89 ss.; S. BOL, *Mediation en Internet, Analyse van juridische regel en noodzakelijke waarborgen voor mediation op internet*, 2007, pp. 52 ss.; R.J. M. VOGELS, P.T. VAN DER ZEIJDEN, *De stand van mediation in Nederland*, 2010, pp. 12 ss.; R. VOS, *Mediation en arbitrage in belastingzaken*, 2017, pp. 129 ss.; R. HERMANS, M. DE BOER, *Netherlands*, in *The dispute resolution review*, a cura di R. Clark, pp. 567 ss.; P. ALBERS, *The Netherlands*, in *EU Mediation Law and Practice*, a cura di G. De Palo, M.B. Trevor, 2012, pp. 361 ss.; M.D. VREUGDENHIL, *Mediation in the praktijk*, 2005, pp. 7 ss.; M.A. SCHONEWILLE, *Toolkit mediation, Resultaat bereiken als manager mediator en onderhandelaar*, 2012, pp. 27-56; M. SCHONEWILLE, F. SCHONEWILLE, *The variegated landscape of mediation regulation, A comparative study of mediation regulation and practices in Europe and the world*, 2014, pp. 280-293; M. LEATHES, *Mediation Quality and Information, Implementing the Neglected Articles of the EU Mediation Directive*, 2012, pp. 1 ss.; L. SCHMIEDEL, *Mediation in the Netherlands: between State Promotion and Private Regulation*, in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, a cura di K.J. Hopt, F. Steffek, 2018, pp. 699 ss.; K.J. DE GRAAF, H.D. TOLSMAN, *A legal status for mediation in general administrative law in the Netherlands?* In *Environmental Mediation: An International Survey*, a cura di C. Choquette, V. Fraser, 2017, pp. 48 ss.; K. VAN KALSBEK, J. KASTELEIN, *Wettelijke verankering van mediation?*, 2012, pp. 2 ss.; J. PEL, *Arbeidsrecht en mediation, Derol van mediation in de arbeidsrechtpraktijk*, 2007, pp. 13 ss.; H. PREIN, *Mediation in praktijk, Beroepsvaardigheden en interventietechnieken*, 2015, pp. 16 ss.; H. PREIN, *Beroepsvaardigheden en interventietechnieken van de mediator*, 2014, pp. 25 ss.; E.J.M. VAN BEUKERING-ROSMULLER, P.C. VAN SCHELVEN, *De implementatie van de Europese mediationrichtlijn in het nederlandse recht, juridische gevolgen en betekenis voor de commerciële praktijk*, 2013, pp. 24 ss.; E. SCHUTTE, J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten*, in *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, pp. 315 ss.; A. DE ROO AND R. JAGTENBERG, *Mediation on trial: Dutch court judgments on mediation*, 2017, pp. 30 ss.

<sup>18</sup> A. DE ROO AND R. JAGTENBERG, *Mediation in the netherlands: past - present - future*, 2002, p. 2.

la legge 570/2012<sup>19</sup>. Tale ritardo, dovrebbe essere dovuto al fatto che, vi sia stata una notevole indecisione iniziale se rendere questi strumenti regolamentati da una legge, non solamente in ambito transfrontaliero, ma anche in ambito interno o se lasciarli liberamente sviluppabili all'interno della società senza delle regole rigide e imposte dall'alto. La legge di attuazione olandese ha un ambito di applicazione più ristretto rispetto al d.lgs. 28/2010 italiano, in quanto essa è volta a regolare solo le controversie civili transfrontaliere. Infatti, allo stato attuale, l'ambito di applicazione della legge di recepimento della direttiva<sup>20</sup> è limitato alle sole controversie transfrontaliere civili e commerciali. Ovvero, solo alle liti tra cittadini che risiedono o hanno il domicilio in Stati membri diversi nel momento in cui le parti accettano di utilizzare la mediazione, che può avvenire o dopo che è sorta la controversia o in seguito ad una proposta formulata dal giudice in tribunale<sup>21</sup>. Ad oggi, la mediazione dei Paesi Bassi ha ancora un carattere volontario, in quanto o sono le parti che decidono di farvi liberamente ricorso oppure è il giudice ad invitarle a rivolgersi a un organismo siffatto per tentare di risolvere la controversia<sup>22</sup>. In questo quadro generale, anche gli

---

<sup>19</sup> *Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken)*, *Staatsblad* 2012, 570. La legge di attuazione è entrata in vigore il 21 novembre del 2012.

<sup>20</sup> Artikel 1, *Wet van 15 november 2012 tot implementatie van de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken)*.

<sup>21</sup> Secondo il sistema giudiziario dei Paesi Bassi, tutti i tribunali di primo grado e le Corti di Appello sono competenti ad inviare le cause in mediazione. Questo significa che esiste un sistema che garantisce l'invito del giudice a tentare la mediazione relativamente alle cause che ne sono adatte. Di conseguenza, esiste un potere discrezionale in capo al giudice, in forza del quale, egli può, in ogni stato e grado del processo, tanto invitare le parti a presentarla quanto prospettare loro la possibilità di ricorrervi, al fine della buona risoluzione del conflitto. Tuttavia, le parti trattandosi di procedimento esclusivamente volontario, non sono obbligate ad esperirla. Costoro su invito del giudice, potrebbero anche decidere di tentare questa via ed ottenere, in questo modo, il risultato di risolvere la controversia.

<sup>22</sup> R. Vos, *Mediation en arbitrage in belastingzaken*, 2012, pp. 129 ss.

avvocati delle parti devono essere consapevoli del fatto che, se ricorrono in giudizio per la risoluzione di una controversia, i giudici potrebbero discrezionalmente invocare la mediazione come opzione risolutiva da poter prendere, eventualmente, in considerazione. Questo significa, molto semplicemente, la sussistenza, a monte, sia di un preciso dovere degli avvocati di conoscenza di tutti i meccanismi procedurali dell'istituto, sia la circostanza che questi sappiano preventivamente di questa intenzione del giudice, in modo da discutere coi loro clienti sul potenziale utilizzo della stessa al fine di non essere colti di sorpresa in tribunale<sup>23</sup>.

Le parti, nella loro autonomia contrattuale, potrebbero anche accedervi inserendo nel contratto una clausola di mediazione ancora prima ancora che sorga una controversia o anche dopo che si è verificato un conflitto tra le parti. Non esiste una regolamentazione statutaria relativa alle clausole di mediazione; tuttavia, le organizzazioni che somministrano questo servizio, offrono alle parti delle clausole standard da inserire eventualmente nei contratti<sup>24</sup>.

Si ritiene che queste clausole e gli specifici accordi di mediazione, stipulati dopo il sorgere del conflitto, non siano legalmente vincolanti<sup>25</sup>; pertanto, in questi casi, in perfetta armonia con il carattere volontario del rimedio di composizione della lite di tipo procedimentale, una delle parti potrebbe anche decidere di rivolgersi direttamente al tribunale, senza prima tentare di avvalersi di questa strada<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> A. DE ROO, *A Case for Reverse Incorporation of Academic Legal Scholarship into Conflict Management Studies*, 2015, p. 89.

<sup>24</sup> L. SCHMIEDEL, *Mediation in the Netherlands: between State Promotion and Private Regulation*, in *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, K.J. Hopt, F. Steffek, 2018, p. 726.

<sup>25</sup> Le clausole di mediazione contenute in un contratto, attualmente, non hanno molta forza giuridica, così come gli accordi di mediazione specifici stipulati dopo il sorgere del conflitto. In entrambi i casi, una delle parti può comunque decidere di rivolgersi al tribunale, anche senza prima tentare la mediazione. La magistratura olandese interpreta attualmente l'accordo di mediazione come un contratto che può essere risolto in qualsiasi momento e per qualsiasi motivo dalle parti coinvolte. A. VAN HOREK, *Mediation in cross-border family matters: the Dutch experience*, 2014, pp. 74-75.

<sup>26</sup> Secondo E.J.M. VAN BEUKERING-ROSMULLER, si presume che, in base all'ultima proposta legislativa, una clausola di mediazione contrattuale avrà un effetto giu-

La legge n. 570 del 2012, si è limitata alla mera trasposizione del contenuto minimo richiesto dall'Unione Europea, adottando i principali requisiti richiesti in tema di esecutività, riservatezza, prescrizione e decadenza, solo in ambito transfrontaliero. Questo intervento è stato la prima legge olandese in assoluto a disciplinare la mediazione, risultando ancora pendenti altri tre disegni di legge più incisivi e di più ampia operatività<sup>27</sup>.

Più precisamente, la proposta di legge sulla mediazione presentata il 26 maggio 2013 è composta da ben tre leggi diverse: la prima mira a regolamentare puntualmente la professione del mediatore, la seconda riguarda la promozione e la regolamentazione della mediazione nel diritto civile e la terza riguarda una sua regolamentazione anche nel campo del diritto amministrativo<sup>28</sup>.

Attraverso il disegno di legge<sup>29</sup> non ancora approvato, si vuole introdurre la figura del "*beedigde mediator*", un mediatore "iscritto" presso il registro governativo che soddisfa determinati requisiti di professionalità e inoltre si propone di estendere per la mediazione interna, a condizione che il procedimento venga condotto da un mediatore registrato, quei principi<sup>30</sup> che attualmente sono stabiliti per le sole controversie transfrontaliere<sup>31</sup>.

Questo articolato progetto di legge è di particolare interesse perché include, tra gli altri incentivi di mediazione, un elenco di materie per le quali questo congegno potrebbe anche diventare obbligatorio. Nei Paesi Bassi il progetto di legge olandese è

---

ridico più forte. E.J.M. VAN BEUKERING-ROSMULLER, *De Juridische afdwingbaarheid van een mediationclausule*, 2017, p. 7.

<sup>27</sup> Tali progetti sono volti a disciplinare, anche in ambito interno, a livello di fonte primaria, tre aspetti distinti: uno la figura del mediatore in modo puntuale, un altro si occupa di regolare la procedura di mediazione nel campo del diritto civile, l'ultimo di disciplinare la mediazione anche nel diritto amministrativo.

<sup>28</sup> I documenti parlamentari: *Kamerstuk 33722 Wet registermediator*, *Kamerstuk, 33723 Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht* e *Kamerstuk, 33727 Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht*.

<sup>29</sup> *Kamerstuk 33722 Wet registermediator*

<sup>30</sup> I principi relativi alla riservatezza, alla interruzione del termine di prescrizione, alla esecutività dell'accordo di mediazione.

<sup>31</sup> L. CHARLIER, *Mediation in letselschade blijft ten onrechte achter*, 2018, p. 19.

stato modellato, sull'esempio italiano, ovvero sul decreto legislativo 28/2010, articolo 5 comma 1 bis, che individua una serie di controversie soggette a mediazione obbligatoria<sup>32</sup>.

Il disegno di legge civilistico, giacente ormai da molto tempo nell'Alta Camera olandese, vorrebbe, quindi, introdurre l'obbligatorietà della mediazione per una serie di materie<sup>33</sup>, prendendo come modello l'art. 5 comma 1 bis del d.lgs. 28/2010. Ma tuttavia, il profilo dell'obbligatorietà, secondo la dottrina olandese, mal si concilia con le tradizioni, con i costumi, con gli usi e con la cultura giuridica olandese. Tuttavia, al momento si è ancora nell'ambito degli intenti in quanto la disposizione sull'obbligatorietà non è ancora uscita dalla fase progettuale, di conseguenza, sino a quando non verrà modificato il codice di procedura civile, le parti potranno continuare a ricorrere alla mediazione solo per via di loro libere determinazioni.

In merito all'obbligatorietà, va sottolineato che, non tutte le opinioni sono concordi: secondo alcuni autori, consultati per contribuire ad emendare la proposta di legge, il disegno del legislatore non dovrebbe essere rivolto a rendere la mediazione obbligatoria o a disciplinarne puntualmente le modalità di svolgimento. Più semplicemente, l'obiettivo dovrebbe essere indirizzato ad incoraggiarne il ricorso e lo sviluppo. In sostanza, taluni ritengono che il punto di partenza è e deve rimanere il fatto

---

<sup>32</sup> A. DE ROO, *A Case for Reverse Incorporation of Academic Legal Scholarship into Conflict Management Studies*, 2015, pp. 91-92.

<sup>33</sup> Scendendo più nel particolare, nella proposta di legge sulla promozione della mediazione in diritto civile, si medita di rendere la mediazione obbligatoria in un elevato numero di fattispecie: le controversie derivanti o correlate ad un accordo tra coniugi, partner registrati, conviventi, azionisti, amministratori, società di persone, direttori e società, azionisti e società, soci, partner in una comunità, mutuo ipotecario o pignoratorio, beneficiari immobiliari, proprietari e vicini, creditore e debitore, venditore e compratore, prestatore e mutuatario, donatore e beneficiario, proprietario e locatario, locatore e conduttore, committente e contraente. Ed ancora: parti di un accordo di viaggio, datore di lavoro e dipendente, contraente e principale, garante e creditore, parti di un accordo transattivo, assicuratore e contraente, parti di un accordo derivante dal prestito di denaro, da un accordo di trasporto o sulla proprietà intellettuale, tra una persona fisica e una persona giuridica, tra governo e controversie civili derivanti o connesse a un contratto di prestazioni in corso.

che, nella pratica giuridica, deve continuare a sussistere il più elevato potere discrezionale di avvalersene in capo alle parti e dovrebbero continuare a non esserci, come nella realtà giuridica attuale dei Paesi Bassi, regole imposte dall'alto. Tutt'al più, ci si dovrebbe attivare anche normativamente pensando ad introdurre nuovi strumenti che ne incoraggino l'utilizzo<sup>34</sup>.

Il disegno di legge<sup>35</sup>, inoltre, vuole introdurre un registro dei mediatori statale, in cui registrare tutti coloro che soddisfano i requisiti specifici in materia di qualità e imparzialità<sup>36</sup>. Se questa mozione divenisse diritto vigente, consentirebbe ai cittadini di scegliere un mediatore qualificato dal registro statale sulla base delle loro reali esigenze. Inoltre, la proposta prevede che qualsiasi tribunale competente a trattare cause le civili possa, in qualsiasi momento del procedimento, rinviare le parti a un professionista registrato<sup>37</sup>.

Si tratterebbe di un'innovazione essenziale per mettere ordine in un settore al momento caotico, tanto che, in questo momento storico, chiunque, nei Paesi Bassi può definirsi un "mediatore". Invece, con l'introduzione del mediatore ufficiale del "registro" sarebbe finalmente possibile definire quali mediatori soddisfino determinati requisiti di qualità e li si potrà iscrivere, come ulteriore forma di garanzia, in un registro controllato dal Ministro della Sicurezza e della Giustizia.

Tuttavia, tutti anche dopo l'eventuale introduzione del registro statale avranno sempre la possibilità, nella loro autonomia contrattuale di continuare a risolvere le controversie affidandosi a mediatori non registrati, anche se non dotati di specifica istruzione. Di conseguenza, anche se il disegno di legge diventerà

---

<sup>34</sup> T. JONGBLOED, *Wetsvoorstel mediation: de laatste ronde?*, in *Macht en mediation*, 2016, pp. 99 ss.

<sup>35</sup> Il disegno di legge n. 33733, detto anche "*Register Mediator Act*", vuole garantire ai cittadini dei Paesi Bassi la possibilità di poter scegliere per la risoluzione delle controversie, attraverso il suddetto registro, mediatori che soddisfano determinati requisiti di formazione e di professionalità.

<sup>36</sup> P. ALBERS, *The Netherlands*, in *EU Mediation Law and Practice*, G. De Palo, M.B. Trevor, 2012, p. 371.

<sup>37</sup> C. CHOQUETTE, V. FRASER, *Environmental Mediation: An International Survey*, 2017, p. 46.

operativo, nei Paesi Bassi ci sarà una contemporanea convivenza di mediatori registrati e mediatori non registrati.

3. *La qualità della mediazione del Mediatorsfederatie Nederland (MfN)*. – La mediazione nei Paesi Bassi, pur non essendo ancora regolata a livello di fonte primaria per le controversie tra cittadini olandesi, è comunque incentivata grazie al supporto della federazione dei mediatori nazionali olandesi, il Mediatorsfederatie Nederland (MfN).

Per promuovere questa tecnica stragiudiziale con successo, è importante che i cittadini siano in grado di fidarsi del fatto che il mediatore soddisfi i requisiti oggettivabili di qualità e di professionalità. La fiducia in questo soggetto promuove l'aspettativa nella diffusione dello strumento, come valida ed affidabile soluzione di una controversia. Non si può nascondere il fatto che, solo se il mediatore gode di credito presso le parti, queste accetteranno più facilmente l'esito del procedimento e saranno indotte al rispetto spontaneo degli accordi presi in tale contesto.

In particolare, i Paesi Bassi hanno avvertito l'esigenza, anche prima delle disposizioni della direttiva, di creare e di introdurre una mediazione più professionale. Infatti, ben prima del recepimento della direttiva comunitaria sono nate le federazioni olandesi di mediazione, in quanto i mediatori hanno sentito la necessità di associarsi al fine di offrire un servizio più professionale. Nel 1995 è nato il Nederlands Mediation Instituut (NMI) che successivamente nel 2014 è stato sostituito dal Mediators Federation Netherlands (MFN).

L'MFN rappresenta la più grande federazione delle associazioni di mediazione olandesi<sup>38</sup>. Questo si pone l'obiettivo di sviluppare ulteriormente la professione del mediatore, di fornire le informazioni al pubblico, di elaborare i codici di condotta e di

---

<sup>38</sup> La federazione MFN è composta dalle grandi associazioni nazionali dei mediatori: la Dutch Mediators Association (NMv), l'Istituto olandese di psicologi, sezione mediazione (NIP), l'Associazione degli avvocati divorzisti (vFAS), gli avvocati dell'associazione olandese di mediazione (NVVMA), l'associazione dei mediatori nella professione notarile (VMN), l'associazione dei mediatori con il governo (VMO).

sviluppare propri regolamenti per innalzare la qualità del procedimento di mediazione. Il compito principale intrapreso dall'MFN è proprio quello di sviluppare regole e modelli che possono essere utilizzati da tutti i mediatori. Questa professione ha bisogno di una struttura affidabile all'interno della quale poterla esercitare. La fiducia del potenziale utente aumenterà man mano che la professione diventerà di maggior livello qualitativo. Il corredo di regolamenti adeguati, norme di condotta, reclami e diritto disciplinare e corsi di formazione riconosciuti fa parte di questa ulteriore professionalizzazione del ruolo<sup>39</sup>.

Nei Paesi Bassi, la qualità sta crescendo, infatti se è vero che le scelte legislative lasciano pensare che anche in futuro tutti potranno fare il mediatore, anche senza alcun accreditamento, si osserva, però, che molti mediatori e i loro clienti si stanno avvalendo, in misura sempre maggiore, della struttura di mediazione e degli standard di qualità offerta dall'organismo MFN<sup>40</sup>.

L'MFN dispone di un proprio registro di mediatori professionali riconosciuti dal mercato e dalla magistratura come soggetti dotati di soddisfacenti requisiti di qualità<sup>41</sup>. Solo coloro i quali hanno seguito un corso di formazione sufficientemente qualificato, che hanno sostenuto un esame scritto e che si sottopongono ad un sistema di formazione permanente (PE) possono iscriversi all'MFN-*register* e chiamarsi "mediatori registrati dell'MFN".

Ogni mediatore iscritto deve condurre la sua attività conformemente alle regole di mediazione e al codice di condotta

---

<sup>39</sup> H. PREIN, *Mediation in praktijk, Beroepsvaardigheden en interventietechnieken*, 2015, pp. 17 ss.

<sup>40</sup> L. SLOOTS, *Organisatie en professionalisering*, in *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, pp. 346-348.

<sup>41</sup> La qualifica di mediatore certificato MFN contribuisce al fatto che tale persona fisica sia dotata di tutti i requisiti di qualità oggettivi e che questi siano trasparenti. L'accezione di trasparenza va intesa a 360 gradi, con particolare riferimento all'agevole disponibilità di queste informazioni in Rete: questo significa che la qualità e la certificazione di mediatore MFN deve essere facilmente verificabile attraverso la consultazione del sito web della federazione. Allo stesso tempo, risulta anche abbastanza intuitivo che, essendo i mediatori aventi l'accREDITAMENTO MFN una sorta di garanzia di eccellenza professionale, il mantenimento della registrazione e della certificazione MFN, è condizionato alla frequentazione regolare di corsi di formazione.

MFN<sup>42</sup>. Il codice di condotta disciplina i principi etici ai quali devono attenersi i mediatori iscritti, ovvero l'imparzialità, l'indipendenza, le modalità di nomina e la riservatezza<sup>43</sup>. L'MFN ha anche elaborato un modello di accordo di mediazione che risulta essere facilmente reperibile nel proprio sito web<sup>44</sup>.

All'inizio della procedura, le parti e il mediatore concludono un accordo di mediazione in cui sono stabiliti i termini e le condizioni che si applicheranno a questa, mediante il quale costoro affidano la gestione della procedura al mediatore MFN, con la conseguente applicazione delle "MFN-rules". L'accordo di mediazione contiene spesso intese sulla riservatezza. Le regole di mediazione e il modulo standard utilizzato dal *Mediatorsfederatie Nederland* (MFN) per un accordo prevedono in ogni caso che le parti convengano che le informazioni fornite da uno dei partecipanti durante la mediazione (sia oralmente che per iscritto) non saranno trasmesse a terzi, nemmeno in un successivo procedimento giudiziario, qualora la mediazione si concluda senza un accordo<sup>45</sup>.

Il mediatore MFN, inoltre, diversamente rispetto al modello italiano, è soggetto ad una particolare forma di reclamo nei casi in cui la parte non si ritenga soddisfatta del suo operato<sup>46</sup>. In par-

---

<sup>42</sup> Il codice di condotta per il mediatore MFN, "*Code of Conduct for MfN-registered mediators*", stabilisce puntualmente i principi fondamentali che deve soddisfare il mediatore, compresi quelli relativi all'indipendenza, alla riservatezza e all'imparzialità. I mediatori registrati nel registro MFN sono vincolati da queste regole di condotta. Le regole di condotta costituiscono una parte essenziale della professionalità e dell'integrità del mediatore e sono anche il punto di riferimento per i procedimenti disciplinari dei mediatori.

<sup>43</sup> D. EVERS, *Bemiddeling: meer dan een hype?*, 2016, pp. 25 ss.

<sup>44</sup> <https://mfregister.nl/login-registermediator/condities/>.

<sup>45</sup> H. PREIN, *Mediation in praktijk, Beroepsvaardigheden en interventietechnieken*, 2015, pp. 17 ss.

<sup>46</sup> Art.10-Disciplinary procedure, *Code of Conduct for MfN-registered mediators (MfN- registermediator*. Il mediatore è soggetto al procedimento disciplinare in conformità con le regole della "*Stichting Tuchtrechtspraak Mediators*". Tutti i mediatori che sono registrati nel registro MFN all'inizio della procedura di mediazione, sono soggetti a questo procedimento disciplinare. Più precisamente, la parte potrà presentare un reclamo solo se la procedura è terminata e se il reclamo riguarda la figura e i comportamenti del solo me-

ticolare, nei casi in cui egli non rispetti le regole di mediazione o quelle di condotta, la parte insoddisfatta potrebbe, dopo aver fatto conoscere l'insoddisfazione direttamente al mediatore, e dopo che non sia riuscita a trovare una soluzione con lo stesso, presentare reclamo scritto alla *Stichting Kwaliteit Mediators*<sup>47</sup>. Questo organismo di controllo non prenderà una decisione in solitudine ma assisterà la parte e il mediatore nella ricerca di una soluzione condivisa<sup>48</sup>. L'SKM è un organismo che controlla e gestisce il registro MFN, in particolare si occupa della registrazione e cancellazione dei mediatori, dell'attività di educazione permanente e del controllo disciplinare.

La formazione dei mediatori è un elemento di notevole spessore che viene considerato come imprescindibile per l'iscrizione dei mediatori presso il registro MFN.

La selezione è piuttosto rigida: i mediatori, per potersi iscrivere nel registro, devono innanzitutto aver frequentato un corso di for-

---

diatore e non l'altra parte o una questione inerente il conflitto tra le parti. Non appena L'SKM riceve la lettera di reclamo, il coordinatore dei reclami SKM verifica innanzitutto se questo può essere trattato, quindi se è stato svolto il procedimento di mediazione, se si tratta di un mediatore del registro MFN e se il reclamo è stato presentato in conformità con l'articolo 3.2 della procedura di reclamo entro dodici mesi dal completamento della mediazione. Se tutte queste condizioni sono soddisfatte, il coordinatore dei reclami nomina un gestore della procedura, un esperto neutrale ed esterno con un ampio orientamento ed esperienza nel mondo della mediazione. Il professionista contatta sia la parte che il mediatore per discutere di questo. Il gestore della procedura non prende una decisione da solo, ma assiste la parte e il mediatore nella ricerca di una soluzione. Se si trova una soluzione condivisa, il reclamo cessa di esistere e il gestore della procedura informerà l'SKM. Se però questa non viene raggiunta è possibile, per le parti, scegliere se rassegnarsi o presentare il reclamo alla *Stichting Tuchrechtspraak Mediators (STM)*.

<sup>47</sup> La SKM, *Quality Mediators Foundation*, è un organismo che controlla e gestisce il registro MFN. I compiti più importanti della *Quality Mediators Foundation* sono: la gestione dei registri e l'implementazione del sistema di qualità. In particolare, si occupa: della Registrazione e cancellazione dei mediatori del registro MFN; della attività di educazione permanente (PE); delle condizioni in base al quale viene utilizzato il mediatore del registro MFN; ed esercita un'attività di controllo disciplinare. In *Mediatorsfederatie Nederland*, disponibile all'indirizzo <https://mfregister.nl/over-skm-mfn/>.

<sup>48</sup> E. SCHUTTE, J. SPIERDIJK, *Juridische aspecten*, in *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, p. 322.

mazione presso centri qualificati, e devono aver superato nei due anni successivi sia un test teorico scritto che una prova consistente in una simulazione di mediazione<sup>49</sup>. Entrambe le prove sono gestite da un istituto terzo denominato “Intop exames mediator”<sup>50</sup>. Inoltre, i mediatori per mantenere la propria iscrizione dovranno necessariamente ampliare le proprie conoscenze<sup>51</sup>. Ogni tre anni, infatti, il mediatore dovrà ottenere almeno 48 crediti di educazione permanente<sup>52</sup>. Questi potranno essere conseguiti attraverso delle attività formative di vario tipo riconosciute dall’MFN: corsi di aggiornamento, partecipazione a congressi, seminari, pubblicazioni, contributi allo sviluppo professionale e tante altre attività di formazione. Il controllo dei mediatori del registro MFN è effettuato sia dallo stesso MFN che dal SKM.

L’MFN utilizza vari strumenti per stimolare l’utilizzo del procedimento extragiudiziale, tra cui pubblicazioni sui media, il mantenimento di contatti con individui e organizzazioni (governo, imprese e organizzazioni senza scopo di lucro) e il sostegno a progetti di mediazione (governo, imprese e organizzazioni senza scopo di lucro). Anche fornire informazioni e documentazione al pubblico e alle altre parti interessate è un chiaro com-

---

<sup>49</sup> L. SLOOTS, *Organisatie en professionalisering*, in *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, pp. 346-348.

<sup>50</sup> <https://www.mediationtoets.nl/>

<sup>51</sup> L’obbligo di aggiornamento è puntuale: è previsto dal MFN che costoro nei tre anni successivi devono: condurre almeno nove mediazioni (con almeno un minimo di 36 ore di contatto con le parti), aver completato almeno due mediazioni (minimo 8 ore di contatto), almeno tre delle nove devono essere concluse con un accordo scritto e devono accumulare almeno 48 crediti PE di educazione permanente.

<sup>52</sup> I mediatori del registro *Mediatorsfederatie Nederland* sono vincolati dalle norme PE del regolamento SKM per l’istruzione permanente (PE sta per formazione continua), il cui scopo è fare in modo che questi mantengano e amplino le proprie conoscenze e competenze, quello di monitorare gli sviluppi nel settore e contribuire alla crescita della fiducia generalizzata nel rimedio alternativo. Ogni tre anni, il mediatore MFN deve ottenere almeno 48 punti PE che possono essere ottenuti attraverso delle attività che sono riconosciute come PE dall’SKM (nel regolamento sono stabiliti i vari punti che i mediatori conseguono frequentando corsi di aggiornamento, congressi, seminari, pubblicazioni, supervisioni, co-mediazioni, contributi allo sviluppo professionale e altre attività).

pito che viene assolto, in misura principale, attraverso il sito web di MFN<sup>53</sup>. Il sito contiene informazioni generali sugli aspetti generali della mediazione, precisamente su corsi di formazione, regolamenti e modelli, letteratura, contemplando anche una utilissima banca di giurisprudenza con sentenze legali, accordi di conciliazione che interessano la mediazione e dossier speciali aventi ad oggetto anche la legislazione sulla mediazione<sup>54</sup>. Come si può osservare, il mondo delle mediazioni olandesi, soprattutto quelle del circuito MFN, cerca di fare tutto il possibile per garantire la trasparenza.

Concludendo, si può evidenziare che nonostante vi siano dei disegni di legge volti a regolare la mediazione, anche in ambito interno, non ancora in vigore, i Paesi Bassi sono comunque riusciti a realizzare spontaneamente una mediazione di qualità di un certo livello professionale tramite la Mediatorsfederatie Nederland. In secondo luogo, nei Paesi Bassi imponendo l'obbligatorietà, molto probabilmente, non si assisterebbe conseguentemente ad un innalzamento della qualità della mediazione. Pertanto, nell'attesa di una eventuale traduzione dei disegni di legge, occorrerebbe proseguire sulla buona strada, già tracciata dall'MFN, per continuare ad incentivare un utilizzo spontaneo e volontario dello strumento.

---

<sup>53</sup> La *Mediatorsfederatie Nederland* ha sviluppato il sito web [www.mediationnederland.nl](http://www.mediationnederland.nl) con il sostegno del Ministro della sicurezza e della giustizia. La piattaforma fa parte della "campagna per la promozione della mediazione" nel contesto dell'agenda per l'innovazione del sistema giuridico. Lo scopo del sito Web è di promuovere e rendere facilmente accessibile la mediazione.

<sup>54</sup> L. SLOOTS, *Organisatie en professionalisering*, in *Handboek Mediation*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2013, pp. 350-351.



FRANCESCA MULLIRI\*

## SISTEMI A CONFRONTO: LA MEDIAZIONE IN ARGENTINA E LA MEDIAZIONE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La mediazione in Argentina. - 3. La mediazione in Italia. - 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – La mediazione è il meccanismo principe più diffuso tra le *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Tale istituto giuridico è ampiamente regolamentato da un sistema di fonti multilivello sul piano internazionale, europeo e nazionale.

La prima fonte internazionale<sup>1</sup> che pone dei principi comuni in materia è il *Model Law on International Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation*<sup>2</sup> del-

---

\* Dottoressa in giurisprudenza.

<sup>1</sup> Si segnala il sito <http://www.uncitral.org/> e le seguenti opere: E.M. APPIANO, “Brevi note al modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali”, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003; Id. “U.N. Guidance for effective mediation (Nazioni Unite - Guida per una mediazione effettiva)”, in *Contratto e impresa. Europa* 1: 419-441, 2013; D. CHAMBERS, “International commercial mediation and the UNCITRAL initiative”, in *New Zealand Law Journal*, 2016; J.A. ESTRELLA FARIA, “Legal harmonisation through model laws: the experience of the united nations commission on international trade law” UNCITRAL, 2009; S.W. KIRUNDA, “Slithering towards uniformity: the international commercial, arbitration and conciliation working group of UNCITRAL as a key player in the strengthening and liberalisation of international trade”, thesis 2015; T.J. STIPANOWICH, “The international evolution of mediation: a call for dialogue and deliberation”, in 46 *VUWLR*, 2015; UNITED NATIONS “Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation”, 2004; UNIVERSITY OF MISSOURI “Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation”, in *Research Paper No. 2014-28*; G. VIAL, “Towards enforceability and confidentiality in international commercial mediation”, 2016.

<sup>2</sup> Il modello di legge è oggi noto come *Model Mediation Law*; originariamente approvato con la denominazione *Model Law on International Commercial Conciliation*.

l'UNCITRAL, approvato dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 2002 e recentemente modificato nel 2018. In questo contesto la definizione di mediazione è ampia e comprende tutte le procedure nelle quali una persona (o un collegio) assiste le parti nel tentativo di risolvere la controversia in maniera amichevole, non imponendo una decisione, ma incentivando un dialogo costruttivo senza ricorso al sistema giurisdizionale. Il carattere generale della nozione offerta permette la valorizzazione delle varie tipologie di mediazione, le quali, nonostante siano diverse tra loro, hanno elementi in comune: volontarietà, riservatezza, neutralità ed imparzialità. Volontarietà, trova piena espressione nella possibilità che le parti hanno di prendere tutte le decisioni del caso (far ricorso o meno a questo strumento, scegliere le modalità di svolgimento della procedura, porre termine alla stessa in ogni momento); riservatezza, espressa attraverso una serie di garanzie volte a fornire un alto grado di protezione contro la divulgazione indesiderata delle informazioni, evitando, inoltre, che queste possano essere utilizzate in un futuro processo giudiziario; neutralità ed imparzialità, caratteristiche imprescindibili che il terzo mediatore deve possedere. Tali principi, pur rappresentando il comune determinatore internazionale di questo istituto conciliativo, vengono declinati diversamente in ciascun ordinamento giuridico.

2. *La mediazione in Argentina.* – La Repubblica Argentina è dotata di un sistema di fonti dinamico e complesso<sup>3</sup>. Infatti, in questo

---

<sup>3</sup> Per approfondimenti sulla mediazione in Argentina: M.C. DI PIETRO, P.G. TRIBAUDINO, *“La Mediación en Argentina. Calidad y eficacia en la protección extrajudicial de los derechos. Que opciones compartidas para mejorar la justicia?”*, in Quaderni di conciliazione, vol.10, Edizioni AV, 2019; ID. *“Alguna consideraciones acerca de la mediación en Argentina”*, in Quaderni di conciliazione, vol. 8, Edizioni AV, 2019; PNUD ARGENTINA, *“Estudio de la mediación prejudicial obligatoria: un aporte para el debate y la efectividad de los medios alternativos de la solución de conflicto en Argentina”*, coordinado por N. Luzi, 1a ed., Buenos Aires (Programa Naciones Unidas para el Desarrollo), Fundación Libra, 2012; M.C. DI PIETRO, *“Mediación en Córdoba”*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 1999; A.C. BELLUSCIO, *“Manual de Derecho de Familia”*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987; J. EDUARDO, *“La Mediación en Conflictos Familiares”*, Lumen/Hvmanitas, Argentina, 1998; M.V. CAVAGNARO, R.A. DEL VALLE, D.M., DE LAS MERCEDES, *“Valor, Evolución de la mediación familiar judicial en la*

ordinamento giuridico le norme internazionali vengono applicate non solo in modo diretto, senza l'intermediazione di un'organizzazione sovranazionale<sup>4</sup>, ma vengono anche declinate tramite fonti federali e statali<sup>5</sup>.

Basandosi sui principi internazionali di risoluzione alternativa delle controversie, l'ordinamento argentino ha sviluppato un sistema di mediazione obbligatoria sia in ambito civile e commerciale che familiare, rendendola un presupposto per la successiva domanda giudiziale. Infatti, qualsiasi soggetto voglia presentare domanda giudiziale deve allegare un atto attestante che precedentemente è stato espedito un tentativo di conciliazione di fronte ad un mediatore. Con il decreto 1480/1992, genesi normativa della mediazione argentina, questo metodo di risoluzione amichevole delle controversie viene per la prima volta istituzionalizzato e dichiarato di interesse pubblico. Da quel momento in poi, una lunga serie di studi e dibattiti giuridico-politici ha portato all'emanazione dell'attuale legge in vigore, la Ley 26.589/2010<sup>6</sup> e del suo Regolamento (decreto 1467/2011)<sup>7</sup>.

---

*provincia de Córdoba, República Argentina. Algunas propuestas*, 2012; O.D. ORTEMBERG, *"Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia"*. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2002; A. MILLÁN, *"Mediación e Interdisciplina: reflexiones de una práctica"*, in *La Trama*, Argentina, 2009; F. MULLIRI, *Alternative Dispute Resolution: esperienze internazionali, europee ed argentine* (Tesi di laurea), 2019; Ministero de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de Nación: [www.sajj.gob.ar](http://www.sajj.gob.ar); Editores Argentina: [www.ar.ijeditores.com](http://www.ar.ijeditores.com); Gobierno Argentina: [www.argentina.gob.ar](http://www.argentina.gob.ar); Ministero de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de Nación: [www.derechofacil.gob.ar](http://www.derechofacil.gob.ar).

<sup>4</sup> Organizzazioni sovranazionali come per esempio l'Unione Europea in Europa.

<sup>5</sup> L'Argentina è una Repubblica Federale (Art.1 Cost.); la Capitale Federale è la Città di Buenos Aires, la quale forma una città autonoma affiancata da altre 23 province. Ogni provincia è autonoma e può, in ragione delle sue facoltà e del rispetto della legislazione nazionale, emanare proprie leggi. Questo è il motivo per cui in Argentina sono vigenti diversi codici di procedura con origini e storie differenti; di conseguenza sono vigenti anche diverse leggi sulle ADR.

<sup>6</sup> La Ley 26.589/2010 ha sostituito integralmente la precedente legge in materia (Ley 24.573) nell'anno 2012.

<sup>7</sup> Dopo solo un anno dall'emanazione della legge sulla mediazione pregiudiziale obbligatoria, il legislatore argentino ha deciso di intervenire nuova-

Lo scopo principale della legge è quello di promuovere la comunicazione diretta tra le parti litiganti per trovare una soluzione extragiudiziale. Per raggiungere ciò è stata stabilita la regola generale del carattere obbligatorio della procedura di mediazione prima di qualsiasi processo giudiziario. Vi è solo qualche singola eccezione dovuta alla delicatezza o particolarità dell'ambito nel quale la controversia è sorta: azioni penali, azioni di separazione personale e divorzio, nullità del matrimonio, filiazione, responsabilità genitoriale, adozione (ad eccezione delle questione patrimoniali che ne derivano); processi in cui l'amministrazione pubblica è parte; misure cautelari; processi di inabilitazione, dichiarazione incapacità, interdizione; tutela dell'habeas corpus; procedimenti preliminari e di incidente probatorio; sentenze successorie; processi di bancarotta e fallimento; conflitti di competenza del giudice del lavoro.

La mediazione in Argentina si ispira ai principi internazionali in materia, i quali devono essere comunicati alle parti dal mediatore alla prima riunione di mediazione: imparzialità del professionista; volontarietà e libertà delle parti in conflitto a partecipare alla procedura<sup>8</sup>; parità delle parti; riservatezza<sup>9</sup>; celerità; particolare attenzione agli interessi dei minori, persone con disabilità ed anziani. Il mediatore può richiedere l'assistenza di professionisti specializzati nei settori correlati al conflitto oggetto della mediazione; il loro intervento, subordinato al consenso di tutte le parti, è diretto e regolato dal mediatore, il quale si avvarrà delle conoscenze di questi esperti per comprendere la posizione delle parti a 360°.

---

mente sulla materia per offrire una disciplina più dettagliata e completa attraverso un regolamento attuativo della Ley 26.589/2010.

<sup>8</sup> Nel caso in cui decidano di partecipare alla procedura lo devono fare personalmente e non tramite delega di altri soggetti, fatta eccezione delle persone giuridiche e delle parti domiciliate a più di centocinquanta chilometri dalla città in cui si svolgono le udienze. Inoltre, la rappresentanza legale è obbligatoria; colui che si presenterà alle riunioni privo di legale sarà considerato assente (Art. 19 Ley 26.589/2010).

<sup>9</sup> La riservatezza non richiede il consenso esplicito delle parti. L'obbligo di riservatezza cessa in due casi specifici enunciati dalla legge: (a) espressa dichiarazione di tutte le parti intervenute; (b) prevenire la commissione di un reato o, se viene commesso, impedirne il proseguimento.

La legge nazionale, dopo essersi soffermata dettagliatamente nell'enunciare la disciplina del mediatore (requisiti<sup>10</sup>, cause di esenzione e ricasazione<sup>11</sup>, divieti<sup>12</sup>) analizza l'intera procedura di mediazione dal momento della designazione del professionista. Il mediatore può essere nominato tramite accordo scritto delle parti, tramite sorteggio tra i mediatori iscritti nel Registro nazionale della mediazione o tramite proposta di chi avvia la procedura. Il mediatore nominato stabilirà la data della prima udienza e la notificherà alle parti, le quali potranno illustrare privatamente le proprie posizioni e potranno, inoltre, richiedere la citazione di un terzo soggetto (il quale potrà essere citato anche su richiesta di una sola parte o d'ufficio dal mediatore). Il processo di mediazione deve concludersi entro sessanta giorni<sup>13</sup> dall'ultima notifica effettuata al destinatario della proposta. Se una delle parti non si presenta in udienza per una causa giustificata, il mediatore fisserà una nuova udienza; se la non comparizione ingiustificata è del destinatario della proposta, la parte richiedente potrà scegliere se concludere la procedura o fissare una nuova udienza; se, invece, la non comparizione ingiustificata è della parte richiedente, essa dovrà esperire un nuovo tentativo di mediazione obbligatoria. La procedura di mediazione potrà concludersi con la stipulazione di un accordo o senza un accordo. Nel primo caso perché l'accordo sia esecutivo è necessario che sia redatto per iscritto con in allegato il verbale delle udienze

---

<sup>10</sup> I requisiti richiesti al mediatore sono: l'iscrizione all'albo degli avvocati da almeno tre anni; avere le capacità richieste dalla regolamentazione; superare un test di idoneità, essere iscritti al registro nazionale di mediazione; rispettare gli altri ed eventuali requisiti richiesti dalla normativa.

<sup>11</sup> Le cause di esenzione e ricasazione del mediatore sono indicate dal Codice di Procedura Civile e Commerciale per i giudici e si estendono anche per i mediatori. In ogni caso, il mediatore si dovrà astenere ogni qualvolta si presentino delle cause che possano far dubitare della sua imparzialità. Quando il mediatore non si asterrà di sua spontanea volontà dall'esercizio delle sue facoltà, le parti potranno ricusarlo entro cinque giorni dalla data in cui egli viene nominato.

<sup>12</sup> Il mediatore in nessun caso potrà perdere la neutralità rispetto alle parti, dunque non potrà mai dare consigli legali ad una sola parte o difenderla legalmente.

<sup>13</sup> Il termine indicato per la fine del processo di mediazione può essere sempre prorogato previo accordo delle parti.

firmato dal mediatore, dalle parti e, se citati e comparsi, dai terzi; nel secondo caso, invece, il richiedente sarà autorizzato ad avviare il procedimento giudiziario. L'intervento del mediatore è oneroso; nel caso in cui la parte non abbia disponibilità economica può richiedere il patrocinio a spese dello Stato per la procedura di mediazione pregiudiziale obbligatoria. In questi casi la mediazione sarà svolta nei centri di mediazione del Ministero di Giustizia, Sicurezza e Diritti Umani o nei centri di mediazione pubblica che offrono questo servizio.

La legge nazionale disciplina anche i centri di formazione dei mediatori. Sia enti pubblici che privati possono dedicarsi totalmente o parzialmente alla formazione di mediatori professionisti; unico requisito è che essi siano qualificati secondo le disposizioni di legge. Il professionista, una volta formato, per poter esercitare la sua professione deve essere iscritto nel Registro nazionale della mediazione, il quale si compone di quattro parti: registro dei mediatori; registro dei centri di mediazione; registro degli assistenti professionisti e registro degli enti di formazione. Oltre alla formazione professionale e agli altri requisiti formativi richiesti, per l'iscrizione al registro è necessario il pagamento di una quota annuale, la quale nel caso in cui non venga pagata per due anni consecutivi comporterà l'esclusione del mediatore dal registro fino a quando egli non avrà regolarizzato la propria situazione.

I mediatori, così come i centri di mediazione, gli assistenti professionisti ed i centri di formazione, sono soggetti ad una particolare procedura disciplinare enunciata nella stessa Legge nazionale 26.589/2010, volta a prevenire e sanzionare i comportamenti scorretti. Le sanzioni sono graduate in base alla gravità del comportamento posto in essere e vanno dal semplice avviso e richiamo alla sospensione o esclusione dal registro. Il Ministero di Giustizia, Sicurezza e Diritti Umani è responsabile dell'amministrazione del fondo di finanziamento istituito per contribuire al funzionamento del sistema di mediazione. Il fondo è integrato da risorse varie: voci previste nel bilancio nazionale; donazioni, lasciti e disposizioni gratuite a favore del fondo; tasse amministrative etc.

La legge nazionale sulla mediazione si conclude con una norma relativa alla "scadenza" della mediazione; quando il processo

giudiziario non viene avviato entro un anno dalla data in cui è stato esperito il tentativo conciliativo, la mediazione perderà il suo valore.

Dati i risultati positivi ottenuti dall'introduzione della mediazione pregiudiziale obbligatoria, il legislatore argentino ha deciso negli anni successivi di disciplinare più approfonditamente questo metodo di risoluzione alternativa delle controversie, non soffermandosi solo sui caratteri generali, ma addentrandosi nella disciplina di ambiti più specifici, come quello familiare e commerciale.

È la stessa Ley 26.589 che introduce per la prima volta la mediazione familiare nell'ordinamento, prevedendo una necessaria formazione specifica dei mediatori familiari ed elencando in alcuni suoi articoli quali controversie familiari sono incluse nel processo di mediazione pregiudiziale obbligatoria: alimenti tra coniugi o derivati di parentela; possesso di minori, tranne quando la loro sottrazione si basa su gravi motivi che saranno poi valutati dal giudice; regime di visita per minori o incapaci, a meno che non vi siano gravi ed urgenti ragioni che impongano l'intervento giudiziario; amministrazione ed alienazione di beni senza divorzio in caso di controversia; separazione personale o separazione di proprietà; problemi di proprietà derivanti dal divorzio separazione di proprietà e nullità del matrimonio; danni derivanti da relazioni familiari. Se durante il processo di mediazione familiare il mediatore viene a conoscenza di circostanze che comportano un serio rischio per l'integrità fisica o mentale delle parti coinvolte o del loro gruppo familiare, egli deve interrompere la mediazione. Se sono coinvolti gli interessi di minori o di persone incapaci, il mediatore informerà il Ministro della Difesa Pubblica affinché possa richiedere le misure pertinenti davanti al giudice competente

La mediazione familiare si pone come valida alternativa al processo ed è per questo che è stata presa in considerazione anche dal nuovo Codice di procedura civile e commerciale argentino (2016). In esso molti aspetti della vita civile tradizionalmente non soggetti a norme disponibili dalle parti trovano terreno fertile per la promozione di regolamenti privati. È evidente che nella nuova legislazione prevale l'autonomia delle parti anche in aree diverse da quelle tradizionali.

Per quanto riguarda l'ambito commerciale deve essere menzionata la Legge nazionale 26.993/2014, la quale disciplina l'intero sistema di risoluzione dei conflitti nei rapporti tra i consumatori, soffermandosi sul servizio di conciliazione pregiudiziale. Con tale legge il legislatore argentino ha creato il Servizio di riconciliazione preliminare nelle relazioni con i consumatori (COPREC)<sup>14</sup>, meccanismo con il quale i consumatori effettuano reclami contro le imprese; esso si avvale di mediatori esperti che aiutano le parti a trovare una soluzione al conflitto senza l'audizione del giudice. Il COPREC ha un carattere pregiudiziale e obbligatorio per tutte quelle controversie il cui valore non superi un determinato ammontare stabilito dalla legge (l'ambito di intervento del Servizio è dunque limitato)<sup>15</sup>; vi sono poi alcuni reclami che non possono essere risolti mediante questo servizio e che, dunque, seguono la disciplina generale della Legge nazionale 24.240/1993<sup>16</sup>.

I conciliatori COPREC, specializzati in materia commerciale, devono essere iscritti nel Registro dei Conciliatori, amministrato dal Ministero di Giustizia e Diritti Umani della Nazione; non sono né giudici, né arbitri, ma hanno solo la funzione di ascoltare le parti in conflitto e di aiutarle a trovare una soluzione. Il consumatore deve formalizzare la sua richiesta riassumendo la sua posizione e le sue pretese tramite la compilazione di un modulo online. COPREC, accettando il reclamo, nomina un conciliatore nei tre giorni successivi alla presentazione dello stesso. A sua volta il conciliatore, entro i dieci giorni dalla sua nomina, darà ini-

---

<sup>14</sup> Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo.

<sup>15</sup> Le parti di una controversia dal valore di almeno cinquantacinque (55) salari minimi (Salarios Mínimos, Vitales y Móviles), devono obbligatoriamente rivolgersi preventivamente al COPREC. Un salario minimo argentino nel 2019 è di 12.500 pesos argentini (approssimativamente 280 USD). Le controversie non incluse in questo valore sono regolate secondo la disciplina generale offerta dalla legge nazionale 24.240/1993.

<sup>16</sup> I reclami che non possono essere presentati al COPREC sono: (a) reclami effettuati da un consumatore non finale; (b) reclami indirizzati ad un altro consumatore e non ad un'impresa; (c) reclami contro un libero professionista (avvocato, medico etc.); (d) reclami contro lo Stato (Nazione, Provincia, Municipalità); (e) reclami in relazione ad un contratto di trasporto aereo; (f) reclami diretti verso una società in bancarotta o insolvente; (g) reclami collettivi.

zio alla procedura di conciliazione, che deve avere una durata massima di trenta giorni, rinnovabili di altri quindici su richiesta delle parti. La nomina del conciliatore può essere effettuata tramite sorteggio (ed in questo caso il servizio sarà completamente gratuito), tramite accordo scritto tra le parti, o tramite proposta del consumatore all'imprenditore.

A differenza della mediazione civile, le parti non sono obbligate a farsi assistere da un avvocato durante le riunioni di conciliazione e, se eccezionalmente impossibilitate a partecipare all'udienza, si possono avvalere di rappresentanti tramite procura o mandato, previa autorizzazione dell'autorità competente<sup>17</sup>. Nel caso in cui il consumatore non si presenti alla prima udienza il conciliatore dichiarerà conclusa la procedura<sup>18</sup>; medesimo effetto lo si otterrà quando è l'impresa a non presentarsi senza una valida giustificazione, in aggiunta però essa dovrà pagare anche una multa.

Se durante la procedura conciliativa viene raggiunto un accordo, esso dovrà essere sottoposto all'approvazione dell'autorità esecutiva, che emanerà una sentenza di approvazione o rigetto. L'autorità esecutiva, inoltre, potrà effettuare delle osservazioni e restituire il procedimento al conciliatore, il quale tenterà di raggiungere un nuovo accordo conforme alle osservazioni dell'autorità. Requisito indispensabile per ottenere l'omologazione è che sia inserito nell'accordo il cd. *plazo de cumplimiento*, ossia il termine entro il quale si deve dare esecuzione a quanto stabilito in sede di conciliazione. L'impresa che non rispetterà l'accordo raggiunto sarà sanzionata secondo le disposizioni della Legge Nazionale di Difesa del Consumatore<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Se in assenza della persona interessata si raggiunge un accordo, esso deve essere ratificato personalmente dalla parte rappresentata entro i cinque giorni successivi; in caso contrario non si potrà proseguire alla richiesta di omologazione di fronte al giudice e la procedura sarà considerata fallita.

<sup>18</sup> Si concede comunque la possibilità al consumatore di iniziare nuovamente la procedura dal principio.

<sup>19</sup> La legge nazionale 26.993/2014 offre al consumatore rimasto insoddisfatto dalla procedura di conciliazione di proseguire con il suo reclamo mediante due possibilità: fare ricorso all'*Auditoría en las Relaciones de Consumo*, se il reclamo è inferiore a quindici salari minimi; fare ricorso alla *Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo*, in tutti gli altri casi.

In materia di diritto dei consumatori, dunque, il legislatore argentino ha promosso l'utilizzo di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie offrendo al consumatore un sistema misto ADR ed ODR e traendo il massimo beneficio da entrambi: semplicità nell'effettuare un reclamo alla COPREC attraverso il sistema elettronico con il quale si può dar inizio alla procedura; risparmio di costi in termini di tempo e denaro grazie alla procedura di conciliazione guidata da un terzo esperto, neutrale ed imparziale.

Deve essere infine sottolineato che, nonostante un sostrato comune rappresentato dalle leggi nazionali, vi sono importanti differenze nella pratica della mediazione tra le diverse province argentine, le quali differenziano la propria legislazione in base alle proprie necessità e caratteristiche socio-economiche.

3. *La mediazione in Italia.* – La nascita dell'istituto della mediazione in Italia è da ricondurre al 2010, anno in cui è entrato in vigore il d.lgs. 04/03/2010 n. 28 attuativo della dir. 2008/52/CE, avente ad oggetto "la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"<sup>20</sup>. Tale direttiva è la fon-

---

<sup>20</sup> Per approfondimenti sulla mediazione in Italia: M. BARIZZA, "La Direttiva 2008/52/CE: i criteri guida della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali", *Studium iuris* 3, 2012: 263-271; M. BOVE, "Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile", *Il giusto processo civile*, 2017, 31-78; O. DESIATO, "Le politiche dell'Unione europea in favore della 'degiurisdizionalizzazione' e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR ["Alternative Dispute Resolution"] per i consumatori", *Responsabilità civile e previdenza* 5, 2016: 1793-1808; L. FRANZESE, "Il principio di auto-composizione delle liti tra mediazione e processo", *Jus* 3, 2016: 247-268; A.M. MANCALEONI, "Mediazione obbligatoria nelle controversie dei consumatori: le ricadute di Corte giust. causa C-75/16", *Il Foro italiano* 2018, (1/1), 331-338; C. MARIOTTINI, "Due nuovi strumenti in materia di risoluzione delle controversie dei consumatori", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 3 (2013): 831-839; N. SCANNICCHIO, "La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?", in *Il Foro italiano* 11/4, 2017: 570-576; G. ZPINA, "Mediazione obbligatoria e adr consumatori: sussiste il concorso? La parola alla Corte di Giustizia", [www.altalex.com](http://www.altalex.com); ZUCCONI HALLI FONSECA E. "La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura", in *Riv. Trim. Dir e Proc. civ.*, 2010, pp. 653 ss.

te di matrice comunitaria che enuncia definizioni e principi cardine in materia, lasciando la possibilità agli Stati membri di declinare le proprie legislazioni nazionali in base alle proprie esigenze.

Il legislatore italiano si è posto come obiettivo una trasformazione sociale, giuridica e culturale del modo di risolvere le liti, prevedendo l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione per una serie di controversie civili e commerciali indicate espressamente dalla legge<sup>21</sup>: controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari<sup>22</sup>. In questi casi l'esperimento del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria<sup>23</sup>; il giudice non provvede alla trattazione ed istruzione della causa se le parti non hanno tentato precedentemente di raggiungere un accordo mediante l'aiuto di un terzo professionista, il mediatore, operante presso un organismo accreditato. Questa condizione di procedibilità si ritiene soddisfatta quando le parti hanno partecipato almeno al primo incontro gratuito previsto di fronte al mediatore con l'assistenza obbligatoria del loro avvocato, che dovrà presenziare necessariamente anche gli eventuali incontri successivi<sup>24</sup>.

La domanda di accesso alla mediazione deve essere presentata mediante il deposito di un'istanza presso un organismo di

---

<sup>21</sup> Art. 5 comma 1-*bis* d.lgs. 28/2010).

<sup>22</sup> La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità (per eccesso di delega da parte del Governo) del d.lgs. 28/2010 art. 5 comma 1 nella parte in cui ha previsto l'obbligatorietà del procedimento di mediazione per determinate controversie civili e commerciali. Tale obbligatorietà è stata successivamente reintrodotta dall'art.84 del D.L. 21 giugno 2013 n.69, convertito dalla L. 9 agosto 2013 n. 98.

<sup>23</sup> La legge non esclude la possibilità di ricorrere volontariamente alla mediazione come strumento alternativo di risoluzione delle controversie commerciali e civili non soggette all'obbligo della volontarietà.

<sup>24</sup> La necessaria presenza del difensore legale al primo incontro conciliativo appare essere poco coerente con le finalità europee di limitazione dei costi delle procedure ADR.

conciliazione competente<sup>25</sup>, il quale designa un mediatore responsabile e fissa la data del primo incontro tra le parti, non dopo i 30 giorni dal ricevimento della domanda stessa. Il mediatore, nel caso in cui lo ritenga necessario, può nominare dei professionisti aventi le specifiche competenze tecniche richieste dal caso. Il procedimento si svolge senza formalità alcuna con lo scopo di far raggiungere alle parti un accordo amichevole di risoluzione della controversia. Prima della pronuncia di illegittimità costituzionale dichiarata nel 2012<sup>26</sup>, la mancanza di una delle parti al procedimento senza un giustificato motivo permetteva al giudice di desumere argomenti di prova contrari all'assente nell'eventuale e successivo processo giudiziale. Oggi, invece, egli viene condannato al solo pagamento di una sanzione da versare alle casse dello Stato. La mediazione deve concludersi entro tre mesi dalla presentazione dell'istanza, durante i quali i termini di prescrizione e decadenza sono interrotti. Il procedimento di mediazione può concludersi positivamente con il raggiungimento di un accordo<sup>27</sup> che dovrà essere sottoscritto dalle parti e dai loro rispettivi avvocati per costituire titolo esecutivo<sup>28</sup>. Nel caso in cui la mediazione non porti alla conciliazione delle parti, il mediatore forma un processo verbale da depositare presso la segreteria dell'organismo; dalla data di deposito riprenderanno a decorrere i termini di prescrizione e decadenza interrotti con la presentazione dell'istanza di mediazione. Al-

---

<sup>25</sup> Per organismo competente si intende sia una competenza territoriale che una competenza sostanziale. Possono divenire organismi di mediazione gli enti pubblici e privati che abbiano prestato le garanzie di serietà ed efficienza e siano iscritti nell'apposito registro. Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori (art. 16 comma 4-*bis* d.lgs. 28/2010), gli stessi possono iscriversi agli organismi sopra citati previa specifica formazione in materia di mediazione.

<sup>26</sup> Sentenza 24 ottobre-6 dicembre 2012 n. 272 della Corte Costituzionale.

<sup>27</sup> L'accordo risolutivo della controversia può essere il frutto di una conciliazione amichevole tra le parti o dell'accettazione di una proposta conciliativa del professionista.

<sup>28</sup> Il d.lgs. 28/2010 all'art.12 contempla la possibilità che l'accordo non venga sottoscritto dagli avvocati (ciò può avvenire nei soli casi di mediazione volontaria, in quanto la presenza degli avvocati è obbligatoria nelle controversie indicate nel presente decreto). In questo caso esso deve essere omologato necessariamente dal presidente del tribunale per costituire titolo esecutivo.

l'organismo di mediazione è dovuta un'indennità, delineata nel suo ammontare massimo e minimo, a meno che la parte non si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio delle spese dello Stato.

La figura della mediazione civile e commerciale così come disciplinata dal decreto legislativo 28/2010 è stata oggetto di dibattito dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 130/2015 attuativo della dir. 2013/11/UE sull'ADR per i consumatori. La mediazione descritta nel decreto legislativo del 2010, infatti, rientra a pieno titolo tra le ADR consumeristiche quando prevede l'obbligatorietà della mediazione nei contratti assicurativi, bancari e finanziari. Controverso non è il carattere obbligatorio dell'istituto in queste controversie consumeristiche (nella visione europea, infatti, nulla vieta ai singoli Stati membri di prevedere l'obbligatorietà *ex lege* della mediazione)<sup>29</sup>, ma il profilo dei costi e della libertà delle parti. Infatti, se nella Direttiva ADR si prevede che il consumatore possa usufruire di una procedura di conciliazione prevalentemente gratuita o a costi simbolici, nell'ordinamento italiano ciò non è possibile essendo richiesta obbligatoriamente dal d.lgs. 28/2010 l'assistenza del proprio legale. Inoltre, se da un lato la direttiva ADR garantisce al consumatore la libertà di poter abbandonare la procedura conciliativa senza alcuna conseguenza pregiudizievole, dall'altro il d.lgs. 28/2010 prevede delle sanzioni per la parte abbandonante la procedura senza un giustificato motivo. Infine, la direttiva prevede la libertà di accettare o rifiutare un'eventuale proposta di composizione della lite senza conseguenza negativa alcuna, mentre, a livello nazionale, vi sono delle conseguenze sul piano delle spese processuali per la parte che ha rifiutato un accordo il cui contenuto, successivamente, si rivela simile a quello della sentenza.

Il legislatore italiano per evitare che le controversie consumeristiche in oggetto fossero disciplinate sia dal d.lgs. del 2008 che da quello del 2015, nel recepimento della direttiva sulle ADR ha specificato che le nuove disposizioni trovano applica-

---

<sup>29</sup> Unico limite alla previsione dell'obbligatorietà *ex lege* della mediazione è quello di non impedire nel concreto alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

zione con solo riferimento alle procedure volontarie di composizione stragiudiziale della lite, facendo salve le vigenti disposizioni del d.lgs. 28/2010 in materia di mediazione obbligatoria. In realtà l'idea del legislatore europeo era un'altra: il sistema della direttiva del 2008 e quello della direttiva del 2013 dovevano essere considerati due sistemi complementari, il cui contrasto andava risolto nel senso della prevalenza dei principi di tutela rafforzata propri del diritto consumeristico, soluzione invece non adottata dal legislatore nazionale.

Spostando l'attenzione sulla mediazione familiare in Italia, si può notare come non viene enunciata alcuna disciplina analitica al riguardo. La mediazione familiare nel contesto italiano non è un procedimento, ma un mero percorso volontario, in quanto essa si svolge all'esterno del contesto giudiziario, che, se già avviato, verrà sospeso per permettere alle parti di provare a raggiungere un accordo. Le parti possono dare inizio al procedimento di mediazione solo se prestano il loro consenso in modo completamente libero e spontaneo o sotto l'invito del giudice. È proprio la volontarietà del ricorso all'istituto che rappresenta il maggior ostacolo alla diffusione dello stesso in questo campo. In Italia la crisi familiare, infatti, trova quasi sempre sbocco in tribunale. Ciò non avviene nei Paesi in cui la mediazione è incoraggiata tramite incentivi o resa obbligatoria e presupposto della domanda giudiziale. Attualmente, dati i risultati positivi presi dalle esperienze di altri Paesi europei ed extra-europei, è in corso un acceso dibattito sulla possibilità di rendere o meno obbligatoria anche la mediazione familiare. Se infatti, da un lato coloro che si oppongono a questo cambiamento sottolineano come per risolvere una controversia in maniera amichevole, specialmente in ambito familiare, sia necessaria la volontà delle parti ad intraprendere questo percorso e ad instaurare un dialogo costruttivo (che teoricamente sarebbe assente se la conciliazione fosse imposta dalla legge); dall'altra viene sostenuto che l'obbligatorietà della mediazione familiare porterebbe alla riduzione ed al controllo della conflittualità iniziale, principale ostacolo all'instaurazione di un dialogo. Una volta ridotta tale conflittualità, infatti, le parti sarebbero pronte a confrontarsi e trovare una soluzione per la propria lite in modo pacifico.

4. *Conclusioni.* – Introdurre nel proprio ordinamento uno strumento quale la mediazione significa lasciare alle parti private un grande margine di libertà e discrezionalità nel risolvere la lite, significa permettere a dei soggetti privati di entrare nella grande macchina della Giustizia e riconoscere loro il principio di autonomia. Se il principio di volontarietà ed autonomia delle parti non trova forti ostacoli quando oggetto della lite sono diritti patrimoniali e disponibili, non si può dire altrettanto quando si fa riferimento a diritti indisponibili e di contenuto extrapatrimoniale, quali quelli che entrano in gioco nelle controversie familiari. Questo spiega sia il perché in Argentina l'affermazione delle ADR è stato il frutto di un processo lento, sia il perché in Italia esso è un processo non ancora completato.

L'Italia, su impulso dell'Unione Europea, ha scelto di prediligere e disciplinare la mediazione civile e commerciale dando priorità ad una coesione economica, favorendo la creazione e lo sviluppo di un mercato interno nel quale si facilitano le comunicazioni transfrontaliere con la libera circolazione dei beni e servizi. L'Argentina, invece, nonostante abbia una disciplina civile e commerciale, predilige la materia familiare, soffermandosi maggiormente sul versante sociale e dando priorità ad una coesione pubblica. Ciò si rispecchia anche nelle modalità di accesso richieste. Sia sul versante internazionale che europeo si predilige la via della volontarietà della mediazione, lasciando però ai singoli Stati la possibilità di prevedere l'obbligatorietà: scelta fatta dall'Italia per alcune controversie civili e commerciali e dagli argentini sia in ambito civile e commerciale che in quello familiare.

L'istituto della mediazione ha dunque una caratteristica fondamentale: la flessibilità, che permette la circolazione di meccanismi e modelli secondo le diverse esigenze in concreto. In conclusione, si può notare come in entrambi i Paesi, applicando gli stessi principi anche se con modalità differenti, si arriva allo stesso risultato: deflazione del contenzioso tramite la promozione di procedure di mediazione, che fanno della comunicazione tra parti il loro elemento vincente. *“La comunicaciòn es el puente de cambio”*<sup>30</sup>, la comunicazione è ponte del cambia-

---

<sup>30</sup> M.C. DI PIETRO, *“La superaciòn del Conflictò”*, 2ª ed., Alveroni Ediciones, Còrdoba, 2017.

Francesca Mulliri

mento ed elemento fondamentale per risolvere una lite. Se le parti non sono disposte ad attraversare il ponte che conduce al cambiamento, i loro interessi rimarranno insoddisfatti e non riusciranno a raggiungere un accordo.

MARÍA CRISTINA DI PIETRO, PAULA GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO\*

## LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LOS CONVENIOS DE LAS PARTES EN MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. *Introducción.* - 2. *La estrategia y los acuerdos logrados en mediación. Sólo el acuerdo es el éxito de la mediación?* - 3. *El acta de cierre como culminación formal del proceso de mediación. Protocolización.* - 4. *El acta de cierre como documento autónomo de ejecución de los acuerdos y de honorarios de abogados y mediadores.* - 5. *Colofón.*

“Por el concepto fundamental del sistema de legalidad, el Estado considera como *normal* y deseable que los mismos conciudadanos sepan entender por sí solos el derecho que regula sus decisiones: la función conciliadora debe, pues, ayudar a los particulares, *no a prescindir del derecho sino a encontrar por sí solos el propio derecho*”.

Piero Calamandrei<sup>1</sup>

### RESUMEN:

Ante un conflicto, la primera decisión que toman los involucrados es justamente que tipo de solución lo encausará. Los sistemas y modelos de solución adecuada de conflictos en los estados democráticos modernos, priorizan la autonomía de la voluntad; por

---

\* Dra. María Cristina Di Pietro. Doctora en Derecho y Cs. Sociales. Prof. Teorías del Conflicto y de la Decisión. Coordinadora Centro de Investigaciones -CIJS- Fac. Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. Prof. Solución de Conflictos. Univ. Católica de Córdoba. Mediadora Judicial. Directora de la Asociación Mediario. Argentina.

E-mail: [mediario@hotmail.com](mailto:mediario@hotmail.com). - [www.mediacionmediario.com](http://www.mediacionmediario.com)

Ab. Paula Guillamondegui Tribaudino, Abogada, Adscripta de la Cátedra Derecho Procesal Civil y Comercial y de Teorías del Conflicto y de la Decisión. Fac. Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

E-mail: [paulaguillamondegui@gmail.com](mailto:paulaguillamondegui@gmail.com).

<sup>1</sup> P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol 1. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Librería EL Foro. Buenos Aires, 1996, p. 200.

tanto la legislación procesal está atravesada por ese principio de materialización de libertad: prioridad de elección del ciudadano en la pacificación del conflicto del que es partícipe y en el que la comunidad acompaña sin apropiarse de la participación del titular del problema.

ABSTRACT:

In the event of a conflict, the first decision taken by those involved is precisely what kind of solution will lead. The systems and models of adequate conflict resolution in modern democratic states prioritize the autonomy of the will; therefore the procedural legislation is crossed by that principle of materialization of freedom: priority of election of the citizen in the pacification of the conflict of which he is a participant and in which the community accompanies without appropriating the participation of the owner of the problem.

1. *Introducción.*

1.1. Uno de los cuatro modos de solución de los conflictos es la convención. (Los otros tres: imposición; retirada – allanamiento/desistimiento –; conversión)<sup>2</sup>. Los modos y los métodos de abordaje pertenecen al estudio estratégico de última etapa en el mapa del conflicto: la decisión del modo y forma de terminación de los diferendos. Aunque a la hora de decidir el más adecuado camino, se comience al revés, es decir evaluando la etapa final.

El acuerdo es una especie de convención al que se llega mediante formas o métodos endógenos<sup>3</sup>: azar, diálogo, consenso, negociación. O a través del método exógeno de la mediación. Los primeros son gerenciados directamente por las partes mientras, que en el segundo cumple esa función el tercero mediador que organiza, ordena, genera el camino de posible solución, viabilizando la negociación.

Es decir que la primera gran decisión que enfrentan las partes ante un problema, es elegir la forma de finalizarlo. Si otorgan al entuerto configuración jurídica, ingresarán además, otros terce-

---

<sup>2</sup> R. ENTELMAN, *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2009, pp. 201 a 206.

<sup>3</sup> R. ENTELMAN, *Los métodos son las formas de materializar el modo elegido*, cit., pp. 204 a 206.

ros parciales, los abogados. El juego acaba entonces por complejizarse ante la presencia de dos partes y terceros con distintos roles.

El primer movimiento de los negociadores o del mediador es advertir la sinergia entre la parte y su letrado. Porque si no la hay, la negociación requerirá de una etapa previa y la mediación, de intervenciones cruzadas en las que el mediador tendrá que intentar alinear la voluntad del directo involucrado con la de su abogado. (Es sabido que el interés del cliente tiene una configuración jurídica llamada pretensión, que en general no expresa la verdadera meta perseguida por aquél)

Los sistemas y modelos de solución adecuada de conflictos en los estados democráticos modernos, priorizan la autonomía de la voluntad; por tanto la legislación procesal está atravesada por ese principio de materialización de libertad: prioridad de elección del ciudadano en la pacificación del conflicto del que es partícipe y en el que la comunidad acompaña sin apropiarse de la participación del titular del problema.

La base es entonces la co-construcción de normas de solución; ello es el acuerdo como regla, como ley para las partes.

1.2. En Argentina se puede observar el proceso de fortaleza que se otorgó al principio de la autonomía de las partes al insertarlo de manera transversal con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en 2015.

El principio de autonomía de la voluntad<sup>4</sup>, que ya tenía buena acogida en la doctrina contractual y que se plasmaba a través del conocido principio de “pacta sunt servanda”, cobra en

---

<sup>4</sup> Al respecto véase J.M. APARICIO, *Contratos, Parte general*, Editorial Hammurabi, t. I, Buenos Aires, 1997, p. 87. *El principio de la autonomía negocial consiste en la facultad de los particulares de regir y gobernar sus intereses mediante manifestaciones de voluntad adecuadamente expresadas.* López de Zavalía lo define en términos de poder, es decir afirma que la autonomía privada es el poder que compete a los particulares para crear no jurídicas. No es común de los contratos sino común a todos los negocios jurídicos siendo la expresión autonomía de la voluntad producto o fruto d pasajera concepción histórica. Libertades Existe en primer lugar la libertad de conclusión o libertad de contratar y se trata de la posibilidad ofrecida a cada persona de contratar o no contra de elegir con quien. En principio se es libre de no contratar y se encuentra una excepción por ejemplo en el supuesto del

la actualidad, protagonismo y relevancia en el cambio de paradigma socio jurídico. Su acogida transversal alienta y permite así, la aplicación de nuevas formas jurídicas de terminación de conflictos basadas en la participación activa e informada del ciudadano.

## *2. La estrategia y los acuerdos logrados en mediación. Sólo el acuerdo es el éxito de la mediación?*

2.1. Luego del devenir del procedimiento de mediación, y como etapa final de la misma se vierte el contenido del trabajo realizado en un instrumento formal: el acta de cierre que es su materialización. Recapta el convenio plasmado, construido desde el acuerdo hablado y trabajado. O para el caso de que no se arribe a acuerdo, se incorporan sólo los datos de los involucrados sin dejar constancia del contenido de las reuniones. El acta es, en suma, el fruto de la decisión consensuada: acordar o no hacerlo yendo en búsqueda del modo impositivo.

En el acta de cierre pueden registrarse distintas situaciones:

- a) Que haya acuerdo: es decir que los involucrados en el procedimiento lograron solucionar la cuestión que atrajo la mediación y registran el contenido de las negociaciones asistidas por el tercero en el acta de cierre. Pueden acordar total o parcialmente.
- b) Que no haya acuerdo: la otra posibilidad es que llegado el caso las partes no han logren superar las barreras del conflicto, o que hayan decidido no trabajarlas en mediación porque por decisión consideren que hay alternativas por fuera de la mesa de negociación (MAAN).
- c) Que el requerido no se presente: en cuyo caso quedará reflejada su incomparecencia como promotora de la frustración de la instancia.

---

art. 1324: "Nadie puede ser obligado a vender sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo". Luego la libertad de configuración o contractual por la que se determina el contenido contractual. Ella se encuentra asegurada en el art. 1197 del Código Velezano y en sentido las partes pueden elegir tipos contractuales o entran en el terreno de la atipicidad. Véase F. LÓPEZ DE ZACALÍA, *Teoría de los contratos*, Tomo I, apartado &6, Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1985, pp. 150 ss.

- d) Que haya un *impasse*<sup>5</sup>: puede darse la circunstancia que el conflicto aún no esté en su punto de maduración, siendo recomendable un tiempo de espera que permita zanjar esta circunstancia; obtener información necesaria que permita volver a las reuniones en su tiempo. Consideramos que el abrir *impasse* es una decisión probablemente táctica, que puede ser utilizada por la parte indecisa o carente de recursos de poder que le permita nivelar el intercambio<sup>6</sup>.

Se dejará entonces constancia en el acta de cierre de todas estas circunstancias:

- a. Para el caso de la situación a), si el acuerdo arribado es total o parcial, es decir sobre qué rubros se acordó y bajo qué términos y condiciones. En este aspecto el abogado que asiste a la parte tiene una importante tarea de control frente a estas motivaciones del cliente. La utilización del proceso de mediación debe ser un medio que tenga en miras y como incentivo el cumplimiento de lo acordado, por supuesto viable y no sólo una etapa utilizada para la famosa y tan mentada maniobra dilatoria<sup>7</sup>.

Para el caso de que el acuerdo sea parcial, porque la parte puede llegar a tener mejores posibilidades por fuera de la mesa de negociación respecto de determinados puntos sobre los que no se acordó o porque simplemente está impedido de negociar sobre esos puntos<sup>8</sup>, el mediador debiera dejar asentado incluso, las cuestiones no acordadas en el acta de cierre. Constancia lo que por supuesto emitirá el Centro de Mediación respectivo a efectos de dejar expedita la vía judicial para aquellas sin resolver.

---

<sup>5</sup> Véase M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, 2ª Edición, Editorial Alveroni, Córdoba, 2017, pp. 229 ss.

<sup>6</sup> Idem nota anterior p. 96.

<sup>7</sup> Algunas consideraciones merecen especial mención, que son aquellas realizadas por una de las partes, donde la misma demuestra entusiasmo en el acuerdo y a la postre termina no cumpliendo de manera total. Este puede ser un mero ejemplo de maniobra dilatoria, incentivada por el propio letrado o incluso por la parte involucrada.

<sup>8</sup> Artículo 26 Ley de Mediación 10543 de Córdoba, Argentina.

- b. El no acuerdo tiene variables en la ley de Córdoba, que no sólo se refieren literalmente a la voluntad de no mediar, sino a la incomparecencia del requerido principal, de manera injustificada y después de la primera reunión<sup>9</sup>. Para el caso de aquellas reuniones a las que no se pueda asistir pero justificadamente, se podrá realizar mediación a través de medios electrónicos<sup>10</sup>. Caso contrario la instancia se considera cerrada por inasistencia, con sanciones – multas – si estuvieran previstas<sup>11</sup>, y quedando habilitada para el requirente la etapa judicial respectiva. A esos fines el Centro Judicial de Mediación emite – en Córdoba – el certificado, requisito de admisibilidad de la demanda.

Podemos considerar también que no se ha logrado acuerdo en la mesa de negociación, posiblemente porque alguna de las partes estime que existen elementos fuera de la mediación que le son más favorables. Según la perspectiva estratégica del abogado, por ejemplo, el juicio podría ser una opción más redituable para el cliente.

En Argentina, en las jurisdicciones – como en Buenos Aires y en Córdoba – donde el sistema de mediación es de previo cumplimiento, la instancia de mediación es requisito de acceso a los tribunales, es decir requisito de admisibilidad para litigar.

2.2. Sin perjuicio del resultado formalizado de la mediación – con / sin acuerdo o ausencia de algún involucrado –, el resultado sustancial, de fondo, puede ser otro. Por cuanto la información recibida e intercambiada en las reuniones, aporta variaciones en la conducta procesal de las partes; en el redireccionamiento de las pretensiones o su abandono.

---

<sup>9</sup> El artículo 19 de la Ley 10.543 establece la comparecencia de la persona humana de manera personal y con asistencia letrada. Arts. 19, 21 y 22 Decreto Reglamentario Ley 10.543.

<sup>10</sup> *La mediación electrónica se entiende como aquella que se realiza mediante la utilización de la tecnología adecuada para posibilitar la comunicación a distancia entre las partes y los mediadores y que garantiza la confidencialidad de la comunicación mediante la encriptación de los datos transmitidos.* Art. 20 Decreto Reglamentario 1705/18.

<sup>11</sup> Art. 22 Ley de Mediación 10.543.

Algunos modelos de mediación miden el éxito a través del logro de un acuerdo<sup>12</sup>. Sin embargo, consideramos que el acuerdo refleja sólo una parte del gran trabajo que hay detrás de las reuniones de mediación. A decir verdad, en mediciones de éxito o fracaso, el contacto directo entre las partes con un diálogo mucho más amistoso y ameno generará otro tipo de relación; la escalada del conflicto<sup>13</sup> descenderá. Este tipo de situaciones se ven reflejadas de manera positiva en disputas entre vecinos o incluso las familiares, en donde la relación entre las partes es necesaria o incluso complementaria a la resolución. El letrado patrocinante debe comprender en su estrategia este tipo de situaciones, sin perjuicio del resultado auto o heterocompositivo.

La ley de mediación de Córdoba, si bien adhiere a un sistema centralizado y de hegemónico control estatal de la instancia, muestra una marcada tendencia hacia la autonomía de la voluntad de las partes en sus decisiones de derecho de fondo, criterio establecido con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, al otorgar primacía a lo que las mismas acuerden dentro del marco del orden público, y siempre y cuando tengan capacidad<sup>14</sup>.

Nuestra afirmación está basada en que, si bien la norma diferencia entre acuerdos celebrados en ámbitos públicos – Centro

---

<sup>12</sup> Los modelos de mediación no se presentan como disyuntivos, sino que es conveniente analizar en qué casos utilizar un modelo u otro o incluso una mezcla de ellos. Véase M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*, cit.; O.A. GOZAÍNI, *Introducción a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, en La Mediación. Nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho Comparado* - G. ALPA-M.M. CÓRDOBA (Dir.)-V. KLUGER-A. LAJE (Coord.), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 383; M.C. DI Pietro, P. Guillamondegui Tribaudino, *Algunas consideraciones acerca de la Mediación en Argentina*, en *Quaderni di Conciliazione*, Vol. 10, Cagliari, 2019, pp.17/24.

<sup>13</sup> Véase al respecto R. ENTELMAN, *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, cit. *Etapa dinámica del conflicto - Intensidad*, p. 165.

<sup>14</sup> Asimismo hay algunos autores que no concuerdan con esta fuerza ejecutiva per se, y establecen que *se requiere por parte del mediador un conocimiento del Derecho que permita detectar convenios contrarios a éste*. Al respecto Véase M.M. CÓRDOBA (Dir)-A. LAJE, E.H.S. FERRER DE FERNÁNDEZ, M. MICELI, *Investigación sobre mediación como método alternativo de resolución de conflictos y el establecimiento de recaudos a cumplir en materia de especialización a fin de alcanzar la eficacia del recurso propuesto*, en *La Mediación*, cit., p. 313.

Judicial de Mediación u otros centros dependientes del Estado Provincial – y privados de mediación, los equipara en validez mientras reúnan las condiciones establecidas por ley otorgándoles por ende plena ejecutabilidad una vez protocolizada el acta de cierre o en su caso producida la homologación judicial, como se dirá infra. Asimismo, posibilita la realización de mediaciones en ámbitos extrajudiciales en los que cualquier participante puede solicitar luego homologación judicial de los acuerdos celebrados (ello en salvaguarda de derechos de terceros y para evitar la afectación del orden público).

3. *El acta de cierre como culminación formal del proceso de mediación. Protocolización.* – Como se dijo, sin perjuicio del resultado formal, la mediación culmina siempre con el acta de cierre de la instancia. Este instrumento procesal en jurisdicciones donde no se requiere homologación – es decir venia de un tribunal – es determinante, fundamental; debiendo contener de manera obligatoria, los requisitos que establezca la ley, habida cuenta su fuerza ejecutoria directa. Por ejemplo, contendrá los datos de los participantes de la mediación, mediadores intervinientes, cantidad de reuniones realizadas, el resultado formal, entendiéndose en el caso de acuerdo los rubros acordados, los honorarios y la tasa de justicia que deben pagarse como costos del trámite<sup>15</sup>. El acto mismo de protocolización de tal instrumento se limitará al control administrativo de cumplimiento de los requisitos indicados supra, a efectos de su registro. (La protocolización, es el acto administrativo de control de requisitos formales del instrumento que contiene el acuerdo o da cuenta del envío al juez ante los otros supuestos. La validación del acta culmina con su asiento en registros especiales a cargo de la autoridad de aplicación).

El acta así protocolizada y registrada, constituye instrumento de ejecución del acuerdo o en su caso, será habilitante de la instancia judicial, pudiendo al actor interponer su demanda ante el juez competente.

Para el caso de que no haya acuerdo el acta de cierre reflejará tal circunstancia pero sin que conste lo ocurrido en las re-

---

<sup>15</sup> Arts. 26 de la Ley 10.543 y Art. 27 del Decreto Reglamentario 1705/18.

uniones. Siendo ello claro reflejo de la confidencialidad de las actuaciones, principio sustancial de la mediación. El acta de cierre refleja solo el acuerdo entre las partes, su individualización, tiempo y ámbito de desarrollo – público o privado –.

En suma, en los sistemas que imponen la mediación como de instancia previa al juicio, el acta de cierre constituye el instrumento fundamental. Los errores de forma la hacen anulable (por ej. equívocos en el número de páginas, costo de la mediación, etc.) y los de fondo la nulifican (por caso, identidad de las personas, su capacidad, domicilios, firmas, etc.).

4. *El acta de cierre como documento autónomo de ejecución de los acuerdos y de honorarios de abogados y mediadores.* – En sistemas en los que se ha adherido al acceso a la justicia a través de los métodos de autocomposición como la mediación previa, las mediaciones, tanto las celebradas en ámbitos extrajudiciales como judiciales, pueden concluir con acuerdos válidos entre los involucrados<sup>16</sup>. Una ley de mediación con un sistema mixto (que contemple todo tipo de conflictos, incluso aquellos susceptibles de judicializarse), abarca una mayor posibilidad de celebración.

Cuando hablamos de ejecutabilidad del acuerdo de mediación – en este tipo de sistemas – nos estamos refiriendo a los casos en los cuales una de las partes no cumplió y la posibilidad que se deja abierta es la ejecución del mismo.

Tal como se dijera, la protocolización bastará por sí sola para instar su ejecución (en los casos en donde no se requiera la homologación judicial), y servirá no sólo como certificado apto para iniciar la demanda en caso de no haber arribado al acuerdo, o en caso de acuerdo parcial, sino también como título para ejecutar el acuerdo comprometido y ejecutivo para el cobro de honorarios de letrados y mediadores – Arts. 29 de la Ley 10.543 –. Ello advierte la importancia del puntilloso cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales en la confección de esta acta, título ejecutivo hábil.

Hay situaciones en particular donde la ley reclama la homologación judicial del acuerdo arribado, en razón de considerar que

---

<sup>16</sup> Ver Art. 29, 45 de la ley 10.543.

se encuentra involucrado el orden público (vg. inscripciones registrales de bienes, o cuando se encuentren involucrados derechos de incapaces o con capacidad restringida). El Estado confiere a los jueces a posibilidad para enmarcar dichos acuerdos en el ordenamiento jurídico argentino, para evitar se violente el orden público. El procedimiento está regulado por las leyes de mediación para que en un eventual incumplimiento los involucrados puedan concurrir a los fines de su ejecución, pero sólo ingresándolos al sistema judicial, con las normas y reglas preestablecidas<sup>17</sup>. El trámite de homologación judicial está exento de cualquier tipo de tasa.

Otra situación que deriva en homologación judicial está contemplada por la ley para el caso de mediación intraprocesal, es decir, la remisión por pedido de parte o por derivación del juez al sistema de mediación, en cuyo caso el acuerdo retorna al juzgado que le dio origen para su debida homologación y recién allí poder ejecutarse una vez que quede firme la misma.

Dejamos a salvo, por sus particularidades, los casos penales, que si bien están excluidos de ser mediados, podrán recibirse – algunas causas – para mediar durante el procedimiento de querrela (actor civil en juicio criminal), previa autorización o remisión del Fiscal o el Juez interviniente según el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba<sup>18</sup>.

## 5. Colofón

- Uno de los cuatro modos de solución de los conflictos es la convención.
- El acuerdo es una especie de convención al que se llega mediante formas o métodos endógenos<sup>19</sup>: diálogo, consenso, negociación. O a través del método exógeno de la mediación.

---

<sup>17</sup> Véase, C. PILIA, *L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione*, en Quaderni di Conciliazione N° 7, Edizioni AV di Antonino Valveri, Cagliari, 2017

<sup>18</sup> Véase ley de Córdoba 10543, Art. 6, inc. 1 (exclusiones). En general se receptan causas de delitos de instancia privada o por derivaciones de causas de menores y adolescentes en infracción a la ley penal

<sup>19</sup> R. ENTELMAN, *Los métodos son las formas de materializar el modo elegido*, cit., pp. 204 a 206.

- La primera gran decisión que enfrentan las partes ante un problema, es elegir la forma de finalizarlo.
- La base es entonces la co-construcción de normas de solución; ello es el acuerdo como regla, como ley para las partes.
- Si, a efectos de agilizar la efectividad del acceso a la justicia al que se ingresa a través de la instancia de mediación, la legislación adhiere a la posibilidad de ejecución directa del acuerdo – como voluntad común traducida por las partes –, habilitándola asimismo como título ejecutivo de honorarios, los requisitos formales en la confección del instrumento de ejecución – acta de cierre de la instancia –, a efectos de evitar nulidades, deben ser estrictos y respetarse a ultranza.

#### Bibliografía:

- G. ALPA, M.M. CÓRDOBA (Dir.), V. KLUGER, A. LAJE (Coord.), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- J.M. APARICIO, *Contratos, Parte general*, Editorial Hammurabi, t. I, Buenos Aires, 1997.
- P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Vol 1. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Librería EL Foro. Buenos Aires. 1996.
- M.C. DI PIETRO, *La Superación del Conflicto*. 1 ed. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011 y 2ª Ed. 2017.
- M.C. DI PIETRO, P. GUILLAMONDEGUI TRIBAUDINO, *Algunas consideraciones acerca de la Mediación en Argentina*, en Quaderni di Conciliazione, Vol. 10, Cagliari, 2019.
- R. ENTELMAN, *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2009.
- E.H.S. FERRER DE FERNÁNDEZ, M MICELI., *Investigación sobre mediación como método alternativo de resolución de conflictos y el establecimiento de recaudos a cumplir en materia de especialización a fin de alcanzar la eficacia del recurso propuesto*, en *La Mediación* - G. ALPA, M.M. CÓRDOBA (Dir.), V. KLUGER, A. LAJE (Coord.), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- O.A. GOZAÍNI, *Introducción a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, en *La Mediación. Nuevas investigaciones y aportes*

María Cristina Di Pietro, Paula Guillamondegui Tribaudino

*desde el Derecho Comparado* - G. ALPA, M.M. CÓRDOBA (Dir.), V. KLUGER, A. LAJE (Coord.), Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

- F. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, Tomo I. Editorial Zavalia, Buenos Aires, 1985.
- C. PILIA, *L'essenza volontaria del procedimento di mediazione e dell'accordo di conciliazione*, en *Quaderni di Conciliazione* n° 7, Edizioni AV di Antonino Valveri, Cagliari, 2017.

### *Legislación*

- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Ley de mediación de la Provincia de Córdoba Ley 10.543 y su Decreto Reglamentario N° 1705/18

FRANCESCA NANNI\*

## LA MEDIAZIONE PENALE: PRINCIPI E REGOLE ORGANIZZATIVE

SOMMARIO: 1. L'autonomia della mediazione rispetto al processo penale. – 2. Esperienze e prospettive applicative nell'organizzazione della mediazione penale.

1. *L'autonomia della mediazione rispetto al processo penale.* – L'attività di mediazione nel settore penale, come è strutturato, funziona male, affermazione che viene confermata dagli attori del processo: la mediazione può essere una via, da una parte, per aiutare il sistema a funzionare meglio (in un'ottica di deflazione del contenzioso), dall'altra per introdurre dei principi di giustizia riparativa che servono ad allargare l'orizzonte degli stessi attori del processo penale.

Sull'autonomia della mediazione rispetto allo svolgersi del procedimento penale si scontrano due opposte visioni: da una parte, la mediazione per essere efficace deve comportare un punto di incontro fra vittima e autore del reato che porterebbe ad una soddisfazione della prima, una riconciliazione delle parti e servirebbe a evitare una recidiva del reo. Sostanzialmente la mediazione penale per essere efficace deve essere autonoma: deve avere uno spazio proprio ed evitare di essere soggetta alle interferenze da parte delle varie agenzie.

Le esperienze europee sono diversificate sul punto: in alcuni Paesi addirittura è la polizia, quindi nelle primissime fasi del procedimento penale, che interviene con un'attività e promuove la mediazione, in altri ordinamenti è il pubblico ministero, in altri ordinamenti ancora può intervenire nella ultimissima fase del processo.

---

\* Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Cagliari.

La mediazione può aiutare a rendere più efficace il procedimento penale che è uno strumento estremamente pesante e complesso, che per funzionare deve essere limitato a un numero di casi gravi: quindi, si potrebbe pensare ad una autonomia temporanea nel processo della mediazione. Una volta avviata, deve essere autonoma rispetto alle agenzie che intervengono nel procedimento penale che però conservano una facoltà di interruzione e ripristino del procedimento stesso nel caso in cui la mediazione non vada in porto. Quindi, il modo più corretto di impostare il problema è quello della autonomia temporanea.

L'altro principio basilare di questo sistema è la volontarietà sia della vittima che dell'autore del reato. Il mediatore deve essere imparziale: non si potrebbe accettare una adesione da parte dell'autore del reato che sia basata semplicemente sulla prospettiva di ottenere dei benefici e, quindi, di cavarsela in qualche modo rispetto alle sanzioni penali pesanti che lo attendono, ma ci dovrà essere una base di volontarietà reciproca.

Un'altra cosa fondamentale nella mediazione penale è stabilire se la figura del mediatore debba essere un mediatore professionale o un mediatore volontario. Anche in questo nei sistemi europei ci sono diversi esempi: chi ritiene che il mediatore volontario garantisca una maggiore vicinanza con quello che può essere il sentire comune della società rispetto a determinati fenomeni criminali (quindi un collegamento diretto maggiore con la società). È però da osservare che in ragione della delicatezza del processo di mediazione il mediatore dovrebbe essere un mediatore professionale, cioè deve avere una preparazione specifica su quelli che sono i suoi compiti.

Un sistema misto di questo genere è presente in Europa. Si può pensare a un sistema basato su un numero di mediatori volontari che però operano sotto il controllo di alcuni mediatori professionali, perché una base di professionalità ci deve essere: questo non vuol dire che il mediatore per essere efficace deve essere un mediatore avvocato e non deve essere un mediatore psicologo, non è detto neanche che debba avere una preparazione giuridica. Al mediatore che si avvicina a questo tipo di attività deve essere ben chiaro che lui non agisce come un avvocato di parte civile o dell'indagato, né agisce come uno psicologo.

A quali reati e quando fare intervenire la mediazione? si può pensare a reati meno gravi, si può pensare anche a interventi in reati di maggiore gravità. Quanto al momento di attivazione della mediazione, per motivi spiccioli di economia processuale, economia di risorse, di strutture (sappiamo tutti le condizioni in cui dobbiamo operare con una carenza cronica di strutture, mezzi e persone), a mio avviso sicuramente si dovrebbe impostare un sistema di mediazione fin dalle prime fasi del procedimento, se non altro per provare a risparmiare risorse in futuro.

La mediazione non dev'essere vista in modo esclusivamente umanitario, infatti il mediatore non è uno psicologo e non deve esserlo: è una persona che punta alla riconciliazione di un conflitto in modo da garantire alla persona offesa un risarcimento dei danni anche morali subiti e dall'altra parte mira a evitare una recidiva nel reato che è stato commesso. Per questo si deve prescindere da una impostazione esclusivamente umanitario. Un'attenzione anche ai problemi della persona, vittima o imputato, indagato è anche propria del sistema penale in sé. Quindi, non dobbiamo riversare sulla mediazione diciamo una funzione di recupero esclusivamente volta così a venire incontro alle esigenze dei singoli, mentre ci arrochiamo su una funzione esclusivamente preventiva e repressiva della sanzione penale in sé, perché non è questa l'unica funzione del nostro sistema penale.

Quindi, anche l'ordinamento penale deve essere ispirato entro determinati limiti ad una considerazione umanitaria ad esempio dei rapporti fra vittima e autore del reato. La concessione o non concessione di particolari attenuanti, la valutazione del comportamento dopo il reato nel corso del procedimento sono tutti elementi che il giudice tiene in grande considerazione al momento in cui deve decidere quale e quanta pena irrogare in caso di condanna. Sia nella mediazione che nel sistema penale una giustizia completamente anaffettiva è dannosa, secondo me, per un ordinario sviluppo della nostra società.

*2. Esperienze e prospettive applicative nell'organizzazione della mediazione penale.* – Nel procedimento penale ci sono dei momenti in cui viene valutata la relazione fra l'imputato e la vittima: per esempio nel risarcimento del danno o ancora il com-

portamento del reo è importante per il giudice, ma anche nella fase delle indagini è importante ad esempio per stabilire se ci sono e in che misura le esigenze cautelari; acquisisce poi un'importanza forse anche maggiore nella fase del giudizio, al momento della decisione sulla personalità del reo, nel caso venga riconosciuto responsabile per la quantificazione della pena.

In realtà ha un'ulteriore importantissima caratterizzazione nella fase successiva nella fase di esecuzione penale se si sbaglia o non si dà il giusto risalto a questa fase tutto quello che è venuto prima rischia di essere stato inutile. Nella fase dell'esecuzione penale e a questo punto non mi riferisco tanto alla fase specifica di competenza della Procura che deve stabilire se e in che modi il titolo esecutivo deve essere posto in esecuzione, ma alla fase successiva di competenza del Magistrato di Sorveglianza che deve stabilire le modalità di esecuzione della pena, è necessaria di nuovo una valutazione precisa del comportamento nei confronti della società, nei confronti della vittima. Ci sono una serie di momenti sicuramente nel procedimento penale dal suo inizio fino al suo esito durante i quali sicuramente si valuta la relazione però non si pongono in relazione i due soggetti, non si costruisce un momento autonomo nel quale i due soggetti vengono posti uno di fronte all'altro con una seria e professionale attività di mediazione.

Non sono presenti strumenti per valorizzare e valutare certi comportamenti come nella mediazione. Per esempio, la messa alla prova spesso prescrive anche alcune forme di risarcimento di ristoro però normalmente è uno strumento che prevede, ad esempio, un lavoro di pubblica utilità e, quindi, non nei confronti solo della persona che ha subito un'offesa, ma è una pena alternativa, è un qualcosa che sostituisce a favore della collettività quella che era la pena classica.

Io penso che momenti di vera e propria mediazione nell'ambito del procedimento penale, differenti da questi momenti già presenti ma incompleti, ci possono essere. La mediazione in campo penale può essere studiata e deve essere affidata a soggetti professionali o a soggetti volontari ma sotto il controllo di soggetti professionali, perché mediare è una cosa difficilissima e per come è strutturato il nostro sistema con tutte le difficoltà

che troviamo dobbiamo anche avere un occhio di riguardo alla efficienza del sistema.

Questi momenti di mediazione andrebbero collocati nelle prime fasi del procedimento penale semplicemente e banalmente perché abbiamo l'esigenza per riguadagnare in termini di efficacia e, quindi, di efficienza, abbiamo la necessità tutti quanti di concentrarci su un numero di casi minore che meriti un'attenzione particolare.

Ultima considerazione, perché penso che ci possa comunque essere spazio per momenti di questo genere. Io quando facevo l'avvocato mi occupavo di arbitrati nel diritto marittimo commerciale fallimentare, non trattavamo cause penali. Però fino a 10-15 anni fa circa era abbastanza diffusa una pratica da parte dei pubblici ministeri che si chiamava "tentativo di conciliazione".

In genere, era svolto benissimo dalle forze di polizia soprattutto dai marescialli vecchio stampo delle piccole stazioni nei piccoli paesi o nelle zone di montagna, dove maresciallo conosce bene insomma le famiglie, sa muoversi, è rispettato ed è autorevole. Noi pubblici ministeri in quel periodo trovavamo giovamento da questa attività che era il tentativo di conciliazione che dava dei risultati notevoli all'inizio delle indagini, per esempio nei casi di lesioni, percosse, ingiurie e risse per remissione di querela a seguito di tentativo di conciliazione fatte da queste persone autorevoli, con una loro preparazione.

Oggi tentativi di conciliazione non si fanno più: i carabinieri hanno in parte mutato i loro compiti, in parte forse non ci sono neanche più quei marescialli delle piccole stazioni, salvo casi rarissimi non viene più utilizzato. Però quello strumento ci dava un'indicazione e un segnale che magari oggi è giusto, utile e opportuno recuperare attraverso diverse figure professionali ovviamente con diversi strumenti che io comunque manterrei sempre nella fase preliminare degli accertamenti di polizia una volta che vengono portati alla conoscenza del magistrato e quindi del pubblico ministero.



GIACOMO CAO\*

## IL SISTEMA DEI DISTRETTI E LA PROGETTAZIONE INTERNAZIONALE

Innanzitutto ringrazio tutte le autorità civili presenti, è un piacere essere qui per diversi motivi, il primo forse un po' personale, qualcuno ricorderà insomma che un grande scienziato di cui sono indegno nipote che si chiamava Antonio Cao è stato il maestro del fratello più grande dei due fratelli Pilia oggi presenti e quindi per me è veramente un onore essere qui a ricordare questa lunga amicizia che mi lega profondamente alla famiglia Pilia; il secondo motivo, è che sabato sera in prima mondiale un socio del distretto aerospaziale della Sardegna ha consentito il raggiungimento di un obiettivo straordinario: per la prima volta al mondo un paziente affetto da sclerosi laterale amiotrofica, il grande Paolo Palumbo, è riuscito a pilotare dal suo letto a Oristano un drone che volava a Perdasdefogu attraverso un puntatore oculare di nuova generazione e attraverso un software che questo socio ha costruito e realizzato. Per noi è fonte di orgoglio e siamo grati di condividere con tutti voi questo risultato. Il terzo motivo per cui è davvero un piacere essere qui è perché spero che il Prof. Carlo Pilia, in un programma assolutamente pieno di iniziative veramente interessanti consenta di dare un grande supporto al distretto.

È stato un piacere per me scoprire che un ingegnere possa diventare mediatore: quindi questo è un primo elemento che credo sia utile mettere in evidenza. Naturalmente il secondo elemento riguarda l'obiettivo di portare il Presidente del Consiglio qui a Cagliari, ringrazio i promotori di questa iniziativa perché credo che indipendentemente dalle idee politiche di ognuno di noi, avere una rappresentanza sia un fatto di estrema rilevanza,

---

\* Presidente DASS.

anche perché ovviamente gli è stato anticipato un importante progetto che riguarda ovviamente il Pianeta Marte e che ci auguriamo di poter portare avanti; al momento io sono il coordinatore scientifico *in pectore* ma finché il progetto non sarà approvato parliamo di ipotesi ancorché di ipotesi di una certa rilevanza per la Regione Sardegna, per l'Italia e per l'università di Cagliari perché questo progetto potrebbe vedere applicate nello specifico un brevetto internazionale di proprietà del distretto nato nell'ambito di una ricerca che io stesso coordino per conto dell'agenzia spaziale italiana negli anni a cavallo tra il 2009 e il 2012 .

Il distretto aerospaziale è una rete, una società Consortile a responsabilità limitata con 28 soci, l'unico distretto in Italia che presenta una fondazione bancaria che è riuscita a mettere in campo e a vedere approvati progetti per oltre 54 milioni di euro, di cui solo 13 nazionali mentre tutto il resto è privato quindi un'operazione di grande rilevanza che dà dimostrazione di quanto l'essere rete sia cruciale per trovare degli sbocchi progettuali di alto livello.

Mi permetto di dire che voi mediatori potete entrare in questi contesti progettuali in quanto le risorse esistono e sono tante, occorre trovare il mezzo giusto anche perché siete una numerosità particolarmente elevata siete quasi una realtà professionale che può essere gestita con un giusto percorso una giusta realtà societaria che possa rappresentarvi tutti e possa essere il veicolo per ottenere risorse. Sono infatti sicuro che le progettualità non manchino anche perché se all'interno di questa compagine ci sono le professioni universitarie, esse per loro natura sono degli abili progettisti.

In conclusione, mi sembra importante sottolineare, visto che siamo in una delle biblioteche più prestigiose, che certi tipi di sviluppi, certi tipi di idee, certi tipi di azioni non è un caso che passino attraverso l'università non è un caso che possano e vedano l'università come promotrice. Vorrei insomma anche ringraziare sotto certi aspetti l'ateneo che comunque ha supportato questo tipo di iniziativa mettendosi a disposizione sia sotto il profilo della tempistica organizzativa sia sotto il profilo sillogistico. Spero che abbiate al più presto possibile lo strumento che vi consenta di acquisire risorse che sono sempre cruciali per poter crescere nel modo più rapido possibile. Grazie davvero.

PAOLA ILIANA DE LA ROSA RODRIGUEZ\*

## ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, IMPLEMENTACION Y FUNCIONAMIENTO DE LA MEDIACIÓN EN MEXICO

SUMARIO: I. Introducción. – 2. II. Caminos alternativos de solución de controversias y renuncia a la justicia estatal. - 3. Motivación del Estado Mexicano para la creación de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Penal. - 4. Mayor satisfacción ante a los acuerdos concertados. - 5. Conclusion

1. *Introducción.* – La solución de conflictos a través de los órganos jurisdiccionales ha sido una práctica arraigada en la sociedad mexicana. Por siglos, el hábito de las partes involucradas en un conflicto ha sido acudir a un tribunal en busca de una respuesta al mismo. En este tenor, el papel del órgano jurisdiccional es estudiar y analizar los pormenores del caso y culmina con la imposición de una sentencia que muchas veces no conforma a ninguno de los contendientes. Dentro de las principales críticas a este modelo de impartición de justicia se observa un fallo que si bien es cierto se apega a la ley, no toma en consideración las circunstancias particulares asociadas en cada caso por no estar éstas previstas en el texto legal; y en el caso de la justicia penal, la asignación que hace el tribunal respecto de la multa o privación de la libertad del acusado, lejos de reparar el daño al ofendido, lo alejan más de ver recompensado el menoscabo sufrido en su persona, bienes y/ o familia. Inclusive la solución que se logra con este esquema es a largo plazo. Se ha llegado a considerar que la actividad jurisdiccional y la imposición coactiva del contenido de la sentencia no resuelve el conflicto original en forma definitiva. Ante esta crisis en la forma tradicional de hacer justicia, se contemplan alternativas de solución de conflictos llamadas a satisfacer a los involucrados en

---

\* Profesora de derecho en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

una controversia. El nuevo sistema de justicia penal en el que la sociedad mexicana incursiona desde junio del 2008, a través de los artículos 17 y 18, eleva a rango constitucional mecanismos alternos de solución de conflictos. Estos son mecanismos establecidos por la ley que bajo ciertos presupuestos legales de procedencia ponen término al procedimiento penal sin necesidad de que el asunto sea conocido en el juicio oral. A diferencia de un litigio que supone el enfrentamiento y alejamiento de los contendientes, los métodos alternos de solución de conflictos llevan implícito el acercamiento entre dichas partes. Se parte de la base de que son ellos los que conocen las circunstancias del evento que dio origen a la controversia y que por lo tanto, conocen cómo pueden resolver su diferencia. Con estos instrumentos se pretende que las partes se acerquen, dialoguen, establezcan puntos de interés mutuos y gestionen por sí mismos, o mediante un tercero, un arreglo satisfactorio para ambas partes. Se debe dejar claro que el propósito de estos modelos es signar y cumplir un acuerdo voluntario que sea benéfico para los contendientes, de otra forma ellos no estarían dispuestos a firmarlo y a quedar obligados por dicho convenio. Por otra parte, un método alternativo de solución de conflictos busca fortalecer y dar continuidad a las relaciones personales, laborales o de negocios que fueron fracturadas por la desavenencia y que ante un litigio se verían desvanecidas y quebrantadas.

Los métodos alternos ofrecen a los disputantes una respuesta extrajudicial a su conflicto en la que son ellos mismos quienes procuran avenir sus intereses, pero además resultan ser, de hecho, los artífices del desenlace que éste presente.

*2. Caminos alternativos de solución de controversias y renuncia a la justicia estatal.* – Los medios alternos consisten en someter una disputa a un tercero imparcial, ajeno al poder público, renunciando a las acciones judiciales en beneficio de los implicados en la misma. Se trata de confiar la terminación de un conflicto en los mismos contendientes quienes en la mayoría de los casos pueden encontrar soluciones mutuamente satisfactorias. En otras ocasiones, necesitarán la ayuda de un tercero neutral que los ayude a crear los puentes de comunicación no existen-

tes entre las partes, que los aproxime y pueda hacerles ver que también tienen intereses en común. Al tratarse de una renuncia a la acción jurisdiccional, ha emanado la duda sobre la inconstitucionalidad de que los ciudadanos depongan la justicia del poder público y en su lugar acudan a instituciones privadas. Sin embargo, el derecho a obtener la justicia de los tribunales no es un derecho irrenunciable; siempre y cuando los contendientes convengan en someter la solución de su disputa ante un tercero imparcial o ante ellos mismos, tienen la libertad de renunciar a su derecho de ser juzgados por medio de la justicia estatal pero no por ello se está actuando en contravención a los principios legales. Asimismo, la firma de un acuerdo obtenido mediante un medio alternativo de solución de conflictos no prohíbe a las partes el acceso a los tribunales estatales. Las partes pueden acudir ante un juez para que ratifique el acuerdo y lo haga definitivo y vinculante para ellas, de igual manera pueden solicitar ante un tribunal la nulidad del acuerdo si estuvo viciado o bien la inejecución del mismo.

*3. Motivación del Estado Mexicano para la creación de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en Materia Penal.* – Entre los motivos que dan génesis a este cambio legislativo se encuentra que la política del Estado mexicano en seguridad y justicia no puede ser únicamente punitiva. Se reconoce además que la víctima, que es una de las protagonistas del delito, fue sustraída del mismo y que el conflicto penal pasó a manos del Estado, descuidando su reparación del daño. Ante esta lógica, se desconoció que el delito es un conflicto entre dos o más personas y que en torno a él se desarrollan una conjunción de causas, consecuencias y soluciones, todas ellas diversas a las teorías y figuras estatales creadas desde la época medieval para castigar las conductas delictivas. La iniciativa advierte que el delito deriva de un conflicto humano y que como tal, puede ser resuelto por las mismas partes que lo han vivido, pudiendo prescindir de la función punitiva del Estado, que supone desgaste emocional, económico y que tiene como efectos altos costos sociales. Tal reforma atiende a recomendaciones internacionales que han establecido alternativas novedosas en la materia desde

la década de los ochenta del siglo XX y que han pretendido que la política penal evolucione hacia la sustitución de penas privativas de libertad a cambio de una indemnización de la víctima a cargo del infractor.

Asimismo, la propuesta emana de la Resolución 40/34 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, la cual ha obligado a los Estados parte a establecer los arreglos institucionales requeridos para que las víctimas sean tratadas con compasión y respeto a su dignidad, otorgándoles acceso a los mecanismos de justicia garantizando su reparación del daño. Dicha reforma atiende a los “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” establecidos por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas el 7 de enero de 2002, los cuales definieron que las maneras alternativas al juzgamiento son posibles. También es resultado de la Declaración de Bangkok de 2005<sup>1</sup>, que establece la trascendencia de elaborar políticas, procedimientos y programas en materia de justicia restaurativa que contengan formas alternativas al juzgamiento, que eviten los posibles efectos adversos del encarcelamiento y ayuden a reducir el número de causas que conocen los tribunales penales. Cabe señalar que el establecimiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias deriva de los esfuerzos realizados desde hace más de una década tanto por los poderes judiciales de las entidades federativas y por diversas procuradurías de justicia en los que se pretende privilegiar la participación ciudadana así como fortalecer el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

4. *Mayor satisfacción ante a los acuerdos concertados.* – Esta se relaciona con el descontento social frente a las resoluciones judiciales, insatisfacción motivada además por la dilación de los juicios, el alto costo que implica el litigio así como la carencia de una actitud que permita la participación de la sociedad en la resolución de sus conflictos. Ante la sobresaturación de carga laboral, ciertamente el Estado no tiene la posibilidad de ocupar

---

<sup>1</sup> Derivada del 11° Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal.

se de todas las infracciones que tengan lugar en la sociedad por lo que se ha visto el beneficio de recurrir a prácticas que tengan mejores resultados. Por otro lado, la participación activa y dialogada de las partes en la gestión de sus conflictos, el respeto a su libre decisión, su inclusión y cooperación en la toma de responsabilidad de los intervinientes, la procuración por el restablecimiento de sus relaciones así como la reparación del daño y la restitución de la víctima y ofendido, hacen que la mediación sea un medio eficaz para mejorar la convivencia de las personas en sociedad. En México los acuerdos reparatorios (mediación y conciliación) pueden solicitarse hasta antes de la apertura al juicio oral. La mediación surge en México como una alternativa para satisfacer la necesidad de solucionar pacíficamente las controversias<sup>2</sup>.

Ha sido definida como:

*el proceso que emplea a un tercero neutral – el mediador – para facilitar las negociaciones entre las partes de un conflicto con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable<sup>3</sup>.*

La mediación es una alternativa flexible que asume el acercamiento de intereses opuestos para encontrar una respuesta extrajudicial, más rápida y efectiva al conflicto, a su vez permite la resocialización del agresor en la medida que éste permanece en su entorno social. El procedimiento de mediación se orienta hacia la construcción de un sentido de comunidad, reduciendo las tensiones existentes en un conflicto a través del entendimiento, la negociación y los acuerdos mutuos, evitando los formalismos y facilitando una rápida solución así como una convivencia armónica. Es una forma inteligente para que las partes en conflicto acuerden una solución justa al conflicto, con la certeza de que ambas partes queden satisfechas con el resultado. En ella, el mediador como tercero imparcial crea puentes de comunicación entre las partes y sin llegar a proponerlo, obtiene

---

<sup>2</sup> G. González (2006), *Desarrollo de la Mediación en Puebla. Ensayos sobre mediación*. Editorial Porrúa, México, p. 17.

<sup>3</sup> B. PICKER (2001), *Guía práctica para la mediación*. Editorial Paidós, Argentina, p.16.

el o los acuerdos a través de distintos cuestionamientos que realiza. La ley Nacional procura integrar la experiencia de numerosos programas y sistemas de justicia alternativa nacionales e internacionales que han buscado la evidente mejoría y continuidad de las relaciones sociales a través del reconocimiento de las emociones y necesidades de las partes. Ello con el afán de permitir a las partes enfocarse en los aspectos sustanciales del conflicto, tomar el control de éste y elegir las opciones posibles construyendo una solución en común. Dentro de sus 49 artículos se establecieron los principios que regirán la procedencia y desarrollo de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, consistentes en la voluntariedad, información, confidencialidad, flexibilidad y simplicidad, imparcialidad, equidad, licitud, honestidad y enfoque diferencial especializado. Se propuso que los *facilitadores fueran* personas certificadas, que directamente implementen los diversos mecanismos alternativos regulados la iniciativa. También pretende que los facilitadoras propongan y apliquen el procedimiento que sea acorde al caso concreto y con el que se pueda llegar a soluciones equilibradas, fundadas en el reconocimiento mutuo de las partes. El Título Cuarto, determina en su Capítulo III que los facilitadores deberán contar con la formación profesional apropiada y con la capacitación necesaria para llevar a cabo los procedimientos alternativos. El Título Tercero de la Ley estableció la obligación de los órganos responsables de vigilar el cumplimiento de los acuerdos conseguidos en un mecanismo alterno, a través de reuniones de revisión y de la comunicación con el Ministerio Público, ante el incumplimiento total o parcial de lo pactado.

5. *Conclusion.* – El preeminente rezago existente en los tribunales, aunado a la falta de consideración a los derechos de la víctima de un hecho ilícito han dado paso a mecanismos que además de descongestionar el sistema, contemplan la reparación del daño. El litigio en materia penal supone un enfrentamiento y combate entre las partes el cual utiliza instrumentos muy severos en su afán por castigar al culpable, sin embargo, ello no satisface los intereses de la víctima, en muchos casos. Los esquemas alternativos de justicia hacen posible el acceso de las

particulares a procedimientos que resultan más amistosos y eficientes para la solución de conflictos, así como establecer los principios, bases, requisitos y condiciones para desarrollar un sistema de métodos alternativos de justicia y regular su funcionamiento. Mencionados modelos de justicia ayudan a las partes a alcanzar soluciones a través de compromisos mutuos que resultan benéficos para ambas partes; son modalidades no represivas y por ello menos gravosas que contemplan el resarcimiento del daño a las víctimas. Estos mecanismos atienden al principio de racionalidad del derecho penal el cual sugiere que aquellos casos de menor trascendencia como delitos culposos, perseguibles por querrela y no graves, entre otros, sean resueltos con mayor celeridad de tal forma que aquellas causas juzgadas por los tribunales sean delitos que presenten mayor impacto para la sociedad.

## Bibliografía

- P. DAVID (2005), *Justicia Reparadora. Mediación penal y Probation*, Lexis Nexis, Argentina.
- G. GONZALEZ (2006), *Desarrollo de la Mediación en Puebla. Ensayos sobre mediación*. Editorial Porrúa. México.
- A. IBARRA HERNÁNDEZ (2009), *Justicia Restaurativa. Reflexiones en torno a su incorporación*. Fundap.
- K. JULIO CESAR, “Nuevos paradigmas del derecho penal a propósito de la justicia alternativa”. En Gorjón Gómez et al. *Mediación Penal y Justicia Restaurativa*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp 179-210.
- Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal texto vigente nueva ley publicada en el diario oficial de la federación el 29 de diciembre de 2014 [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP\\_291214.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNMASCMP_291214.pdf).
- Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal 29 12 2014 [http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog\\_leg/209\\_DOF\\_29dic14.pdf](http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/209_DOF_29dic14.pdf).



GRACIELA CURUCHELAR\*

## RESILIENCIA COMO ENFOQUE O ESTRATEGIA PARA APLICAR EN MEDIACIÓN

SUMARIO: 1. Resiliencia. - 2. Basado en las fuentes de la Resiliencia. - 3. Basada en los pilares de la Resiliencia. - 4. Descubrir nuestro potencial como estrategia.

1. *Resiliencia*. – Resiliencia es la condición humana para afrontar, sobreponerse y ser fortalecido o transformado por experiencias de adversidad y construir sobre ellas. Puede aplicarse en cualquier escuela de mediación como en cualquier ámbito tanto como enfoque, ya que hace foco en las fortalezas (recursos y fuentes) de cada uno de los protagonistas y del mediador/a o bien, como estrategia de trabajo para potenciar en las partes los pilares que la sostienen (introspección, creatividad, humor, pensamiento crítico, capacidad de interacción, moralidad, independencia, iniciativa, autoestima) La resiliencia se construye mediante un proceso dinámico que es aprehendido a través de la interacción. Por ello, además de conocer nuestras propias fortalezas como mediadores, la resiliencia puede ser promovida en las partes, proponiendo una actitud esperanzadora en el futuro, permitiendo recurrir a los propios recursos internos y potenciarlos en un ambiente facilitador como la mediación. Así se fomenta la participación, la responsabilidad y la autonomía; se potencia la creatividad en la búsqueda y realización de soluciones y se acentúa la comunicación efectiva, en un encuentro significativo como es la mediación. La esperanza se materializa en un acontecimiento (mediación), que provoca un renacer después de la adversidad, Es posible concentrarnos en cuales recursos poseemos (mediadores y partes) para potenciar nuestras

---

\* Responsable Istitucional de MEDIANTE de Buenos Aires.

fortalezas, transformar las adversidades y convertirlas en una oportunidad para poder superarlas y construir sobre ella.

2. *Basado en las fuentes de la Resiliencia.* – Como con una linterna, cuando iluminamos algo, dejamos a oscuras el resto que no quiere decir que no exista, sino que no se ve. La propuesta es iluminar lo positivo de las personas para que descubran sus fortalezas y así modificar con una luz de esperanza la posibilidad de transformar pacíficamente los conflictos Y lo haremos por medio de las *fuentes* de la resiliencia.

Edith Grotberg (1995) identificó los factores de la resiliencia y los organizó en cuatro categorías diferentes, llamándolos *fuentes* de la resiliencia (*yo tengo, yo soy, yo puedo, yo estoy*)

Son *fuentes de la resiliencia* el (los) lugar (es) donde radican las características de las personas que son resilientes. Conocer estas fuentes es muy importante, ya que indican dónde hay que trabajar para lograr que surjan las fortalezas de las personas. Para que una persona sea resiliente es necesario que se den algunas de estas *fuentes de resiliencia*:

- Factores de soporte externo: lo que la persona tiene, “Yo tengo”. Fuerzas internas personales: lo que la persona es, “Yo soy”, Habilidades sociales: lo que puede hacer, “Yo puedo”, Lo que la persona está dispuesta a hacer, “Yo estoy”.

*Primera fuente: “Yo tengo”*

Factores de soporte externo:

- Relaciones confiables
- Acceso a la resolución pacífica de conflictos (mediación)
- Soporte emocional fuera de la resolución pacífica de conflictos Proceso que fomenta la autonomía
- Organizaciones de resolución de conflictos a mi disposición  
Personas que me van a ayudar ante cualquier circunstancia

*Segunda fuente: “Yo soy”*

Fuerzas internas personales:

- Alguien a quien los otros aprecian y reconocen
- Alguien al que le gusta comprender Respetuoso

- Autónomo
- Alguien orientado al logro Alguien con autoestima
- Alguien esperanzado y con fe en el futuro Creyente en Dios o en principios morales Empático

*Tercera fuente: “Yo puedo”*

Habilidades sociales:

- Ser creativo Ser persistente Tener buen humor Comunicarme Resolver problemas de manera efectiva Controlar mis impulsos Buscar relaciones confiables Hablar cuando sea apropiado Encontrar a alguien que me ayude

*Cuarta fuente: “Yo estoy”*

Dispuesto a responsabilizarme de mis actos Seguro de que todo va a salir bien

Cuando los protagonistas del conflicto hacen foco en su fuente descubren que pueden acudir a un proceso de mediación para resolver pacíficamente los conflictos(YO PUEDO) Pueden mostrar reconocimiento por la otra parte y por la situación (YO SOY), confiando en el mediador y en el proceso de mediación (YO TENGO), y con la esperanza y el acento en el futuro(YO ESTOY)

Se hace foco entonces sobre la capacidad de realizar planes realista e ir paso a paso hasta alcanzarlos, con una vista positiva de uno mismo y estando seguro de las propias capacidades y habilidades y la capacidad de controlar grandes sentimientos e impulsos.

ESTRATEGIA

3. *Basada en los pilares de la Resiliencia.* – Las investigaciones en resiliencia han cambiado la forma en que se percibe al ser humano: de un modelo de riesgo, basado en las necesidades y la adversidad, se ha pasado a un modelo de prevención y promoción, basado en las potencialidades y los recursos que el ser humano tiene en sí mismo y en su alrededor.

La estrategia de trabajar con resiliencia en la mediación ofrece un salto cualitativo que responde a la pregunta de cómo po-

demos ser mejores mediadores y cómo podemos mejorar la mediación promoviendo en los mediados que descubran sus propias fortalezas para que atraviesen con la ayuda del mediador el puente que une la resistencia a la propia destrucción con la construcción positiva y pacífica para transformar el conflicto en un aprendizaje. La estrategia implica optar por un posicionamiento, es decir elegir un lugar desde el cual trabajar con resiliencia; o bien un planteamiento, una dirección, una guía, un modo de elegir una acción para trasladarse de un punto a otro, o bien la estrategia es un modelo, y que pueden conocerse variables de resiliencia que muestran un determinado patrón coherente que se sostiene a través del tiempo. Para ello es necesaria la creatividad; ya que es necesario buscar las posibilidades reales de cada persona y hacer foco en lo positivo. Las estrategias deberán promover aspectos positivos de la ecología del individuo. Se considera al individuo como agente de su propia ecología y adaptación social, capaz de buscar sus propios recursos y salir fortalecido de la adversidad. *La resiliencia es un proceso de prevención y la prevención es un proceso de desarrollo humano.* La responsabilidad es compartida por toda la comunidad. La comunidad es la experta: se planifica y se instrumenta de acuerdo a las necesidades de la misma, la toma de decisiones se hace en grupo, la responsabilidad es ante la comunidad (Vanistendael y ot., 2000).

La estrategia es diseñar planes alineados con el potencial personal. Para ello se requiere compromiso y claridad en las expectativas

4. Descubrir nuestro potencial como estrategia. – Fortalezas son los recursos internos que poseen todas las personas. Las capacidades que todos tenemos y que se pueden transformar en habilidades mediante

un conocimiento de las mismas y su desarrollo potencial tanto por uno mismo como en la interacción con otras personas. A veces pueden ser “talentos”, otras “facilidades”, otras “esfuerzos” Se trata, entonces de conocerlas en profundidad y brindarlas al servicio de uno mismo y los demás.

El concepto que cada uno de nosotros tiene de sí mismo modela nuestro destino: es decir que la visión más profunda que

tenemos de nosotros mismos influye sobre todas nuestras elecciones y decisiones significativas y, por ende, modela el tipo de vida que nos creamos y el trabajo que hacemos.

Entre los atributos individuales, o fortalezas, encontramos: introspección, moralidad, autoestima independencia, iniciativa, humor, creatividad, capacidad para relacionarse y pensamiento crítico.

Pasos para potenciar nuestras fortalezas en el proceso de mediación

Cuando actuamos como mediadores conociendo nuestros factores protectores, podremos potenciar nuestras habilidades para mejorar los procesos de resolución pacífica de conflictos y transformarlos en más eficaces.

*Brindar nuestros conocimientos:* al mediar, estamos brindando nuestros conocimientos para que los “mediados” sientan que están asistidos dentro de un marco colaborativo donde todos trabajan codo a codo para que la comunicación entre los protagonistas del conflicto se restablezca o sea lo más efectiva posible.

Es necesario que los participantes de una mediación sientan que están contenidos por alguien que les genera confianza y que va a compartir su tiempo con ellos

Para mejorar nuestros conocimientos debemos profundizar en los conceptos ya aprendidos como también buscar nuevos aportes.

*Buscar nuevos aportes:* cada mediador tiene un camino recorrido y otro por recorrer. La variedad de aportes a la mediación dependerá del impacto que cada aporte nos genere a nivel personal personal.

La motivación de planificar una nueva estrategia, las razones que motivan los cambios; examinar las propias percepciones; descongelar y romper los paradigmas son algunos de las variables que cada mediador buscar dentro de sí para considerar otros aportes.

En mi experiencia puedo decir que la resiliencia ha sido un valioso aporte que he amalgamado al proceso de mediación y por el que he tenido resultados sorprendentes, ya que la posibilidad de hacer hincapié en las fortalezas y no en las debilidades

de las personas ha tenido un impacto en la mediación por demás positivo.

Con la resiliencia se busca que se conozcan las propias fortalezas para atravesar la adversidad, superarla y salir fortalecido.

La aplicación de la resiliencia en la mediación:

enfatisa los valores pro sociales de resolución pacífica de conflictos tendiendo a la transformación de los vínculos implica una revisión y potenciación de nuestras habilidades como mediadores y entrena el compromiso de promover la resiliencia en las partes.

Analizaremos cuáles factores protectores integran la mediación resiliente, presentes tanto en el mediador como en las partes.

*Introspección:* La capacidad de introspección, de reflexión, de preguntarse y darse una respuesta con total honestidad, es uno de los factores protectores que debemos usar para encontrar respuesta a las diversas situaciones que se nos pueden presentar en una mediación. Una persona apela a su capacidad de introspección al analizar las cuestiones y esgrimir argumentos para sostenerla.

*Moralidad:* La *moralidad* como factor protector nos permitirá discernir entre lo que está bien y lo que está mal en cada una de esas respuestas. En la revalorización también está implícita la moralidad en cuanto al deseo personal de bienestar y en el reconocimiento la capacidad de comprometerse con valores.

*Autoestima:* Es la autopercepción realista sobre nosotros mismos, tanto de nuestras fortalezas como de nuestras debilidades. Con una *autoestima* consistente, es decir, con la capacidad de apreciar y validar lo que podemos hacer, con la concepción positiva de uno mismo seguramente podremos intervenir exitosamente en una mediación.

Por otro lado los protagonistas de la mediación son quienes ostentan los conflictos y los únicos que pueden solucionarlos, y no un tercero.

Se experimenta en la mediación resiliente un sentimiento profundo de valía personal, de decisión y de independencia.

*Independencia:* La *independencia* nos permitirá encontrar la autonomía para decidir la solución más adecuada. La autonomía es la cualidad del ser humano de tomar por sí sólo deci-

siones. De ser origen de sus actos y por tanto, responsabilizarse por ellos. Se basa en un adecuado desarrollo del principio de realidad. Se fomenta así la habilidad para actuar razonablemente y el control de los impulsos

*Iniciativa:* Y muchas veces tomar la *iniciativa*, es decir, ponernos a prueba como mediadores, favoreciendo una actitud positiva ante el conflicto, fomentando a su vez en nosotros mismos la posibilidad de aprender y actualizarnos para mejorar nuestra formación como mediadores. Además, valorizar en los participantes que efectivamente hayan dado el primer paso, intentando una negociación. Entendiendo los conflictos como parte natural de la vida, de los que puedo hacerme cargo y resolverlos. Teniendo expectativas saludables orientadas hacia la consecución de objetivos. Tomar la iniciativa implica hacerse cargo de los problemas y ejercer el control sobre ellos.

*Humor:* El *humor*, es decir, la disposición del espíritu a la alegría, la capacidad de reírnos de nuestros propios conflictos, nos aliviará el camino de encontrar una solución a los mismos. Con el humor desdramatizamos situaciones difíciles, convirtiéndolas en más soportables. El humor salva al ser humano de muchas situaciones, porque permite alejarse del foco de tensión, relativizar, positivizar, elaborar el conflicto de un modo lúdico. El humor implica que reconocemos lo imperfecto, que tenemos confianza, incluso cuando las cosas salen mal, la aceptación madura de los fracasos. El humor es una caricia en una situación adversa. Un alivio. Una distensión. El humor está asociado con la evolución y la vida. Reírse de sí mismo es estar seguro de sí mismo. El humor, además es la esencia de la creatividad.

*Capacidad de interacción:* Estos factores nos permiten entre otras cosas: mejorar nuestra *capacidad de relacionarnos*: sostener relaciones vinculares basadas en el entendimiento y la escucha mutua. Fortalecer los vínculos, creando múltiples instancias para transformarnos junto a otros.

*Pensamiento crítico:* Es el punto de partida para el cambio. Es el pensamiento que no acepta el status quo como un destino inexorable y ofrece resistencia a la injusticia y a la opresión. Toma la adversidad como realmente es, la analiza, aprende de ella y luego intenta el cambio, construyendo sobre ella

*Favorecer el propio crecimiento:* Para favorecer el propio crecimiento, es necesario potenciar las habilidades de comunicación; enaltecer los valores democráticos en la construcción de consensos, alcanzar mayor creatividad, motivar el propio respeto por el proceso de mediación, construir confianza en uno mismo y en el éxito del sistema de resolución pacífica de conflictos y trabajar incansablemente por la paz. Porque la paz como el propio crecimiento es una construcción personal y social.

*Fomentar redes de construcción de paz::* Esta comprobado que el trabajo en red es altamente positivo para integrarnos en una trama de organizaciones e individuos que tengan un mismo objetivo, como es el de generar encuentros de formación, sensibilización y reflexión entre personas, organizaciones e instituciones de la sociedad.

El trabajo con colegas y organizaciones, sin duda, crean la sinergia indispensable para la cooperación, en la elaboración un plan articulado para la consecución del fin común: el bien común. Para ello es necesario elaborar estrategias, ser creativos en los encuentros, como así también apelar a la lógica y la racionalidad, deliberar y accionar en conjunto en la elección de las mejores opciones para desafiar la violencia en la búsqueda de la paz cotidiana.

Para instrumentar la cultura de paz es necesario, entonces, desarrollar un plan para la concientización social de las ventajas específicas de ser protagonistas de las propias soluciones sin esperar que un tercero imponga a quien le asiste el derecho o la razón.

*Internalizar la mediación como un "valor"* Los valores son contenidos espirituales que mueven al hombre afectivamente. Los captamos por una intuición emocional. Están conectados con los sentimientos. Ante cada valor, corresponde un sentimiento, una vivencia en cada uno de nosotros. Los valores se mueven espiritualmente. Los podemos incorporar a la vida del hombre. Producen una transformación en nosotros. Los valores están encarnados en algo, alguien, o una situación determinada

Los valores existen por sí mismos, no son tangibles "están en", son ellos los que nos atraen.

Los valores enriquecen: por ejemplo: pasamos por una experiencia de mediación que nos puede provocar una transformación y nos puede llevar a ser mejores personas

Para alcanzar los valores, hay que educar en la responsabilidad. En la búsqueda de este deber, entendido NO como una carga sino como la búsqueda de sentido.

¿Cómo encontramos el sentido? A través de la conciencia. Cada uno decide cómo responde a lo que la vida le reclama. No sabemos si las respuestas que vamos dando son la manera más correcta

El saber para qué elegí mediar como camino es el punto de partida de la mediación misma.

El fin va a estar afuera, en el mundo, en la trascendencia. El ir más allá de uno mismo

Al cumplir el sentido y realizar los valores se cumple la autorrealización. Los valores son universales.

El ser humano prefiere unos a otros.

Los valores se tienen que descubrir personalmente, no deben ser impuestos por una autoridad moral.

Hay que "vivir" el valor, por eso no se pueden enseñar, se muestran con el ejemplo, se viven, por eso al mediar estamos enseñando valores, "viviéndolos".

En la mediación se aprende a distinguir lo que es esencial de lo que no lo es; y para ello es indispensable tener cierta disposición para captar valores.

Si entendemos que el hombre no es un fin en sí mismo, sino que está orientado hacia algo o alguien, podemos darle a la mediación el lugar para el cumplimiento del sentido y/o realización de valores.

Los valores se pueden dar por tres vías:

1. *Valor de creación*: es producir algo; ejercer una actividad concreta El valor por excelencia es el TRABAJO.

El trabajo de cada mediador es un fragmento en la construcción del mundo De allí que le mediador debe prepararse para realizar un buen TRABAJO

2. *Valor de experiencia*, es decir, las vivencias. El valor más alto es el AMOR, en el sentido de reconocimiento del otro Así consideramos a una persona en su dimensión más profunda. La comprendemos y valoramos por lo que tiene de único y singular Y así nos dejamos guiar por sus propias consideraciones sobre cómo resolver sus propios conflictos.

3. *Valor de actitud*: frente al sufrimiento, frente al destino, frente a la vida, a lo inexorable, lo que no se puede cambiar El

MODO de comportarse es lo que nos produce la dignidad. El sufrimiento a veces es inevitable El sufrimiento hay que afrontarlo y para afrontarlo hay que asumirlo y para asumirlo, hay que aceptarlo y trascenderlo Podemos como mediadores asistir a que este sufrimiento sea canalizado y transformado por la experiencia valiosa de sentirse aceptado, escuchado "Nuestra historia no es necesariamente nuestro destino", nos enseña Boris Cyrulnik.

No hay condena, ni determinismo Es posible encontrar una luz que ilumine la transformación de los conflictos de forma pacífica. La paz es un trabajo que, valga la redundancia, da más trabajo conseguir que la violencia Buscamos la paz en la mediación, la paz cotidiana, la paz constructiva.

Buscamos mejorar la calidad de vida "Porque "LA VIDA" es "lo nuevo" que se genera en cada instante, es "el ahí" donde se encuentra el sentido...Si, allí donde "la luz" converge en gratitud y a la vez se refracta en generosidad, una gratitud que con ella multiplica, como los reflejos de un cristal, la generosidad con "aquellas tantas otras vidas", que diariamente se abrazan a nuestro milagro cotidiano de existir..."(Eduardo D Rodríguez)

Vivir en paz es un trabajo diario. Construir la paz como todo trabajo de construcción lleva su tiempo, su esfuerzo y su proyección al futuro. La resolución pacífica de conflictos es un camino de paz que fortalece la posibilidad de paz

Fomentar los valores de la paz y la colaboración, hará ciudadanos más responsables y solidarios. Es necesario comprender que cada cultura impregna sus propios valores y determina las relaciones sociales y comunicativas.

Algunos pensadores creen que para poder vencer obstáculos y poder concretar nuevos modelos es siempre necesario unir lo social al compromiso, la ciencia a la conciencia y la investigación a la responsabilidad ética., participación activa y positiva en la construcción de la paz.

Pensamos:

Que la PAZ se manifiesta como una actitud esperanzadora frente a la vida.

Que la resolución pacífica de conflictos se puede adquirir y promover en los demás. Que la resolución pacífica de conflictos,

especialmente la negociación y la mediación previenen la violencia. Que el mediador brinda a los mediados un proceso por medio del cual cada parte se puede dialogar colaborativamente. “Tal vez la clave sea construir puentes de amistad, fortalecer la colaboración, aplicar el conocimiento para el desarrollo de los pueblos, de todos los pueblos. Y de todos los hombres. Porque todos somos uno. Y por lo tanto lo bueno y lo malo que hacemos, tarde o temprano nos afecta de alguna manera. Necesitamos incluir a todos en nuestra conciencia, perder el miedo al encuentro con los otros, establecer alianzas, confiar en la capacidad del hombre de Dar y amar, y tener coraje, para alcanzar la paz”.

## Bibliografía

- B. CYRULNIK, *La maravilla del dolor: el sentido de la Resiliencia*, Editorial Granica, 2001.
- G. CURUCHELAR, *Mediación y Resiliencia, Formación Básica*, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 3 edición, 2016.
- G. CURUCHELAR, *Resiliencia*, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 2014.



MARVELIS ODIO MENDOZA\*

LAS TIERRAS OCIOSAS  
¿UN CONFLICTO TRIBUTARIO AGRARIO SOLUCIONABLE  
O NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN DE FUNCIONES?

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. Las tierras ociosas en Cuba. Su situación actual. - 2.1. El impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales ¿Incentivo para producir? - 2.2. Conflictos tributarios agrarios solucionables o armonización de funciones desde los medios alternativos de solución extrajudicial de conflictos. - 3. Conclusiones.

1. *Introducción.* – Los persistentes y elevados niveles de hambre y malnutrición - 805 millones de personas en el mundo sufrieron hambre crónica en los primeros años de la década actual- y la carga insostenible y creciente de las actividades humanas sobre la capacidad de la tierra, representan un enorme desafío para la agricultura, que se agrava aún más por el crecimiento continuo de la población mundial. Para satisfacer la progresiva demanda de alimentos, de los más de 9 000 millones de personas que poblarán el planeta en el 2050 y teniendo en cuenta sus probables cambios dietéticos, será necesario aumentar la producción de alimentos a escala mundial en un 60 por ciento, mientras que los países en desarrollo deberán aumentar la producción en un 100 por ciento.

Aumentar las producciones agrarias y poner fin a la importación de alimentos en Cuba son cuestiones esenciales a las que se deberá atender con carácter prioritario. Es paradójico que con las potencialidades que tiene el país que se anuncia como “esencialmente agrícola” no muestre resultados ostensibles en las producciones agrícolas y se minimicen los niveles de importación de alimentos. Además, no se muestra una proyección que reduzca de manera considerable las tierras ociosas, si ello de por sí representará un aumento de la producción.

---

\* Profesora Titular Universidad de Oriente, Cuba.

En ese sentido pudieran implementarse políticas económicas como los tributos que cumplan finalidades extrafiscales de manera que su imposición conmine al poseedor a cultivar las tierras y tenerlas en completa producción. Un ejemplo de esas políticas lo es el impuesto sobre la propiedad o posesión de tierras agrícolas, establecido en la actual Ley Tributaria, pero su implementación no ha llegado a buen término por incongruencias entre el Ministerio de la Agricultura y el Ministerio de Finanzas y Precios.

Encontrar mecanismos viables que contribuyan a resolver las controversias y limar los escollos que impiden un mejor desenvolvimiento en el ejercicio de la actividad agropecuaria resulta propicio y necesario para generar mejores y mayores producciones. Una solución podría ser recurrir a los medios alternativos para la solución de conflictos, donde las partes tengan una participación activa en la determinación del tercero que pueda intervenir para la solución de dichos conflictos. Por lo general cuando ello acontece las partes estarán más dispuestas a respetar la solución a la que se haya arribado, logrando con ello armonizar a los distintos actores implicados en el conflicto y con ello mejores producciones.

*2. Las tierras ociosas en Cuba. Su situación actual.* – Se consideran tierras ociosas<sup>1</sup> a las que no están en producción agrícola, pecuaria, frutales o forestal, con excepción de las que sea necesario dejar en descanso, con fines de rotación de cultivos; las que estén cubiertas de marabú, malezas o plantas invasoras; las aprovechadas deficientemente; las utilizadas para cultivos o plantaciones no adecuadas a la aptitud de los suelos, que presenten notable despoblación o bajos rendimientos; las dedicadas a la producción pecuaria con baja carga de animales por hectárea.

En el informe Panorama de la tierra en Cuba de la Oficina Nacional de Estadísticas e Información se detalla que la superficie agrícola ociosa que existe en el país asciende a 917.2 hec-

---

<sup>1</sup> En Gaceta oficial ordinaria n° 53 de 21 de noviembre de 2012, Ley 113 del Sistema Tributario, según lo dispuesto en el artículo 175.

táreas, distribuidas de acuerdo al uso y forma de tenencia en: administración 579.2 ha, en usufructo 265.4 ha, en propiedad 72.6 ha y de acuerdo al uso y tipo de persona se concentra en personas jurídicas 799.5 ha y personas naturales 117.7 ha<sup>2</sup>. Dentro de las personas jurídicas el propio informe detalla de una parte a las empresas, granjas y otras entidades y por otra a las cooperativas (comprende a las Cooperativas de producción agropecuaria, las cooperativas de Créditos y Servicio y las Unidades Básicas de Producción Cooperativa) con 581.6 y 245.5 ha respectivamente.

La situación de las tierras agrícolas ociosas viene de larga data, tuvo su cimiento en el proceso de la distribución de las tierras con la aplicación de las Leyes de Reforma Agraria entre los años 1959 y 1963<sup>3</sup>, lo cual propició el aumento considerable del patrimonio de las empresas estatales agrícolas. Ese contexto propició poco control en la posesión de las tierras y por consiguiente su ocupación de manera ilegal. En tal sentido, el Estado en aras de solucionar la situación generada procedió al otorgamiento de esas tierras en usufructo, pues en ocasiones el ocupante mantenía una actitud conforme a los requerimientos de los poseedores legales de tierra, que implicaba hasta la contratación de la producción con la empresa acopiadora. La concesión de usufructo se intensifica desde la década del 90 del pasado siglo dentro del proceso de redimensionamiento de la economía cubana, hasta la actualidad.

La distribución de tierras ociosas en usufructo es considerada al decir de NOVA GONZÁLEZ como la decisión más importante<sup>4</sup> dentro de las medidas tomadas en aquel momento<sup>5</sup>, que no solo aconteció para los diferentes sujetos que conforman el sec-

---

<sup>2</sup> Datos de la Oficina Nacional de Estadística e Información en Panorama uso de la tierra. Cuba 2017 en [www.one.cu](http://www.one.cu).

<sup>3</sup> La primera ley de Reforma Agraria es de 17 de mayo de 1959 y la segunda de 3 de octubre de 1963. Con la primera el Estado cubano recuperó hasta el 40% del fondo de tierras cultivables y hasta el 60% con la aplicación de la segunda Ley.

<sup>4</sup> A. NOVA GONZÁLEZ, *El modelo agrícola y los lineamientos de la política económica y social en Cuba*, Ciencias Sociales, La Habana, 2013, p. 57.

<sup>5</sup> Década del 90 del siglo XX en Cuba.

tor agropecuario, sino para todos los sujetos que cumpliendo los requisitos establecidos pudieran acogerse a los diferentes tipos de usufructo (autoconsumo familiar, el cultivo de café, de tabaco, de cacao y para la ampliación de la posesión de tierras para los pequeños agricultores, de hasta una caballería más), todo lo cual provocó que se dictaran varias resoluciones aisladas<sup>6</sup> con el objetivo de resolver la situación existente. La dispersión legal quedó resuelta casi dos décadas después cuando se dicta el Decreto Ley 300 de 2012 sobre la entrega de tierras estatales en usufructo, donde se aunaron todos los usufructos que se habían otorgados hasta entonces<sup>7</sup>.

Las regulaciones anteriores quedaron derogadas por el Decreto ley 358 de 9 de abril de 2018 y su reglamento el Decreto 350 de 29 de junio de 2018<sup>8</sup>. Tal cambio acontece según explicó DÍAZ RODRÍGUEZ<sup>9</sup>, dada la importancia de consolidar el proce-

---

<sup>6</sup> En 1993 se dictan las disposiciones siguientes en aras de regular la entrega de tierras ociosas en usufructo: Resolución 356 de 28 de septiembre, establecía la entrega de hasta 6 cordeles de tierras estatales ociosas en usufructo para el autoconsumo familiar, en la misma fecha se dicta la Resolución 357 usufructo para el cultivo del tabaco. Resolución 419 de 6 de junio de 1994 usufructo para el cultivo del café, la Resolución 223 de 29 de junio de 1995, entrega de tierra en usufructo de hasta 1 caballería de tierra a los pequeños agricultores que puedan demostrar tener su finca en completa explotación. Resolución Conjunta n° 1/2000 de 30 de enero de 2001 de los Ministerios de la Agricultura y del Azúcar, establecía normas que regulan la transmisión del usufructo en caso de fallecimiento del poseedor. Decreto Ley 259 y su reglamento el Decreto 282 en Gaceta Oficial extraordinaria n° 24 de 11 de julio de 2008.

<sup>7</sup> Decreto Ley n° 300 de 20 de septiembre de 2012, "Sobre la entrega de tierras ociosas en usufructo en Gaceta Oficial Edición Ordinaria n° 43 de 9 de octubre de 2012. Decreto 304 en Gaceta Oficial Edición Ordinaria n° 45 de 22 de octubre de 2012. Decreto Ley n° 311 Modificativo del Decreto Ley n° 300/2012, en Gaceta Oficial Edición extraordinaria n° 4 de 17 de enero de 2014. Decreto 319 en Gaceta Oficial Edición extraordinaria n° 4 de 17 de enero de 2014 modificativo del Decreto 304 reglamento del Decreto ley 300 sobre la entrega de tierras estatales ociosas en usufructo.

<sup>8</sup> Derogados por el Decreto ley 358 de 9 de abril de 2018 y su reglamento el Decreto 350 de 29 de junio de 2018, ambos en Gaceta Oficial Edición Extraordinaria n° 39 de 7 de agosto del propio año.

<sup>9</sup> Orlando DÍAZ RODRÍGUEZ, Director jurídico del Ministerio de la Agricultura. Cubadebate, 4 de agosto de 2018. Consultado 8 de septiembre de 2018. 3:26pm.

so, y otorgarles mayores garantías a los usufructuarios, a la vez que permiten un mayor control estatal sobre el uso eficiente y racional de la tierra, en aras de desarrollar la producción agropecuaria y forestal del país. A ello agrega SOCA BALDOQUÍN<sup>10</sup> que son los cambios que han permitido lograr incrementos productivos, aún insuficientes respecto a la demanda pero ilustrativos, al reforzar la necesidad de poner en explotación la superficie ociosa de Cuba.

*2.1. El impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales ¿Incentivo para producir?* – A fines del año 2012 se dicta la nueva Ley del Sistema Tributario, Ley 113<sup>11</sup>, que en su artículo 3 dispone que: los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos, han de constituir instrumentos de la política económica general y responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país. En concordancia con ello establece también en su articulado un régimen especial tributario aplicable a la actividad agropecuaria<sup>12</sup>, sustentado según la propia norma en las características de determinados sujetos o por razón de la naturaleza de los hechos actos u operaciones de que se trate<sup>13</sup>.

Dentro del régimen especial<sup>14</sup> se regula el impuesto por la posesión o propiedad de tierras ociosas. Su inclusión dentro del régimen especial implica que deberá instrumentarse para el sector agropecuario cumpliendo finalidades extrafiscales, o sea,

---

<sup>10</sup> Así explicó al periódico Granma Eddy SOCA BALDOQUÍN, director de Suelos y Control de la Tierra del Ministerio de la Agricultura. Cubadebate, 4 de agosto de 2018. Consultado 8 de septiembre de 2018. 3:26pm.

<sup>11</sup> Ley 113 del Sistema Tributario en Gaceta Oficial Edición Ordinaria n° 53 de 21 de noviembre de 2012.

<sup>12</sup> El régimen especial tributario para el sector agropecuario queda establecido en los artículos del 359 al 383 de la Ley 113 del Sistema Tributario.

<sup>13</sup> Véase artículo 103 de la Ley 113 del Sistema Tributario.

<sup>14</sup> Ley 113 dentro del régimen especial tributario para el sector agropecuario establece se pague el impuesto sobre los ingresos personales, sobre utilidades, sobre las ventas, sobre la propiedad o posesión de tierras agrícolas, por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales, sobre el transporte terrestre, por la utilización de la fuerza de trabajo.

con su implementación el legislador persigue finalidades más allá de la mera recaudación. Ello significa que los objetivos de la aplicación del tributo persiguen fines sociales, económicos e incluso políticos. El sentido de tal inclusión obedece a que el tributo deberá funcionar como incentivo fiscal. Entendido este como las circunstancias objetivas y subjetivas que neutralizan los efectos normales de la configuración del hecho imponible, pues, aunque el hecho se halle configurado, no nace la obligación tributaria, nace por un importe menor o son otorgadas ciertas facilidades para su pago, con el objetivo de lograr las finalidades propuestas.

Para instrumentar los incentivos fiscales se sirve el legislador de tributos en cualquiera de sus modalidades, pues resultan un poderoso estímulo y con su implementación puede promoverse el desarrollo sectorial en este caso del sector agropecuario. Las finalidades propuestas deben comprender el mejoramiento cualitativo y el aumento cuantitativo de la producción agropecuaria, pues de hecho conminará al aprovechamiento de las tierras ociosas y ello *per se* repercutirá en un aumento, por lo menos cuantitativo de la producción.

Son las situaciones en que la deuda tributaria no es legalmente exigible a pesar de haberse realizado el hecho imponible. Ella produce un efecto desgravatorio de la carga económica derivada de la aplicación normal del tributo en beneficio de ciertas personas o respecto a determinados supuestos fácticos y que además presupone la sujeción al tributo. La exención se constituye en un privilegio que libera legalmente de la carga u obligación tributaria al sujeto pasivo, teniendo como efecto el condicionar o motivar al obligado a realizar determinadas acciones por gozar de esos privilegios.

Las finalidades extrafiscales pudieran lograrse a partir de la instrumentación de exenciones, bonificaciones u otras acciones<sup>15</sup>. La exención consiste en la eliminación del nacimiento de la obligación que en caso de no existir la exención, llegaría a producirse como consecuencia de la realización de un determinado hecho. Ella produce un efecto desgravatorio de la carga

---

<sup>15</sup> Como pueden ser el término voluntario de pago o los subsidios, pues no todos los incentivos se recogen dentro de las exenciones o bonificaciones.

económica derivada de la aplicación normal del tributo. Como explica MARGÁIN MONAUTOU, es una figura jurídica tributaria en virtud de la cual se elimina de la regla general de causación de ciertos hechos o situaciones imposables por razones de equidad, de conveniencia o de política económica<sup>16</sup>, que a la postre influye en el comportamiento del sujeto pasivo o en el desarrollo de determinada actividad.

Las tierras agrícolas ociosas que no resultan gravadas a pesar de su ociosidad son las entregadas en concepto de usufructo, durante el término pactado<sup>17</sup> en el contrato para poner a producir las tierras; las ubicadas en áreas declaradas protegidas o que se encuentran en proceso de declaración; las que no puedan utilizarse para producciones agropecuarias, forestales y de frutales, debido a razones topográficas o de preservación del medio ambiente y los recursos naturales; las destinadas a la defensa del país o que se encuentren enclavadas en las zonas militares; las que deban preservarse por su relación con hechos históricos o del patrimonio cultural; las situadas dentro de los límites de la zona costera y la zona de protección de las playas; cualquier otra, respecto a la que se disponga alguna prohibición.

MARÍN VILLAR explica que en un cultivo de tardío rendimiento, como por ejemplo el café, los primeros flujos provenientes de la producción se obtienen en el mejor de los casos después de ocho o quince años, cuando ya están creadas las condiciones óptimas, pues no sólo dependerá del buen desarrollo de las plantas del cafeto, sino también del resto del ambiente que debe de crearse e imperar para realizar con calidad dicha producción. En este sentido resulta conveniente considerar que no se trata solamente de aumentar la producción de alimentos, sino además de lograr el desarrollo rural y el desarrollo agrícola sostenible.

Por tales razones cabría tener en cuenta que para determinar la vida activa del impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas

---

<sup>16</sup> Véase E. MARGÁIN MONAUTOU, *Introducción al estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 19ª edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 2007, pp. 302-303.

<sup>17</sup> Se establece una exoneración para el pago del impuesto por la ociosidad de tierras de 2 y 4 años. En el caso de los 4 años acontece cuando la cabida otorgada está cubierta de plantas invasoras y Marabú.

y forestales deben acontecer varias circunstancias, tales como que la Ley del Presupuesto del año determine la activación del cobro del tributo de que se trate y que el Ministerio de la Agricultura notifique tanto a los propietarios o poseedores de tierras agrícolas y forestales con la certificación de sus tierras declaradas como ociosas y a la Oficina Nacional de Administración Tributaria del municipio donde esté enclavada la finca. Están obligados al pago de este impuesto las personas naturales o jurídicas que posean tierras agrícolas y forestales ya sea en propiedad o posesión, que sean declaradas ociosas en el Balance de Uso y Tenencia de la Tierra.

Si el tributo está instrumentado como un incentivo que propiciará mayor producción y mejor calidad en los productos para ello debe contener modificaciones estructurales que se supone conllevarán al resultado esperado. Aunque de la simple lectura se colige que no se ha tenido en cuenta variación estructural alguna porque el tributo está contemplado dentro del régimen especial tributario, pero tiene una remisión expresa al régimen general, por lo que se aplicará conforme a este, perdiendo la posibilidad de configurarse de acuerdo a las características de determinados sujetos o por razón de la naturaleza de los hechos actos u operaciones de que se trate. De lo que se deriva que para este impuesto no se han tenido en cuenta al sujeto que la hacen posible, ni las características de la actividad agropecuaria, ni la trascendencia que tiene para la economía del país.

Otro cuestionamiento a la instrumentación es que debió establecerse la determinación del pago de este impuesto a partir de los rendimientos reales obtenidos a partir de los diferentes tipos de suelos en relación con el cultivo desarrollado para tener certeza en qué y cuánto se pierde por no tenerla en producción o tenerla deficientemente aprovechada, además de la liquidez del obligado. El impuesto debió diseñarse por la diferencia que resulte de la cabida de la finca, el tipo de producto y el rendimiento que debe tener, en relación con el rendimiento promedio que debe tener la zona económico-geográfica, de acuerdo a una escala o tabla de valores que debió implementarse en correspondencia con la zona donde esté enclavada la finca. Sin embargo, a pesar de lo cierto de los fundamentos anteriores

ello no significa en modo alguno que se logren los resultados planificados de aumentar la cantidad y mejorar la calidad de las producciones, pues ello también depende de la conjugación de otros factores y políticas macroeconómicas, que deberán funcionar de conjunto con la instrumentación del tributo.

La Ley n° 113 dispuso que los tributos, cualquiera sea su naturaleza y carácter se regirán también por otras leyes que establezcan tributos específicos o los complementen, incluyendo la Ley del Presupuesto, argumento legal que da validez a esta práctica, pues como fuente especial también funcionará para la implementación de impuestos. Es así que a partir del año 2013 aparecieron las primeras adecuaciones de los tributos mediante la Ley n° 114 del presupuesto del Estado<sup>18</sup> para ese año.

Para los años 2013 y del 2015 al 2017 según las Leyes del Presupuesto<sup>19</sup> respectivas no se dispuso el cobro del impuesto por la posesión o propiedad de tierras ociosas. Para el año 2014, 2018 y 2019 se determinó, sin embargo, aplicarlo de conformidad con las adecuaciones que para su pago se requiera implementar en el transcurso de ese ejercicio fiscal por el Ministerio de Finanzas y Precios, oído el parecer del Ministerio de la Agricultura. En el año 2014<sup>20</sup> el cobro del mencionado impuesto no llegó a efectuarse a pesar de haber sido activado mediante la Ley del Presupuesto de ese año. Especialistas de ambos ministerios alegaban discrepancias entre ellos lo que condujo a que no se llegara a cobrar, pues primaban las incongruencias de la información que debe entregarse sobre los sujetos pasivos y la cabida que tenían declarada como tierra ociosa.

---

<sup>18</sup> Ley n° 114, del Presupuesto del Estado para el año 2013, de 13 de diciembre de 2012, en Gaceta Oficial n° 056. Extraordinaria, de 28 de diciembre de 2012. Comenzó a regir el 1ro de enero de 2013 y por primera vez dentro de su contenido contempló las regulaciones referentes a los tributos en Cuba.

<sup>19</sup> Para el año 2013 rigió la Ley n° 114, Ley del presupuesto del Estado y para el 2015 fue la Ley 119, en el año 2016 fue la Ley n° 120 y en el 2017 la Ley n° 122. Todas ellas tienen dentro de sus disposiciones especiales pronunciamientos con respecto a la inaplicabilidad de los artículos referidos al impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales.

<sup>20</sup> Ley n° 117, del presupuesto del Estado para el año 2014, de 20 de diciembre de 2013, en Gaceta Oficial n° 5. Extraordinaria de 20 de enero de 2014.

Elementos trascendentales sobre los que pesa la instrumentación del tributo.

En el año 2018<sup>21</sup>, la Ley 125 del Presupuesto del Estado dispuso la activación del cobro del mentado tributo esta vez de manera experimental para las provincias de Pinar del Río y Cienfuegos. Algo similar se regula en la Ley del Presupuesto del Estado para el año 2019<sup>22</sup> pues en su artículo 73 se dispone nuevamente el cobro de dicho impuesto, con las precisiones y adecuaciones que la propia ley establece en su artículo 101.1, mediante el que se determina extender la aplicación de dicho gravamen a las provincias Artemisa, Mayabeque y Matanzas, a partir del balance de la tierra correspondiente al año 2018 y mantener su aplicación en las provincias mencionadas, de conformidad con lo establecido en la Ley n° 113 “Del Sistema Tributario” y lo que a tales efectos se disponga por el Ministro de Finanzas y Precios.

De lo anterior puede colegirse que ¿con la implementación del impuesto tratado se están obteniendo los resultados esperados dada la ampliación del tributo a otros territorios? Sin embargo, no puede contrastarse la efectividad del mentado tributo si no se han ofrecido valoraciones al respecto. No obstante, cabe recordar que la efectividad del impuesto habría que valorarla en dos sentidos, primero la efectividad recaudatoria y segundo que se aprecien los efectos extrafiscales que puedan obtenerse con tal implementación, por lo menos la incorporación de más tierras a la producción. ¿Ha ocurrido así en Cienfuegos y Pinar del Río? ¿Se puede apreciar la disminución del fondo de tierras ociosas en esos territorios dada la aplicación del tributo? No se aclara tal particular, pero por las propias declaraciones de SOCA BALDOQUÍN se constata que muchos de los obligados al pago del tributo analizado incumplieron con tal obligación, tanto personas como entidades no estatales (en particular cooperativas), en Pinar del Río y Cienfuegos.

Para el año 2019 para las nuevas provincias determinadas para el cobro acotó el mencionado funcionario se depuran las

---

<sup>21</sup> Ley n° 125, del presupuesto del Estado para el año 2018, de 21 de diciembre de 2017, en Gaceta Oficial n° 48. Ordinaria de 29 de diciembre de 2017.

<sup>22</sup> Ley n° 126, de 21 de diciembre de 2018, en Gaceta Oficial n° 1. Extraordinaria de 4 de enero de 2019.

áreas cuyos dueños o propietarios tendrán un gravamen por tenerlas sin explotar, o incluso deficientemente utilizadas, con rendimientos muy bajos allí donde estos podrían ser altos; pero más que recaudar dinero la intención es compulsarlos a producir alimentos. Expuso también que se exhorta a cumplir en tiempo su deber a quienes en las tres provincias incorporadas ahora al proceso se les haga saber que deberán pagar un impuesto por la ociosidad de sus tierras, y recordarles que una vez notificados por la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT) cuentan con 60 días para ello, subrayó el director de Suelos y Control de la Tierra del MINAG.

Señaló además que varias direcciones del sistema de la agricultura trabajan para crear las condiciones organizativas y técnicas de esta importante tarea, que dirige el Ministerio de Finanzas y Precios e involucra también a la ONAT, a la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños y al Sindicato Nacional de Trabajadores Agropecuarios, Forestales y Tabacaleros. SOCA BALDOQUÍN también explicó que, como parte de la depuración de las áreas, se valora con los titulares qué cultivos son más factibles desarrollar en ellas, de acuerdo con las características del suelo, o si son propensas a la cría y explotación de ganado.

Para el año 2020 la Ley 130 del Presupuesto del Estado no establece variación alguna para el tributo analizado, pues lo que dispone en su artículo 102<sup>23</sup> es una ratificación del cobro del mentado impuesto para los mismos sujetos que ya venían obligados del año anterior, determinando se efectúe a partir del último balance de la tierra certificado por el Ministerio de la Agricultura, de conformidad con lo establecido en la Ley 113 “Del Sistema Tributario” y lo que a tales efectos se disponga por el Ministro de Finanzas y Precios.

---

<sup>23</sup> Artículo 102. Aplicar el impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales durante el año 2020 en las provincias Pinar del Río, Artemisa, Mayabeque, Matanzas y Cienfuegos, a partir del último balance de la tierra certificado por el Ministerio de la Agricultura, de conformidad con lo establecido en la Ley 113 “Del Sistema Tributario” y lo que a tales efectos se disponga por el Ministro de Finanzas y Precios. Ley n° 130, del presupuesto del Estado para el año 2020, de 20 de diciembre de 2019, en Gaceta Oficial n° 4. Extraordinaria de 13 de enero de 2020.

2.2. *Conflicto tributario agrario solucionable o armonización de las funciones desde los medios alternativos de solución extrajudicial de conflictos.* – Las interrogantes que preceden aun no tienen respuestas públicas, sin embargo, de ellas se aprecia más bien un conflicto filosófico en el plano de la jerarquía legislativa o de especialidad. Dicha situación atenta contra la seguridad jurídica y contra el valor justicia, y dado los actores que intervienen tal situación debiera ser solventada en el plano extrajudicial de conflictos donde se determine con claridad hasta dónde llegan las funciones de cada uno de los ministerios implicados en el asunto.

El conflicto se ha generado entre dos entes de la administración del Estado con igualdad de funciones y poder decisorio. Sujetos que se encuentran ubicados dentro del mismo status en el organigrama gubernamental. Sin embargo, no puede plantearse que se está ante un caso de interacciones antagónicas. Ambas partes tienen objetivos y modalidades similares e intereses compatibles. Llegar a un acuerdo posibilitará hacer efectivo el cobro del impuesto, que se instrumente cumpliendo finalidades extrafiscales de manera que sirva como incentivo para mejorar la calidad y la cantidad de las producciones. Conminando al sujeto pasivo a cumplir con la función social que le viene impuesta en aras de consumir los principios teleológicos que sustentan el ejercicio de la actividad agropecuaria, como lograr el aumento cuantitativo y el mejoramiento cualitativo de la producción, ponderando en su ejercicio la protección del medio ambiente y la necesidad de que los resultados del trabajo agrícola repercutan en el hombre que lo hace posible, su comunidad y la sociedad en general.

Teniendo en cuenta los argumentos precedentes cabría preguntarse si se está en presencia de un conflicto tributario agrario solucionable o se precisa de la armonización de las funciones entre los decisores en el conflicto. Es menester entonces un recorrido por los medios alternativos de solución de conflicto, partiendo más bien de entender que habrá que apreciarlo, como ya se expresó, desde un punto de vista filosófico. La misión de resolver el problema planteado se vuelve difícil pues la formación de los profesionales del Derecho en Cuba tiene una cimiento conflictual, se preparan más bien como litigantes en potencia, dando la espalda a la cultura de la paz.

Resulta indispensable formar profesionales en el conocimiento de los diversos medios alternativos de solución de conflictos que comprendan la valía de entender e interiorizar que los medios alternativos de solución extrajudicial de conflictos puede ser una opción al alcance de todos, para solucionar en menos tiempo, con resultados beneficiosos y en un ambiente de paz, son particularidades sobre las que se deberá trabajar. Las variables con las que se cuentan para solución extrajudicial de conflictos se centran en la mediación, la conciliación y el arbitraje.

La mediación puede definirse parafraseando a OLIVA LEÓN<sup>24</sup> como un mecanismo cuya finalidad última es obtener un acuerdo entre las partes con la ayuda de un tercero imparcial y capacitado conocido con el nombre de “mediador”. La mediación forma parte de lo que se conoce en el ámbito de la Unión Europea como Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos (MASC por sus siglas en castellano). Con ello se otorga primacía a la autonomía privada de las partes para resolver sus conflictos antes que derivar la resolución de los mismos a los tribunales de justicia.

La mediación es un proceso de negociación que implica como se explicó, la participación de un tercero que no es parte en el asunto a resolver y puede ser un *individuo*, un *grupo* de individuos, o una institución. Es un facilitador para la solución del conflicto planteado. Debe tener capacidad para escuchar y objetividad en sus pronunciamientos, un generador de confianza. Se limitará de transmitir emociones o determinados estados de ánimo. Aunque las partes tienen la posibilidad de escoger al mediador, éste debe ser neutral y no debe hacer juicios, ni tomar decisiones vinculantes para las partes. En todo caso la función primordial del mediador estará en facilitar la comunicación entre los implicados.

El mediador no impone solución alguna, pero puede proponerla. Su objetivo es que las partes en conflicto a partir de la concientización de sus dilemas, identifiquen los puntos de la controversia y dialoguen ante él, que se comportará de manera

---

<sup>24</sup> R. OLIVA LEÓN, *La Mediación: vía alternativa de resolución de conflictos*. Blog Lenguaje Jurídico. <http://www.lenguajejuridico.com/la-mediacion-via-alternativa-de-resolucion-deconflictos/>. 11/9/2018.

neutral e imparcial y se limitará a facilitar la comunicación entre las partes, procurando que ambas se escuchen y traten de entender la posición del otro con la finalidad de acercar sus posturas y llegar a un acuerdo. Las partes se someten voluntariamente a este sistema de resolución y podrán abandonarlo cuando lo deseen. El mediador sólo asume la dirección de las negociaciones y podrá proponer soluciones a las que las partes no les resultará obligatorio acogerse.

Otro de los medios alternativos para la solución de conflictos es la conciliación y para algunos autores es una función pública dirigida a resolver controversias principalmente entre particulares, que pueden o no confiarse a órganos judiciales. Pero si así acontece entonces la conciliación forma parte de una actividad más de este órgano, obligada o voluntaria, donde el juez asume incidentalmente la función de pacificador, para luego proseguir, si fracasa, su oficio netamente jurisdiccional.

Explica COUTURE que la conciliación es el acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hacen innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual. La conciliación es uno de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución al conflicto.

La conciliación es el proceso en el que las partes dialogan ante una tercera persona, especialista en Derecho, que propone posibles soluciones que aquéllas podrán aceptar o no. Para un acto de conciliación extrajudicial en derecho debe existir una persona que funcione como intermediario entre ambas personas que están conciliando extrajudicialmente. Es otra vía de solución extrajudicial de conflictos autocompositiva, esto es, en las que la solución la determinan y acuerdan los implicados.

La persona que funcione como conciliador en la conciliación extrajudicial debe estar completamente capacitada para resolver el caso, en la conciliación extrajudicial no es necesario tener un abogado que defienda o represente a las personas, porque el conciliador es totalmente imparcial en su trabajo y siempre va a buscar una salida objetiva al problema. En España por ejemplo el conciliador tiene que estar acreditado y autorizado por el ministerio de justicia para que de esta manera no haya

inconvenientes ni mal entendidos a la hora de cumplir su trabajo como mediador siguiendo al pie de la letra el protocolo que cumplen los conciliadores. La vigencia de la habilitación en el registro de conciliadores, es un requisito que debe cumplir el conciliador para desempeñar su función.

El conciliador puede ser funcionario de la administración pública, abogado u otro profesional o cualquier otra persona con ciertas habilidades para la comunicación. Es escogido por las partes, y su objetivo es evitar un proceso judicial. El acto de conciliación, implica una intensa persuasión por parte del conciliador, lo cual significa manejar todas las conciliadoras y permitidas por la ley. El resultado de la conciliación será meramente privado, esto es inter partes, confidencial. Las materias conciliables por lo general son Derechos disponibles de las partes. Las partes pueden rechazar la decisión o fórmula conciliatoria. En algunos países de Latinoamérica la conciliación extra-proceso es un requisito previo a ciertos procesos judiciales. Tanto la mediación como la conciliación son formas pacíficas de solución de controversias. Es importante, destacar que la cultura de la paz, de la mediación y la conciliación, debe imponerse sobre la cultura del litigio.

Definido de forma sencilla el arbitraje es un proceso que resuelve una cuestión litigiosa entre dos o más partes sin recurrir a la jurisdicción ordinaria. Es un mecanismo usado para la solución de los conflictos, en el cual las partes involucradas aceptan que sean los árbitros los que den la solución al conflicto. Para que se active este medio de resolución se precisa que exista el conflicto y se pacte su resolución mediante arbitraje. Es un tercero el encargado de solucionar el asunto por lo que se clasifica como un proceso heterocompositivo. Resulta oneroso pues requiere del pago de honorarios. Es un mecanismo excepcional porque las partes hacen un pacto determinando que un particular investido de determinadas funciones sea el encargado de resolver el asunto. El acuerdo o pacto puede ser incluido como cláusula de un contrato y es un mecanismo temporal. Las partes pueden acordar previamente que el arbitraje se centre en criterios de equidad, más allá de lo jurídico.

Este mecanismo deriva ventajas pues es un proceso muy rápido. En él las partes involucradas pueden nombrar árbitros espe-

cializados en el tema o situación que genera la controversia, lo que pueden solucionarlo basándose en los conocimientos. Deberán resolver el pleito de manera neutral y sin predilección por ninguna de las partes implicadas. Resulta idóneo este mecanismo porque son resueltos por un tribunal especializado, que cuenta con las cualidades esenciales para ejercer sus funciones y dar soluciones.

Su fallo es de obligatorio cumplimiento y es económico dada la rapidez con la cual se ejecuta el proceso, lo que genera ahorro de tiempo y dinero. En ocasiones se podrá acudir a la jurisdicción ordinaria, ello acontecerá cuando sea necesaria la intervención de las autoridades para hacer cumplir el laudo arbitral.

El juicio arbitral debe seguir ciertas normas procesales preestablecidas. Así mismo, en las decisiones que tome el árbitro sólo recurrirá a su criterio de conciencia y en base a éste evaluará las posiciones de las partes, y propondrá una solución que deberá ser aceptada por ellas y éstas se obligan a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral. La decisión del o de los árbitros, o sea el laudo arbitral, tiene efectos *erga omnes*.

Podría entonces definirse al arbitraje como un procedimiento similar al juicio, en el que ambas partes deciden de manera voluntaria que una controversia, sobre derechos de libre disposición, sea dirimida definitivamente por un tercero, llamado árbitro en vez de juez, mediante la emisión de una decisión vinculante para ambas, llamada laudo en vez de sentencia. Laudo es el concepto que se emplea en el ámbito del derecho para nombrar a la resolución dictada por el árbitro que permite dirimir un conflicto entre dos o más partes.

Se reconoce también al arbitraje ad hoc como arbitraje libre o arbitraje independiente y es el sistema en el que las partes establecen las normas del procedimiento arbitral, los efectos, el nombramiento de los árbitros y cualquier otra cuestión relativa al arbitraje, respetando lo establecido en la norma regulatoria del mismo. La expresión latina Ad hoc literalmente significa "para esto, para fin específico", por lo que el arbitraje ad hoc estará referido a un asunto o materia en concreto, con una finalidad específica.

Dentro de las modalidades de arbitraje se reconoce el arbitraje Ad-Hoc y el arbitraje institucional. Cada uno de ellos es una modalidad diferente y por ende presenta características particulares. En el arbitraje ad hoc las partes y el tribunal arbitral deben pactar el procedimiento a seguir en tanto que en el arbitraje institucional dicho procedimiento está preestablecido en el Reglamento de la Institución Arbitral elegida y las partes sumidas en este proceso determinan la institución especializada encargada de la administración del arbitraje. La diferencia entre los tipos de arbitraje tratados está dada por el hecho de que mientras en el ad hoc, son las propias partes o en defecto de éstas los árbitros, los que establecen las reglas para que el arbitraje se pueda desarrollar de manera adecuada, en el arbitraje institucional existe una institución arbitral que se encarga de la organización y administración arbitral,

Al igual que el arbitraje institucional, el arbitraje libre o ad hoc precisa se cumplan requisitos como necesita que las partes estén de mutuo acuerdo, aunque no sea una institución quien administre dicho arbitraje. Cuando las partes no estén de acuerdo con los árbitros nombrados o el procedimiento, éstos quedan sujetos a órganos judiciales para el caso de nombrar árbitros o a dichos árbitros para decidir las normas de procedimiento según el reglamento. Las partes deben estar asesoradas y es su responsabilidad la redacción de la cláusula arbitral, salvo las cuestiones referidas a la decisión de otros. Los árbitros deben tener experiencia y profesionalidad.

Parafraseando a RAMÍREZ GARIBAY más bien se trata sin renunciar a la obligación constitucional de impartir justicia, se modernice y se reoriente su papel para generar condiciones jurídicas bajo las cuales puedan coexistir justicia tradicional (la de los jueces) y justicia alternativa (la que se desarrolla con los medios alternativos).

La exposición de los métodos alternativos de solución de conflictos en sede agraria resulta novedosa para Cuba y si se aclara que en el caso tratado versa más bien sobre cuestiones filosóficas, en tanto y en cuanto se pretende armonizar las funciones de sujetos de igual orden jerárquico, que a simple vista resultará un proceso de ganar-ganar, si se tiene en cuenta que lo pretendido en última instancia es en función de cumplir los fi-

nes del Derecho Agrario, que de lograrse, se alcanzarían de una parte el aumento cuantitativo y mejoramiento cualitativo de las producciones agrarias, las tierras en completa producción y de la otra, en última instancia la recaudación que aunque no resulte significativa, su objetivo se centre en el logro de finalidades extrafiscales, o sea, mejorar las producciones, por tanto confluye con las finalidades del Derecho Agrario.

Se esgrime con insistencia fomentar estas vías de resolución de conflictos explicando la descarga que con ellos ocurre en la vía judicial, la economía procesal que caracteriza todos los medios alternativos, pero sobre todo la garantía de negociar un acuerdo que estarán más dispuestos a cumplir. Algunos alegarán que para descargar a los Juzgados de asuntos que se acumulan y otros aducirán el mayor grado de satisfacción y, como consecuencia, cumplimiento directo que acarrear los sistemas autocompositivos en los que las propias partes establecen los términos en que van a dirimir sus desavenencias, cualquiera de las dos razones es válida.

Lo que sí es unánime es la tendencia indiscutible hacia la conciliación y entrega a las partes de la posibilidad y la responsabilidad de autogestionar sus conflictos. Lo más importante en ese sentido es lograr un punto medio entre los diferentes actores del que se obtenga un resultado ganar-ganar en el caso que tratamos, pues resultaría mejor si llegado el momento el cobro del tributo pueda efectuarse en función de hacer producir las tierras y lograr con ello un mayor número de tierras incorporadas a la producción y menor cantidad de sujetos obligados al pago del tributo en cuestión. Porque, aunque no se han ofrecido datos estadísticos sobre cómo marcha el cobro del tributo, se sabe por declaraciones de los funcionarios del MINAG<sup>25</sup>, que se ha incumplido el pago por una buena parte de los sujetos obligados.

Surge la necesidad insoslayable de elegir otras vías que coadyuven a reducir la situación expuesta promoviendo una cultura entre la ciudadanía, particularmente entre los sujetos de Derecho Agrario, que posibilite conocer las finalidades del tributo, les permita adquirir otras herramientas jurídicas como los medios alternativos de solución de conflictos, para prevenir y resolver

---

<sup>25</sup> MINAG: siglas del Ministerio de la Agricultura.

sus diferendos. Para el caso tratado las autoras sustentan que un proceso conciliatorio entre los ministerios implicados sería lo más pertinente. Ello facilitaría la armonización de funciones y el flujo de información entre los implicados como etapa previa y necesaria para la mejor aplicación del tributo, al determinarse hasta dónde competen las funciones de cada uno de los ministerios implicados.

Por otra parte, resulta indispensable formar profesionales en el conocimiento de los diversos medios alternativos que es posible aplicar para solucionar conflictos de cualquier naturaleza, agrarios en el caso que nos ocupa, ya que, si bien es innegable el avance logrado en nuestro país, aún se privilegia la práctica de recurrir a los tribunales jurisdiccionales para resolver conflictos, aunque estos puedan solucionarse objetiva y racionalmente, por los medios alternativos.

3. *Conclusiones.* – En Cuba la posesión de las tierras agrícolas ociosas sigue siendo un problema a solucionar. Existe una superficie ociosa de 917.2 hectáreas. La mayor cantidad de tierras ociosas está en manos de las personas jurídicas del sector estatal y el impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales no se configura como incentivo que propicie mejores y mayores producciones agrícolas.

El conflicto tributario agrario latente para la implementación del impuesto por la ociosidad de tierras agrícolas y forestales se configura con la intervención de dos actores de la administración central del Estado, el Ministerio de Finanzas y Precios y el Ministerio de la Agricultura, armonizar las funciones de estos dos sujetos de manera que se propicie mejores y mayores producciones, podría lograrse mediante el empleo de los medios alternativos de solución de conflictos, en este caso la conciliación.

Finito di comporre nel mese di dicembre 2020  
dalle Edizioni AV di Antonino Valveri  
Via Pasubio, 22/A – 09122 Cagliari

€ 22,00

ISBN 978-88-8374-148-7